

Eduardo Scarparo (Org.)

Ensaio de **RETÓRICA FORENSE**

VOLUME 2

Prefácio de
Claudia Roesler

Autores:

Alexandre Amaral Gavronski
Carolina Trentini Schenkel
Cesar Zucatti Pritsch
Daniela de Andrade Fabro
Eduardo Scarparo
João Paulo Tagliari
Kauê Suptitz
Marcio Felix Jobim
Rafael Bitencourt
Raissa Rayanne Gentil de Medeiros
Taís Bigarella Lemos
Victoria Franco Pasqualotto
Viktória Hoff da Cunha



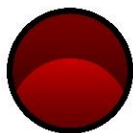
Um conjunto consistente de análises que, se partem dos conceitos clássicos da retórica, não se esgotam nela e quando os utilizam, iluminam espaços importantes do modo de construção dos discursos judiciais. Usando uma vasta amostra de problemas jurídicos e percorrendo uma bibliografia de excelência como ponto de partida para as análises, os capítulos, cada um a seu modo e em seu estilo, reafirmam a importância da atenção ao momento discursivo e persuasivo do discurso judicial. O livro cumpre, portanto, duas importantes funções: retomar o papel dos conceitos da retórica no discurso forense e atualizar o seu uso pela demonstração prática de como fazê-lo e de quais os resultados se pode obter a partir de tais utilizações. O espírito da retórica, essa velha companheira do pensamento ocidental, tão frequentemente usada sem que se faça jus a suas contribuições, aparece aqui em seu potencial criativo, tão bem expresso por Eduardo Scarparo no seu capítulo introdutório ao salientar o papel da *inventio*.

Claudia Roesler

Universidade de Brasília (UnB)



Ensaio de Retórica Forense



Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühring

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil

Ensaaios de Retórica Forense

Volume 2

Organizador
Eduardo Scarparo



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SCARPARO, Eduardo (Org.)

Ensaio de Retórica Forense: volume 2 [recurso eletrônico] / Eduardo Scarparo (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

366 p.

ISBN - 978-65-5917-371-6

DOI - 10.22350/9786559173716

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Retórica Forense; 2. Retórica, 3. Argumentação, 4. Demonstração, 5. Racionalidade; I. Título. II. Série.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Prefácio	9
<hr/>	
Claudia Roesler	
1	15
<hr/>	
Introdução à análise retórica	
Eduardo Scarparo	
2	44
<hr/>	
Do <i>logos</i> à argumentação no processo civil	
João Paulo Tagliari	
3	88
<hr/>	
“Jamais teria uma filha do teu nível”: ethos e a retórica no Caso Mari Ferrer	
Raissa Rayanne Gentil de Medeiros Kauê Suptitz	
4	111
<hr/>	
O auditório no processo coletivo e na recuperação judicial: aportes da retórica para o processo civil	
Carolina Trentini Schenkel Daniela de Andrade Fabro	
5	153
<hr/>	
Reflexões sobre o tratamento conferido às emoções na retórica e na argumentação	
Rafael Bitencourt	
6	184
<hr/>	
Apelo ao menor: misericórdia e ódio na retórica da responsabilização penal juvenil	
Victória Hoff da Cunha	

7 **223**

Da *dispositio* na retórica jurídica: perspectiva do arranjo de uma inicial de ADPF

Marcio Felix Jobim

8 **257**

Diálogo e retórica na sustentação oral em matéria cível

Alexandre Amaral Gavronski

9 **301**

Contexto: uma trama que une retórica e direito comparado

Taís Bigarella Lemos

Victoria Franco Pasqualotto

10 **339**

O salto retórico do STF entre a atualização monetária e os juros trabalhistas: *ethos* discursivo na ADC 58

Cesar Zucatti Pritsch

Prefácio

*Claudia Roesler*¹

Se examinados à luz da distinção aristotélica dos gêneros do discurso, os prefácios poderiam ser colocados dentre aqueles que o estagirita chamou de epidícticos. Tais discursos se voltam ao elogio ou à censura, mas são mais comumente vistos pela ótica do primeiro, louvando as qualidades de atos, enaltecendo certas virtudes e, pouco a pouco, como bem mostraram Perelman e Tyteca, conformando um conjunto de valores sociais que podem ser mobilizados tanto nos discursos judiciais quanto nos discursos deliberativos.

Essa relação entre a confecção da apresentação de um texto por uma terceira pessoa e o elogio automático e quase obrigatório, talvez seja responsável pela desconfiança nos prefácios, sentindo-os como atos de fala cujo propósito é mais o de persuadir dos méritos do texto que temos diante de nós do que nos esclarecer sobre ele. Essa atitude, contudo, revela mais do pano de fundo no qual os discursos hodiernos ocorrem do que se pode imaginar à primeira vista.

É corriqueiro que nós, os estudiosos da retórica e das teorias da argumentação, insistamos nas virtudes de se retomar a discussão dos mecanismos de persuasão, que brademos contra o desprezo com qual muitas vezes a palavra retórica é utilizada para reforçar estereótipos pejorativos herdados de uma cultura fundada na impressão de que é possível usar a palavra com apoio apenas e tão somente nos mecanismos

¹ Doutora em Filosofia e Teoria do Direito (USP). Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades (GPAJ). croesler@unb.br

puros da racionalidade. Quiçá seja possível, nessa compreensão, controlar ou banir todos os elementos emotivos de nossos discursos, frequentemente considerados como disfuncionais ou disruptivos. O sonho dourado de um pensamento antirretórico seria um discurso no qual a retórica não cumprisse nenhum papel. Livres do perigo que a sedução da palavra poderia importar, nossos discursos seriam sempre expressões do evidente, do correto e do logicamente demonstrável.

Esse apelo ao racional, demonstrável, objetivo e tantos outros adjetivos que são utilizados para salientar esse caráter asséptico que se deveria alcançar nos discursos não é suficiente, no entanto, para ocultar completamente a importância da retórica na construção de uma cultura cívica, como bem ressalta o organizador do volume que ora se apresenta ao público. Conhecer mais sobre retórica e, especialmente para o jurista, perceber os seus modos de utilização na prática auxilia na formação de um auditório mais exigente, exatamente porque mais ciente e mais atento ao uso da palavra.

Como todo exórdio, os parágrafos acima servem para sugerir que nossas leitoras e leitores se debruçam sobre o livro que ora se publica com uma perspectiva que não seja antirretórica. É para pedir-lhes que acompanhem, ao longo dos dez capítulos que compõem a obra, os diferentes modos pelos quais a retórica e seus conceitos podem ser usados para iluminar, criticar ou eventualmente fazer propostas normativas para a melhoria dos discursos forenses.

Pode parecer um exagero retórico da autora do prefácio, mas é uma alegria e um alívio perceber que há tantas vozes jovens e competentes utilizando conceitos tão importantes da cultura ocidental para produzir conhecimento de qualidade. O convite para prefaciar esse livro foi por mim recebido como uma belíssima oportunidade de conhecer melhor, ver em prática e atualizar a minha percepção de que há muito o que se fazer, no

Direito, com os instrumentos legados pela retórica e pelas teorias da argumentação. Mantendo-se esse convite em mente, vejamos, ainda que de modo resumido, o que nos espera ao longo dos capítulos que se seguem a essa apresentação.

O primeiro texto, de autoria do organizador do volume, passeia com destreza por uma bibliografia que vai dos clássicos da Antiguidade aos autores contemporâneos para propor uma forma de análise dos discursos, utilizando-se especialmente da divisão das partes do discurso e dos elementos de ethos, logos e pathos que o compõem. Scarparo nos apresenta, assim, uma espécie de prelúdio do que está por vir nos demais textos, cada um deles aplicado a um tema, problema ou setor específico do discurso jurídico ou judicial.

No segundo capítulo, acompanhamos João Paulo Tagliari em uma incursão pela argumentação das partes no processo civil, mediada pela categoria do logos e pela interessante observação, frequentemente esquecida pelos cultores do processo civil e tão velha quanto o nascimento da retórica, de que há uma divisão de tarefas retórico-argumentativas, por assim, dizer, quando um processo judicial se desenvolve.

O capítulo seguinte, de autoria de Raissa de Medeiros e Kauê Spitz, utiliza o caso Mari Ferrer para apresentar os mecanismos de construção do ethos em uma perspectiva de gênero que se dá no contexto de sociedades fortemente marcadas por valores patriarcais e eventualmente misóginos. O texto mescla, com proficiência, conceitos da retórica e da discussão sobre gênero, para realizar um olhar sobre a maneira pela qual a vítima tem seu ethos construído por intermédio do discurso dos atores do processo em questão, assim como a relação entre essa construção e o auditório ao qual se destinam.

O quarto texto, de Carolina Schenkel e Daniela Fabro, leva os conceitos de auditório ao processo civil coletivo e à recuperação judicial,

refletindo especificamente sobre o modo como, nesses “lugares discursivos”, há uma mobilização diversa e específica dos recursos de pathos para se argumentar.

Rafael Bitencourt nos propõe, no texto seguinte, uma análise que aproxima os conceitos da retórica, especialmente aqueles voltados ao uso das emoções na construção dos discursos, com os novos achados da psicologia e da neurociência, em uma abordagem que se propõe ao mesmo tempo descritiva e normativa. O encontro desses dois enfoques produz, como se pode antever, uma excelente forma de atualização das intuições e das noções, algumas milenares, sobre o modo como a mente humana lida com desafios cognitivos e decisórios.

Victória da Cunha, por seu turno, mostra a versatilidade dos recursos da análise retórica quando se debruça sobre os discursos dos séculos XVIII e XIX de responsabilização penal de menores, mobilizando a categoria do apelo à misericórdia e das modalidades do argumento *ad hominem*.

No sétimo capítulo, Marcio Jobim volta ao interessante tema da *dispositio*, já tratado no texto de abertura do livro, para utilizá-lo como ferramenta de análise da construção do discurso em ADPFs, utilizando-se particularmente da ADPF 54. Mais uma vez, portanto, percebe-se a ligação orgânica entre os textos que compõem o volume, assim como a demonstração da versatilidade dos recursos da análise retórica para o discurso forense.

O oitavo texto, de autoria de Alexandre Gavronski, relaciona a retórica e o diálogo com a sustentação oral em matéria cível. Com essa articulação, o autor pode enfatizar a importância desse particular momento do processo, como também salientar os cuidados que o orador precisa ter, seja em relação ao auditório a que se dirige, construindo um diálogo com ele, seja na utilização dos recursos de ethos, logos e pathos para um resultado mais adequado. O olhar é, como se pode ver, voltado

para o aprimoramento da retórica forense em um dos momentos mais característicos do seu exercício, mostrando, novamente, a especificidade da contribuição que o livro oferece.

Taís Lemos e Victória Pasqualotto relacionam as noções de contexto, retórica e direito comparado, de modo a nos fazer ver o quão comum a ambas as áreas – a retórica e o direito comparado – é a preocupação com o contexto. Voltamos, assim, a explorar a ideia de recepção e a importância de se perceber o *locus* de produção dos discursos no momento de utilizá-los, dando uma nova roupagem à preocupação do direito comparado com o uso de categorias retiradas de uma situação específica para uso em outra, especialmente considerada a dinamicidade dos auditórios.

Por fim, o décimo capítulo, de autoria de Cesar Pritsch, retoma o uso do *ethos* para aplicá-lo, em conjunto com as dimensões de *logos* e *pathos*, ao discurso da ADC 58, mostrando como a fundamentação dada na decisão é insuficiente.

Esse rápido passeio pelo conteúdo dos capítulos, como se disse no início desse prefácio, certamente confirma o que anunciávamos. Um conjunto consistente de análises que, se partem dos conceitos clássicos da retórica, não se esgotam nela e quando os utilizam, iluminam espaços importantes do modo de construção dos discursos judiciais. Usando uma vasta amostra de problemas jurídicos e percorrendo uma bibliografia de excelência como ponto de partida para as análises, os capítulos, cada um a seu modo e em seu estilo, reafirmam a importância da atenção ao momento discursivo e persuasivo do discurso judicial.

O livro cumpre, portanto, duas importantes funções: retomar o papel dos conceitos da retórica no discurso forense e atualizar o seu uso pela demonstração prática de como fazê-lo e de quais os resultados se pode obter a partir de tais utilizações. O espírito da retórica, essa velha companheira do pensamento ocidental, tão frequentemente usada sem

que se faça jus a suas contribuições, aparece aqui em seu potencial criativo, tão bem expresso por Eduardo Scarparo no seu capítulo introdutório ao salientar o papel da *inventio*.

O convite que fica para os autores, de parte da autora do prefácio, extensível aos leitores e leitoras do livro, é o de que continuemos esse diálogo atualizador da retórica forense, em muitos outros volumes e análises.

Boa leitura! Excelentes reflexões!

Brasília, novembro de 2021.

Introdução à análise retórica

Eduardo Scarparo ¹

1. Introdução

Ao longo da história, a retórica teve diferentes compreensões. Ela já foi fortemente associada à lógica e, também, excluída do trato com a razão. Vivenciou laços intensos com a poética e, em outro momento, com a argumentação. Já se associou a retórica ao texto exclusivamente oral, imiscuindo-se com a oratória, como também ela já teve para si uma predominância da manifestação escrita. Ela, por vezes, parece que já foi de tudo um pouco, no que diz respeito com as formas de expressão e comunicação ².

Afora as inúmeras compreensões sobre a retórica que se experimentou ao longo da história – e compreendê-las é importante para pensar sobre o presente da retórica –, entende-se que a retórica atual deve ser percebida como uma *ponte de alteridade*. Sustenta-se a tese de que ela serve para a comunicação persuasiva, ou seja, reveste-se como um instrumento para planejar e executar a comunicação e o entendimento entre pessoas com diferenças sobre valores e conhecimentos, com potencial de descoberta e justificação de proposições em um contexto. Além disso, também figura como relevante instrumento hermenêutico,

¹ Doutor em Direito (UFRGS). Professor Adjunto na Faculdade de Direito da UFRGS e Professor Permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito (UFRGS). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual IBDP. Advogado em Porto Alegre. scarparo@ufrgs.br

² Sobre a retórica ao longo da história, dedicou-se com maior aprofundamento em SCARPARO, Eduardo. *Retórica Forense: História, Argumentação e Invenção Retórica*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021, Capítulo 1.

especialmente a partir de uma análise retórica metodologicamente estruturada.

A retórica tem contemporaneamente uma forte carga de invenção (o que oferece provas para a persuasão), a fim de relacionar o orador (*ethos*), as razões (*logos*) e o auditório e seus afetos (*pathos*). Isso, no entanto, não significa que apenas a invenção é relevante para a retórica. É verdade que, quando a questão é argumentar, a invenção é, de fato, seu elemento central, sob o qual todos os demais intercedem. Todavia, não significa que a retórica pode relegar a disposição, a elocução ou a pronúncia (a entrega) dos discursos como fator de um instrumental conveniente para o planejamento, a execução e a hermenêutica discursiva.

Neste ensaio, buscar-se-á apontar a significação mais central sobre as partes da retórica com o propósito de introduzir categorias para a análise retórica. Compreende-se que as partes da retórica adquirem significação conjuntiva, sendo improvável haver um discurso bem planejado e executado sem a consideração desses variados aspectos. De outra sorte, defende-se que um exame retórico contribui para a hermenêutica discursiva³. Far-se-á duas análises retóricas neste texto, sendo uma de trato cotidiano e outra forense. Com esse estudo, quer-se municiar o leitor com uma breve introdução aos aspectos pertinentes de análise retórica.

2. A retórica como *ponte de alteridade*

Aristóteles, na *Política*, defendeu que a pólis consistiria na reunião de cidadãos que fariam uso da linguagem para deliberar sobre justiça, sobre ética e sobre outras qualidades morais. Essa reunião seria natural, do que

³ Para um enfrentamento muito apropriado sobre as teorias da argumentação e sua relação com um exame retórico, ver ROESLER, Cláudia. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais? In: ROESLER, C.; HARTMAN, F.. *Retórica e Argumentação Jurídica: modelos em análise*. 1ª ed. Curitiba: Alteridade, 2018.

se extrai conhecido trecho no qual sustenta que o homem é um animal social / político.

“a cidade é uma criação natural, e o homem é por natureza um animal social, e um homem que por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade (como o ‘sem clã, sem leis, sem lar’ de que Homero fala com escárnio, pois ao mesmo tempo ele é ávido de combates), e se poderia compará-lo a uma peça isolada do jogo de gamão. Agora é evidente que o homem, muito mais que a abelha ou outro animal gregário, é um animal social”.⁴

Para se considerar sobre a importância do uso da retórica como instrumento indispensável ao convívio social e político é relevante notar que, nas frases imediatamente seguintes a essa famosa passagem – já não repetidas aos bordões –, Aristóteles afirmou que a natureza social e política decorre da linguagem como atributo diferenciador entre os homens e os animais, sendo por meio dela que é viabilizada a política:

“Como costumamos dizer, a natureza nada faz sem um propósito, e o homem é o único entre os animais que tem o dom da fala. Na verdade, a simples voz pode indicar a dor e o prazer, e outros animais a possuem (sua natureza foi desenvolvida somente até o ponto de ter sensações do que é doloroso ou agradável e externa-las entre si), mas a fala tem a finalidade de indicar o conveniente e o nocivo, e portanto também o justo e o injusto; a característica específica do homem em comparação com os outros animais é que somente ele tem sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto e de outras qualidades morais, e é a comunidade de seres com tal sentimento que constituiu a família e a cidade”⁵.

⁴ ARISTÓTELES. Política. 1ª ed. Brasília: UNB, 1985. Tradução de Mario da Gama Kury. (1253a)

⁵ Ibid., (1253a).

No caso, justamente porque os humanos possuem a fala – e não somente a voz – é que podem expressar sobre o bem e o mal, sobre o justo e o injusto e sobre outras qualidades morais. A fala viabiliza o uso da linguagem organizada, racional e articulada, a fim de que se possa transcender simples gemidos de dor ou prazer e garantir entendimentos racionais, abstratos e conceituais. Esse caminho, para o filósofo em questão, decorreria da natureza e é enunciado pelo *logos* (aqui entendido como capacidade de emitir discursos racionais e organizados). Por meio dele permitir-se-ia a reunião dos cidadãos para deliberação na pólis. Para Aristóteles, portanto, é pela linguagem, ou seja, pela expressão do *logos* que se constitui a pólis, de modo que o domínio das formas de expressar e comunicar permite a deliberação em comum. A retórica, nesse sentido, está na essência da política.

Há muitos modos de se expressar e muitas finalidades a se alcançar quando se empreende na comunicação. Com objetos que demandam argumentação, há uma variabilidade de soluções possíveis, de modo que a dúvida sobre qual é a melhor conclusão estará presente em praticamente todas as suas passadas. Nessa trilha, também disse Aristóteles, em bastante repetida passagem, que “é manifestamente quase tão implausível aceitar conclusões meramente prováveis de um matemático quanto exigir demonstrações rigorosas de um orador”⁶.

A depender do conteúdo, que será, entre outros, um dos fatores a determinar se um dado tema pode ser resolvido no campo da demonstração ou da argumentação⁷, pode-se considerar o desenvolvimento da linguagem discursiva com maior proximidade à lógica ou à retórica. Ditos campos não são contrapostos, mas complementares,

⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª ed. São Paulo: Edipro, 2014. (1.094b)

⁷ A esse respeito, ver SCARPARO, Eduardo. *Retórica Forense: história, argumentação e invenção retórica*. São Paulo: Marcial Pons, 2021, p. 131-170.

podendo-se afirmar que “a retórica é a contraparte da dialética”⁸. Como se observa, ao menos na filosofia de Aristóteles, a retórica não é um instrumento da mentira e do engodo, mas uma arte para comunicar razões e buscar adesão nos assuntos que não comportam demonstrações rigorosas. Por isso ela é fundamental diante do caráter social do ser humano.

Para desmistificar preconceitos com o tema, é importante compreender que a retórica não consiste em instrumento distanciado da racionalidade. Essa conclusão se justificaria apenas se a segurança do cálculo fornecesse um suporte suficiente e adequado para a tomada de todas as decisões consideradas racionais. Pelo contrário, como o contexto, as contingências e os traços afetivos contam vivamente para as deliberações na pólis, a retórica é uma arte fundamental para viabilizar que a razão possa ter assento.

Conforme bem expôs Olivier Reboul, “se a ausência de demonstração significasse não-saber, não haveria ciências humanas”⁹. Alguns temas não se prestam à resolutividade do cálculo, de modo que a preocupação com as formas de desenvolver a deliberação pode assegurar a racionalidade em variados tipos de discussão. Veja-se que mesmo as ciências podem se valer de diferentes raciocínios¹⁰ que, ainda que talvez refutáveis, são necessários a vários campos das relações e de saberes humanos¹¹. Isso é propriamente

⁸ ARISTÓTELES. *Retórica*. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2013. (1354a).

⁹ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 91.

¹⁰ ROHDEN, Luiz. *O poder da linguagem: a arte retórica em Aristóteles*. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010, p. 98-99.

¹¹ “Os resultados científicos não se discutem, impõem-se a todos e não constituem, portanto, uma opinião. Essas leis dirigem-se a um auditório universal. Mas, dir-se-á, em ciência, discute-se, apesar de tudo, e por vezes muitíssimo, como mostra a força das controvérsias e das refutações que sacodem regularmente esse mundo. É evidente que existe uma retórica científica que se mistura com regras técnicas próprias desse meio. Mas essas regras são internas do meio dos sábios e apenas a eles dizem respeito”. BRETON, Philippe. *Argumentação na comunicação*. 1ª ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998, p. 30.

verdadeiro no direito, dado que, a rigor, seu raciocínio não se faz calculando, mas por meio de argumentações.

Nesse ponto, diferentemente das ciências que operam pela via do cálculo, quando o tema se submete à argumentação, é indispensável considerar que os raciocínios se desenvolvem entre seres humanos que tem em comum apenas parcialmente informações e valores necessários para as conclusões. Essas distinções entre as diferentes bases de entendimento se dão tanto pelas particularidades daqueles envolvidos (com suas preferências, conhecimentos, necessidades atuais e históricas), como pelo contexto mais geral em que se insere uma dada discussão.

Quando se exigem raciocínios que conectem sistemas de valores distintos, há um intercâmbio entre bases distintas:

“Dois sistemas separados (participantes do raciocínio), cada um com sua própria base de conhecimento, raciocinam juntos, com um sistema interagindo com o outro. Cada sistema considera a base de conhecimento do outro, na medida que os dois sistemas interagem em raciocínio conjunto. A interação pode assumir a forma de transferência de proposições de uma base de conhecimento para a outra, ou pode assumir a forma de questionamentos, onde apenas um sistema avança uma proposição para o outro na forma de uma inquirição, por exemplo, ‘Você aceita essa proposição como verdadeira?’ ou ‘Você pode provar que essa proposição é verdadeira?’. O que faz o raciocínio dialético distinto dos outros dois tipos é que a conclusão inferida por um sistema decorre das premissas dadas por uma proposição da base de conhecimento do outro sistema”¹².

Nesse caso, há a necessidade de que as crenças e valores contidos em um dos sistemas (ou seja, presente em um dos interlocutores) sejam projetadas para avaliação em outro sistema que terá suas próprias

¹² WALTON, Douglas. *The Place of Emotion in Argument*. University Park Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 1992, p. 13.

hierarquias e dados para a valoração das proposições lançadas, podendo o auditório aderir a elas ou refutá-las em maior ou menor grau. Nesse sentido, a retórica vai preocupar-se com o outro, dado que “nenhuma opinião proposta cai em terreno virgem”, já que ela vai “inscrever-se num conjunto de representações, de valores, de crenças que são próprios do auditório considerado”¹³.

Quer dizer isso que, para comunicar-se com um sistema de crenças e valores distinto, é fundamental compreender, o melhor possível, esse sistema com o qual se busca integrar. Até para que, entre os vários argumentos disponíveis para uma dada conclusão, eleja-se aqueles com os quais o diálogo possa ser mais profícuo ou os que tenham melhores condições de mobilização e adesão. A retórica, ao demandar a consideração daquilo que é fundante da estrutura para decisão do outro, pode projetar um caminho pavimentado para que as razões alcancem variados e diferentes auditórios que, em sociedade, precisam deliberar sobre os assuntos na pólis.

Como se pode fazer essa comunicação persuasiva de forma efetiva? Esse é o objeto de exame da retórica, que vai demandar atenção sobre aquilo que conduz à adesão a uma dada conclusão (*invenção*), sobre a organização do discurso (*disposição*), sobre a maneira pela qual são apresentadas as palavras (*elocução*), sem esquecer dos mecanismos de entrega discursiva (*pronúnciação*).

3. As partes da retórica para o planejamento e para a análise retórica

No livro “*Rhetorica ad Herennium*”¹⁴ (c. 90 a.C.), tem-se um texto curto com uma proposta procedimental sistematizada e didática da

¹³ BRETON, Philippe. Argumentação na comunicação. 1ª ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998, p. 27.

¹⁴ [DESCONHECIDO]. Retórica a Herênio. 1ª ed. São Paulo: Hedra, 2005.

retórica helenística ¹⁵ - ¹⁶. Nesse livro, houve a introdução terminológica que se consolidou na retórica latina, em especial com a parte organizadora dos discursos e seu procedimento. A organização da obra apresenta a busca de argumentos (*inventio*), a disposição no discurso (*dispositio*), o modo de expressão (*elocutio*), a memorização (*memoria*) e a declamação (*pronuntiatio*) ¹⁷. Uma tal categorização sobre aspectos da retórica foi – para a sua preservação histórica pelo medievo e Renascença – decisivamente encampada por Marco Tullio Cícero (106-43 a.C.), no tratado *De Inventione* (86 a.C.), ¹⁸ e por Quintiliano, em *Instituto Oratória* (95 d.C.) ¹⁹. Trata-se de uma categorização importante e reproduzida contemporaneamente com exceção da memória que deixou, por vezes, de ser referida como parte da retórica.

Em termos gráficos:

Partes da retórica

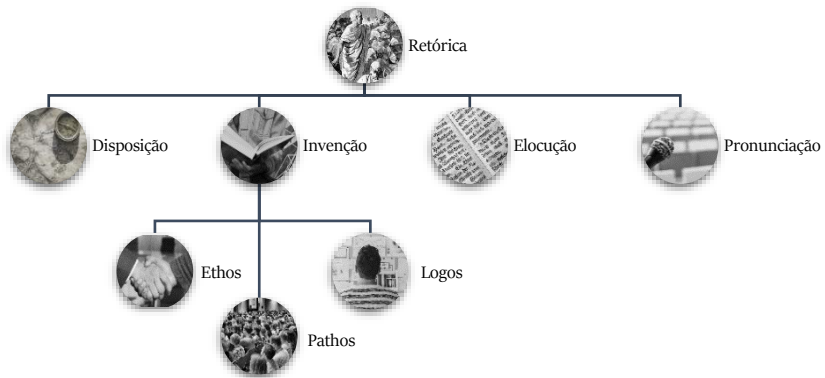
¹⁵ GARAVELLI, Bice Mortara. *Manuale di Retorica*. 15^a ed. Milão: Bompiani, 2014, p. 34.

¹⁶ MURPHY, James Jerome. The codification of Roman Rhetoric. In: Murphy; Katula (Ed.). *A synoptic history of classical rhetoric*. 3^a ed. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 2003. p.127-150, p. 132

¹⁷ GARAVELLI, Bice Mortara. *Manuale di Retorica*. 15^a ed. Milão: Bompiani, 2014, p. 35.

¹⁸ Conforme George Kennedy, tratou-se do mais lido e comentado por mil anos, entre a Antiguidade e o Renascimento KENNEDY, George. *Classical rhetoric and its Christian and secular tradition from ancient to modern times*. 2^a ed. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1999, p. 101. Naquela obra, Cícero pretendia realizar um tratado integral da retórica, em cinco partes, mas acabou por terminar apenas o que dizia respeito à invenção. CICERO. *De inventione / De optimo genere oratorum / Topica*. Cambridge: Harvard University Press, 1949, p. x.

¹⁹ Os livros IV, V e VI tratam da inventio, descrita segunda a sessão de discurso persuasivo (exordio, narração, argumentação etc.) em cuja matéria vem repartida, com particular cuidado às espécies e ao uso das provas e dos tipos de raciocínio; o VII, vem examinada a dispositio. Os livros VIII e IX são dedicados a elocutio: lugares, figuras e compositio. GARAVELLI, Bice Mortara. *Manuale di Retorica*. 15^a ed. Milão: Bompiani, 2014, p. 38-39.



No esquema, destacou-se as três provas retóricas pertinentes à invenção. Também se poderia subdividir a disposição ou as questões inerentes à elocução ou à pronúncia. Todavia, dadas as limitações visuais, preferiu-se dar destaque maior à invenção, que acaba por ocupar papel de destaque na sistematização da retórica atual, reconhecidamente mais vinculada à argumentação.

A invenção serve para que sejam encontrados os argumentos e procedimentos retóricos disponíveis ²⁰. A explanação mais usual diz que há persuasão por conta do modo como o orador é percebido pelo auditório (*ethos*), pelo conteúdo e expressão lógica de um discurso (*logos*) e pelo modo de ser e estar de um público (*pathos*). Tais elementos da invenção são plenamente integrados, não se podendo suprimir qualquer dessas feições para a preparação e prática de um ato retórico. Por meio da invenção, pode-se realizar um inventário das provas que conduzem a uma

²⁰ REBOUL, Olivier. Introdução à retórica. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 54.

dada conclusão mediante provas não proposicionais (*ethos* e *pathos*) e proposicionais (*logos*)²¹.

O *ethos* pode ser sumarizado como o modo com que o auditório percebe e valora o orador. Quer dizer como um dado público atribui credibilidade a um orador, identificando-o com um caráter, a uma honra e a uma virtude. A persuasão pelo *ethos* ocorre porque o orador produz confiança no auditório ^{22 - 23}. A confiança é um produto ético do orador, sendo que Aristóteles referiu ser o *ethos* “o mais eficiente meio de persuasão de que se dispõe” ²⁴. Há, nesse passo, um modo de portar-se que condiz com uma imagem de credibilidade que contorna a receptividade das teses defendidas no auditório ²⁵.

O *pathos* consiste na prova retórica que lida com o auditório, mais especificamente com conjunto de emoções e valores presentes ou a serem nele promovidas ²⁶. Age, assim, com os afetos e preferências presentes no público, assim consideradas as suas idiossincrasias diante de um contexto particular ²⁷. O *pathos* cumpre a função de relacionar os afetos com o conteúdo e aceitabilidade das conclusões, servindo ou como um pano de fundo afetivo, ou para a percepção emocional do discurso. Essa persuasão ocorre em função de hierarquias valorativas, permitindo aceitabilidade às premissas e conclusões. Os afetos invariavelmente estão presentes em

²¹ “A retórica distingue três meios de ‘provar’ pela fala, isto é, de validar uma opinião aos olhos de um auditório concreto: o *logos* (provas proposicionais), o *ethos* e o *pathos* (provas não proposicionais); nos dois últimos casos, ‘prova’ é tomada no sentido de meio de persuasão”. PLANTIN, Christian. A Argumentação: história, teorias, perspectivas. 1ª ed. . São Paulo: Parábola Editorial, 2008, p. 111.

²² MEYER, Michel. Questões de Retórica: Linguagem, razão e sedução. 1ª ed. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 28.

²³ DEMO, Wilson. Retórica e Argumentação. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 99.

²⁴ ARISTÓTELES. Retórica. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2013, p. 45. (Ret, I, 1356a).

²⁵ Para um exame mais aprofundado, ver SCARPARO, Eduardo. Retórica Forense: História, Argumentação e Invenção Retórica. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021, p. 175-194.

²⁶ “Assim como o público tem objetivos (as necessidades que desejam satisfazer), as ocasiões têm funções, de forma que um ato retórico eficaz deve ser consonante com tal público”. REBOUL, Olivier. Introdução à retórica. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 48.

²⁷ CAMPBELL, Karlyn Kohrs; HUXMAN, Susan Schultz; BURKHOLDER, Thomas. Atos de retórica: para pensar, falar e escrever criticamente. 1ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015, p. 218-219.

uma tomada de decisão permeada por contextos práticos, sendo que determinadas emoções podem ser criadas, transformadas, infladas ou diminuídas no auditório. Isso ocorre por ato do orador ou por circunstâncias contextuais. O *pathos*, ao atentar ao auditório, busca compreender quais são as particularidades e as hierarquias valorativas daqueles a quem se busca persuadir; ao tratar dos aspectos afetivos, busca empreender sobre os estados afetivos e as mobilizações que deles decorrem. Esses âmbitos são decisivos para a aceitabilidade das teses e para a prontidão do público em torno das ações propostas ^{28 - 29}.

A invenção é também trabalhada sob o exame proposicional, assim designando-se o *logos*. Busca-se, nesse ponto, o exame racional e a formatação dos conteúdos de um discurso e de suas estruturas argumentativas. Para inventariar os fundamentos e razões, vale-se da tópica; para organizar o encaminhamento racional do discurso lança-se esforços ao exame de procedimentos compatíveis com o desenvolvimento do discurso, valendo-se, aí, das inferências, suas combinações e progressões. Dessa maneira, se, no primeiro sentido, a “invenção é o ato de procurar e achar” ³⁰, no segundo, tem uma inegável aproximação com a lógica ³¹.

Assim, considerando-se a invenção, para a realização de um exame retórico, convém analisar questões tais quais: (a) como se apresenta o orador? (b) como se dá a relação entre orador e auditório? (c) qual o estado afetivo do auditório? (d) qual o tom afetivo do discurso? (e) sob

²⁸ François Martineau afirma que a arte do advogado constrói “argumento apoiando-se sobre os valores que se presumem compartilhados pelo auditório, sugerindo uma hierarquia que será favorável a tese que se defenda”. MARTINEAU, François. *Argumentación Judicial del Abogado*. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2009, p. 81.

²⁹ Para um desenvolvimento mais aprofundado, ver SCARPARO, Eduardo. *Retórica Forense: História, Argumentação e Invenção Retórica*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021, p. 194-257.

³⁰ TRINGALI, Dante. *Introdução à retórica: a retórica como crítica literária*. 1ª ed. São Paulo: Duas Cidades, 1988, p. 62.

³¹ Examinou-se o *logos*, com maior atenção, em SCARPARO, Eduardo. *Retórica Forense: História, Argumentação e Invenção Retórica*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021, p. 257-359.

qual estrutura argumentativa as razões se apresentam? (e) qual os temas debatidos? (f) de que modo progridem as razões discursivas?

A disposição condiz com a ordem de exposição, ou seja, com a sequência do discurso. Trata-se de um plano de organização e apresentação. Não é novidade que um bom discurso deve reunir e dividir adequadamente seu objeto, de modo que o orador apresente as informações de forma estruturada, evitando-se a dispersão e a falta de coesão. Na disposição traça-se o percurso, tornando claro o que se pretende ensinar, com clareza e consistência ³². Em linha geral, distribui-se a organização básica de um discurso nas etapas de exórdio, narração, confirmação e peroração.

No *exórdio* (ou proêmio), busca-se criar um vínculo com o auditório, apresentando-lhe o tema com uma exposição clara e breve, bem como promover uma situação discursiva mediante um auditório dócil, atento e benevolente ³³. A *narração* consiste na apresentação dos fatos referentes à causa, de modo que se recomenda, em geral, que soe objetiva e não tendenciosa, clamando por clareza, brevidade e credibilidade ³⁴. Na *confirmação*, há a exposição dos argumentos mais propriamente ditos, com a apresentação das razões para que uma dada proposição seja aceita. Há, nesse momento, um apelo forte ao *logos*, ainda que provas de caráter patético também podem ser expedientes a serem utilizados. Aqui vale referir, considerando a confirmação, sobre a discussão acerca do momento de apresentação de argumentos fortes e fracos ³⁵, da qual resumidamente alcançou-se a sugestão contemporânea de que “a ordem de apresentação

³² MCCOY, Marina. Platão e a retórica de filósofos e sofistas. 1ª ed. . São Paulo: Madras, 2010, p. 185.

³³ CAMPBELL, Karlyn Kohrs; HUXMAN, Susan Schultz; BURKHOLDER, Thomas. Atos de retórica: para pensar, falar e escrever criticamente. 1ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015, p. 46.

³⁴ REBOUL, Olivier. Introdução à retórica. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 56-57.

³⁵ Uma das mais referidas é a chamada *ordem homérica* ou *nestoriana*, na qual se começaria pelos argumentos fortes, continuar-se-ia com os mais fracos e terminar-se-ia com outros argumentos fortes.

dos argumentos será determinada pelo momento em que o auditório estiver mais bem disposto para acolhê-los”³⁶, mostrando integração entre disposição e invenção. Nesse caminho, também se apresenta a *peroração*, que tem por propósito a consolidação das teses e a mobilização do auditório para sua atuação ou adesão, sendo usuais as estratégias de amplificação, intensificação afetiva e recapitulação³⁷.

A organização do discurso claramente está associada com a invenção e demais partes da retórica. Afinal, o modo de organizar uma exposição cria condições de credibilidade do orador, como também permite o entendimento das razões desprendidas pelo público³⁸. Para um exame retórico da disposição, é conveniente questionar: (a) quais as partes do discurso apresentadas? (b) como é a estratégia de apresentação da temática? (b) como se faz a sequência da exposição dos pressupostos da argumentação? (c) com que ordem as razões são apresentadas? (d) há momentos de recapitulação ou de reforço das razões? (e) como é finalizada a exposição?

Quando o assunto recai à elocução, é importante não pressupor uma redução da retórica à estética. No caso, vale a lembrança de que “a linguagem não é nem transparente em suas designações nem inerte em seus usos”.³⁹ Quer dizer que a escolha do léxico, do grafismo de apresentação e da proposta de encadeamento estilístico do discurso se

³⁶ PERELMANN, Châim. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 181.

³⁷ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 59-60.

³⁸ “Efetivamente, a disposição consiste na etapa de organização e distribuição racional dos argumentos dentro do discurso retórico. Isso porque a ordem de apresentação dos argumentos, mais lógica ou mais psicológica, é capaz de modificar substancialmente as condições de sua aceitação por quem os escuta. Assim, é relevante que os argumentos sejam alocados do modo mais eficaz possível, possibilitando, pois, a extração de sua maior força persuasiva (o seu “efeito máximo”), em consonância com a finalidade do discurso a ser realizado e com o público que recepcionará as teses sustentadas”. RABAIOLI, Laíza. *A disposição como cartografia retórica: produção antecipada de provas e etapas do discurso no processo civil*. In: Scarparo (Ed.). *Ensaio de Retórica Forense*. 1ª ed. Porto Alegre: Fi, v.1, 2020. p. 157-177, p. 160.

³⁹ PLANTIN, Christian. *A Argumentação: história, teorias, perspectivas*. 1ª ed. . São Paulo: Parábola Editorial, 2008, p. 44.

apresenta como um fator argumentativo relevante. Nesse caminho, uma eleição estilística pode significar tanto a apresentação visual de materiais de apoio ao argumento, como a escolha da formalidade adequada ao texto, da utilização de léxico (estrangeiro, erudito, técnico, simples, coloquial etc), da frequência e do uso denotativo ou conotativo no discurso entre outros fatores similares.

O estímulo às paixões pode se dar também por meio de imagens, desenhos ou gráficos. Essa integração entre o patético e o estilístico é facilmente reconhecida diante de emoções decorrentes de imagens. Essas podem suscitar afetos e estimular a imaginação, as expectativas, os anseios ou os desejos. Valendo-se do exemplo de Elster, “um sinal no muro de que ‘fumar é perigoso para sua saúde’ causa grande excitação emocional quando acompanhado de uma pintura colorida de um pulmão com câncer”⁴⁰. Como se vê, há uma ingerência ativa do *pathos* a partir do modo de apresentação do argumento. A relação entre elocução e invenção também é bem marcada em um exame retórico⁴¹.

“As palavras compostas, os epítetos empregados em profusão e os vocábulos estrangeiros são mais adequados ao estilo do discurso emotivo (passional). Relevamos alguém encolerizado caso se refira a um mal como ‘elevando-se ao céu’ ou como algo ‘monstruoso’. Perdoamos igualmente tal linguagem quando o orador já conquistou o auditório e promoveu seu entusiasmo mediante o louvor, a censura, a cólera ou o afeto”⁴².

⁴⁰ ELSTER, Jon. Emotional choice and rational choice. In: Goldie (Ed.). The Oxford Handbook of Philosophy of emotion. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p.263-281., p. 268.

⁴¹ “A estrutura prosódica, por exemplo, enquanto *logos* rítmico (ou qualquer outra dimensão do dizer), é capaz de construir, durante a enunciação, alguma imagem de seu emissor (*ethos*) e/ou suscitar emoções nos interlocutores (*pathos*). É nesse sentido que, potencialmente, o *logos* é capaz de se transmutar e de se transcodificar em *pathos*, alterando os afetos humanos”. GALLINARI, Melliandro Mendes. Logos, Ethos e Pathos: “Três lados” da mesma moeda. Alfa, v. 58 (2), p. 257-258, 2014, p. 265.

⁴² ARISTÓTELES. Retórica. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2013, p. 229. (1408B). Não é por acaso que a poesia produz maior envolvimento afetivo que textos científicos, pois naquele caso é permitido e usual a utilização de figuras de linguagem, ao passo que nesse a referência é acidental. Assim sendo, é salutar perceber que o *pathos* quando opera por meio de representações busca propor imagens e ideias, servindo como estímulo ao auditório para orientar ou

No campo da elocução também se atenta ao encadeamento entre as proposições, ao ritmo adotado no texto, a extensão da argumentação, bem como aos realces, figuras e imagens para o reforço de uma dada proposição ⁴³. Versa, assim, sobre o modo de valer-se da linguagem sob um ponto de vista conectado com o afetivo, ou seja, sobre os impactos gerados por diferentes modos de expressão em um auditório. Um exame retórico, nesse particular, irá questionar-se sobre fatores como (a) o modo de exposição e a clareza empregada; (b) o uso direto ou indireto da expressão, (c) o uso denotativo ou conotativo; (d) o valer-se de imagens, figuras, esquemas; (e) os aspectos visuais do texto; (f) as relações do estilo empregado com a persuasão pretendida.

A *pronúncia*, por fim, condiz com a entrega do discurso, sendo associada com os aspectos da oratória. A pronúncia deve ser compatível com os temas tratados, com o caráter planejado do orador, com o estilo escolhido para a linguagem e com a divisão estruturada do discurso. A pronúncia merece atenção em discursos orais, perdendo significação quando diante do texto escrito, de modo que é uma etapa da análise que pode ou não ter lugar. Em um exame desse tipo, convém questionar sobre (a) o tom de voz e suas variações, (b) as pausas, (c) os gestos e expressões físicas do orador, (d) domínio do espaço e movimentos, (d) a pronúncia das frases e palavras e (e) a conexão desses elementos de entrega do discurso com os demais elementos do ato retórico.

reviver os seus pensamentos, dirigindo suas percepções, propondo associações de ideias sobre as coisas ou crenças e transformando incertezas em convicções. Essa tarefa faz também a partir de uma eleição estilística.

⁴³ Sócrates, confrontando a filosofia e a retórica ele refere que o retórico agrada seus ouvintes como o cozinheiro agrada o paladar daqueles que comem comida insalubre (MCCOY, Marina. Platão e a retórica de filósofos e sofistas. 1ª ed. . São Paulo: Madras, 2010, p. 116.) Nesse ponto, convém-se questionar, o quanto de retórico não há no uso de imagens também por Sócrates para o convencimento de que há um verdadeiro conhecimento que não é variável conforme a subjetividade.

4. Um exemplo cotidiano

Um arquivo de texto com uma sentença qualquer pode ser transferido entre computadores sem que, ao transitar entre as máquinas, nenhuma diferença no conteúdo ocorra. Isso independentemente do meio eleito para a transmissão dos dados (*e-mail*, *pendrive*, *bluetooth* etc), bem como dos equipamentos emissores e receptores (celular, *notebook*, *desktop*, *tablet* etc). Havendo um *software* adequado, é plenamente possível a leitura dos dados na respectiva plataforma, sem que a variação entre as máquinas determine diferenças quanto à interpretação ou receptividade de uma informação.

Isso, no entanto, não se passa com seres humanos e é por isso que a lógica formal não serve como ferramenta universal de comunicação entre pessoas, para todos os seus propósitos. A depender de quem enuncia uma tal mensagem, de quem a recebe, do sistema de crenças e valores de cada um dos interlocutores, do estilo adotado para a comunicação, da ordem das palavras no texto ou da forma de expressão, os significados e os efeitos de uma enunciação podem ser muito distintos.

Há uma notável diferença entre receber um telefonema de sua mãe dizendo “filho, estou preocupada, teu pai continua sem se cuidar; o exame deu 300 de glicemia” e, sendo médico, receber um laudo de laboratório de um paciente onde consta “Glicemia. Valor obtido: 300 / valor referência <100”. Ainda que, eventualmente, se trate do mesmo indivíduo e que a informação objetiva sobre a glicemia seja a mesma, induzindo conclusão de que há o descontrole de uma diabetes, claramente as mensagens têm grande distinção e implicam, inclusive, conteúdos e efeitos distintos.

Nesse exemplo, quando do campo da invenção, pode-se considerar o *ethos*, de um lado, sobre a relação entre a mãe e o filho e, de outro, da relação entre o laboratório e o médico. Claramente os vínculos de

confiança são distintos e tem também suportes lógicos e afetivos diferentes, influenciando sobre a crença gerada pela informação em cada distinto auditório. Quanto ao *pathos* os impactos afetivos sobre e as expectativas de um médico que, com certa preocupação, atenta aos resultados de um exame de glicemia são muito diferentes daqueles gerados no filho que escuta sobre o adoecimento do pai e das aflições que disso decorrem. Ao *logos*, igualmente há distinções, dado que as informações mais sensíveis ao filho possivelmente não serão as mais determinantes para a atuação do médico. Enquanto um recebe a informação e a processa para concluir que deve ter uma conversa com o pai, o outro possivelmente encaminha uma atuação para dar dosagem diferente na medicação. Na disposição da primeira formulação, pode-se considerar uma abertura, um marco afetivo de preocupação e a narrativa sobre um dado. Na segunda, a disposição se faz por comparação direta, como um lançar de dados em tabela. Os efeitos que uma tal ordem no discurso promove são claramente distintos e estão conectados com a pretensa importância das informações para os diversos interlocutores. O estilo é também distinto, transitando entre a informalidade afetiva e o texto técnico. Enquanto um encadeia orações, o outro sequer apresenta verbos. Pensando nos diferentes contextos retóricos é fácil concluir que um modo adequado em uma circunstância seria despropositado na outra, gerando impressões e conclusões que caminhariam à perplexidade na hipótese de aplicação estilística inversa.

5. Um exemplo forense

O exame anterior valeu-se de um simplório casuísmo cotidiano. Atenção similar pode ser empreendida também para consideração de questões mais elaboradas, inclusive aquelas tipicamente jurídicas. Há um vasto campo para análise das atuações forenses. Assim se dá para o

planejamento de manifestações e sua realização, como também para a análise e hermenêutica de manifestações ocorridas em juízo. São muitas as situações daí decorrentes que podem se valer de categorias retóricas para um melhor uso da linguagem em argumentações.

Muitas aplicações são sugeridas nos textos subsequentes deste volume, considerados variados campos do conhecimento jurídico. Outras foram igualmente articuladas em oportunidade anterior ⁴⁴. Nada obstante, como forma de exemplificar uma brevíssima introdução à análise retórica de caráter forense, propõe-se o exame particular de um acórdão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, dedicando-se especial atenção ao item n. 2 da ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.
2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.
3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente *mandamus* e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

⁴⁴ SCARPARO, Eduardo (org.). Ensaio de Retórica Forense. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirir tal decism.

5. Embargos de declaração rejeitados.

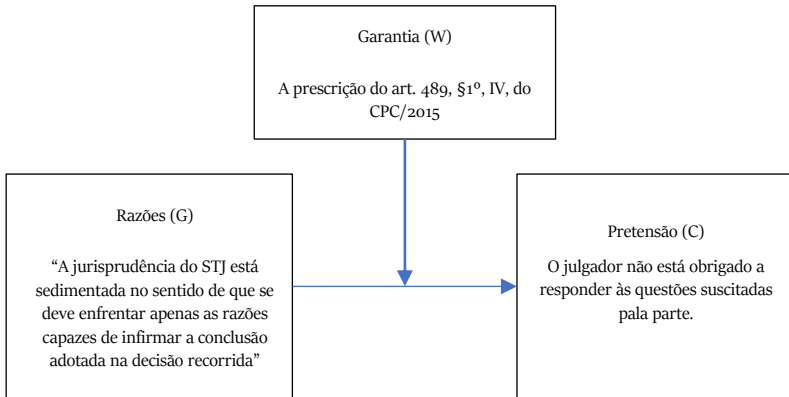
(EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016)

A conclusão de que “o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes” é tão repetida nas decisões forenses que se acredita ser uma difícil tarefa encontrar o primeiro redator dessa formulação, já presente em outras cortes e sob a legislação processual anterior (CPC/1973). O texto da lei examinado (CPC/2015. Art. 489, §1º, IV) determina que “não se considera fundamentada a decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. O acórdão em questão tem relevo, pois consiste na primeira manifestação oriunda de Seção do STJ acerca da disposição do então recém vigente CPC/2015.

Quanto ao teor do acórdão, verifica-se que, com alguma surpresa, ele não diverge em nenhuma palavra da ementa, sendo essa uma simples transcrição integral do voto da relatora. Ao ponto que importa para esse breve exame retórico eis a enunciação a ser examinada:

“O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.”

Para facilitação do exame em questão, propõe-se, de início, uma diagramação analítica argumentativa da decisão valendo-se de algumas estruturas propostas por Stephen Toulmin ⁴⁵, considerada a simplicidade do argumento apresentado no acórdão:



A primeira sinalização é que o texto pressupõe implicitamente a aceitação de uma série de questões controversas e estrutura-se sob um argumento fundado na autoridade e na tradição. Igualmente, não se pode deixar de sinalizar alguma circularidade na tese. De qualquer sorte, com atenção, verifica-se que o texto traz como razão (G) uma formulação do *argumentum ad antiquitatem*, pois considera que, como o STJ já decide assim há longa data, tendo consolidado a posição, seria essa a melhor solução.

No caso, não se ignora a importância de haver estabilidade nas decisões e a relevância argumentativa de um histórico de decisões da corte – o que afasta a alegação de ser sempre falacioso o uso desse tipo argumentativo –, mas é conveniente contextualizar que o julgamento em questão foi importante para dar sentido a um novo e polêmico texto legal

⁴⁵ TOULMIN, Stephen. Os usos do argumento. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 135-207.

(CPC/2015. Art. 489, §1º, IV) que não tinha paralelo na legislação anterior (CPC/1973). Por isso, a grande questão a fundamentar seria justamente a solidez da garantia (W) oferecida àquela orientação então assumida pela corte (G). A função constitucional do STJ, por sua Primeira Seção, seria anunciar a melhor interpretação da nova disposição legal, de modo que o aspecto mais importante da decisão se tratava da explicitação do que permitiu estabelecer a garantia (W), justamente para viabilizar se houve a recepção, no sistema da nova legislação, da orientação reiterada na legislação revogada (e muito combatida pela doutrina processual de então).

Nesse ponto, ao que parece, o *status quo* interpretativo da legislação anterior ofereceria, no máximo, uma analogia fraca sobre o modo de decisão, ainda que pudesse justificar algum peso argumentativo em benefício da conservação de uma hipótese interpretativa ⁴⁶. De qualquer maneira, a questão demandava alguma apreciação mais pontual. Não se tratava, especificamente, de apenas repetir uma conclusão que já fora tomada anteriormente, sem qualquer novidade ou consideração a tecer, mas, antes disso, a apreciação da conveniência e da primeira interpretação de um novo texto legal pela Seção da corte responsável por dar a última palavra acerca da respectiva aplicação.

O texto, no ambiente forense, é muito conhecido a ponto de promover uma quase autojustificação pela sua repetição. Tanto já se disse nesse sentido que não é mais necessário desenvolver as razões, basta enuncia-lo como um argumento pronto ⁴⁷. De tanto que foi repetida a proposição estaria “sedimentada”. Nesse ponto, um tal “argumento de prateleira” conecta-se à forte abstração, dado que não consta na

⁴⁶ Sobre analogia ver SCARPARO, Eduardo. *Retórica Forense: História, Argumentação e Invenção Retórica*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021, p. 294-301.

⁴⁷ Id. *Ibid*, p. 343-344.

justificação da decisão nem qual era o fundamento suscitado pela parte, nem mesmo referência à própria decisão que teria (ou não) as razões enfrentadas no recurso em questão.

Na trama de fundo parece haver uma sustentação valorativa de questões resolvíveis ao modelo do cálculo, tendo em vista que pressupõe que, havendo variados modos de alcançar um resultado correto, qualquer deles seria suficiente para assentar a verdade da conclusão, podendo-se dispensar o exame dos demais. Há nesse passo, um aceno à compreensão da racionalidade como demonstração, com o desmerecimento das argumentações para resoluções do direito, ou, ao menos, a ausência de abertura para a argumentação na discussão que o recorrente pretendeu promover.

Nessa racionalidade que tensiona à demonstração, propõe-se implicitamente a preferência ao dado abstrato em detrimento de argumentações mais particulares. Examinando-se a tópica como esquema argumentativo ⁴⁸, verifica-se, nesse contexto de argumentação, o uso de um *lugar de ordem*, na medida em que a fundamentação prefere o exame dos princípios gerais em detrimento dos casuísmos ⁴⁹.

Quanto à razão estruturante, a corte ofereceu a referência a outros julgamentos seus, sinalizando que o fundamento da decisão ou consiste de uma verdade já reconhecida em outra oportunidade (a semelhança de um cálculo já realizado e que, por isso, não precisa ser refeito), ou advém da força à sua autoridade, como forma de assentar a credibilidade da decisão independentemente de novas razões. Nesse caminho, é de certa maneira surpreendente que o acórdão em referência se limita a dizer que “a

⁴⁸ Id *Ibid.*, p. 334-340.

⁴⁹ Na mesma estruturação de ordem está o contexto de recepção e transcrição das decisões, no direito brasileiro, a partir da enunciação do número do recurso. O vínculo ao número, diferentemente da identificação pelos litigantes, como ocorre nos sistemas de *Common Law*, por exemplo, de início, pode sugerir a abstração da tese ao caso, uma vez que destitui a sua referência de situações particulares, como a identificação dos litigantes.

jurisprudência está sedimentada”, sem proceder sequer a um inventário de ementas em reforço de tal afirmação. Uma tal omissão pode sugerir que, na avaliação do orador, seria tão arraigada a tese no espírito do auditório que não seria necessário nem mesmo uma tal apresentação.

Há, no entanto, uma falha de justificação grave nessa proposição. A orientação anterior da corte foi o único argumento apresentado para guiar a interpretação do art. 489, §1º, do CPC/2015. Examinando pela via da tópica como esquema argumentativo, poder-se-ia dizer que se trata de um *lugar de quantidade* (muitas vezes se disse, ou muitos julgamentos afirmaram, ou muitos entendem dessa forma..., logo é correto) ou, alternando para outra tipologia argumentativa, de um uso do argumento *ad populum*. Todavia, não são apresentados sequer os suportes mínimos da quantificação sugerida, pressupondo-se implicitamente a aceitação do dado pelo auditório.

Quiçá – e o ponto não passa de mera suposição – outras razões presentes não foram explicitadas, quem sabe por não terem assento em um cálculo abstrato, mas nas circunstâncias valorativas e passionais daquele contexto comunicativo⁵⁰. É plausível supor que contribuíram vivamente para a conclusão oferecida na decisão o excesso de recursos e o cansaço de um repetição digna de Sísifo, a ânsia por maior efetividade nos

⁵⁰ A questão pode ser apresentada sob a perspectiva de haver razões institucionais ou substanciais para a tomada de decisão, sendo possível considerar a ocorrência de um sistema híbrido de valoração. “Nós supomos que juizes raramente vão tão longe para assentar seus julgamentos em considerações puramente morais ou políticas que simplesmente desrespeitam o direito existente. No processo legal, decisões judiciais serão frequentemente fundamentadas ou sobre um raciocínio sobre o direito ou em raciocínio conforme o direito. Juizes na maior parte das vezes vão dizer que estão aplicando o direito existente ao caso concreto, ou vão usar considerações substantivas com relativa cautela”. Na consideração apresentada pelos autores, (...) “juizes podem escolher investir em argumentos híbridos se eles consideram que o auditório está disposto a admitir uma combinação de considerações morais e legais; mas não se eles consideram que seu auditório é desconfiado com juizes que dão vazão à convicções substantivas”. SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. *Legal Audiences. Argumentation*, n. 32, p. 273-291, 2018, p. 280-281. No texto, ainda, os autores discutem sobre a estilística judicial diante um auditório legal ou geral, indicando que, no primeiro caso, haveria maior tendênci a uma argumentação formal, enquanto que, diante de um auditório menos técnico, as razões substantivas poderiam encontrar maior espaço. Em adendo, é possível considerar que o auditório dos juizes seja também mais específico que uma comunidade ampla de juristas, quando ocorre quando seu auditório prioritário equivale aos próprios outros juizes da corte.

gabinetes por conta do volume de recursos para julgamento, a inconformidade com as divergências suscetíveis pelos advogados que não se conformam diante de uma posição já anunciada da corte e, quem sabe, até mesmo algum dissabor com a insubordinação à autoridade decisória ou à desqualificação das razões apresentadas por ela. Ao fundo, talvez, encontre-se o incômodo, por diferentes possíveis origens. Quem sabe justamente por isso, com alguma ironia – e se permitindo brincar um pouco com o texto do art. 489, §1º, IV, do CPC/2015 –, não seria necessário sequer enfrentar as disposições específicas da legislação e das posições doutrinárias então já publicadas⁵¹ pois seriam fatalmente insuficientes para infirmar a conclusão dita sedimentada pela corte.

O art. 489, §1º, IV, do CPC/2015, pela interpretação prevalente na doutrina processual, sugere que há um dever do magistrado de enfrentar os fundamentos apresentados pela parte vencida, bastando que, por hipótese, pudessem afetar as conclusões lançadas na decisão recorrida. No entanto, a fundamentação examinada parte da ampliação da exceção, destacando a ideia de que a regra dispõe que haveria um dever de fundamentar aplicável “somente quando”, a critério do próprio julgador, aquelas razões pudessem afetar de alguma maneira a conclusão então oferecida.

Com isso, a enunciação de uma possível derrota “em tese” das razões da decisão (preconizada em lei) transforma-se em uma avaliação

⁵¹ “A motivação só será completa quando forem levadas em consideração, e expressamente repelidas, absolutamente todas as alegações feitas pela parte vencida, além de indicar expressamente, em caso de acolhimento do pedido formulado, as razões fáticas e jurídicas para tanto. Como disposto no art. 489, §1º, IV, do NCPD, é dever do juiz ‘enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador’. LUCÇA, Rodrigo Ramina de. O dever de motivação das decisões judiciais. Salvador. Juspodivm, 2015, p. 224. E, também: “para que a motivação atenda às exigências legais, deverá abordar toda a matéria suscitada pelos litigantes, desde que juridicamente relevante para justificar a decisão. É evidente que, pela perspectiva lógica, não será necessário enfrentar os argumentos cuja apreciação estiver prejudicada pelo acolhimento de determinada preliminar. Desse modo, se, por exemplo, for acolhida a arguição de prescrição, o juiz não estará obrigado a examinar e decidir outras questões controvertidas que foram deduzidas pelas partes”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 111.

particular, sigilosa e íntima do próprio decisor que resulta no afastamento do dever de fundamentação sempre que ele mesmo compreender que aquelas razões não seriam boas o suficiente para afastar as suas conclusões. Afora a circularidade de uma dada proposição, o centro de resolução da questão está na simples autoridade. Com isso, no lugar de se examinar as questões suscitadas pelas partes com a designação da razão e do motivo de sua refutação, poderá o magistrado apresentar um enunciado abstrato (“o julgador não está obrigado...”) e deixar de fundamentar concretamente uma decisão (“a meu ver, não infirma as minhas razões”).

Quando a atenção de um exame retórico recai ao estilo, vê-se que o adotado no acórdão é bastante próprio ao de um texto jurídico. Pontualmente, é necessário reconhecer que, ainda que presentes em dicionários gerais, expressões como “suscitada”, “proferir”, “prescrição”, “sedimentada” ou “infirmar” não constituem vocabulário de uso popular, sendo léxico identificado com o de uma comunidade de juristas. Do léxico, se percebe quem é o orador e a que auditório se destina o discurso. Em consonância com as premissas de racionalização do texto, há uma abstração na enunciação, com a preocupação da formulação de uma tese e não de um julgamento casuístico. Igualmente, o acórdão trata do problema em terceira pessoa, sem vinculação com o caso efetivamente examinado e é bastante suscinto.

A disposição segue a habitualidade de um acórdão no qual há a apresentação prévia de um relatório e da enunciação, por parágrafos, dos capítulos da decisão, independentemente de um vínculo estabelecido entre os diferentes itens decididos. Mais especificamente sobre o parágrafo em comento, nota-se que não se cogita discutir sobre a ordem de apresentação dos argumentos fortes e fracos, pois há apenas um argumento lançado no texto. A pronúncia, por fim, não admite maior exame, considerando

que há apenas o registro escrito do julgamento, aqui já brevemente examinado.

O fato é que o conjunto de considerações que se pode obter a partir de um instrumental de análise retórica amplia significativamente a inteligência sobre os sentidos e contextualização de um discurso. Um exame semelhante pode ser realizado com textos doutrinários, com aulas e palestras proferidas, petições, discursos e promoções que envolvam o direito e, inclusive, com esse próprio ensaio. Trata-se de mecanismo estruturado para o planejamento, análise e compreensão dos discursos, inclusive aqueles de caráter jurídico.

Considerações Finais

Ao se propor um exame analítico de um discurso, com um método de atentar aos elementos da retórica e promover sua apreciação tanto individual como integrada, busca-se compreender a adequação dos meios empregados para a comunicação e dos propósitos de uma enunciação, operando, igualmente uma função hermenêutica. A análise retórica viabiliza conhecer sobre um contexto ampliado da enunciação, fornecendo dados que, muitas vezes, se apresentam apenas implicitamente, sem que se dê a eles a atenção necessária para uma compreensão mais integrativa dos atos de comunicação.

Além disso, as vantagens de sua consideração para um planejamento retórico são expressivas, dado que a consideração esquemática dos elementos da retórica permite o pensamento estruturado sobre o modo de praticar uma atividade discursiva, validando elementos que interferem vivamente sobre a mensagem e a sobre a persuasão decorrente de sua expressão. Isso tem valor nas mais variadas práticas comunicativas, seja aquelas que direcionam a conversas cotidianas, como aquelas de caráter

mais técnico, nas muitas especialidades e aplicações do conhecimento humano.

Referências

[DESCONHECIDO]. Retórica a Herênio. 1ª ed. São Paulo: Hedra, 2005.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. 4ª ed. São Paulo: Edipro, 2014.

_____. Política. 1ª ed. Brasília: UNB, 1985.

_____. Retórica. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2013.

BRETON, Philippe. Argumentação na comunicação. 1ª ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.

CAMPBELL, Karlyn Kohrs; HUXMAN, Susan Schultz; BURKHOLDER, Thomas. Atos de retórica: para pensar, falar e escrever criticamente. 1ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

CICERO. De inventione / De optimo genere oratorum / Topica. Cambridge: Harvard Univesrity Press, 1949.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DEMO, Wilson. Retórica e Argumentação. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

ELSTER, Jon. Emotional choice and rational choice. In: GOLDIE, P. (Ed.). The Oxford Handbook of Philosophy of emotion. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p.263-281.

GALLINARI, Melliandro Mendes. Logos, Ethos e Pathos: "Três lados" da mesma moeda. Alfa, v. 58 (2), p. 257-258, 2014.

GARAVELLI, Bice Mortara. Manuale di Retorica. 15ª ed. Milão: Bompiani, 2014.

KENNEDY, George. Classical rhetoric and its Christian and secular tradition from ancient to modern times. 2ª ed. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1999.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. O dever de motivação das decisões judiciais. Salvador. Juspodivm, 2015.

MARTINEAU, François. Argumentación Judicial del Abogado. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2009.

MCCOY, Marina. Platão e a retórica de filósofos e sofistas. 1ª ed. . São Paulo: Madras, 2010.

MEYER, Michel. Questões de Retórica: Linguagem, razão e sedução. 1ª ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

MURPHY, James Jerome. The codification of Roman Rhetoric. In: MURPHY, J. J.; KATULA, R. (Ed.). A synoptic history of classical rhetoric. 3ª ed. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 2003. p.127-150.

PERELMANN, Chäim. Lógica Jurídica: Nova Retórica. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PLANTIN, Christian. A Argumentação: história, teorias, perspectivas. 1ª ed. . São Paulo: Parábola Editorial, 2008.

RABAIOLI, Laíza. A disposição como cartografia retórica: produção antecipada de provas e etapas do discurso no processo civil. In: SCARPARO, E. (Ed.). Ensaios de Retórica Forense. 1ª ed. Porto Alegre: Fi, v.I, 2020. p. 157-177.

REBOUL, Olivier. Introdução à retórica. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROESLER, Cláudia. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais? In: ROESLER, C.; HARTMAN, F.. Retórica e Argumentação Jurídica: modelos em análise. 1ª ed. Curitiba: Alteridade, 2018.

ROHDEN, Luiz. O poder da linguagem: a arte retórica em Aristóteles. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

SCARPARO, Eduardo. Retórica Forense: História, Argumentação e Invenção Retórica. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2021.

SCARPARO, Eduardo (org.). Ensaios de Retórica Forense. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. Legal Audiences. *Argumentation*, n. 32, p. 273-291, 2018.

TRINGALI, Dante. *Introdução à retórica: a retórica como crítica literária*. 1ª ed. São Paulo: Duas Cidades, 1988.

TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

WALTON, Douglas. *The Place of Emotion in Argument*. University Park Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 1992. ISBN 9780271008530.

Do *logos* à argumentação no processo civil

João Paulo Tagliari¹

1. Introdução

No âmbito forense, constantemente, emprega-se a (expressão) “*retórica*” somente para adjetivar-se, de modo pejorativo, um determinado argumento. Assim, uma argumentação *falsa*, *inverossímil* ou *leviana* é taxada de “pura retórica” ou de “retórica vazia”. Uma simples pesquisa pela palavra “retórica” no repositório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça confirma a inclinação a essa compreensão. A título de exemplo, os cinco primeiros acórdãos localizados nos resultados da pesquisa de jurisprudência² contêm as seguintes assertivas: (i.) “(...) a afastar qualquer suposição, meramente retórica, de imposição ou de subordinação entre os contratantes”³; (ii.) “(...) não é despidendo notar que a argumentação revela-se meramente retórica (...)”⁴; (iii.) “(...) há questões de ordem material e de ordem factual que devem ser resolvidas nas instâncias ordinárias. Sem isso, se tornará apenas retórica e mesmo formalista a decisão de mérito que o STJ venha a proferir neste caso (...)”⁵; (iv.) “(...) o Tribunal de origem (...) concluiu, com base nos elementos fáticos dos autos, que inexistente qualquer fato concreto capaz de macular a

¹ Mestrando em Direito Processual Civil (UFRGS). Advogado em Souto Correa Advogados. joao.tagliari@soutocorra.com.br

² A pesquisa foi realizada em julho de 2021 no portal do STJ. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

³ BRASIL, STJ, REsp 1699855/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 01/06/2021, DJe 08/06/2021.

⁴ BRASIL, STJ, AgInt no AREsp 1634582/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 04/05/2021, DJe 21/05/2021

⁵ BRASIL, STJ, REsp 1860269/PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 03/12/2020, DJe 09/12/2020.

imparcialidade do perito, ficando a alegação somente no campo da retórica (...)”⁶; e (v.) “(...) inexistente qualquer fato concreto capaz de macular a imparcialidade da perita, ficando a alegação somente no campo da retórica”⁷. Além disso, há julgados que citam “fórmulas retóricas” para expressar a noção de fundamentações ou argumentações genéricas que, em tese, serviriam para qualquer situação⁸.

Não é incomum uma associação quase natural da retórica com um discurso sem conteúdo, carente de significado e de razões suficientes e idôneas que o sustentem. Tanto é assim que Michael Billig aponta que o retórico já fora taxado como um *fanfarrão*, que utiliza frases cheias de som e fúria, mas sem significado adequado, ou pior, como um *trapaceiro*, que tenta empregar palavras vazias para ocultar o conteúdo genuíno⁹. É correto que se entenda a retórica como um discurso cheio de som e fúria, mas sem conteúdo e, portanto, sem relevância para a prática forense? Para desmistificar essa compreensão, este artigo analisa, em sua primeira parte, um elemento bastante relevante da retórica: o *logos*.

Para além disso, a partir das relações entre retórica, argumentação e processo civil, são abordados os papéis dos sujeitos processuais na interpretação e aplicação do Direito. O processo de interpretação e aplicação do direito – isto é, de definição do conteúdo do direito vigente – no âmbito do processo civil é uma tarefa delegada somente ao juiz ou é compartilhada com as partes? Esse questionamento é o mote de partida da segunda parte deste artigo, especialmente em razão dos seus reflexos na *divisão do*

⁶ BRASIL, STJ, AgInt no AREsp 1402090/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 19/10/2020, DJe 23/10/2020.

⁷ BRASIL, STJ, AgInt no AREsp 1272115/GO, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 18/05/2020, DJe 25/05/2020.

⁸ Nesse sentido: BRASIL, STJ, RHC 118.530/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, 5ª Turma, j. 22/10/2019, DJe 04/11/2019; HC 525.761/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, 5ª Turma, j. 17/09/2019, DJe 24/09/2019; STJ.

⁹ BILLIG, Michael. *Arguing and thinking: a rhetorical approach to social psychology*. New York: Cambridge Press, 1996, p. 32.

*trabalho*¹⁰ entre o juiz e as partes e na conformação do *formalismo* processual¹¹. O objeto do artigo é indicar a existência de ônus argumentativos das partes no processo civil, exemplificando a questão a partir da petição inicial.

2. O papel do *logos*

Enquanto “estudo do que é persuasivo”¹², a retórica sempre se preocupou com a conjugação da elocução com o estilo, com os gestos e com técnicas para impressionar o auditório¹³. Porém, quando a disciplina é reduzida à questão estilística ou às emoções empregadas para fins persuasivos, há uma tendência a que se considere a retórica como *algo* (v.g., um discurso, uma arte ou uma técnica) desprovido de *racionalidade*. Essa concepção se encontra presente no âmbito forense, como exemplificado pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça citados. Para desfazê-la, pode-se recorrer às lições Aristóteles – das quais são extraídas muitas das bases sobre as quais a retórica foi edificada.

Aristóteles entende que *retórica* consiste na “capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir”¹⁴. Em sua visão, a função da retórica não é somente persuadir, mas discernir os *meios de persuasão* mais pertinentes a cada caso¹⁵. Aristóteles critica os que o

¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da divisão do trabalho entre o juiz e as partes: aspectos terminológicos. *Temas de Direito Processual*, Quarta Série, p. 35-44. São Paulo: Saraiva, 1989.

¹¹ Isto é, a delimitação dos poderes, faculdades, ônus e deveres dos sujeitos processuais, assim como coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo com vistas a que sejam atingidas suas finalidades, cf.: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*: Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

¹² CAMPBELL, Karlyn Kohrs; HUXMAN, Susan Schultz; BURKHOLD, Thomas R. *Atos de retórica*: para pensar, falar e escrever criticamente. Trad. Marilene S.S. Garcia. São Paulo: Cengage Learning, 2015, p. 9.

¹³ “(...) o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação”. In: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 22.

¹⁴ ARISTÓTELES. *Retórica*. 2. ed. Trad. Manuel Alexandre Junior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998, p. 95 (1355b).

¹⁵ ARISTÓTELES. *Retórica*. 2. ed. Trad. Manuel Alexandre Junior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998, p. 94 (1355b).

precederam (especialmente, os *sofistas*) por terem dado especial atenção à estrutura formal do discurso e ao estímulo das emoções na busca da persuasão, mas negligenciando o uso da argumentação lógica. Sua grande inovação foi, então, o papel atribuído “ao argumento lógico como elemento central na persuasão”¹⁶. A retórica de Aristóteles já foi descrita como “questão de discurso, de racionalidade, de linguagem”, dimensões que podem ser definidas pelo emprego do termo *logos*.¹⁷

A retórica aristotélica é fundada na *prova*. Aristóteles expõe a existência de dois modos de provas: (a) as *provas não técnicas, inartísticas ou extrínsecas*, que constituem evidências que não são produzidas pelo orador, mas que já existem (por exemplo, as testemunhas ou os contratos); e (b) as *provas técnicas, artísticas ou intrínsecas*, que são os meios de persuasão criadas pelo orador. Assim, enquanto o orador pode *utilizar* as primeiras, ele precisa *inventar* as segundas¹⁸ – e, por isso, uma das quatro partes da retórica é chamada de *invenção*¹⁹.

Aristóteles identifica três meios de prova intrínsecas, modos de apelo ou formas de persuasão fornecidos pelo discurso: (a) as que residem no caráter do *orador (ethos)*; (b) as que se ligam à emoção do *auditório (pathos)*; e (c) as que residem no próprio *discurso (logos)*, pelo que o

¹⁶ Conforme destacado por ALEXANDRE JUNIOR, Manuel. Introdução. In: ARISTÓTELES. *Retórica*. 2. ed. Trad. Manuel Alexandre Junior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998, p. 33-34.

¹⁷ MEYER, Michel. *A retórica*. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 22.

¹⁸ ARISTÓTELES. *Retórica*. 2. ed. Trad. Manuel Alexandre Junior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998, p. 96 (1355b).

¹⁹ “(...) a retórica é decomposta em quatro partes, que representam as quatro fases pelas quais passa quem compõe um discurso, ou pelas quais acredita-se que passe. Na verdade, essas partes são principalmente os grandes capítulos dos tratados de retórica. Quais são elas? Para não criar confusão, manteremos seus nomes tradicionais, do latim. A primeira é a invenção (*heurésis*, em grego), a busca que empreende o orador de todos os argumentos e de outros meios de persuasão relativos ao tema de seu discurso. A segunda é a disposição (*taxis*), ou seja, a ordenação desses argólentos, donde resultará a organização interna do discurso, seu plano. A terceira é a elocução (*lexis*), que não diz respeito à palavra oral, mas à redação escrita do discurso, ao estilo. É aí que entram as famosas figuras de estilo, às quais alguns, nos anos 60, reduziam a retórica! A quarta é a ação (*hypocrisis*), ou seja, a proferição efetiva do discurso, com tudo o que ele pode implicar em termos de efeitos de voz, mímicas e gestos. Na época romana, à ação será acrescentada a memória” In: REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2ª. ed. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 43-44.

discurso demonstra ou parece demonstrar²⁰. Ou seja, *ethos*, *pathos* e *logos* são provas retóricas. Essa última categoria de provas (*logos*) está conectada à lógica do assunto, ao conteúdo do discurso, ou melhor, ao conteúdo racional do discurso. Segundo Aristóteles, persuade-se pelo discurso quando se mostra a verdade ou o que parece verdade²¹, tendo em vista que a retórica se manifesta em campos que não gozam da *certeza* própria das ciências (nos quais atua a lógica formal), mas que lidam com *probabilidades* e *verossimilhança*, como as questões jurídicas e políticas²². Nesses campos, não é possível utilizar somente a demonstração, sendo-lhes próprio o discurso argumentativo²³.

Eduardo Scarparo assinala que o *logos* é justamente “o aspecto central do renascimento da retórica como disciplina virtuosa no pensamento contemporâneo”, na medida em que representa a “fundação racional do que parece ser verdadeiro” e, além disso, “estabelece as proposições e os vínculos entre elas, justificando uma determinada conclusão. Em outras palavras, representa os raciocínios e o trabalho com os argumentos racionais”²⁴. Nos capítulos finais deste artigo, tentar-se-á expor que a racionalidade do discurso judicial, em termos de completude e concretude, depende da observância dos critérios previstos no art. 489, §§1º e 2º, do CPC, a serem observados tanto pelo juiz quanto pelas partes.

Cabe pontuar, ainda, que expressão discursiva que consubstancia o *logos*, enquanto racionalidade, não é reduzível à sua acepção

²⁰ ARISTÓTELES. *Retórica*. 2. ed. Trad. Manuel Alexandre Junior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998, p. 96 (1356a).

²¹ ARISTÓTELES. *Retórica*. 2. ed. Trad. Manuel Alexandre Junior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998, p. 97 (1356a).

²² REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2ª. ed. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 27.

²³ SCARPARO, Eduardo. Mas e a retórica? Sobre as demonstrações e argumentações. In: ____ (Org.). *Ensaios de retórica forense* [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020, p. 19-55.

²⁴ SCARPARO, Eduardo. *Retórica Forense: história, argumentação e invenção retórica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 259.

demonstrativa ou lógica. Segundo Melliandro Mendes Galinari, é preciso compreender que:

(i) a complexidade estrutural do *logos*, que vai desde os vários aspectos elementares da linguagem (morfologia, sintaxe, prosódia etc.) até os raciocínios esboçados pelos mesmos no desenvolvimento textual, (ii) o seu caráter dialógico e responsivo diante de outros *logoi*, (iii) o seu vínculo com a *doxa* e/ou toda sorte de saberes partilhados (valores, representações sociais, estereótipos, ideologias etc.), (iv) a sua figuração e sentido num determinado contexto ou *kairos*, (v) a sua potencialidade de gerar, no plano da adesão, uma multiplicidade de impactos não redutíveis, por sua vez, a uma adesão meramente intelectual (*fazer-crer*), estendendo-se também a adesões comportamentais (*fazer-fazer*) e emotivas (*fazer-sentir*). Tudo isso implica, obviamente, em se considerar, ao se partir do *logos*, as suas usuais condições de produção e o enquadramento genérico do discurso.²⁵

Galinari entende que *logos*, *ethos* e *pathos* não são meios de persuasão autônomos, podendo ser analisados a partir de sua inter-relação. Para o autor, “o *ethos* e o *pathos* (as imagens de si e as emoções suscetíveis no auditório) só se tornam realidade a partir do discurso”, ou seja, de todas as dimensões do *logos* analisadas num contexto determinado²⁶.

Michel Meyer igualmente defende que *ethos*, *pathos* e *logos* devem ser postos em pé de igualdade para que se compreenda adequadamente a retórica, pois o orador, o auditório e a linguagem são dimensões constitutivas e essenciais da retórica. Em sua visão, o orador e o auditório negociam sua diferença diante de um problema, comunicando-se reciprocamente. Assim, a questão ou o problema seria um elemento

²⁵ GALINARI, Melliandro Mendes. *Logos, ethos e pathos: “três lados” de uma mesma moeda. Alfa: Revista de Linguística*, v. 58, n. 2, p. 257-286, São José do Rio Preto, 2014, p. 265-266.

²⁶ GALINARI, Melliandro Mendes. *Logos, ethos e pathos: “três lados” de uma mesma moeda. Alfa: Revista de Linguística*, v. 58, n. 2, p. 257-286, São José do Rio Preto, 2014, p. 264 e *passim*.

indispensável à retórica, pois, se não houvesse um problema, não haveria debate entre orador e auditório. De seu turno, a *linguagem* teria por função traduzir o que constitui o problema. Enfatizando o problema, Meyer sustenta que “a retórica é a negociação da diferença entre os indivíduos sobre uma questão dada”²⁷, bem como sintetiza o *logos* como “(...) tudo aquilo que está em questão”²⁸.

Scarparo leciona que, no campo do direito, um discurso jurídico compatível com o Estado Democrático de Direito deve estar calcado em assentos racionais: o *logos* é, justamente, o elemento que confere a estrutura e o conteúdo argumentativo racional do discurso²⁹. Segundo o autor, a escolha dos argumentos racionais a serem utilizados em um discurso persuasivo constitui atividade situada no campo da *invenção*, por meio da qual se dá “a exploração das provas de razoabilidade ou correção de uma tese ou para confrontar as opiniões contrárias”³⁰. Sem prejuízo, em um ambiente retórico, “as provas a serem inventadas não se limitam ao campo do *logos*, mas também se assentam no *pathos* e no *ethos*”³¹, pois a aceitação das teses é favorecida ou prejudicada pelas emoções do discurso gerados no auditório.

Assim, ainda que, para desmistificar a concepção de retórica como discurso vazio seja imprescindível lançar luzes aos elementos racionais do *logos*, não se pode perder de vista suas necessárias inter-relações com o *ethos* e com o *pathos*.

²⁷ MEYER, Michel. *A retórica*. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 25.

²⁸ MEYER, Michel. *A retórica*. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 45.

²⁹ SCARPARO, Eduardo. *Retórica Forense: história, argumentação e invenção retórica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 259-260 .

³⁰ SCARPARO, Eduardo. *Retórica Forense: história, argumentação e invenção retórica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 333.

³¹ SCARPARO, Eduardo. *Retórica Forense: história, argumentação e invenção retórica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 333.

3. A argumentação no processo civil: o papel da retórica

A utopia que buscava na *lógica formal* o recurso necessário para a segura aplicação do Direito desvaneceu-se, diluindo o espaço para *discursos demonstrativos* baseados em raciocínios puramente *silogísticos*. Resolver problemas jurídicos não é uma tarefa limitada à *dedução lógica* de uma *conclusão* a partir de duas *premissas*, pela mera subsunção dos fatos (*premissa menor*) à norma jurídica preestabelecida pelo legislador (*premissa maior*)³². Tendo em vista a limitação de sede e de escopo deste trabalho, as muitas considerações que poderiam ser feitas sobre a superação do paradigma racionalista e cientificista no Direito³³ não serão abordadas. Entende-se que, no estágio atual do desenvolvimento do pensamento jurídico, é possível que se avance no discurso sem a necessidade de incursão em uma tentativa (limitada) de reconstrução histórica. Parte-se, pois, para o início do movimento de percepção da insuficiência da estrita vinculação do raciocínio jurídico à *lógica formal*. A seguir, são destacados dois principais marcos dessa trajetória.

A partir da década de 1950 e 1960 do século passado, surgiram as teorias que mais abertamente combateram a compreensão de que o raciocínio jurídico consistiria apenas na aplicação de um método silogístico e lógico-dedutivo³⁴. Atienza³⁵ refere que, inicialmente, despontaram

³² Sobre o papel da lógica no campo jurídico e sobre o raciocínio silogístico: TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 40-47, 117-122, 128-163, 234-247; ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria C. Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 17-44; COELHO, Fábio Ulhoa. *Introdução à lógica jurídica* [livro eletrônico]: pensamento, raciocínio e lógica no Direito. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: do modelo ao princípio* [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-2.3.

³³ Sobre o tema, especialmente no que toca às suas influências sobre a conformação do processo civil: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34-86.

³⁴ MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da Decisão Judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 60-61.

³⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria C. Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 45.

teorias da argumentação que não possuíam como fundamento a noção da lógica formal dedutiva, citando como exemplos a aproximação com a *tópica* e com a dialética realizada por Viehweg³⁶, a revalorização da retórica racional empreendida por Perelman³⁷ e a *lógica informal* trabalhada por Toulmin³⁸.

No início do “Tratado da Argumentação”, Perelman e Olbrechts-Tyteca contrapuseram a *argumentação* à *lógica formal* e à *demonstração*³⁹. No ponto, cabe referir que *demonstração* e *argumentação* são duas categorias diferentes de discurso, cada uma com ferramentas próprias. O raciocínio demonstrativo lida com a *certeza*, de modo a permitir que, a partir de premissas apodíticas (certas), chegue-se, por inferências dedutivas, a conclusões necessárias. É o campo no qual atua a lógica formal, próprio das ciências exatas e da matemática. De seu turno, a argumentação se move no terreno da *probabilidade*, especialmente porque lida com áreas da experiência prática (direito, filosofia, sociologia etc.). Na argumentação, as premissas são *prováveis* e as conclusões *contestáveis*. É o campo onde a *retórica* e a *dialética* são as ferramentas⁴⁰. No campo jurídico, a tomada de posição racional demanda argumentação razoável, sendo indispensável o desenvolvimento de raciocínios argumentativos em detrimento de raciocínios puramente demonstrativos⁴¹.

³⁶ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: uma Contribuição a Investigação dos Fundamentos Jurídico Científicos* (1954). Trad. Kelly Susane Allfen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2008.

³⁷ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

³⁸ TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento* (1958), 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³⁹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 15-17.

⁴⁰ SCARPARO, Eduardo. Mas e a retórica? Sobre as demonstrações e argumentações. In: ____ (Org.). *Ensaios de retórica forense* [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020, p. 19-55.

⁴¹ PERELMAN, Chaïm. *A teoria pura do direito e a argumentação*. Trad. Cassio Scarpinella Bueno. Publicação do original em LEMPEREUR, Alain. *Ethique et Droit*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 567-575. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/traducoes/trad-1.pdf>, Acesso em 21.12.2020.

Na argumentação, a dúvida tem um papel que não pode ser excluído, pois trata-se de campo permeado de *probabilidades*, que se afasta dos conceitos binários de verdadeiro/falso, certo/errado etc., trabalhando com o *aparentemente verdadeiro* e com aquilo que é *provável*. Diante dessa carga de probabilidade, surge a possibilidade de argumentos combinados comporem teses totalmente diversas, sem que se possa dizer que uma delas esteja certa ou errada, sendo possível afirmar apenas que uma delas seja mais ou menos convincente⁴². Quando se trata de questões jurídicas, lida-se com o *mais* ou o *menos verossímil*, entendendo-se o verossímil não como fator de demérito à metodologia da ciência jurídica, mas como inerente ao seu objeto, sem pretensões a um cientificismo artificial⁴³. O Direito é um campo que lida com probabilidade e verossimilhança, tanto é assim que a própria legislação processual incorpora esses conceitos em sua dogmática (a exemplo dos arts. 300 e 345, IV, do CPC)⁴⁴.

Posteriormente, um segundo grupo de teóricos buscou congrega a lógica-dedutiva à argumentação ligada à racionalidade prática, construindo modelos *lógico-argumentativos* sobre o raciocínio judicial⁴⁵. Dentre os defensores de tais modelos encontram-se MacCormick⁴⁶,

⁴² RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 20-23.

⁴³ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2ª. ed. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 95-96.

⁴⁴ Ovídio A. Baptista da Silva trabalhou a dificuldade de superação de ideais de certeza no que tange ao processo em: *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. É ilustrativo o exemplo da p. 99 da obra citada: “É um pressuposto de toda tutela preventiva que o juízo que a fundamenta sustente-se em critérios de probabilidade, no qual a certeza matemática cederá lugar aos juízo de verossimilhança. Se o magistrado deve prover para o que possa ocorrer no futuro, a sentença terá de apoiar-se em juízos hipotéticos. Em última análise, seu juízo será, nestes casos, necessariamente condicional, com o risco de a sentença não representar a vontade do legislador, mas a ‘vontade do juiz’, caso em que a sentença, dizia Hobbes, seria por definição ‘injusta’. A dificuldade encontrada pela tutela preventiva reside nisso”.

⁴⁵ MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da Decisão Judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61.

⁴⁶ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito (1978)* Trad. Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006; *Retórica e o Estado de Direito (2005)*. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Alexy⁴⁷, Aarnio⁴⁸, Wróblewski⁴⁹ e Peczenik⁵⁰, que desenvolveram aquilo que se passou a denominar como *teoria standard da argumentação jurídica*. Ao mesmo tempo em que reconhecem a natureza argumentativa do raciocínio judicial, esses teóricos não negam valor à lógica, aos predicados de racionalidade e coerência e à necessidade de conformação da argumentação com os valores do Estado de Direito⁵¹. A teoria *standard* compreende a necessidade de se compatibilizar, no discurso jurídico, uma abordagem lógica (que permite avaliar se a conclusão da argumentação decorre logicamente das premissas), atribuidora de racionalidade formal (*justificação interna*), com uma abordagem argumentativa, que lhe confere racionalidade substancial, e diz respeito à escolha das premissas normativas e fáticas das quais se extrai a conclusão (*justificação externa*)⁵².

Reconhece-se, portanto, que o Direito é uma disciplina não apenas lógica, mas sobretudo argumentativa (ou retórica⁵³). Nada obstante, esse caráter argumentativo poderia fragilizar as promessas de *certeza* e de *segurança jurídicas* ínsitas ao Estado de Direito. Sobre essa aparente contradição, MacCormick destaca o papel da *retórica* como a disciplina apta a fornecer uma reconciliação entre o caráter argumentativo do direito

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda H. S. Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2001.

⁴⁸ AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht, Holland: D. Reidel Publishing Company, 1987.

⁴⁹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Trad. Sądowne Stosowanie Prawa. 1. ed. London-New York: Springer, 1992.

⁵⁰ PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Dordrecht: Springer Science + Business Media B.V, 2008.

⁵¹ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O dever de motivação das decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 169-181.

⁵² MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da Decisão Judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 68. Wróblewski cunhou os termos *justificação interna* e *justificação externa* para diferenciar os dois aspectos da decisão. In: WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification, in: HUBIEN, Hubert. *Le Raisonnement Juridique: Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, p. 409-419, 1971.

⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Introdução à lógica jurídica* [livro eletrônico]: pensamento, raciocínio e lógica no Direito. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-4.1.

e os ideais do Estado de Direito. Em sua visão, a indeterminação do Direito não é apenas o resultado de o Estado comunicar suas normas em *linguagem* afetada pela ambiguidade, vagueza e textura aberta, mas também resulta de um dos elementos centrais do Estado de Direito: o *direito de defesa* (em nosso ordenamento, o *contraditório* também ocupa esse papel). Segundo o autor, para que se autorize qualquer intervenção nas liberdades, não basta a ocorrência dos fatos, mas é necessário que haja alegações fundadas em provas acompanhadas de fundamentações jurídicas, que têm de ser contestadas (ao menos deve haver a possibilidade de serem contestadas). Com isso, formam-se questões (dúvidas), a serem resolvidas. As disputas que surgem, por exemplo, acerca da interpretação correta dos materiais jurídicos, da correta interpretação das provas e da qualificação dos fatos precisam ser resolvidas a partir de critérios racionais e razoáveis, que permitam o seu controle. Para tanto, faz-se necessária argumentação racional. A argumentação jurídica precisa conformar-se às condições de racionalidade e razoabilidade que se aplicam a todos os tipos de razão prática, de modo que *não haja asserções sem razões*. Por isso, MacCormick defende uma concepção de *argumento* como *instrumento de persuasão racional*, ou, em outras palavras, como justificação racional. Portanto, a própria ideia do Direito como algo baseado na argumentação faz com que se considere o caráter retórico da argumentação jurídica⁵⁴.

A retórica confere especial valor à possibilidade de *contradição* entre argumentos, pensamento que é manifestado na *Lei de Protágoras*, segunda a qual, em relação às questões humanas, dada sua natureza, sempre seria possível encontrar argumentos *favoráveis e contrários* a um problema e, se sempre há dois lados possíveis para cada questão, sempre haveria a possibilidade de *contradição*. A qualquer *logos* (argumentou ou

⁵⁴ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Verissimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 17-42.

discurso racional) pode ser oposto um *anti-logos* (ou *antílogos*), ou uma forma de contra-afirmação, possibilitando argumentações e debates⁵⁵. O caráter dialético (dialógico) da discussão se manifesta de forma acentuada no *discurso judicial*⁵⁶, pois todo tema é projetado para ser discutido a partir de, pelo menos, dois pontos de vista opostos⁵⁷.

A contradição e o diálogo expressam-se, no processo civil, por meio do *contraditório*. No processo civil, o contraditório é o ponto principal da investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes⁵⁸. O formato dialético do processo deriva das funções básicas do princípio do contraditório, visualizadas a partir da própria noção etimológica da palavra contradizer: contrariedade de interesses, contraposição de teses. Dessa contraposição de teses, o órgão julgador extrairia a síntese⁵⁹. Já se chegou a afirmar que o processo contemporâneo “é um processo de partes, em que há uma tese (afirmação do autor), uma antítese (negação do réu) e, finalmente, uma síntese (sentença do juiz)”⁶⁰, de modo que “somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético”⁶¹. A estrutura do processo, enquanto procedimento em contraditório⁶², é reflexo da retórica e da dialética, pois “o processo inarredavelmente vale-

⁵⁵ BILLIG, Michael. *Argumentando e Pensando* (1987). 1ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 84-107.

⁵⁶ Aristóteles divide a retórica a partir de três gêneros de discursos retóricos: deliberativo, judicial e epidítico, que se distinguem quanto ao auditório, tempo e fim, cf.: ARISTÓTELES. *Retórica*. 2. ed. Trad. Manuel Alexandre Junior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998, p. 104-106 (1358b-1359a).

⁵⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*: Subsídios para uma Pragmática do Discurso Jurídico. 3. ed. Atlas, 2014, p. 5.

⁵⁸ PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars*: As Matrizes Histórico-Culturais do Contraditório. Trad. Luís Alberto Reichelt. In: ____; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 127-143, p. 142.

⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del Contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, a. LX, n. 2, p. 449-464, aprile-giugno/2005, p. 194.

⁶⁰ RIBEIRO, Darci Guimaraes. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista dos Tribunais*, vol. 232/2014, p. 13-35, jun/2014.

⁶¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 55.

⁶² FAZZALARI, Elio. «Processo» e Giurisdizione. *Rivista di Diritto Processuale*, a. 48, p. 01-19, gen-mar/1993.

se da lógica dialética da retórica, mediante a contraposição de argumentos, com objetivo de se alcançar uma decisão sensata”; sendo a retórica o elemento base para o desenvolvimento das argumentações e das decisões judiciais⁶³.

A retórica representa, na seara jurídica, os meios que o operador (juiz, promotor, advogado etc.) utiliza para conseguir a aprovação do auditório⁶⁴. As ferramentas fornecidas pela retórica, incluindo o uso das provas retóricas (*ethos*, *logos* e *pathos*) e das técnicas argumentativas (*topoi*)⁶⁵, componentes da *invenção*, além das regras de *disposição*, *elocução* e *pronúnciação*⁶⁶, são indispensáveis para a busca do convencimento no âmbito do processo civil. Se a argumentação das partes deve propor ao juiz uma solução que seja conforme o Direito, ela o faz através da produção de um texto completo, codificado e estruturado, de natureza específica. Seu conteúdo jurídico, os valores que expõe explícita ou implicitamente, sua organização lógica e sua expressão devem submeter-se aos critérios que a retórica propõe para todo o discurso argumentativo: coerência, ordem metódica e inteligibilidade⁶⁷.

A argumentação é imprescindível ao operador do Direito, sem a qual este se tornaria inerte e inoperante, pois, no Direito, nada se faz sem

⁶³ SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. *Revista de Processo*, vol. 208/2012, p. 125-146, jun/2012.

⁶⁴ KRELL, Andreas Joachim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. *Quaestio Iuris*, vol.9, n. 1, p. 244-271, 2016. DOI: 10.12957/rqi.2016.18744. Acesso em 21.12.2020.

⁶⁵ “As técnicas argumentativas apresentadas por Perelman e Olbrechts-Tyteca ‘podem ser considerados lugares da argumentação’ e são decorrentes do trabalho com associações e dissociações. As associações ligam conceitos diversos, permitindo uma transferência para a conclusão do grau de adesão do auditório às suas premissas. Eles foram esquematizados em argumentos quase-lógicos, baseados na estrutura do real e fundadores da estrutura do real. As dissociações, por sua vez, pretendem separar noções que estão miscíveis ao perceber do auditório”. In: SCARPARO, Eduardo. *Retórica Forense: história, argumentação e invenção retórica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 345.

⁶⁶ BILLIG, Michael. *Arguing and thinking: a rhetorical approach to social psychology* (1987). New York: Cambridge Press, 1996, p. 55-59.

⁶⁷ MARTINEAU, François. *Argumentación judicial del abogado* (2008). Trad. Ricardo G. Bringas. Bogotá: Editorial Universidade del Rosario, 2013, p. 497-511.

justificação: não se formula um pedido a um juiz sem que se demonstrem os fundamentos de tal pedido; da mesma forma, nenhum juiz pode proferir uma decisão sem justificá-la, e, para isso, constrói raciocínio argumentativo⁶⁸. Somente assim se observa o princípio da razão suficiente (*nihil sine ratione*)⁶⁹. Dentre as regras do discurso, Tércio Ferraz Jr. refere como fundamental a regra do *dever de prova*, que obriga aquele que fala a apresentar as razões do seu falar⁷⁰. A argumentação é, portanto, tarefa indispensável para advogados, membros do Ministério Público e juízes, enquanto sujeitos no processo civil: todos que do processo tomam parte têm uma carga argumentativa a ser suportada. Em um processo de corte cooperativo, essa carga deve ser distribuída de forma equilibrada entre todos os sujeitos processuais – o que decorre, inclusive, da adequada compreensão das funções do contraditório no processo civil.

Como apontou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o contraditório sofreu efetiva modificação em seus contornos a partir da década de 1950 do século passado, especialmente quando da incorporação da lógica argumentativa (e dialética) ao raciocínio judicial,⁷¹ evidenciando-se a inadequação da investigação solitária do órgão julgador (o solilóquio) na interpretação e aplicação do direito: evidenciou-se que o monólogo limita a perspectiva do observador, enquanto o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece à formação de um juízo mais aberto e

⁶⁸ RODRÍGUES, Vitor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 2-11.

⁶⁹ CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica da interpretação jurídica: breviário para juristas*. Trad. Daniel Mitidiero, et. al. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 35.

⁷⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação: Subsídios para uma Pragmática do Discurso Jurídico*. 3. ed. Atlas, 2014, p. 5, 17-18.

⁷¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da AJURIS*, ano XXV, n. 74, p. 103-120, nov/1998.

ponderado⁷². As partes não podem se sujeitar passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial e não podem ser consideradas como simples “objeto” do pronunciamento judicial. Esse pensamento teve influência decisiva no fortalecimento do direito ao contraditório e na divisão do trabalho entre o juiz e as partes, que deixa de ser regida pelos tradicionais brocardos *Iuria novit curia* e *Da mihi factum, dabo tibi ius*⁷³, passando-se a um *modelo cooperativo*.

No que tange ao contraditório, antes fundado no binômio *informação-reação*, tal instituto, no Estado Constitucional, passou a conferir às partes o *direito de influência* e, também, a gravar o juiz com o dever de colaborar para a promoção do debate e a dele tomar parte (*dever de diálogo*). Por força do contraditório, o juiz, ao decidir, somente pode tomar em consideração argumentos que tenham sido debatidos com as partes e deve enfrentar todos os fundamentos deduzidos pelas partes capazes de, em tese, infirmar a conclusão a que chegou⁷⁴. Há reflexos, portanto, no dever de fundamentação das decisões judiciais.

O Código de Processo Civil vigente é produto do Estado Constitucional: ao mesmo tempo *Estado Democrático* e *Estado de Direito*, vocacionado à garantia e à promoção da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e dos direitos fundamentais, com respeito à separação dos

⁷² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da AJURIS*, ano XXV, n. 74, p. 103-120, nov/1998. A lição é colhida da obra de TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: DQTT. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 637-684.

⁷³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da AJURIS*, ano XXV, n. 74, p. 103-120, nov/1998; Poderes do juiz e visão cooperativa do Processo. *Revista da AJURIS*, ano XXX, n. 90, p. 55-84, jun/2003.

⁷⁴ Sobre os novos contornos do contraditório: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da AJURIS*, ano XXV, n. 74, p. 103-120, nov/1998; O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, vol. 71/1993, p. 31-38, jul/set 1993; CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio. *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 193-210, 2011. NUNES, Leandro Gornicki. Constituição, contraditório e linguagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 119/2016, p. 75-101, mar-abr/2016. SILVEIRA, Daniela Gonsalves. Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 248, p. 69-87, out/2015.

poderes e zelo pela segurança jurídica⁷⁵. A legislação processual, nesse âmbito, passou a primar pela participação das partes, normativamente traduzida no *contraditório*, como fator de legitimação da decisão judicial, em um modelo de *processo cooperativo*⁷⁶. Além disso, o CPC abandonou a visão tecnicista do processo como alheio às mudanças culturais e filosóficas, aproximando-se da teoria do direito por meio dos debates sobre a interpretação e aplicação do direito (arts. 489, §§ 1º e 2º e 926, CPC) e sobre o papel das Cortes para a unidade do direito (arts. 489, §1º, V e VI, 926 e 9227, CPC)⁷⁷. Esses temas ganharam relevância a partir da assimilação da concepção epistemológica que distingue *texto* e *norma*⁷⁸ e que reconhece que a *aplicação* do direito depende de prévia *interpretação*⁷⁹. A possibilidade de o juiz, ao *adscrever* sentido aos textos e elementos não textuais da ordem jurídica⁸⁰, contribuir para a definição do conteúdo do direito vigente, fez com que se aumentasse a preocupação com a segura densificação do direito⁸¹, que se dá, no mais das vezes, no âmbito do processo por meio de decisões judiciais. O estabelecimento de parâmetros de *racionalidade* capazes de permitir a segura densificação do direito e o *controle intersubjetivo da fundamentação das decisões judiciais*

⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. *Revista de Processo*, a. 39, n. 229, p. 51-74, mar/2014; ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 7-30.

⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: do modelo ao princípio* [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-2.2.

⁷⁷ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? *Revista de Processo*, vol. 259/2016, p. 21-53, set/2016.

⁷⁸ GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 64. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 50-51.

⁷⁹ TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 44; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2011, p. 405.

⁸⁰ ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, vol. 29, p. 181-204, jan/2013.

⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, *passim*. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação* [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, *passim*.

é, pois, um dos principais objetivos da ciência processual na atualidade, inserindo-se as disposições do art. 489, §§1º e 2º, do CPC, como exemplo em tal contexto.

Se a jurisdição não somente declara normas preexistentes, mas reconstrói argumentativamente a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto⁸², a legitimidade da decisão judicial dependerá de estar calcada em argumentos racionalmente válidos e controláveis⁸³. A legitimidade da norma reconstruída pelo juiz é conferida pela *fundamentação*. Para tanto, essa deve conter um discurso justificativo racional, permeado de aspectos lógicos (justificação interna) e argumentativos (justificação externa)⁸⁴, de modo a permitir o controle intersubjetivo, e estar pautada pelo contraditório, de modo a assegurar o caráter democrático da decisão. Com efeito, surge a necessidade de o juiz dialogar com as partes e de a sua decisão espelhar as razões ofertadas pelas partes. A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido: deve ele demonstrar as razões de seu convencimento a partir do diálogo entretido com as partes ao longo do processo⁸⁵. Portanto, no Estado Constitucional,

⁸² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 51-55. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 74. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* [livro eletrônico]: teoria do processo civil, Vol. 1., 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-3.11, RB-4.7 a RB-4.14.

⁸³ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, *passim*; RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O dever de motivação das decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 181.

⁸⁴ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 113-146.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* [livro eletrônico]: *teoria do processo civil*, Vol. 1., 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-4.13 a RB-4.14. Sobre as características da fundamentação das decisões judiciais: TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015; FLACH, Daisson. *Dever de Justificação das decisões Judiciais*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012; MÓTTA, Otávio Verdi. *Justificação da Decisão Judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O dever de motivação das decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016; KOCHER, Ronaldo. *Fundamentando decisões: uma doutrina lógico-argumentativa*. Londrina: Thoth, 2021.

a jurisdição não se encontra legitimada a interpretar e aplicar o direito de forma solipsista⁸⁶.

A mudança de paradigma decorrente da percepção do sentido problemático do direito e dos avanços concernentes à teoria da interpretação acarretou, no processo civil, dentre outras, significativa mudança no *formalismo processual*, dando espaço à conformação de um modelo cooperativo de processo, pautado pela busca de um ponto de equilíbrio entre a posição do juiz e das partes⁸⁷. Esse modelo é sintetizado na fórmula proposta por Daniel Mitidiero: o juiz do processo cooperativo é *isonômico* na condução do processo e *assimétrico* na decisão. O caráter isonômico da condução processual é assentado no diálogo e na observância do contraditório, tanto pelas partes quanto pelo juiz. O quadro lógico que compõe tal modelo parte do reconhecimento do caráter problemático do direito e ressalta seu cunho argumentativo, valorizando o diálogo judicial na formação do juízo. O CPC consagrou a *colaboração* como princípio e como modelo de processo⁸⁸.

O formalismo processual, em atenção à colaboração, aloca os sujeitos processuais em verdadeira *comunidade de trabalho*⁸⁹, na qual se distribuem de forma equilibrada seus deveres, obrigações e ônus durante todo o procedimento⁹⁰.

⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC - fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 327-332.

⁸⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do Processo. *Revista da AJURIS*, ano XXX, n. 90, p. 55-84, jun/2003.

⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: do modelo ao princípio* [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-2.1 a RB-2.5.

⁸⁹ “A caracterização do processo civil como comunidade de trabalho decorre da doutrina austríaca do final dos Oitocentos (Franz Klein), tendo sido logo em seguida incorporada à doutrina alemã da primeira metade dos Novecentos (Leo Rosenberg) (...) Essa qualificação é hoje lugar comum da doutrina germânica (...) A efetiva introdução do tema e da expressão na doutrina brasileira é devida a Alvaro de Oliveira”. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume 2 [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-3.1.

⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: do modelo ao princípio* [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-3.1 a RB-3.6.

Em síntese, a tarefa de interpretar e aplicar o direito – que se dá no âmbito do processo civil para a resolução de casos concretos e, inclusive, para a definição do sentido do direito vigente⁹¹ – deve ser feita com a participação equilibrada e dialogal de todos os sujeitos processuais, o que ocorre também graças à adoção de uma lógica dialético-argumentativa, acentuada a partir da revalorização do papel da retórica no discurso jurídico⁹².

4. A argumentação das partes no processo civil

A conjugação (a) do princípio da colaboração, (b) da noção de contraditório como direito de influência e dever de debate e (c) do dever de fundamentação analítica das decisões judiciais faz com que nova faceta seja atribuída ao modelo cooperativo de processo civil: “[a]lém de ser uma comunidade de trabalho, o processo civil pode ainda ser qualificado mais especificamente como uma comunidade argumentativa de trabalho”⁹³. Nesse âmbito, o formalismo processual e a divisão do trabalho entre os sujeitos processuais devem ser pensados a partir da consideração de que todos eles contribuem não só na condução do feito e no aporte do material fático-probatório, mas também no processo de interpretação e aplicação do direito, isto é, na qualificação jurídica dos fatos subjacentes à lide e na individualização da norma jurídica aplicável ao caso. Essa ideia bem responde ao caráter essencialmente problemático do direito, para “cuja solução concorrem argumentativamente todos aqueles que participam do

⁹¹ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, vol. 206/2012, p. 61-78, abr/2012.

⁹² PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 3. ed. São Paulo: MaRtins Fontes, 2014. SCARPARO, Eduardo. *Retórica Forense: história, argumentação e invenção retórica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 1º ao 69, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 150.

feito”⁹⁴. Se o problema ocupa o centro do processo, não é possível negar o valor da retórica e a utilização de argumentos racionais (*logos*) destinados à resolução do problema, ainda que tendentes a propor uma solução (concorrente) dentre várias possíveis.

Dizer que o processo civil se organiza como uma *comunidade argumentativa de trabalho* importa, antes de tudo, reconhecer que todos os sujeitos que dele tomam parte colaboram argumentativamente para a solução da lide. Significa reconhecer, portanto, que, assim como o juiz tem dever de fundamentação analítica, as partes possuem ônus argumentativos para a defesa das suas posições jurídicas em juízo. Se ao juiz é atribuído, pela Constituição Federal (art. 93, IX) e pelo CPC (art. 489, II, §§1º e 2º), um dever de fundamentação analítica dos seus pronunciamentos, a distribuição equilibrada de tarefas no processo civil entre os sujeitos processuais estaria adequadamente atendida com a atribuição de ônus argumentativos com igual ou semelhante peso às partes – *mutatis mutandis*.

De acordo com o CPC, na petição inicial, o autor deve expor o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (art. 319, III, CPC); na contestação, o réu deverá expor as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor (art. 336, CPC); na fundamentação da sentença, o juiz analisará as questões de fato e de direito, resolvendo-as (art. 489, incisos II e III, CPC)⁹⁵. A redação do CPC é, por assim dizer, idêntica no que toca àquilo que devem conter as manifestações dos sujeitos processuais: fundamentos de fato e de direito. Nenhum dos sujeitos processuais pode esquivar-se de apresentar razões jurídicas (razões de direito) em suas manifestações

⁹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: do modelo ao princípio* [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-2.1.

⁹⁵ Há uma série de exigências argumentativas previstas ao longo do CPC, como, por exemplo, em sede recursal (arts. 932, III, 1.021, §1º, e 1.029, I, II e III, §1º, CPC). Tendo em vista as limitações desta sede, essas previsões não serão abordadas.

(arts. 1º, CF, e 1º e 8º, CPC)⁹⁶. Porém, *a priori*, somente em relação ao juiz o CPC teria densificado o conteúdo dos seus pronunciamentos, a partir do estabelecimento dos critérios constantes do art. 489, §§1º e 2º, CPC, que consolidaram o *dever de fundamentação analítica* das decisões judiciais (conjugação do dever de completude e do dever de concretude a serem observados nas decisões judiciais). Não obstante, tais critérios nada mais são do que *parâmetros mínimos* para a seleção do material que servirá à interpretação e à aplicação do direito, bem como para a identificação e a individualização das normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto⁹⁷.

Não parece adequado com a concepção contemporânea de processo e de jurisdição que a carga argumentativa do processo – composta, minimamente, pela observância dos critérios constantes no art. 489, §1º e §2º, CPC – seja suportada somente pelo juiz. O modelo de processo colaborativo, como visto, procura promover uma equilibrada distribuição dos ônus, poderes e deveres de todos os sujeitos processuais. E isso abarca, por certo, a argumentação necessária para a interpretação e aplicação do direito. Dessa forma, as partes possuem ônus argumentativos referentes à defesa de suas posições jurídicas, para cuja desincumbência se faz necessária a observância dos critérios constantes no art. 489, §1.º e 2.º, CPC⁹⁸. Cabe ressaltar que o princípio da colaboração, base para a estruturação do modelo cooperativo de processo, não implica em renúncia ao primado da autorresponsabilização das partes no processo, de modo

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado* [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RL-1.2, RL-1.65 e RL-1.98.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado* [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RL-1.98. ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração* [livro eletrônico]: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-4.6 e RB-4.12.

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado* [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RL-1.65.

que não retira a responsabilidade das partes pelo adequado desempenho de seus ônus processuais⁹⁹.

A existência de um *ônus de alegação específica* (qualificado pela incidência do art. 489, §§1º e 2º, CPC) a ser suportado pelas partes foi apontada, pioneiramente, logo após a promulgação do CPC vigente, por Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. Confira-se o posicionamento dos autores:

Assim como é vedado ao juiz julgar a causa genericamente, fundamentando de forma vaga e delgada do caso concreto a sua decisão (art. 489, §§1.º e 2.º, do CPC), também é defeso à parte alegar genericamente na petição inicial o seu direito. Em outras palavras, assim como há dever judicial de fundamentação analítica, há simetricamente ônus de alegação específica as partes. Isso quer dizer que a parte tem o ônus de sustentar justificadamente suas posições jurídicas na petição inicial (art. 319, III, CPC) – e o mesmo vale, por uma questão de igualdade (arts. 5.º, I, CF/1988 e 7.º do CPC), para o réu na contestação (art. 336 do CPC). Não tendo a parte desempenhado adequadamente o seu ônus de alegar justificadamente, tem o juiz o dever de determinar o esclarecimento das suas alegações (art. 321 do CPC)¹⁰⁰.

Em sentido semelhante, Fredie Didier Jr. e Ravi Peixoto já observaram que os mesmos problemas que levaram à positivação de critérios a serem observados pelo julgador na decisão (§§ 1º e 2º do art. 489, CPC) também se verificam nas manifestações dos demais sujeitos processuais, o que seria incompatível com um modelo de processo cooperativo – que tem por objetivo evitar que o processo se resuma a um monólogo judicial, para ser efetivamente dialético. Por isso, consideram

⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: do modelo ao princípio* [livro eletrônico] 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-2.6.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 160-161 e, no mesmo sentido, p. 154; ainda dos mesmos autores: *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 339.

que esses critérios representam, na prática, verdadeira *via de mão dupla*, a exigir, como consequência, a justificação analítica de todas as postulações dos demais sujeitos processuais¹⁰¹. Dierle Nunes e Antônio Aurélio da Souza Viana, para além da ideia de que todos os sujeitos processuais devem participar dos processos argumentativos que contribuirão para a conformação da decisão da causa, também constataam a existência de um ônus argumentativo a ser observado pelas partes e, ainda, que o dever de fundamentação analítica previsto no art. 489, §§ 1º e 2º, CPC, acaba por indicar uma espécie de espelhamento para a atuação dos sujeitos processuais¹⁰².

A existência de um ônus de alegação específica das partes bem responde às duas facetas do Estado Constitucional. Em razão do caráter democrático e participativo do processo civil (Estado Democrático), não se cogita que o trabalho argumentativo empreendido no bojo do processo para a resolução dos conflitos seja desempenhado somente pelo juiz. Além disso, o ônus de postular com base em razões jurídicas perfaz as exigências do Estado de Direito (arts. 1º, CF, e 1º e 8º, CPC).

Em razão da incidência reflexa do art. 489, do CPC, Marinoni, Arenhart e Mitidiero sustentam que as partes têm o ônus, em todas as suas postulações, de alegar de forma especificada: (i.) a conexão da norma invocada com o caso concreto; (ii.) o significado dos termos vagos empregados; (iii.) o significado dos princípios e dos postulados empregados; e (iv.) as distinções devidas entre os precedentes debatidos

¹⁰¹ DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. *O art. 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais - um precedente do STJ*. Editorial 191. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-191/>. Acesso em 21.12.2020.

¹⁰² NUNES, Dierle; VIANA, Antonio Aurélio de Souza. Ônus da dialeticidade: nova “jurisprudência defensiva” no STJ? *Consultor jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-15/onus-dialeticidade-jurisprudencia-defensiva-stj>. Acesso em 21.12.2020.

em juízo (analogamente, arts. 6º, 10 e 489, §§ 1º e 2º, CPC)¹⁰³. Seria possível apontar que esses são os parâmetros mínimos para a verificação da suficiência dos discursos judiciais, sejam do órgão julgador, sejam das partes, consubstanciando o conteúdo do *logos*. É possível que se pense, portanto, que o *logos* é qualificado pelos requisitos processuais de suficiência argumentativa do art. 489, §§1º e 2º, do CPC.

A tese da aplicação do art. 489, §§1º e 2º, CPC, às partes já foi acolhida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como se evidencia do AgInt no AREsp nº 853.152/RS, julgado pela 2ª Turma¹⁰⁴. Segundo a relatora do caso, Min. Assusete Magalhães, a parte recorrente, no Agravo Interno, limitou-se a repetir literalmente as razões do Recurso Especial. A Ministra, para além de demonstrar, em seu voto, que os precedentes citados pela parte recorrente no Recurso Especial, e reiterados no Agravo Interno, não possuíam o mesmo contexto-fático do caso então em julgamento, considerou que a parte, ao repetir as razões do Recurso Especial no respectivo Agravo Interno, teria deixado de proceder à correta impugnação à Súmula 83/STJ, bem como que deveria ter demonstrado a possibilidade de distinção ou superação dos precedentes citados na decisão recorrida (sejam vinculantes, sejam persuasivos), por meio do enfrentamento de seus fundamentos determinantes, que “deveriam ter sido trazidos pelo recorrente” em razão da “[i]nterpretação do art. 489, §1º, do CPC/2015 que, *mutatis mutandis*, também se traduz em obrigação para as partes”.

Em que pese a relevância da decisão no que toca ao reconhecimento da aplicação do art. 489, §1º, do CPC, às partes, o aresto citado refere uma

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado* [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RL-1.65.

¹⁰⁴ BRASIL. STJ, AgInt no AREsp 853.152/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, j. 13/12/2016, DJe 19/12/2016. O julgado é analisado por DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. *O art. 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais - um precedente do STJ*. Editorial 191. Postado em 2017. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-191/>, acesso em 21.12.2020.

obrigação para as partes, com o que não se pode concordar. A interpretação do art. 489, §§1º e 2º, CPC, e sua aplicação, por analogia, às partes, traduz-se em um *ônus* a ser por elas *debelado* (não uma obrigação). Para Vitor de Paula Ramos, *ônus* (i.) é uma situação passiva subjetiva com sujeição branda; (ii.) é atribuído por uma regra jurídica imperativa; (iii.) é uma forma de tutela que descreve um comportamento (positivo ou negativo) apreciado pelo Direito, mas não categoricamente exigido; (iv.) dá ao sujeito onerado a possibilidade de escolha entre o agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo) apreciado, (v.) sendo que o agir em contrariedade com o comportamento previsto na regra que atribui o *ônus* não implica em prática de ato/omissão contrário ao Direito, não se configurando um ilícito; (vi.) ao sujeito que não quer adotar o comportamento “apreciado” não poderão ser cominadas sanções diretas ou indiretas, multas, penalidades, técnicas coercitivas, nem mesmo ser exigida pelo Direito a adoção do comportamento previsto na regra; (vii.) a consequência para a não adoção do comportamento está na própria regra (incluindo a perda da vantagem prevista na regra para a adoção do comportamento)¹⁰⁵. É possível questionar se é *necessária* ou *provável* a implementação de consequências diante da adoção (ou não) da conduta prevista na regra que institui o *ônus*, tanto é assim que Daniel Mitidiero conceitua *ônus* como “uma posição jurídica que, uma vez livremente exercida, é *capaz de, provavelmente, promover o resultado pretendido pela ordem jurídica e pelo onerado*”¹⁰⁶.

Em relação ao *ônus* argumentativo das partes, a exigência de justificação nas postulações é dada pelas regras constantes, entre outros, nos arts. 319, III, 321, 336, 337, 932, III e 966, V, §§5º e 6º, CPC, integrados

¹⁰⁵ RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 64-65.

¹⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. *Ônus da prova e seus inimigos*. *Revista de Processo*, vol. 306/2020, ago./2020.

pelo comando do art. 489, §§ 1º e 2º, CPC. Esse comportamento é apreciado pelo Direito, mas não exigido categoricamente, de modo que as partes possuem a opção de adotá-lo ou não, sem que incorram em ato ilícito pela sua não observância. A adoção poderá conduzir ou conduzirá à obtenção dos efeitos para os quais tais regras são pré-ordenadas (v.g., no caso do art. 319 e 966, CPC, a admissibilidade da petição inicial; no caso do art. 932, III, CPC, o conhecimento do recurso etc.). Se escolherem não adotar os comportamentos prescritos em tais regras, porém, poderão sofrer as consequências negativas (o que pode significar simplesmente o não atingimento do objetivo proporcionado pelo comportamento prescrito na regra). Por exemplo, para o autor que não observar o ônus da alegação específica na inicial, prevê-se o seu indeferimento (art. 321, parágrafo único, e 330, CPC). O recorrente que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida não terá seu recurso conhecido (art. 932, III, CPC).

É possível que se sustente uma consequência geral para a ausência de justificação analítica nas postulações: a desnecessidade de uma resposta específica do Poder Judiciário, bastando ao órgão julgador indicar que determinada argumentação não foi realizada de forma analítica pelas partes. Desse modo, “haveria uma exigência de argumentação analítica dos sujeitos processuais para que se possa, igualmente, exigir-se uma justificação analítica dos respectivos argumentos por parte do órgão julgador”¹⁰⁷.

Porém, não se deve esquecer que, se a parte não tiver desempenhado adequadamente o seu ônus argumentativo, o juiz, em razão do princípio da colaboração, tem o dever de determinar o esclarecimento das suas

¹⁰⁷ DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. *O art. 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais - um precedente do STJ*. Editorial 191. Postado em 2017. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-191/>, acesso em 21.12.2020.

alegações (art. 321, CPC). E deve fazê-lo de forma precisa, indicando especificamente o que deve ser corrigido pelas partes¹⁰⁸. A consequência geral seria, portanto, a desconsideração das alegações desprovidas de justificação analítica, se, uma vez conferida à parte a oportunidade de esclarecimento das suas alegações, não tiver se debelado satisfatoriamente do seu ônus.

5. Densificação: suficiência argumentativa da petição inicial

O CPC elenca, nos artigos 319 e 320, os requisitos da petição da inicial, motivo pelo qual se considera a petição inicial como um ato formal¹⁰⁹. Se a petição inicial não preencher esses requisitos ou apresentar defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, o juiz deve determinar sua emenda ou complementação (art. 321, CPC). A despeito dos requisitos estritamente formais, cabe ao autor, em síntese, expor na petição inicial as alegações fático-jurídicas essenciais e formular o pedido (art. 319, III e IV, CPC). O autor tem de introduzir o (potencial) problema e apresentar os argumentos racionais (*logos*) direcionados ao convencimento do órgão julgador de que a (melhor) resolução do problema corresponde à sua pretensão.

Distribuída a inicial, toca ao juiz exercer um exame prévio e inicial sobre a viabilidade do processo, no qual deve avaliar a *suficiência argumentativa* e a clareza da narrativa formulada pelo autor, bem como a congruência entre suas alegações e o pedido formulado (art. 330, §1.º,

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-7.12.

¹⁰⁹ O que não significa, porém, que a petição inicial deva preencher determinado ritual, fórmula ou precisão nos termos empregados. Presentes os requisitos constantes nos artigos 319 e 320, a petição inicial deve ser admitida e processada. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*: artigos 294 ao 333, vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 356.

CPC)¹¹⁰, inclusive no que toca a defeitos que possam prejudicar o exercício do direito de defesa e do contraditório pelo réu e o julgamento de mérito da causa. É preciso que, no âmbito da Justiça Civil, seja dada a devida importância e atenção ao exame prévio da suficiência argumentativa da petição inicial antes que seja determinada a citação do réu, haja vista as consequências (não somente processuais) de tal ato na esfera do indivíduo que tem uma ação contra si proposta. Há uma determinação expressa nesse sentido no art. 321 do CPC. Contudo, essa regra tem sido pouco aplicada nas Cortes Brasileiras. A petição inicial pode ser indeferida, após intimação do autor para sanar eventuais vícios, nas hipóteses elencadas no art. 330, do CPC, isto é, por inépcia¹¹¹, manifesta ilegitimidade da parte, carência de interesse processual do autor e quando não atendidos aos requisitos dos artigos 319 e 320 do CPC, no que se inclui a insuficiência argumentativa por parte do autor.

Conforme prevê o inciso III do art. 319 do CPC, na petição inicial, o autor deve apresentar uma razão ou causa que justifique o pedido de tutela jurisdicional¹¹². A interpretação do dispositivo que mais se adequa à visão de processo como comunidade argumentativa de trabalho é aquela que propõe um parâmetro para a causa de pedir que não desprestigia os fundamentos jurídicos do pedido, “focado na incidibilidade do fato e do direito na conformação da *res in iudicium deducta*”, capaz de conferir tratamento entrecruzado entre os elementos fáticos e jurídicos e a valorização destes últimos como relevantes para a causa de pedir e, por

¹¹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: do modelo ao princípio* [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-3.2.

¹¹¹ A petição inicial é inepta quando lhe faltar pedido ou causa de pedir; o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; ou contiver pedidos incompatíveis entre si (art. 330, §1.º, CPC).

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-7.3.

consequência, para a definição do objeto litigioso do processo¹¹³. A fundamentação jurídica da demanda levada a cabo na petição inicial, como aponta Otávio Domit¹¹⁴, é determinante para a identificação da situação jurídica de direito material para a qual se pede tutela no processo. Nesse passo, deve ser composta pela qualificação jurídica dos fatos narrados e pela afirmação da titularidade da situação jurídica daí decorrente, para a qual se pede tutela. A fundamentação jurídica deve bem individualizar, a partir da identificação dos fatos jurídicos, a situação jurídica para a qual o autor requer proteção por meio da propositura de demanda, dando sustentação ao pedido¹¹⁵.

A fim de individualizar a situação jurídica para a qual requer tutela – papel da fundamentação jurídica que deve constar na petição inicial – deve o autor observar os critérios do art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC, estabelecidos pelo legislador com o propósito de extirpar do processo discursos genéricos ou que não se atenham ao caso concreto, na medida em que tais discursos nada justificam¹¹⁶. O *logos* inerente ao discurso a ser apresentado pelo autor é qualificado pelos critérios de suficiência argumentativa do art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC.

Em primeiro lugar, quando o autor, para embasar seus pedidos, limita-se à simples indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo, sem que seja demonstrada sua relação com a causa ou a questão decidida (art.489, §1º, I, CPC), ele deixa de individualizar a norma jurídica aplicável ao caso. Para a individualização das normas que considera cabíveis para a

¹¹³ LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 149-155.

¹¹⁴ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura Novit Curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 239-243 e p. 251-253.

¹¹⁵ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura Novit Curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 275-276.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-7.3.

procedência do pedido, o autor precisará demonstrar as razões pelas quais as normas invocadas servem para a solução do caso concreto¹¹⁷. Pela aplicação analógica do art. 489, §1º, I, CPC, o autor tem o ônus de contextualizar as suas afirmações, “mostrando qual a sua relação concreta com o caso que pretende ver julgado a seu favor”¹¹⁸. Trata-se, portanto, de especificação do dever de concretude da argumentação, que impõe a necessidade de que as razões jurídicas invocadas efetivamente sejam relacionadas ao caso concreto¹¹⁹. Tendo em mente a distinção entre texto e norma¹²⁰, denota-se que a imposição de tal encargo (art. 489, §§1º, I), tanto para o juiz quanto para as partes, objetiva a vedação à utilização de disposições normativas (textos) como se fossem normas jurídicas¹²¹. Se é verdade que inexistente correspondência biunívoca entre texto e norma, não é admissível a mera transcrição do texto sem que se justifique o sentido normativo a ele outorgado.

Em segundo lugar, e também relacionado à ausência de identificação das normas aplicáveis ao caso concreto, não basta que o autor invoque disposições que contenham termos vagos (conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais) como fundamento do pedido (art. 489, §1º, II, CPC), cabendo-lhe o ônus de especificar o significado que está sendo adscrito ao termo vago e a razão pela qual o caso estaria abarcado

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-15.20.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-7.3.

¹¹⁹ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O dever de motivação das decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 237; TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 485 ao 538. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 108.

¹²⁰ O inciso I do §1º do art. 489 do CPC combate a prática viciada trazida com o positivismo jurídico de que a norma prescinde de interpretação, cf.: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC - fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 237.

¹²¹ KOCHER, Ronaldo. *Fundamentando decisões: uma doutrina lógico-argumentativa*. Londrina: Thoth, 2021, p. 210-211.

na moldura normativa proposta na petição inicial (analogicamente, art. 489, § 1º, II, CPC)¹²². Dessa forma, os termos vagos impõem o ônus argumentativo de explicitar a razão da incidência daquela expressão ou palavra aberta no caso concreto¹²³.

Em terceiro lugar, também não se desincumbe do seu ônus a parte que invocar como fundamentos do pedido motivos genéricos, padronizados ou utilizados indiscriminadamente para qualquer caso¹²⁴, sem se ater às circunstâncias do caso concreto (analogicamente, art. 489, §1.º, III, CPC). Não é incomum verificar petições iniciais baseadas em modelos genéricos ou padronizados, que, após breve elucidação “dos fatos”, entram no capítulo “do direito” e ignoram as particularidades do caso concreto. Desse modo, o emprego de argumentos genéricos na petição inicial não atende ao art. 319, III, CPC.

Em quarto lugar, também por atenção à necessidade de individualização da situação jurídica para o qual o autor requer tutela, não possui relevância argumentativa a invocação de precedentes ou de enunciados de súmulas sem a devida justificação da identidade ou semelhança entre os casos (analogicamente, art. 489, §1º, V, CPC). A partir do reconhecimento (expresso) da força normativa dos precedentes (arts. 926 e 927, CPC), novos métodos de trabalho passam a ser exigidos de todos os sujeitos processuais, tanto para sua aplicação no caso concreto quanto para sua distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*,

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-7.3.

¹²³ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O dever de motivação das decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 238. TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 485 ao 538. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 108

¹²⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, comentário ao artigo 489

overriding, overturning ou *transformation*)¹²⁵. Para Daniel Mitidiero, “invocando precedente ou jurisprudência vinculante, autor e réu têm o ônus de particularizar os casos invocados, mostrando analiticamente as semelhanças relevantes”, pois a simples transcrição de ementas ou de trechos retirados aleatoriamente da fundamentação dos julgados não se mostra suficiente para o adequado desempenho do ônus argumentativo que é conferido às partes. Além disso, é a partir das alegações das partes que se deve empreender a comparação entre os casos, aplicando-se o precedente quando os casos forem suficientemente similares e distinguindo-os nas hipóteses diversas¹²⁶. Se o juiz não pode deixar de seguir precedente invocado pela parte sem justificar a razão (a distinção ou a superação), conforme disposto no art. 489, §1º, VI, CPC, as partes também precisam se desincumbir dos seus ônus argumentativos e demonstrar que a *ratio decidendi* do precedente invocado deve ser aplicada ao caso em julgamento¹²⁷.

Em quinto lugar, a invocação de postulados normativos¹²⁸ (ponderação, proporcionalidade, razoabilidade etc.) demanda a adequada justificação da razão pela qual essas normas incidem e de como contribuem para a interpretação e aplicação de outras normas (analogicamente, art. 489, §2º, CPC)¹²⁹.

¹²⁵ Dadas as limitações desta sede, não seria possível expor todas as técnicas de trabalho com precedentes. Para uma visão completa: MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 115-144; MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da Decisão Judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 200-209.

¹²⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 116-117.

¹²⁷ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O dever de motivação das decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 241-242.

¹²⁸ “Os postulados normativos são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e a aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios”. In: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 226.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-7.3.

A preocupação com a precisa individualização da situação jurídica para a qual o autor requer tutela no processo, realizada por meio da exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos não é apego a um mero formalismo. A questão apresenta profunda ligação com o princípio da demanda, o contraditório e a ampla defesa, mostrando-se essencial à delimitação do objeto do processo e do objeto da prova, bem como da própria fundamentação da sentença. Petições iniciais genéricas, que não individualizam a situação jurídica de direito material, tendem a dificultar, sobremaneira, em um primeiro momento, a ampla defesa e o contraditório do réu, o que inevitavelmente acarretará, em um segundo momento, dificuldades na delimitação do *thema probandum* e, por conseguinte, óbices ao adequado desempenho do direito à prova, implicando, certamente, consequências no provimento jurisdicional. É para evitar tais complicações que a individualização da situação jurídica de direito material para a qual o autor requer tutela no processo reclama a observância dos mesmos critérios estabelecidos no art. 489, §§1º e 2º, CPC. No ponto, é válida a lembrança de que a petição inicial deve ser um projeto da sentença que o autor espera, sendo possível exigir-lhe, *mutatis mutandis*, os mesmos requisitos (mínimos) da fundamentação das decisões judiciais. A racionalidade no discurso (*logos*) depende dos critérios do art. 489 do CPC acima citados.

Até o momento, não se fez menção ao inciso IV do §1º do art. 489 do CPC, pilar do modelo de processo como comunidade argumentativa de trabalho, porquanto fortalece o dever de diálogo do juiz para com as partes ao prever que não se considera fundamentada a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. O dispositivo corrobora o caráter problemático do direito e a valorização dos aspectos retórico-argumentativos do discurso judicial, pois condiciona a validade da

resposta do órgão julgador ao debate com as partes e ao enfrentamento das suas posições adversas.

Haja vista que a petição inicial é o primeiro ato do processo, não se imagina que o autor tenha de enfrentar quaisquer outros argumentos diferentes daqueles que sustentam seu pedido. Porém, os reflexos deste inciso não devem ser desprezados. Em verdade, a interpretação do dispositivo confirma a existência de ônus argumentativos das partes. Haja vista que o juiz deve enfrentar, na sentença, todos os argumentos apresentados pelas partes capazes de, por si só, determinar a procedência ou improcedência do pedido, é possível que se depreenda que somente argumentos que tenham *aptidão* para embasar a conclusão de procedência ou improcedência do pedido devem ser abrangidos pela sentença¹³⁰. Se a reprodução de atos normativos, o emprego de termos vagos, a invocação de motivos genéricos ou de precedentes sem a explicação de sua relação com o caso concreto pelo juiz não servem para fundamentar eventual decisão de procedência do pedido do autor, só se pode concluir que, se o autor incorreu em tais condutas ao expor sua pretensão, seus argumentos não terão aptidão para embasar uma conclusão de procedência. Logo, não terão de ser abrangidos pela decisão. Daí que, a fim de que tenha seus argumentos tomados em considerações e enfrentados pelo órgão julgador, a parte não pode incorrer nas condutas vedadas pelo art. 489, §§ 1º e 2º, CPC.

Nessa ordem de ideias, a observância, pelo juiz, da prescrição do inciso IV do §1º do art. 489 do CPC pressupõe que o autor tenha aportado ao processo argumentos deduzidos de forma específica e analítica, suficientes, em tese, para a procedência do pedido, isto é, fundamentos capazes de evidenciar que o autor (ou a categoria de sujeitos por ele

¹³⁰ ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração* [livro eletrônico]: como se motiva uma decisão judicial? 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. RB-4.23.

representada) é titular de uma posição jurídica de vantagem que merece tutela. Dito de forma clara: pressupõe postulações que não tenham incorrido nas condutas vedadas pelo art. 489, §§ 1º e 2º, CPC. Não faria sentido algum impor ao juiz o dever de enfrentar, por meio de fundamentação analítica, argumentos genéricos, sem relação com o caso concreto e que não individualizassem a situação jurídica para a qual o autor requer tutela. Logo, somente há dever de enfrentamento, pelo juiz, daqueles argumentos deduzidos, pelas partes, de forma analítica, dando sustentação ao pedido. Nessa toada, pertinente a afirmação de Fredie Didier Jr. e Ravi Peixoto, que visualizam, como consequência para a ausência de justificação analítica da argumentação nas postulações das partes, a desnecessidade de uma resposta específica do Poder Judiciário¹³¹.

Em linha de síntese, tem-se que, se o autor incidir em qualquer das condutas vedadas pelo art. 489, §§1º e 2º, CPC, não terá se desincumbido do ônus alegação específica (art. 319, III, do CPC), o que conduzirá ao indeferimento da petição inicial. Lembre-se, porém, que, em todas as hipóteses, o julgador deverá oportunizar à parte que sane ou complemente as irregularidades da peça antes de extinguir o processo. Tal providência, calcada no modelo de processo cooperativo e no princípio da cooperação, aplica-se integralmente à hipótese de deficiência de justificação analítica na petição inicial.

Conclusão

O reconhecimento do sentido problemático do Direito e da indeterminação inerente à linguagem por meio da qual ele se expressa potencializaram a indispensabilidade da argumentação jurídica no âmbito

¹³¹ DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. *O art. 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais - um precedente do STJ*. Editorial 191. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-191/>. Acesso em 21.12.2020.

do processo civil. A retórica é a ferramenta que permite ao jurista trabalhar no campo da argumentação, permeado de probabilidades e verossimilhanças. Os reflexos de tais concepções permeiam a estrutura do processo civil, que incorpora, em seu formalismo, a distribuição da tarefa argumentativa quanto à interpretação e aplicação do direito. De nada adianta afirmar que o juiz tem o dever de dialogar com as partes, que precisa colher suas impressões ao longo do procedimento e demonstrar, na decisão, por meio de fundamentação analítica, que, de fato, considerou, séria e detidamente, os argumentos suscitados pelas partes se tais argumentos pudessem ser genéricos, lacônicos ou desligados do caso concreto. Insistir na atribuição de um dever de fundamentação analítica ao órgão julgador independentemente de qualquer contrapartida das partes implicaria, como última consequência, a aceitação da suficiência do monológico judicial em detrimento de um modelo de fundamentação dialogal. O modelo cooperativo de processo, o contraditório como direito de influência e dever de debate e a própria necessidade de fundamentação analítica das decisões judiciais demandam o aporte argumentativo de todos os sujeitos processuais. Por consequência, o formalismo processual, vocacionado à instauração de uma comunidade argumentativa de trabalho no processo civil, resulta na atribuição de um dever de fundamentação analítica para o juiz e de ônus argumentativos equivalentes, no que cabível, para as partes.

Referências

AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht, Holland: D. Reidel Publishing Company, 1987.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica* (1978). Trad. Zilda H. S. Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2001.

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). A garantia do contraditório. *Revista da AJURIS*, ano XXV, n. 74, p. 103-120, nov/1998.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). *Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo* (1997). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013). O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, vol. 71/1993, p. 31-38, jul/set 1993 (DTR\1993\334).
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do Processo. *Revista da AJURIS*, ano XXX, n. 90, p. 55-84, jun/2003.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração* [livro eletrônico]: como se motiva uma decisão judicial? 4. ed. em e-book baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ARISTÓTELES (384-322 a.C.). *Retórica*. 2. ed. Introdução de Manuel Alexandre Junior. Trad. Manuel Alexandre Junior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: INCM, 1998.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica* (2000). Tradução de Maria Cristina Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2003.
- ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, vol. 29, p. 181-204, jan/2013.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário* (2011). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (2003). 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). O problema da divisão do trabalho entre o juiz e as partes: aspectos terminológicos (1985). *Temas de Direito Processual*, Quarta Série, p. 35-44. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BILLIG, Michael. *Arguing and thinking: a rhetorical approach to social psychology* (1987). New York: Cambridge Press, 1996.
- BILLIG, Michael. *Argumentando e Pensando* (1987). 1ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del Contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, a. LX, n. 2, p. 449-464, apr-giu/2005.
- CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio. *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 193-210, 2011.
- CAMPBELL, Karlyn Kohrs; HUXMAN, Susan Schultz; BURKHOLD, Thomas R. *Atos de retórica: para pensar, falar e escrever criticamente*. Trad. Marilene S.S. Garcia. São Paulo: Cengage Learning, 2015.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Técnica da interpretação jurídica: breviário para juristas* (2007). Trad. Daniel Mitidiero et. al. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo (1934-2020); GRINOVER, Ada Pellegrini (1933-2017); DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Introdução à lógica jurídica* [livro eletrônico]: pensamento, raciocínio e lógica no Direito. 1. ed. em e-book baseada na 8. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. O art. 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais - um precedente do STJ. Editorial 191. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-191/>. Acesso em 21.12.2020.
- DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura Novit Curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

- FAZZALARI, Elio. «Processo» e Giurisdizione. *Rivista di Diritto Procesuale*, a. 48, p. 01-19, gen-mar/1993.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação: Subsídios para uma Pragmática do Discurso Jurídico*. 3. ed. Atlas, 2014
- FLACH, Daisson. *Dever de Justificação das decisões Judiciais*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.
- GALINARI, Melliandro Mendes. Logos, ethos e pathos: “três lados” de uma mesma moeda. *Alfa: Revista de Linguística*, v. 58, n. 2, p. 257-286, São José do Rio Preto, 2014.
- GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às normas* (1990). Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Dotta. A. Giuffrè Editore, 2011.
- KOCHEM, Ronaldo. *Fundamentando decisões: uma doutrina lógico-argumentativa*. Londrina: Thoth, 2021.
- KRELL, Andreas Joachim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. *Quaestio Iuris*, vol.9, n. 1, p. 244-271, 2016. DOI: 10.12957/rqi.2016.18744. Acesso em 21.12.2020.
- LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MACCORMICK, Neil (1941-2009). *Argumentação jurídica e teoria do direito* (1978) Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACCORMICK, Neil (1941-2009). *Retórica e o Estado de Direito* (2005). Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil: artigos 294 ao 333*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado* [livro eletrônico] (2015). 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil [livro eletrônico]: *teoria do processo civil*, Vol. 1. (2015). 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil* [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2 (2015). 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARTINEAU, François. *Argumentación judicial del abogado* (2008). Trad. Ricardo G. Bringas. Bogotá: Editorial Universidade del Rosario, 2013.
- MEYER, Michel. *A retórica*. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007.
- MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. *Revista de Processo*, a. 39, n. 229, p. 51-74, mar/2014.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: do modelo ao princípio* [livro eletrônico] (2009). 2. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, vol. 206/2012, p. 61-78, abr/2012 (DTR\2012\2708).
- MITIDIERO, Daniel. Ônus da prova e seus inimigos. *Revista de Processo*, vol. 306/2020, ago./2020.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação* [livro eletrônico] (2016) 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

- MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da Decisão Judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NUNES, Dierle; VIANA, Antonio Aurélio de Souza. Ônus da dialeticidade: nova “jurisprudência defensiva” no STJ? Consultor jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-15/onus-dialeticidade-jurisprudencia-defensiva-stj>. Acesso em 21.12.2020.
- NUNES, Leandro Gornicki. Constituição, contraditório e linguagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 119/2016, p. 75-101, mar-abr/2016 (DTR\2016\4875).
- PECZENIK, Aleksander (1937-2005). *On Law and Reason* (1989). Dordrecht: Springer Science + Business Media B.V, 2008.
- PERELMAN, Chaïm (1912-1984). A teoria pura do direito e a argumentação. Trad. Cassio Scarpinella Bueno. Publicação do original em LEMPEREUR, Alain. *Ethique et Droit*, Editions de l'Universite de Bruxelles, 1990, p. 567-575. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/traducoes/trad-1.pdf>, Acesso em 21.12.2020.
- PERELMAN, Chaïm (1912-1984). *Lógica jurídica: nova retórica* (1976). Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PERELMAN, Chaïm (1912-1984); OLBRECHTS-TYTECA, Lucie (1899-1987). *Tratado da argumentação: a nova retórica*. (1958) Trad. Maria Ermantina Galvão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars: As Matrizes Histórico-Culturais do Contraditório (2003). Trad. Luís Alberto Reichelt. In: ____; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 127-143.
- RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O dever de motivação das decisões judiciais* (2015) 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- REBOUL, Olivier (1925-2002). *Introdução à retórica* (1991). 2ª. ed. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

- RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista dos Tribunais*, vol. 232/2014, p. 13-35, jun/2014 (DTR\2014\2179).
- RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal* (2002). 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no brasil. *Revista de Processo*, vol. 208/2012, p. 125-146, jun/2012 (DTR\2012\44720).
- SCARPARO, Eduardo. Mas e a retórica? Sobre as demonstrações e argumentações. In: ____ (Org.). *Ensaios de retórica forense* [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020, p. 19-55.
- SCARPARO, Eduardo. *Retórica Forense: história, argumentação e invenção retórica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da (1929-2009). *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SILVEIRA, Daniela Gonsalves. Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 248, p. 69- 87, out/2015.
- TARELLO, Giovanni (1934-1987). *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980.
- TARUFFO, Michele (1943-2020). *A motivação da sentença civil* (1975). Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC - fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de janeiro: Forense, 2016.
- TOULMIN, Stephen (1922-2009). *Os usos do argumento* (1958). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: DQTT. A. Giuffrè Editore, 1974.

TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 485 ao 538. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

VIEHWEG, Theodor (1907-1988). *Tópica e Jurisprudência*: uma Contribuição a Investigação dos Fundamentos Jurídico Científicos (1954). Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2008.

WRÓBLEWSKI, Jerzy (1926-1990). Legal decision and its justification, in: HUBIEN, Hubert. *Le Raisonnement Juridique*: Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, p. 409-419, 1971.

WRÓBLEWSKI, Jerzy (1926-1990). *The Judicial Application of Law*. Trad. Sądowe Stosowanie Prawa. 1. ed. London-New York: Springer, 1992.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? *Revista de Processo*, vol. 259/2016, p. 21-53, set/2016.

“Jamais teria uma filha do teu nível”: ethos e a retórica no Caso Mari Ferrer

*Raissa Rayanne Gentil de Medeiros*¹
*Kauê Suptitz*²

1. Introdução

O “Caso Mari Ferrer”, que tomou os holofotes da mídia no ano de 2020, teve início com uma campanha nas redes sociais da jovem que buscava justiça, após, em dezembro de 2018, sofrer violência sexual quando estava na boate Café de La Musique, em Florianópolis/SC. Mariana Ferrer utilizou seu Instagram para denunciar o crime de estupro que sofreu por André de Camargo Aranha. Nessa trajetória, desde o ato até o julgamento do caso, diversas postagens na mesma rede pedem pela condenação do acusado e mostram a preocupação da vítima com resultado diverso, devido a posição social e influência de André.

Uma vez que o Ministério Público ajuizou ação contra André, o caso que se movimentava apenas pelas redes sociais foi reacendido pela mídia, após sentença de primeiro grau absolver o réu. O que chamou atenção, além das notícias e tratamento dado às partes pela imprensa, foi o vídeo da audiência de oitiva da vítima, que vazou junto com as notícias da sentença, onde o advogado de defesa, Cláudio Gastão da Rosa Filho, tenta desqualificar Mariana através de fotos suas de biquíni.

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogada. raissa.medeiros@hotmail.com

² Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Advogado em Porto Alegre-RS. skaue@live.com

O ato de qualificar vítimas, acusados ou testemunhas não é novo, faz parte da argumentação do processo. Perante o juízo se constrói o discurso dos autos e se busca persuadir e convencer sobre o que é dito, portanto, atos que pertencem não só ao direito, mas à retórica. Alguns estudos já trataram da retórica, do judiciário, especialmente da midiatização de casos criminais, mas como compreender, no curso do processo e nos atos dos envolvidos, as provas retóricas? De diversas formas, dependendo de quem fala e quem ouve. Propomos nesse estudo, através da análise da construção do ethos das partes do Caso Mari Ferrer, analisar a construção do ethos dos principais envolvidos e seu diálogo com as demais provas retóricas. Trataremos de contextualizar os fatos ocorridos focando na construção do ethos dos agentes envolvidos, não cabendo juízo sobre a sentença, mas sim, a formação dos estereótipos e papéis de cada parte no desenvolvimento do processo e a recepção pelos diferentes auditórios.

2. O Ethos e a retórica

Ideações e visões sobre o caráter de alguém podem se confirmar na realidade pelo discurso ou ficarem na abstração imaginativa de quem concebe tais projeções. Quando pensamos nas virtudes e credibilidade de alguém estamos tratando do ethos, das qualidades atribuídas a um orador, previamente ou no discurso, que se confirmam ou negam nele. Atualmente, com a argumentação moderna, o ethos se divide em discursivo e pré-discursivo, o que trataremos a seguir, diferente de suas acepções iniciais adotadas na antiguidade. Em sua clássica obra *Retórica*, Aristóteles (1998) entende o ethos como o momento da pronúncia do orador, restringindo apenas a ele no instante de enunciação. Portanto, sem sobrepesar previamente suas acepções sobre quem fala, conseqüentemente sem divisão de ethos pré-discursivo e discursivo.

O ethos diz respeito ao orador, ao seu caráter e sua credibilidade no momento do discurso e vem tratado como uma persona, no momento da palavra enunciada, dispensando as imagens pré-existentes acerca do orador, anteriores à enunciação. Ao falarmos em ethos podemos dividi-lo em discursivo ou pré-discursivo: Para Galinari (2012), numa visão mais fiel à retórica aristotélica, o ethos sempre será discursivo, excluindo a possibilidade de um pré-discurso, expressando o orador suas ideias pela ferramenta do discurso. Galinari (2012) entende, ainda, que as denominações do ethos poderiam ser divididas em *pré-corpus* e presente, mas nunca pré-discursivo. No entanto, outros estudiosos concordam com a divisão de discursivo e pré-discursivo: Maingueneau (1997) divide o ethos em discursivo e pré-discursivo/anterior, no mesmo caminho define Amossy (2005) ao denominar o ethos como prévio e discursivo, e Meyer (2001) que o nomina de imanente/projetivo e efetivo.

Para Amossy (2013, p. 70) “o ethos se desdobra no registro do ‘mostrado’ e, eventualmente, no do ‘dito’. Sua eficácia decorre do fato de que envolve de alguma forma a enunciação sem ser explicitado no enunciado”, ou seja, não depende do discurso pela voz, podendo emanar de atos, gestos e ações. Ainda, o ethos relaciona-se ao termo “personagem”, e pode ser uma figuração subjetiva, um papel interpretado pelo orador, uma representação dramática. A autora ainda desenvolve a noção de ethos-prévio, a partir do papel que a estereotipagem desempenha na comunicação. Por estereótipo, entende que “é a operação que consiste em pensar o real por meio de uma representação cultural preexistente, um esquema coletivo cristalizado” (AMOSSY, 2013, p. 125). Aqui, o conceito de estereótipo se relaciona com o ethos por meio da ideia prévia que o auditório constrói do seu orador e vice-versa.

A imagem prévia ou estereótipo condiciona parcialmente o discurso, pois nele o orador deixará índices, identificáveis tanto pelas marcas

linguísticas quanto pela própria enunciação (AMOSSY, 2000). Desse modo, o poder exercido pela imagem que o auditório tem sobre o sujeito, antes mesmo que ele comece a falar, torna-se fundamental na construção discursiva.

Podemos encontrar o ethos prévio presente nas ideias que o orador carrega de outra pessoa e explora no momento do discurso, pois não é somente o ethos dele que é construído no momento da fala. Assim, encaramos o ethos prévio como estereótipos, sejam do orador ou da plateia, relacionados à classe social, a questões morais, às funções institucionais, ao status e ao poder.

As dimensões da linguagem, que antes se voltavam à sintática e semântica, hoje se voltam à pragmática, atentando-se às relações da linguagem, seus usuários e seu uso. Na argumentação, podemos destacar o orador, o interlocutor, e o auditório, sujeitos presentes no uso da linguagem a fim de persuadir (ATIENZA, 2013, p. 363), e que estão diretamente relacionados com as provas retóricas ethos, logos e pathos, que compõem o sistema retórico. Sobre este, pode ser compreendido como “o sistema discursivo empregado com o intuito de convencer ou de persuadir uma pessoa ou um conjunto de pessoas a respeito de alguma coisa” (CAMPOS; JORGE; 2015, p. 178), objetivando o discurso eficiente.

Vale destacar que as três provas retóricas dependem entre si em busca da persuasão e convencimento, ethos, logos e pathos estão presentes uma na outra em diferentes óticas, e influenciam no juízo final de um auditório ou julgador. Em casos grandes e midiáticos, como o que analisamos, não se persuade somente o julgador, mas um auditório maior, que opina, interage e julga conforme suas paixões e verdades.

O ethos não existe sem o logos, pois é por meio dele que se expressa. Sem o discurso não há como expressar o ethos. Até mesmo o ethos pré-discursivo depende do logos, pois a tradição, o comportamento, as

características de quem se mostra o *ethe* são pela via do logos. O desafio principal na conexão do ethos e logos é saber como “pegar o seu auditório” e “vender” seu ethos, o que pode ser alcançado por elementos linguísticos. Nessa teatralidade encontrada para afirmação do ethos, podemos pensar em quais os elementos linguístico-discursivos presentes no logos que nos permitem, durante a análise, acessar o ethos, conforme pontua Galinari (2012), concluiremos que todos os elementos são uma porta para encontrarmos tal prova retórica.

No Caso Mari Ferrer podemos verificar pelo sistema retórico, via logos, a construção de mais de um ethos, em especial a tentativa de criação do ethos da vítima, como estratégia de condenação moral, baseada em estereótipos, estigmas sociais, e condenações de gênero. No entanto, nesse sistema, as percepções do caráter e qualidades de quem fala, ou de quem se fala, muda conforme o público que recebe a informação.

3. Ethos e questões de gênero

Partindo da compreensão de que todo discurso pressupõe uma imagem daqueles que estão envolvidos no processo interativo, considerando que ao projetar uma maneira de dizer não se pode ignorar as consequências desse ato e que essa atitude encoraja uma construção de uma imagem que condiciona, em troca, a ação comunicativa, então os participantes dessa interação desempenham poder um sobre os outros e é nesse jogo discursivo que eles mostram papéis sociais que definem um caráter (FIORINDO, 2012, p. 01).

Essa construção da imagem de uma pessoa é um mostrar e só é revelada por meio de processos inferenciais percebidos pela enunciação e pelo contexto. É pela enunciação que se projeta um auto retrato em que são imprimidas qualidades, causando, desta forma, uma representação da autoimagem de uma pessoa, pois a forma que se fala produz uma imagem

daquele que enuncia (FIORINDO, 2012, p. 01). Desde a Grécia Antiga, esse auto retrato discursivo, também chamado de *ethos*, se caracteriza como “a construção de uma imagem de si destinada a garantir o sucesso do empreendimento oratório” (AMOSSY, 2005).

No que se refere às questões de gênero, as mulheres enfrentam dificuldade de terem seus discursos levados em consideração na justiça brasileira. Para além do *ethos* discursivo, uma forte carga pré-discursiva acompanha o discurso feminino em razão de vivermos numa sociedade marcada pelo patriarcado. No caso da jovem Mariana Ferrer, conforme analisaremos com mais profundidade um pouco adiante, a marca do discurso empregado pelo advogado ao se dirigir à vítima pairava em concepções machistas sobre o comportamento dela. O processo acabou julgado improcedente, com a absolvição do réu, sob a justificativa de ausência de provas, a partir do princípio do *in dubio pro reo*.

O caso de Mariana, infelizmente, não é um caso isolado. É recorrente que o sistema judiciário revitimiza as mulheres, silenciando suas vozes e fazendo com que se sintam culpadas e responsáveis por ações que foram cometidas por outros.

No acórdão a seguir, podemos ver um outro caso em que questões atinentes à vítima foram trazidas pelo juiz para justificar a absolvição de um acusado de estupro (TJSP, 2015):

Apelação criminal. Estupro. Absolvição. Palavra da vítima insuficiente para caracterizar o crime de estupro. Não esclarecida de forma suficiente a violência ou grave ameaça para o ato sexual. Mordidas na coxa e no seio não foram dadas para conseguir a relação sexual. Necessidade de a violência ser para o ato violência ou indelicadeza durante o ato não tipifica o estupro (...) As demais testemunhas arroladas pela defesa reafirmaram que a vítima tinha má fama na cidade, e supostamente saía com diversos rapazes. Acrescentaram que a vítima sempre procurava o réu em seu local de trabalho, bem como telefonava a ele a todo o momento. Entretanto, nenhuma delas presenciou os fatos, de

forma que a rigor, resta apenas a palavra da vítima. Esta, ordinariamente, sempre tem grande valor, especialmente em crimes contra os costumes, geralmente praticados na clandestinidade. Mas, no caso dos autos a palavra da vítima não é suficiente para que se possa afirmar que tão grave crime tenha ocorrido (...) Se houve a prática de sexo oral e o réu teria chegado a ejacular, é porque ela abriu a boca e assim permaneceu por tempo razoável (...)

Muito embora tenham sérias evidências do abuso, haja vista as mordidas na coxa e no seio, a palavra da vítima foi desconsiderada baseada no depoimento de testemunhas que não presenciaram os fatos, além do argumento de que a vítima tinha “má fama” na cidade e “supostamente saía com vários rapazes”. Nenhuma das justificações são razoáveis, mas foram as utilizadas para absolver o réu.

Outro caso que foi à mídia foi o crime cometido por Doca Street que matou a namorada, a socialite Ângela Diniz, com quatro tiros na cabeça. Durante o julgamento, inúmeras vezes o comportamento da vítima foi trazido de forma a deslegitimar-lá, baseado em moralismo (CASTRO, 2020). Esse caso aconteceu em dezembro de 1973. Em 2020, vemos novamente isso acontecer com Mariana. Ainda que deixemos de lado o mérito do processo, é interessante perceber como o machismo se faz presente na retórica especialmente do advogado do réu ao tentar invalidar o discurso de Mariana aludindo às suas fotos com “posições ginecológicas” ou com “dedinho na boca” e à sua profissão de blogueira. Especialmente porque o estupro continuaria sendo crime ainda que tivesse sido cometido contra uma prostituta, vez que a única condicionante para que se configure estupro é a ausência de consentimento por parte da vítima – no caso de Mariana, ela estava dopada.

Com isso, percebemos a força do discurso baseado no ethos e, conseqüentemente, a força dele para que se apele às emoções (pathos). Numa sociedade profundamente marcada pelo machismo, ver fotos de

uma jovem que alega ser virgem em fotos minimamente sensuais, ainda que em razão do trabalho, mexe com as emoções e apela para a moralidade, para os sentimentos daquela plateia. E não foi à toa que o advogado trouxe essas fotos à audiência, ainda que elas fossem alheias ao conteúdo do processo. Se considerarmos as questões de gênero, podemos perceber como a alegação de que “a pessoa que é virgem, ela não é freira não, doutor” de Mariana acaba por perder a força diante do comportamento esperado de uma mulher “direita”.

A historiadora americana Joan Scott entende gênero como um “elemento constitutivo de relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos, sendo assim uma construção social e histórica dos sexos” (SCOTT, 1995). Ou seja, estudar gênero é uma forma de buscar entender as relações sociais a partir dos conceitos, das representações e práticas desenvolvidas entre as pessoas, em especial a maneira como são construídas as relações interpessoais, sejam elas do mesmo sexo ou de sexos diversos, de idade, de classe social, cor e raças iguais ou diferentes (ABREU; ANDRADE, 2010).

Assim, é o entendimento, ou mesmo o juízo de valor, que as pessoas possuem sobre as demais a partir da anatomia sexual. Isso pode determinar estereótipos ou ideias acerca dos indivíduos, grupos ou objetos, impondo um padrão fixo e que nega as diferenças advindas da individualidade ou mesmo da cultura. Manifesta-se através de julgamentos, de sentimentos ou de imagens preconceituosas como o clichê “homem é forte, mulher é o sexo frágil” (ABREU; ANDRADE, 2010), mas não somente dessa forma, como também em “sutilezas” do dia a dia, carregadas com recortes preconceituosos de gênero.

Ao redebater o conceito de gênero, Scott (1995) se refere a um sistema de relações de poder baseadas num conjunto de características, de papéis, de identidades e de comportamentos que se opõem e que são

atribuídos a sujeitos do sexo feminino e masculino. Desta forma, compreende-se que enquanto o sexo é determinado pela natureza, ou seja, pela biologia, o gênero é construído historicamente e depende dos processos de socialização vivenciados pelos indivíduos, processos esses determinados pelo contexto social, cultural, político e econômico.

A referida autora, destarte, entende o sexo biológico somente como um demarcador da lógica dicotômica (no sentido de que concebe o gênero a partir da diferenciação dos sexos) e relacional (tendo vista o seu entendimento de que a existência de um está condicionada a do outro), para fazer uma diferenciação dos marcadores sociais de gênero – ou seja, das ideias do que é masculino ou do que é feminino.

A partir desse ponto, é importante comentar que, segundo Scott (1995, p. 86), essas definições estão profundamente associadas às representações de poder em uma determinada conjuntura político-social e que a limitação metafórica atribuída aos conceitos está vinculada às doutrinas políticas, religiosas, jurídicas ou educativas que atribuem e perpetuam as definições fixas do que que é ser homem ou mulher, masculino ou feminino. Scott também traz a compreensão de que gênero é o meio através do qual o poder é articulado na sociedade uma vez que as características que definem o que é ser homem ou mulher definem permissões, negações ou diferenciações de acesso aos recursos materiais, sociais e políticos disponíveis na sociedade.

Pode-se, então, determinar que as relações sociais entre sujeitos dos sexos masculino e feminino foram construídas num cenário de bastante disputa política, que num primeiro momento privilegiou aos homens, conforme se depreende do entendimento de gênero enquanto uma “categoria útil de análise histórica” (SCOTT, 1995, p. 71).

As reflexões sobre as dificuldades no funcionamento das estruturas criadas pela Lei Maria da Penha evidenciam as resistências e limites do

sistema de justiça em garantir uma prestação jurisdicional adequada nos casos de violência de gênero. Além dos desafios atinentes à atuação em casos que envolvem um problema tão complexo como a violência contra a mulher, os agentes do sistema de justiça também precisam lidar com problemas relacionados a aspectos estruturais e simbólico-culturais que caracterizam suas instituições e acabam por dificultar a incorporação de uma perspectiva de gênero, raça, etnia e classe social nos processos de decisão (SEVERI, 2016, p. 82).

Scott (1995) entende como uma das principais utilidades das análises com base na categoria gênero a oportunidade de aprofundar os sentidos construídos sobre o masculino e o feminino, tornando homens e mulheres não em categorias fixas pré concebidas, mas em problemáticas. Doravante, é possível investigarmos como o gênero organiza as relações sociais, significa as coisas e define as identidades pessoais e como os sentidos e significados construídos com base nas diferenças sexuais são hierarquizados, de modo a inferiorizar alguns dos polos: as mulheres, na maioria dos casos (SEVERI, 2016, p. 83).

O Brasil é signatário de tratados internacionais que dispõem sobre a proteção à mulher, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 10 de dezembro de 1948, que definiu os princípios morais e éticos em que devem se orientar os povos das Nações Unidas; a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW), aprovada pela ONU em 1979, e assinada pelo Brasil, com reservas, em 1981. De acordo com a referida convenção, a discriminação contra a mulher é:

[...] toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos

campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer campo.
(BRASIL, 2002)

Ainda, o Brasil (1996) ratificou a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará), a qual também foi adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), e que dispõe que a violência contra a mulher constitui violação aos direitos humanos.

Recentemente, o Comitê CEDAW (2015) elaborou a recomendação nº 33 que trata da obrigação dos Estados partes em assegurar o acesso à justiça às mulheres, otimizando o potencial emancipatório e transformador do direito. Segundo essa recomendação, o direito de acesso à justiça para as mulheres é essencial à realização de todos os direitos protegidos pela comissão.

Percebe-se que o Poder Judiciário deveria figurar como um grande garantidor dos direitos das mulheres, já que é justamente a ele a quem as pessoas recorrem quando algum direito é violado, independente de quem seja o responsável por esta violação. Sabe-se que a legislação pátria formalmente garante a igualdade entre todos; entretanto, sua aplicação muitas vezes é desigual.

Nesse sentido, Carol Smart (1989, p. 2-3) compreende que “o direito não é neutro, mas sim influenciado pelos valores daqueles que o criam e o aplicam”. Ou seja, entende que o direito é sexuado e masculino e que, portanto, o legislador acaba por colocar as mulheres em situação de desvantagem ao criar leis que beneficiam aos homens e os aplicadores do direito acabam por, também, julgar as mulheres de forma diferente, baseados especialmente em estereótipos de gênero, constituindo esta a razão pela qual a lei e a aplicação da lei deveriam dar especial enfoque em garantir os direitos das mulheres, não exatamente para que sejam

efetuadas reformas legislativas – ainda que necessárias –, mas principalmente para desafiar a força e a internalização do poder dos homens.

No que concerne aos crimes sexuais, como no Caso Mari Ferrer, também é clara a influência do patriarcado no julgamento dos casos em que mulheres são vítimas. A violência sexual contra a mulher cresce em índices alarmantes. Segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, a cada 11 minutos uma mulher é estuprada no país (SOUTO, 2020). Entretanto, uma grande parcela dessas vítimas sofre calada, haja vista que, por medo ou por vergonha, não registram a ocorrência. Não suficiente, acontece ainda o fenômeno da culpabilização da mulher, o que causa julgamentos despropositados acerca da conduta da vítima e atenuando a conduta do agressor, que deveria ser o principal foco.

Como bem se sabe, em crimes de estupro, a palavra da vítima é o elemento fundamental de convicção, especialmente porque esses crimes são comumente cometidos sem a presença de testemunhas e, não raro, não deixam quaisquer vestígios. Se a palavra da vítima perde a credibilidade em razão do seu gênero, não há o que falar de igualdade entre homens e mulheres no plano material.

4. A construção do Ethos no caso Mariana Ferrer

O próprio processo é um ato de persuasão, mesmo que a decisão seja vinculada às provas e atos processuais, a formação do convencimento do juiz depende da retórica, que está presente na disposição do texto das partes, nos debates ou na audiência de oitiva. O que se explora nos autos é a argumentação capaz de convencer quem decide, todo ato busca gerar convencimento e para isso, às vezes, é necessário construir uma ideia do outro para os outros. Assim, nesta etapa do estudo, analisaremos a formação do ethos dos principais envolvidos no Caso Mari Ferrer: o

advogado, a vítima e o juiz, bem como, a divulgação das notícias do caso pela mídia e suas repercussões nas redes sociais.

4.1. O advogado

Se tratando do advogado de defesa, um dos protagonistas do caso após o vazamento do vídeo de audiência, podemos pensar em dois rumos distintos na construção do seu ethos. Inicialmente são levadas em consideração as suas qualidades pessoais, como a boa fama, reputação, e resultados em ações diversas, que servem como base de um ethos-prévio e podem interferir na escolha do réu para sua defesa. O advogado, Cláudio Gastão da Rosa Filho, atua em defesas criminais, e como destacado no *website* de seu escritório “seu grande diferencial é conseguir atuar, com maestria em todas as instâncias da Justiça Brasileira” e que possui “resultados louváveis, sempre com o objetivo de proporcionar um melhor atendimento e fidelidade aos seus clientes” (FILHO, 2020), estratégia argumentativa que contribui para o imaginário de sucesso e qualidade de trabalho do advogado na área que atua.

Isso ocorre, também, pois se tratando de ethos, o orador se adéqua ao seu auditório – no caso, à clientela, pois exerce defesas criminais – ao moldar sua própria imagem, podendo ele “construir uma imagem confiável de sua própria pessoa, em função das crenças e valores que atribui àqueles que o ouvem” (AMOSSY, 2011, p. 19).

O ethos do advogado é formado por contornos da *phrónesis*, *areté* e *eúnoia*, compreendidas respectivamente pelo saber técnico e teórico, revestido de conhecimento e racionalidade (*phrónesis*), ética profissional e honestidade (*areté*), e urbanidade e lhanza (*eúnoia*) (GOMES; FREITAS, 2020, p. 119). Tais características possuem estrita ligação com o ethos-prévio. O discurso, que dá voz ao ethos, se dá pelas manifestações judiciais,

que mostram ou escondem aquilo que o advogado quer exibir de si ou do outro.

Em um segundo momento, pelo próprio discurso, o ethos próprio, ou dito, é evidenciado e contribui para a avaliação do auditório sobre o advogado, pois devido às atitudes e à atuação profissional do advogado na condução da audiência de oitiva da vítima, construiu-se uma imagem perante diferentes grupos sociais: De um lado, uma maioria que discordou da maneira que conduziu seus trabalhos, da forma impregnada para defesa – descrédito da vítima – e do tratamento dado à vítima, e do outro aqueles que concordaram com os atos, confirmando o ethos-prévio ou aceitando o ethos-dito do advogado de defesa.

4.2. O juiz

A figura do juiz circula no imaginário coletivo como alguém que muito dedicou tempo ao estudo da lei, conhecendo-a profundamente para estar apto a julgar os casos levados ao judiciário. Também, em razão do princípio da imparcialidade, a construção do ethos de um juiz passa pela ideia de distanciamento, ou seja, que este não tenha interesse em favorecer nenhuma das partes do caso, mas analisá-lo de forma imparcial a partir dos fatos trazidos à luz durante o processo e a partir da lei, para que a sentença, ao fim, seja considerada justa.

É bastante comum, também, que magistrados utilizem vestes como a toga. A vestimenta carrega um forte significado, em razão da tradição e do prestígio atribuídos ao símbolo. A construção do ethos, inclusive, passa por esses detalhes, vez que “por mais irreverentes e frios que sejam os homens, o aspecto externo das coisas neles atua, modificando-lhes os sentimentos e as ideias” (TJMG, 2015).

No Caso de Mari Ferrer, o juiz Rudson Marcos acabou por sofrer inúmeras críticas por sua postura pouco firme em manter a ordem

durante a audiência e combater as insistentes acusações do advogado de defesa contra Mariana, que visavam construir um ethos negativo e influenciar na decisão dos autos, o que colocou em xeque sua capacidade de gerenciar situações de trato difícil e as características prévias da persona do juiz que pairavam no senso popular.

4.3. O réu

O réu se trata de André Camargo Aranha, filho do advogado Luiz de Camargo Aranha Neto, que já representou a Rede Globo em processos judiciais. É um homem branco, abastado, empresário de jogadores de futebol e visto com certa frequência ao lado de figuras como o ex-jogador Ronaldo Nazário e Gabriel Jesus. Ao contrário do que aconteceu com Mariana, que teve sua vida inteira dissecada pela mídia, o réu teve pouca repercussão, suas manifestações públicas foram todas realizadas através de seu procurador, resguardando sua integridade pessoal e vida privada, o que dificultou a formação da opinião popular e criação de um ethos sobre ele, justamente pela ausência de exposição, o que pode ter sido parte da estratégia adotada pela defesa a fim de não alarmar atitudes condenáveis que viesse a ter ou opiniões que pudessem influenciar negativamente sobre sua imagem.

Nos crimes que envolvem estupro, ainda é bastante comum que as pessoas associem a figura do estuprador a um desconhecido agressivo em uma rua escura. Ainda é bastante difícil para as mulheres denunciar agressões sexuais quando elas envolvem, por exemplo, alguém com quem possuem um relacionamento afetivo como um namorado ou marido, ou mesmo um amigo. A figura do homem branco, jovem, “bem apessoado” e empresário que configuram o réu também acaba por reforçar estereótipos do que não haveria motivos para ele cometer tal tipo de crime, mais uma vez descredibilizando o relato da vítima.

4.4. A vítima

Dos vários aspectos possíveis de se analisar no caso em questão, é valioso para o argumento que buscamos trazer, entender como se deu a construção do ethos da vítima, Mari Ferrer.

Mariana é uma jovem mulher branca de pouco mais de 20 anos, virgem à época do ocorrido, influencer digital e modelo, que no dia do crime estava trabalhando como embaixadora em uma famosa boate na capital catarinense. Durante a audiência, que viralizou em razão da reportagem do The Intercept Brasil, é possível ver que toda a argumentação do advogado do réu consiste em desacreditar a palavra da vítima apelando para seu comportamento. Uma das frases mais marcantes é quando ele fala “jamais teria uma filha como você”, aludindo que Mariana não seria uma mulher “direita”, vez que possui fotos de biquíni e com “dedinho na boca” em redes sociais. Para além do fato de que essas imagens não possuem qualquer relação com a denúncia de estupro, não é à toa que o advogado as utiliza para desacreditar a vítima. Numa sociedade marcada pelo patriarcado, apelar para a moralidade, questionar a liberdade de uma mulher soa bastante apelativo e implica, aos que ouvem, como um forte indício de caráter. Mariana alega que “a pessoa que é virgem não é freira não, doutor”, reforçando que as imagens não tem qualquer fundamento para a análise do estupro, e o advogado mais uma vez traz argumentos apelativos que reforçam discriminações de gênero: alega que a vítima é influencer e, por isso, quer os holofotes da mídia; alega que o choro dela é dissimulado e chega, até mesmo, a cometer assédio ao afirmar que as fotos da jovem são muito bonitas – ao que é veementemente repreendido por Mariana, dizendo que ele tem idade para ser pai dela.

Com isso, vemos a dificuldade das mulheres em terem seus discursos levados à sério pelo judiciário. Mariana era a única mulher presente na audiência, jovem e rodeada de homens mais velhos, todos operadores do Direito. O nervosismo da jovem ao pedir por respeito ou a cair em prantos demonstra a posição de fragilidade em que se encontrava, mas até mesmo algo natural de acontecer foi usado pelo advogado para desacreditar sua palavra, ao alegar que ela é manipuladora e que seu ganha-pão é “a desgraça dos outros”, recorrendo ao imaginário coletivo da mulher bonita, interesseira e manipuladora.

4.5. A mídia

Quando falamos do ethos, processo e mídia, é necessário entender essa última como um terceiro, além das partes do processo e com influência no o juízo tido sobre ele, pois traz a narrativa processual para a sociedade aproximando a tecnicidade jurídica do público leigo, visando a compreensão dos fatos. No entanto, muitas vezes os termos empregados não são utilizados da maneira correta e que reflita a realidade processual, assim, as notícias dão a entender algo distinto do que realmente significa. Tal atividade contribui na formação do olhar e julgamento da sociedade com o Poder Judiciário. A informação vira espetáculo, e conforme Menezes (2003, p. 24) essas distorções buscam satisfazer um público na sociedade do consumo, utilizando sensacionalismo a fim de angariar audiência pela curiosidade do telespectador com notícias vendáveis.

Essas considerações são necessárias pois alguns veículos criam manchetes a fim de fomentar o espetáculo. No Caso Mari Ferrer as notícias foram veiculadas de diferentes maneiras dependendo da fonte, e esse processo não é novo, alguns meios de notícias possuem seu auditório próprio e tendência a construir as qualidades de alguns sujeitos de forma

parcial. Um auditório da revista *Veja* se distingue muito da revista *Super Interessante*.

O site *The Intercept*, foi um dos primeiros a noticiar o julgamento em primeira instância do caso e utilizou o termo “estupro culposos” para se referir ao julgamento que inocentou o acusado. Segundo o site (ALVES, 2020), a atuação do Ministério Público requereu a absolvição pois “não havia como o empresário saber, durante o ato sexual, que a jovem não estava em condições de consentir a relação, não existindo portanto intenção de estuprar – ou seja, uma espécie de ‘estupro culposos’”.

A comunicação retórica eficaz é a capaz de persuadir, e nesse aspecto, o site *The Intercept Brasil* trabalhou com o ethos de diferentes maneiras. Primeiro construiu uma figura nova, desvinculada dos autos, e apelou às emoções do auditório para sensibilizar através da manchete o afeto pela vítima, pelo termo cunhado “estupro culposos”. Ao utilizar tal narrativa, com termos que extrapolam os utilizados no processo, o site contribui para formar o ethos da vítima, principalmente como perseguida, injustiçada e desamparada. Ao mesmo tempo, construiu a ideia de um Poder Judiciário criador de institutos inexistentes, o que reforça um ethos negativo, ao negar sua preocupação com a vulnerabilidade da vítima e proteção da mulher, numa sentença que extrapola os limites legais.

A notícia colocou em xeque, além dos envolvidos, a credibilidade da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), questionando sua capacidade de monitorar a conduta de seus advogados, pois teria sido pernicioso com as atitudes tomadas pelo advogado de defesa na audiência. O que ocasionou notas de diferentes seccionais da entidade e da Comissão Nacional da Mulher Advogada da OAB Nacional (2020), que classificou como “inadmissível o tratamento recebido pela vítima durante a sessão.”.

Conforme Sacramento (2009, p. 95) a midiaticização é a "experimentação da realidade na mídia, por meio e dentro dela, nos

sistemas, nos seus códigos e modelos estetizantes. Ou seja, ela opera uma intervenção de terceira natureza.”. O que é midiaticizado também é midiático e passa pelos discursos próprios de cada mídia, interferindo diretamente em diferentes esferas socioculturais demonstrando, assim, o poder que pode ser exercido pela mídia ao repercutir casos judiciais em grande escala e contribuir na formação do *ethé* dos sujeitos e instituições envolvidas.

Nesse cenário, é necessário destacar que a verdade processual é diferente da verdade das notícias, vez que nem tudo que serve para o mundo dos fatos serve para os autos. Por mais que o objetivo da notícia seja informar, ela também pode tocar o sentimento de quem a lê, gerar revolta e descontentamento. O judiciário, por outro lado, é isento e detém seus próprios meios de provas, análise e julgamento, desvinculados do julgamento e senso popular, de forma que o ethos dos sujeitos não interfere – ou pelo menos não deveria interferir – na decisão da maneira que ocorre na divulgação pela mídia.

4.6. As redes sociais

As primeiras notícias que deram notoriedade ao caso vieram por meio das redes sociais, através da denúncia da vítima em seu perfil do Instagram, o que demonstra a importância que elas têm nos tempos atuais. Ao falarmos de mídias, não podemos esquecer as não-tradicionais, ou novas mídias, que são as redes sociais, onde se expressam opiniões de maneiras mais desregradadas, numa sequência de compartilhamentos em massa que atinge um público muito maior que mídias clássicas e em velocidade recorde, podendo tirar alguém do anonimato da noite para o dia.

Similar às notícias dos jornais, aqui mais uma vez ocorre enlace das provas retóricas, pois no nicho virtual das redes sociais todos têm voz.

Nesse caso, pathos não é único, depende do meio que divulga, e quem consome o que é anunciado não se limita à assinantes ou leitores frequentes, devido a divulgação massiva. O pathos também não é passivo, pois comenta e percebe o ethos dos envolvidos no caso, principalmente da vítima, centro das notícias. Dois exemplos diferentes de percepções do ethos podem ser tomados por diferentes redes sociais.

No Twitter, em 03 de novembro de 2020, data da notícia do site The Intercept e vazamento do vídeo da audiência do caso, as *hashtags* #estuproculposo e #nãoexisteestuproculposo, chegaram rapidamente aos assuntos mais comentados da rede, com diversas manifestações de famosos e anônimos em favor da vítima e com reclamações sobre a conduta das partes envolvidas com Marina e a postura do sistema judiciário.

No vídeo da audiência de oitiva da vítima, disponibilizado na plataforma Youtube – que também é considerada rede social, de compartilhamento de vídeos – é possível notar a interpretação e julgamento dos autos por outro auditório, diferente do Twitter, pois os comentários se baseiam em estereótipos de gênero e na reputação da vítima, e em sua maioria os usuários condenam a vítima a acusando de manipulação, vitimismo, e de tentar ganhar dinheiro e fama às custas do acusado.

Ao considerarmos diferentes redes sociais, como no caso, visualizamos diferentes auditórios e tendências de recepção da notícia e formação do ethos. Também é mostrada uma realidade atual do debate do direito e questionamentos dos sistemas de governo e judiciário, com a democratização das mídias e acesso aos meios tecnológicos é possível verificar a formação de movimentos *online* que tomam proporções na realidade – não virtual – e promovem mudanças sociais relevantes.

Considerações finais

O sistema retórico é um enlace de ethos, logos e pathos. Neste artigo analisamos de que forma a construção do ethos das diferentes partes envolvidas ocorreu no Caso Mari Ferrer, fazendo uma intersecção com as demais provas retóricas.

Pode-se concluir que, apesar de formalmente existir a igualdade de direitos entre homens e mulheres como um princípio constitucional, materialmente essa igualdade não é enxergada quando nos deparamos com casos em que o acesso à justiça se dá de forma desigual para as mulheres, que muitas vezes têm seus discursos descredibilizados em razão de seu gênero. Também é possível notar que o ethos é, como defende Aristóteles, a mais importante das provas retóricas, vez que em muitos casos envolvendo violência de gênero, não obstante as evidências provadas através da racionalidade, o ethos acaba por se mostrar mais eficiente em persuadir o auditório.

No Caso Mari Ferrer, especificamente, o ethos das partes envolvidas se construiu de diferentes maneiras, seja nas notícias veiculadas, diferenciando-se inclusive em razão do público aos quais os canais midiáticos se destinavam, ou nos autos, pelo discurso mostrado ou dito pelas partes.

Referências

ABREU, Jânio Jorge Vieira de; ANDRADE, Thamyres Ramos de. *A compreensão do conceito e categoria gênero e sua contribuição para as relações de gênero na escola*. Disponível em: <leg.ufpi.br>. Acesso em: 20. dez 2020.

ALVES, Schirlei. Julgamento De Influencer Mariana Ferrer Termina Com Tese Inédita De 'Estupro Culposo' E Advogado Humilhando Jovem. *The Intercept*. Disponível em: <<https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>>. Acesso em: 29 dez. 2020.

- AMOSSY, Ruth. Da noção retórica de ethos à análise do discurso. In: AMOSSY, R. (Org.). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. São Paulo: Contexto, 2011.
- AMOSSY, Ruth. *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. São Paulo: Contexto, 2005.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.
- ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta, 2017.
- BRASIL. Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 06. jan 2021.
- _____. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 06. jan 2021.
- CAMPOS, M; JORGE, A. M. O sistema retórico (ethos, pathos e logos): contribuições para a argumentação jurídica. In: *Letramento Acadêmico e argumentação: incursões teóricas e práticas*. 1ª ed. Mariana: Edição do Autor, 2015.
- CASTRO, Lana Weruska Silva. O crime passionai de Doca Street. *Canal ciências criminais*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/crime-passional-doca-street/>>. Acesso em: 23. dez 2020.
- COMISSÃO NACIONAL DA MULHER ADVOGADA. *Nota de repúdio - caso Mariana Ferrer*. 2020. Disponível em: < <https://www.oab.org.br/noticia/58515/nota-de-repudio-caso-mariana-ferrer> >. Acesso em: 29 dez. 2020.
- CEDAW. *General recommendation on women's access to justice*. Disponível em <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_33_7767_E.pdf>. Acesso em 06. jan 2021.
- FILHO, Cláudio Gastão da Rosa. *Gastão Filho Advocacia Criminal*. 2020. Disponível em: < <https://www.gastaofilho.com.br/>>. Acesso em: 30 dez. 2020.
- FIORINDO, Priscila Peixinho. *Ethos: um percurso da retórica à análise do discurso*. Revista Pandora Brasil, n. 47, Outubro de 2012 - ISSN 2175-3318.

- GALINARI, Melliandro Mendes. *Sobre Ethos e AD: tour teórico, críticas, terminologias*. In: D.E.L.T.A, São Paulo-SP, 28:1, 51-68, 2012.
- MAINGUENEAU, Dominique. *Novas Tendências em Análise do Discurso*. 3. ed. São Paulo: Pontes, 1997.
- MEYER, Michel. *A retórica*. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007.
- SACRAMENTO, Igor. A midiatização da retórica. In: *Revista Fronteiras – estudos midiáticos*. São Leopoldo, maio/agosto, 2009, p. 90-102.
- SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. Mulher e realidade: mulher e educação. Porto Alegre: Vozes, v.16, n.2, jul/dez 1995.
- SEVERI, Fabiana Cristina. *O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres*. Revista Direito e Práxis, vol. 7, n. 13, 2016, pp. 80-115 Universidade do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil.
- SMART, Carol. *Feminism and the power of law*. London: Routledge, 1989.
- SOUTO, Luiza. *País tem um estupro a cada 8 minutos, conforme Anuário de Segurança Pública*. 2020. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/10/18/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica-2020.htm>>. Acesso em: 20. dez 2020.
- ESTADÃO. *Veja a íntegra da audiência de Mariana Ferrer em julgamento sobre estupro*. 2020. (03h11s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Pos9cEAPysY>>. Acesso em: 23 dez. 2020.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - TJMG. *TJ Informativo*. Publicação da Secretaria do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. BH – FEVEREIRO – ANO 21 – NÚMERO 201, 2015.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - TJSP. *Apelação nº 0000311-97.2014.8.26.0099*. Desembargador Alberto Anderson Filho. Publicado DJ de 20/10/2015, 2015.
- VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

O auditório no processo coletivo e na recuperação judicial: aportes da retórica para o processo civil

Carolina Trentini Schenkel¹
Daniela de Andrade Fabro²

Designing a presentation without an audience in mind is like writing a love letter and addressing it “to whom it may concern.”

Ken Haemer (Presentation Research Manager, AT&T)

1. Introdução

Não se pode ignorar o aspecto fundamental do diálogo e da argumentação dentro do processo civil contemporâneo, nem se pode desconsiderar que quando alguém argumenta o faz pensando no seu destinatário. Retomando-se termos retóricos, o destinatário passa a ser o auditório a ser persuadido e essa persuasão pode ocorrer de diversas maneiras, sendo uma delas – e bastante eficaz – o seu convencimento por meio das emoções (*pathos*).³

O presente ensaio tem como escopo abordar o tema do auditório nos processos coletivos e nos processos de recuperação judicial. Analisar-se-á quem são esses alocutários do ponto de vista, respectivamente, do representante adequado e do devedor. Para tanto, parte-se das concepções de *pathos* e auditório a fim de se propor uma releitura de práticas jurídicas

¹ Mestranda em Direito Processual Civil (UFRGS). Membro da Comissão Organizadora do Programa Afilhada(o) Acadêmica(o) (IBDP). Advogada em Porto Alegre (RS). caroltschenkel@gmail.com

² Mestranda em Direito Processual Civil (UFRGS). Pós-graduada em Direito Empresarial pela PUCRS. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela FMP/RS. Advogada em Scalzilli Advogados & Associados em Porto Alegre (RS). dannifabro@hotmail.com

³ ARISTÓTELES. Retórica. Tradução de Manuel Alexandre Jr. [et. al.] (Centro de Estudos Clássicos da Universidade de Lisboa) 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. p. 160.

coletivas (processo coletivo e recuperacional) com escopos diferentes, mas correlacionadas com a tutela de determinadas coletividades. Pretende-se, pois, identificar e entender qual a importância de se reconhecer múltiplos auditórios em tais procedimentos.

O método utilizado para a pesquisa é o hipotético-dedutivo, por meio do qual se realizou revisão bibliográfica sobre a evolução dos conceitos de *pathos* e auditório na retórica, bem como por meio da ideação da possibilidade de aplicação de tais conceitos para a dogmática do processo coletivo e recuperacional.

O desenvolvimento do texto compõe-se de três partes.

Inicialmente, pretende-se retomar o conceito de *pathos*, desde a concepção sistematizada por Aristóteles, perpassando os estudos de Perelman e Tyteca, até a compreensão do termo nos dias atuais por Amossy e Galinari, bem como intenta-se resgatar a visão do Direito como ciência argumentativa e fruto de influências racionais e irracionais, incluindo, entre estas, as emoções. Inicia-se também o contato com o auditório no discurso judicial, especificando quais suas características, quais suas espécies e sua importância para o tema.

Na sequência, parte-se da premissa de que o representante adequado é o orador e que, para legítima e democraticamente desenvolver suas atividades, é necessária a identificação dos distintos auditórios do processo coletivo, dando-se ênfase a um alocutário em particular: os representados. Pretende-se, pois, resgatar a sua consideração e participação para a construção de um devido processo coletivo, bem como responder às perguntas “por quem?”, “do quê?” e “como eles precisam ser persuadidos?” quando do desenvolvimento de uma ação coletiva.

Por fim, partindo-se da concepção do empresário em crise econômico-financeira como orador, busca-se identificar o auditório no processo de recuperação judicial sob o viés do devedor. Embora

inicialmente se possa pensar que os destinatários mais evidentes sejam os credores, dado que são os mais afetados com o procedimento recuperacional e que têm o poder de determinar os rumos do processo por meio da análise da viabilidade econômica da empresa, será demonstrado que não são o único auditório identificável, pois, a depender da espécie de requerimento formulado, também o podem ser o Estado-juiz, administrador judicial e Ministério Público.

2. A retomada da retórica: *pathos* e persuasão do auditório

Busca-se, por meio da retórica encontrar os meios mais adequados a persuadir o alocutário em determinado contexto.⁴ A retórica intenta, pois, “persuadir por meio do discurso”.⁵ Aristóteles, ao sistematizar o seu estudo, identificou inicialmente três discursos persuasivos, quais sejam: o deliberativo, o judiciário e o epidítico⁶, cada um identificado de acordo com sua finalidade e com o auditório para o qual é destinado.⁷ Para este ensaio, tem especial destaque o discurso jurídico.

Todo discurso – e, pois, também o judiciário – compõe-se de três provas retóricas: *ethos*, *pathos* e *logos*. A primeira está relacionada ao caráter do orador, à credibilidade e à confiabilidade daquele que produz o

⁴ Segundo Aristóteles, a retórica é conceituada como a “capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir” (ARISTÓTELES. Retórica. Tradução de Manuel Alexandre Jr. [et. al.] (Centro de Estudos Clássicos da Universidade de Lisboa) 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. p. 95). Por sua vez, Chaïm Perelman, redefine o conceito prévio para concluir que “seu objeto é o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento” (PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: Nova Retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 142).

⁵ PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: Nova Retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 142.

⁶ O discurso deliberativo tem como auditório uma assembleia e destina-se a resolver questões futuras, como um projeto ou lei a ser aplicado; o discurso judiciário, por outro lado, dirige-se a um juiz ou tribunal, em que se colocam questões referentes ao passado; e, por fim, o discurso epidítico, também denominado de demonstrativo, se manifesta quando o auditório é convidado tão somente a louvar ou censurar determinada situação ou pessoa, sendo comum, por exemplo, em comícios políticos (RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 15-16).

⁷ Esse foi, para Oliver Reboul, o grande mérito da sistematização dos discursos de Aristóteles, pois, atualmente, já se pode reconhecer uma gama muito maior de possibilidades discursivas (REBOUL, Oliver. Introdução à Retórica. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 47).

discurso e que, enquanto se expressa, transpassa uma imagem de si mesmo por meio de palavras, gestos e expressões⁸; a segunda, a seu turno, refere-se às emoções ou paixões que devem ser suscitadas no auditório. Ambas, em conjunto, compõem aquilo que se denomina “parte afetiva” do discurso.⁹ Por sua vez, o *logos* representa a parte dita racional, onde impera o argumento “puro” por si só.

Compreende-se que a sociedade moderna, por meio dos diversos movimentos sociais que culminaram na Revolução Francesa e, posteriormente, no positivismo jurídico, foi responsável por incentivar uma ligação quase umbilical entre Direito e racionalidade cartesiana¹⁰, deixando o estudo sobre as influências das emoções escanteado, principalmente quando analisado sob a ótica da tomada de decisão e da fundamentação das decisões judiciais.¹¹ Felizmente, porém, essa realidade tem sofrido alterações recentes e, cada vez mais, os estudos jurídico-doutrinários, influenciados pela psicologia moderna, têm se voltado para a compreensão – e correção – de elementos que estariam além da racionalidade da argumentação em juízo.¹²

⁸ Segundo Mainguenu “[a] prova pelo *ethos* consiste em causar boa impressão pela forma como se constrói o discurso, a dar uma imagem de si capaz de convencer o auditório, ganhando sua confiança. [...] Não se trata de uma representação estática e bem delimitada, mas, antes, de uma forma dinâmica, construída pelo destinatário através do movimento da própria fala do locutor” (MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do *ethos*. In. MOTTA, Ana Raquel; SALGADO, Luciana (Org.). *Ethos Discursivo*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015. p. 13-14).

⁹ PLATIN, Christian. *A Argumentação: História, Teorias, Perspectivas*. Tradução de Marcos Marconilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2008. p. 117-118

¹⁰ Sobre as influências do paradigma do séc. XVII sobre o Direito e, especialmente, sobre o Direito Processual Civil: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 35-56.

¹¹ Em relação à decisão judicial, por exemplo, convém distinguir entre o processo psicológico por meio do qual o juiz chega à decisão (*context of discovery*) e o discurso por meio do qual ele argumenta ou justifica publicamente (*context of justification*). Logo, a estrutura justificativa da decisão refere-se não ao iter lógico-psicológico mediante o qual as razões da decisão são individualizadas e formuladas, mas sim às características formais do discurso em que essas são objetivadas e explicitadas (GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Dotta. A. Giuffrè Editore, 2011, p. 237). No entanto, embora a doutrina tenha separado esses contextos e optado, principalmente, pelo estudo da justificativa da decisão, não se pode ignorar a importância do estudo da própria tomada da decisão para o direito e os elementos irracionais e psicológicos que influenciam tal operação.

¹² Prova disso é que cada vez mais a produção jurídica brasileira tem se voltado para a análise dos processos de tomada de decisão e das irracionalidades que o permeiam. Frequentemente, por exemplo, em textos jurídicos e

Não se afasta, por óbvio, a importância dos elementos racionais no discurso jurídico e, de maneira alguma, se pretende corroborar uma visão negativa da retórica como “persuadir a quaisquer custos”¹³, sem atenção ao argumento. O que se pretende, por outro lado, é demonstrar que outros elementos, para além do *logos*, compõem o discurso jurídico e, nesse ensaio, o *pathos* merece destaque – especialmente quando nos deparamos com auditórios diversificados.

O *pathos* pode ser entendido como o “conjunto de emoções, paixões e sentimentos que o orador deve suscitar no auditório com seu discurso”.¹⁴ *Pathos* representa o efeito emocional¹⁵ que se pretende alcançar no destinatário da mensagem a fim de que este compartilhe da exposição do orador. De acordo com Aristóteles, por exemplo, “os factos não se apresentam sob o mesmo prisma a quem ama e a quem odeia, nem são iguais para o homem que está indignado ou para o calmo, mas, ou são completamente diferentes ou diferem segundo critérios de grandeza”.¹⁶

Na retórica grega, de uma maneira geral, o *pathos* compõe parte natural do processo argumentativo, pois não é de se ignorar a capacidade afetiva do homem e seus diversos estados de ânimo. Posteriormente, o estudo do *pathos* passou por um período de rejeição e de “negação” de sua existência na argumentação – período em que o *logos* imperou de maneira

acadêmicos encontram-se referências ao estudo de heurísticas e vieses nas decisões judiciais e no desenvolvimento da produção probatória, entre outros.

¹³ Nas palavras de Reboul, Aristóteles teria “reabilitado” a retórica “ao integrá-la numa visão sistemática do mundo, onde ela ocupa seu lugar, sem ocupar, como entre os sofistas, o lugar todo.” (REBOUL, Oliver. Introdução à Retórica. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 43).

¹⁴ REBOUL, Oliver. Introdução à Retórica. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 48.

¹⁵ Sobre o tema da emoção e sua significação, ver as principais características, premissas, fatores de desencadeamento e seu enquadramento como “modelo mental genérico” em BEN-ZE'EV, Aaron. The thing called emotion. In: Goldie (Ed.). The Oxford Handbook of Philosophy of emotion. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p.41-62.

¹⁶ ARISTÓTELES. Retórica. Tradução de Manuel Alexandre Jr. [et. al.] (Centro de Estudos Clássicos da Universidade de Lisboa) 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. p. 159-160.

ainda mais forte.¹⁷ Com a retomada dos estudos sobre retórica por Perelman e Olbrechts-Tyteca, o assunto ressurgiu, porém, ainda, de maneira tímida e secundária em face ao *logos*. Foi, no entanto, com os estudos de Douglas Walton e Michel Meyer sobre retórica, bem como de Platin e Charaudeau sobre argumentação e ciências da linguagem que o conceito de *pathos* e a aceitação das emoções no discurso retornou robustecido.¹⁸

O que se verificou a partir de então foi uma constante interrelação entre as provas persuasivas, capaz de culminar em uma espécie de compreensão do *pathos* a partir do desdobramento do *logos*. Reconheceu-se uma dimensão racional ao *pathos* e, de outro lado, uma espécie de “sofisticação” do *logos*, ao afirmar que tanto o *ethos* quanto o *pathos* seriam “desdobramentos semântico-discursivos” do próprio *logos* em um determinado contexto.¹⁹

As paixões, inclusive, têm sido consideradas como fundamentais para as tomadas de decisões cotidianas²⁰, bem como para o julgamento de casos

¹⁷ Segundo Amossy: “Mais ainda do que [parte da] retórica, a lógica informal e a maior parte das teorias da argumentação tomaram partido contra a intromissão das emoções no raciocínio lógico e na interação argumentativa. Isso porque não partem da tríade *logos-ethos-pathos*: é ao *logos*, como discurso e razão, que reservam, sobretudo, sua atenção” (AMOSSY, Ruth. *A Argumentação no discurso*. Tradução de Angela M. S. Corrêa [et al.]. São Paulo: Contexto, 2020. p. 201).

¹⁸ Para entender melhor como o *pathos* teve sua evolução na retórica, na lógica formal e nas teorias da argumentação, ver: AMOSSY, Ruth. *A Argumentação no discurso*. Tradução de Angela M. S. Corrêa [et al.]. São Paulo: Contexto, 2020. p. 196-206

¹⁹ Galinari assim expõe: “É preciso perceber, cada vez mais, que o *logos* ultrapassa, radical e pragmaticamente, a sua cômoda acepção lógico-demonstrativa (deduções, induções, antíteses etc.), englobando, também, toda e qualquer dimensão da linguagem capaz de influenciar: seleção lexical, formação de palavras, modalizações, estruturas sintáticas, ritmo, entonação etc. É principalmente a partir daí que poderíamos cogitar que, tanto o *ethos*, quanto o *pathos*, são desdobramentos semântico-discursivos do *logos*, ou melhor, de seu uso, se o encaramos, obviamente, num contexto específico, sob a égide de um determinado *kairos*.” (GALINARI, Meliandro Mendes. *Logos, Ethos e Pathos: “Três Lados” da Mesma Moeda*. São José Rio Preto: Alfa, Rev. Linguíst. [online], 2014, vol.58, n.2, p. 262).

²⁰ Identificou-se, por meio da denominada Heurística do Afeto, que os processos de tomadas de decisão levam em conta a forma como quem decide se relaciona com o objeto avaliado. Diante disso, a “resposta para uma pergunta fácil (Como eu me sinto em relação a isso?) serve como resposta para uma questão muito mais difícil (O que penso sobre isso?)” (KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 175-179).

morais complexos²¹ e, como consequência, não se mostra verossímil sustentar que elas não fazem parte também da práxis jurídica.

Persuade-se por meio do *pathos*. E as paixões do auditório devem ser consideradas sobre três diferentes aspectos, isto é, (i) a quem se destina o discurso e em que estado de espírito tal destinatário se encontra, (ii) por quais motivos ele pode ser influenciado e, por fim, (iii) como fazê-lo.²² É necessário considerar todas essas questões antes de iniciar o discurso.

Compreendidas as formas discursivas e as provas para a sua persuasão, cabe densificar a análise sob um dos principais aspectos para que o objetivo retórico seja alcançado: o auditório.²³

Para conhecer a melhor forma de expor determinado argumento, é indispensável, antes, identificar para quem se irá expor, colocando-se no lugar do outro, imaginando seus objetivos, desejos e crenças.²⁴ Nesse sentido, o auditório pode ser definido como o grupo de pessoas que o orador pretende atingir com os argumentos utilizados, de forma a convencê-los ou persuadi-los, conseguindo sua adesão à tese desejada. O

²¹ Sobre a temática, Jonathan Haidt, por meio de uma série de experimentos com controvérsias morais não danosas, identificou convergência entre as posições morais dos participantes e suas reações instintivas (p. ex. aprovação/desaprovação inicial) e seus sentidos (p. ex. odor agradável/desagradável prévio à decisão). Verificou-se, por diversas vezes, que mesmo após apresentação de elementos e dados racionais, os entrevistados permaneciam com seus posicionamentos sem conseguir justificá-los racionalmente (HAIDT, Jonathan. *The righteous mind: why good people are divided by politics and religion*. 1ª ed. New York: Pantheon Books, 2012).

²² ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução de Manuel Alexandre Jr. [et. al.] (Centro de Estudos Clássicos da Universidade de Lisboa) 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 161.

²³ A noção de auditório é de suma importância para a Nova Retórica proposta por Perelman, pois vislumbrada enquanto critério de qualidade argumentativa e como ponto de referência para a classificação dos diversos tipos de argumentação (PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 21).

²⁴ PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 21-27.

auditório é, antes de tudo, uma construção do próprio orador e, uma vez criado, é o orador quem dele depende.²⁵⁻²⁶

Outra questão relevante para o estudo é quem são os sujeitos a serem persuadidos que constituem o auditório e que, portanto, são relevantes ao *pathos*. Isso porque, nem todas as pessoas que possam vir a ser eventualmente expostas pelo ato retórico são, necessariamente, o auditório.²⁷ Para isso, a construção do destinatário pode levar em conta o “auditório universal”, caracterizado como um “parâmetro ideal” de objetividade²⁸, ou considerar o seu próprio “auditório particular”, situado

²⁵ Cabe ressaltar que o efeito do discurso também é condicionado pela ideia que o auditório faz do orador (*ethos*), de modo que este precise preencher não apenas condições gerais de credibilidade, mas também condições específicas, de acordo com o seu público. Inclusive, de acordo com esse conceito, Michel Meyer indica a existência de duas diferentes perspectivas do *ethos*, o *ethos* projetivo e o *ethos* efetivo. O primeiro diz respeito à imagem que o orador pensa que o público tem de si, quanto o segundo indica a real percepção do auditório relativamente ao orador. Para aprofundamento sobre o tema, ver: MEYER, Michel. A retórica. 1. ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 56-57. Também sobre o tema: EGGS, Ekkehard. Ethos aristotélico, convicção e pragmática moderna. In: Amossy (Ed.). Imagens de si no discurso: a construção do ethos. 1. ed. São Paulo: Contexto, 2016. p. 29- 56, p. 43

²⁶ Todo discurso depende do auditório. Não existe discurso sem alocutário, ainda que seja apenas o orador quem fala, automaticamente, é ele também quem escuta. PERELMAN, Châim; OLBRECHTS-TYTECA, L. Tratado da argumentação: a nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 27. PERELMAN, Châim. Lógica Jurídica: Nova Retórica. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 180

²⁷ Dessa forma, a informação passada pelo orador não é necessariamente direcionada a todas as pessoas sujeitas que possam ser atingidas, mas sim àquelas que ele busca persuadir (PERELMAN, Châim. Lógica Jurídica: Nova Retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 166). Por exemplo, embora uma propaganda televisiva sobre o lançamento de brinquedos para cachorros seja exposta a todos que assistem, o público alvo (quem se deseja persuadir) são os donos de animais de estimação.

²⁸ Tal auditório seria um caso limite, uma idealização do orador, do qual fazem parte todos os seres racionais, que só consentiriam com o que fosse racional e verdadeiro. Aulis Aarnio oferece a seguinte interpretação: “O auditório universal está composto por pessoas esclarecidas, capazes de utilizar a justificação se o desejam. Formulado brevemente: todas as pessoas ‘racionais’ pertencem ao auditório universal. É, portanto, uma audiência ideal: ninguém tem a possibilidade de supor que está dirigindo seus argumentos a um auditório universal de maneira tal que todo membro possível do auditório tomasse de fato uma posição sobre o assunto” (AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica. Tradução de E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991, p. 280). Essa construção, no entanto, ainda que represente um ideal, depende da visão do orador, que se situa temporal e espacialmente. Isso significa não apenas que oradores diferentes constroem auditórios universais diferentes, mas também que o auditório universal de um mesmo orador pode mudar. De qualquer maneira, independentemente das diversas críticas tecidas a respeito da (in)existência de um auditório universal, principalmente por Reboul, pode-se dizer que existe valor em se projetá-lo a fim de perquirir um “ideal argumentativo”, servindo à própria racionalidade da argumentação. Para maiores aprofundamentos, ver: PERELMAN, Châim; OLBRECHTS-TYTECA, L. Tratado da argumentação: a nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 39; REBOUL, Olivier. Introdução à retórica. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 93; ALVES, Marco Antônio Sousa. A argumentação filosófica: Châim Perelman e o auditório universal. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Belo Horizonte, 2005, p. 54.

temporal e espacialmente e composto por um grupo delimitado²⁹. Neste caso, o orador se utiliza de argumentos que, em tese, poderiam ser distintos e até mesmo ser opostos àqueles admitidos por outros auditórios. Os argumentos favoráveis (ou não) à legalização do aborto, por exemplo, podem ser completamente diferentes a depender se o público que lhes ouve é composto de médicos especializados, ativistas dos direitos das mulheres ou religiosos. Logo, aquilo que persuadiu um determinado público alvo pode não obter sucesso em outro. O orador, inclusive, a fim de se aproximar de seu público – para compreendê-lo e persuadi-lo –, deve ajustar não somente sua argumentação (*logos*), mas também sua aparência, eloquência, linguagem, gesticulação e demais elementos afetivos (*ethos* e *pathos*).

Os atos processuais, embora na grande maioria públicos e de generalizada disponibilidade, também se destinam a sujeitos específicos. Como será visto, para que esses atos atinjam seus objetivos e culminem em um processo legítimo, é necessário considerar previamente os auditórios, especialmente quando diante de múltiplos alocutários, como são os processos coletivo e recuperacional.

3. Quem compõe o auditório no processo coletivo? O necessário diálogo entre representante e representados

O processo coletivo tradicional tutela um direito coletivo *latu sensu*, cuja titularidade é, como regra, de um grupo de pessoas.³⁰ O direito brasileiro positivou no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.

²⁹ ALVES, Marco Antônio Sousa. A argumentação filosófica: Chaïm Perelman e o auditório universal. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Belo Horizonte, 2005, p. 53-54.

³⁰ Por todos, veja-se o conceito de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.: “[P]rocesso coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo *latu sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou que se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de pessoas”. In.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 33.

8.078/1990) três principais categorias: direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.³¹⁻³²

Quando se observa especialmente os direitos individuais homogêneos, tem-se que os sujeitos titulares do direito subjetivo protegido dentro do processo são plenamente identificáveis. Ainda assim, busca-se a tutela coletiva por motivos alheios somente ao interesse individual, congregando também aqueles que tendem a beneficiar toda a sociedade, como busca por acesso à justiça³³, isonomia, celeridade, economia de recursos humanos, financeiros e materiais.³⁴

É claro que, por outro lado, garantias asseguradas ao processo individualmente conduzido devem ser mitigadas dentro do processo coletivo. Grande exemplo disso é a própria ideia de participação no processo e todo o substrato fundamental ao “*day in Court*”. Quanto ao ponto, já se entende pela própria mitigação desses conceitos como fundamentais ao processo coletivo³⁵, bem como pela própria flexibilização

³¹ A doutrina considera os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* como direitos “essencialmente” coletivos, enquanto os direitos individuais seriam “acidentalmente coletivos” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In.: GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al.]. (Coord.). Processo coletivo: do surgimento à atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 71-95. p. 74). Assentou-se também a divisão entre uma possível “tutela de direitos coletivos” em contrapartida à “tutela coletiva de direitos” individualizáveis, sendo esta qualificada mais por seus aspectos processuais do que materiais (ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 34-35).

³² Por outro lado, a doutrina brasileira tem se mostrado favorável à nova tipologia de litígios desenvolvida recentemente por Edilson Vitorelli, segundo o qual existiriam litígios transindividuais de difusão global, de difusão local e de difusão irradiada. Segundo o autor, essa classificação considera os litígios envolvidos em sua complexidade e conflituosidade. Para aprofundamento, ver VITORELLI, Edison. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil LTDA, 2019. p. 78-98.

³³ No que tange ao acesso à Justiça, indispensável análise de texto clássico sobre as ondas renovatórias, especialmente a “segunda onda” para a tutela de direitos não individuais: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 49. Recentemente, porém, cabe trazer à tona a abordagem crítica sobre as pautas “simbólicas” do acesso à justiça e sua efetividade na prática de pesquisas empíricas, ver: GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, p. 152-181, set./dez. 2019.

³⁴ Sobre a potencialidade de racionalização da atividade jurisdicional nos processos repetitivos e coletivos, ver: SCARPARO, Eduardo. Administração da justiça entre processos repetitivos e processos coletivos. Porto Alegre: Edipucrs, 2016. p. 7.

³⁵ Sobre o tema, Vitorelli, após ampla análise, conclui que “a participação no processo ou, caso se prefira, o contraditório, não é um direito que possa ser reputado essencial ou inerente à estrutura do processo civil brasileiro, não estando diretamente vinculada a garantias de dignidade, de democracia ou de satisfação do indivíduo em relação

da tradicional ideia de participação nesses processos (tema que será explorado mais a frente).

Certo, porém, é que mitigar não significa extinguir ou desconsiderar. A maneira que se encontrou para tornar legítima tal atenuação foi por meio da atribuição de um responsável pela condução processual. Tem-se, aqui, determinado ente que representa os interesses daquela coletividade identificada e afetada por determinada situação jurídica. O art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) prevê um rol de supostos legitimados coletivos considerados *ex ante* como “adequados” por meio de uma “abstração legal”. Essa previsão, contudo, é criticada pela doutrina especializada, uma vez que “nessa singela previsão abstrata não há, de fato, nenhuma garantia de que o legitimado possua qualquer compromisso com o direito a ser protegido ou mesmo conhecimento técnico suficiente para a correta defesa desse interesse”.³⁶

Tem-se, de pronto, alguns representantes que são considerados aptos a tutelar diversos interesses, como é o caso do Ministério Público, e outros, por exemplo, que necessitam comprovar mais fortemente seus interesses, situação das associações e da recente discussão quanto à Defensoria Pública³⁷. Felizmente, porém, a jurisprudência evoluiu no sentido de exigir

ao processo. O contraditório é constitucionalmente garantido apenas como um instrumento para a realização dos direitos materiais e deve ser exercido nos limites em que contribui para tal finalidade e, de acordo com as considerações sistêmicas que vão além da controvérsia endoprocessual travada pelas partes” (VITORELI, Edison. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil LTDA, 2019. p. 211-212).

³⁶ Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna criticam a previsão abstrata da lei como requisito de legitimidade: “[A] mera previsão em abstrato, na lei, da autorização para que certos entes possam tutelar direitos individuais de massa ou metaindividuais é muito pouco para assegurar uma proteção adequada desses interesses” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Curso de processo civil coletivo. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil LTDA, 2020. p. 202).

³⁷ No caso das associações, a própria legislação estabelece alguns requisitos a serem cumpridos para que determinada associação seja considerada como representante adequado. A Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), por exemplo, estabelece como requisitos a inclusão, entre suas finalidades institucionais, de temática correspondente, bem como a sua constituição há pelo menos 1 (um) ano, podendo este ser flexibilizado, por exemplo, ante manifesto interesse social (art. 5º, inciso V e §3º). Ademais, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de condicionar a atuação da Defensoria Pública à existência de interesses de hipossuficientes.

de todos os representantes certo grau de certificação sobre sua adequação dentro do processo.³⁸

Tais representantes adequados, ao substituírem³⁹ as partes em juízo, representam, durante o procedimento como um todo, interesses de terceiros e, cabe ressaltar, terceiros identificados ou identificáveis – o que leva a crer que estes sujeitos seriam considerados para a resolução da lide. Na prática, contudo, como bem aponta Sérgio Cruz Arenhart, o que se vê é que o processo coletivo se transforma em um processo individual entre representante “adequado” e parte contrária.⁴⁰ Porém, se as partes são conhecidas, não deveriam elas ter uma participação mais influente dentro do processo?

Importa aqui enxergar que a origem brasileira da classificação dos direitos coletivos no código consumerista leva em consideração a sua titularidade. Isto é, as três subespécies de direitos coletivos são, juntamente com a relação jurídica que lhes sustentam, identificadas de acordo com a sua titularidade. Por exemplo, quando a titularidade é plenamente identificada e o direito é subjetivo e divisível, com origem em relação de fato, tem-se um direito individual homogêneo; quando a titularidade pertence a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre

³⁸ Defendendo a atuação ativa do juiz no controle da representatividade adequada: SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 125 – 146, junho, 2012.

³⁹ A doutrina majoritária entende que a legitimação extraordinária se dá por meio de substituição processual, isto é, quando a parte atua em nome próprio tutelando direito alheio. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de reconhecer que as associações atuam por meio de representação processual (atuando em nome alheio para tutelar o direito alheio) e apenas em relação aos associados que expressamente autorizaram o ajuizamento da demanda. Para uma visão crítica em relação ao posicionamento jurisprudencial em face aos ditames da participação e do acesso à justiça, ver: ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 100.

⁴⁰ Tal afirmação foi feita em ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (orgs.). *Processos Estruturais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1072-1096, p. 1075. Segundo o autor: “o que se observa nos processos coletivos é que a ‘representação’ – pelo legitimado coletivo – dos interesses metaindividuais e individuais de massa postos em discussão é (ou pode ser), em grande medida, fictícia. Prevalece, em suma, a vontade do autor coletivo, tanto na determinação da lide, como na condução do processo. E essa vontade, obviamente, pode ser bastante diversa daquele que de fato é manifestada pela sociedade ou pelo grupo em favor de quem se trata”.

si ou com a parte contrária por relação jurídica base, sendo o direito tutelado transindividual, trata-se de direitos coletivos *stricto sensu*, etc. Busca-se enfatizar que olhar para os titulares é importante logo de início, na definição dos conceitos; depois, todavia, eles tendem a ser esquecidos e sua importância diminuída na prática.

Assim, a relevância do presente ensaio, quando visto sob as lentes da retórica, diz respeito à ideia de ampliar os horizontes para enxergar quem é (são) o (s) auditório (s) do processo coletivo e sua necessidade de influenciá-lo (s) de alguma maneira. Portanto, partindo-se do pressuposto de que o representante adequado figura como orador (com sua própria credibilidade *ethilística*), busca-se responder tais questões.

Dentro de qualquer procedimento judiciário, o juiz é o auditório amplamente reconhecido.⁴¹ Inicialmente, em razão dos brocados “*mihi factum, dabo tibi ius*” e “*iura novit cúria*”, tinha-se um auditório juiz passivo na construção dos fatos e ativo na escolha das razões jurídicas; todavia, essas tarefas antes tão rigidamente separadas, hoje, por meio da visão contemporânea de processo colaborativo e da evolução do Princípio do Contraditório⁴², se fundem a fim de que todos do processo cooperem para que se chegue à melhor definição jurídica dos fatos e ao melhor direito a ser aplicado ao caso concreto. Porém, não se escapa do poder

⁴¹ Cabe salientar que, na antiguidade, existia um auditório não especializado, isto é, as decisões de conflitos eram tomadas por cidadãos e “pares”. Por outro lado, atualmente, os procuradores tem de atuar com atenção a dois diferentes auditórios: os profissionais e os não profissionais. Sobre o tema, ver: FROST, Michael. Ethos, Pathos & Legal Audience. *Dickinson Law Review*, Pennsylvania State University, n. 85, October, 1994, p. 11. No caso brasileiro, a quase totalidade dos processos enfrenta julgamento por magistrado (auditório profissional), com exceção dos crimes dolosos contra a vida que, ante previsão constitucional (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea ‘d’), devem ser julgados pelo Tribunal do Júri (auditório não profissional).

⁴² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em ensaio dedicado à evolução do princípio do contraditório, demonstra também a alteração sofrida por tais brocados, dado que a formação do material fático-probatório da causa deixa de ser tarefa unicamente atribuída às partes, e que as partes também exercem influência na definição do direito e “na valorização jurídica da realidade externa ao processo” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A Garantia do Contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre*, v. 15, p. 7-20, 1998. p. 11).

decisório do magistrado⁴³, e para que essa decisão esteja de acordo com o interesse da parte oradora é necessário persuadir o magistrado de que se tem razão no pedido (*logos*) e de que quem pede tem credibilidade para tanto (*ethos*), ambas capazes de gerar nele uma sensação de que decide em prol do justo (*pathos*).

Quando se observa mais atentamente o processo coletivo, todavia, o magistrado não se mostra como o único auditório passível identificação. Outra possibilidade se vislumbra quando se atenta para a contraparte, por exemplo, diante de um possível acordo ou de reconhecimento e aceitação da sentença que lhe desfavorece. Ainda, é demasiado importante nos processos coletivos enxergar a sociedade e os colegitimados como auditório, isso porque a representação extraordinária é concorrente e disjuntiva, ou seja, qualquer representante pode agir de maneira autônoma, independentemente da atuação ou concordância dos demais, tutelando, inclusive, a mesma pretensão. Diante disso, é preciso convencê-los de que a atual representação se mostra adequada, bem como convencer a sociedade de que o representante está cumprindo seu papel constitucional e/ou legalmente determinado.

Resta claro que o representante adequado, como orador nos processos coletivos, tem múltiplos auditórios a persuadir.

Não menos importante (mas frequentemente ignorado), deve-se considerar a existência de outro auditório nos processos coletivos: os representados. Isso porque, se o objetivo do processo é a promoção do direito material por meio de um procedimento que assegure direitos fundamentais, como a participação e o contraditório, bem como a própria consideração dos titulares na definição de direitos coletivizáveis, a

⁴³ Segundo Daniel Mitidiero, o juiz, no modelo colaborativo, adquire dupla função: ele é paritário no diálogo e assimétrico na decisão (MITIDIÉRO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: do Modelo ao Princípio. 4. ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019. p. 65).

coletividade é certamente um auditório importante para o orador, seja para a definição da matéria litigiosa e de seus contornos processuais, seja para a compatibilização dos seus interesses individuais e coletivos com as possibilidades processuais de realizá-los em juízo, seja para a explicação e tradução do funcionamento regular do processo, entre outros.

Assim, resgatando a retórica, o presente trabalho se propõe a reconsiderar os representados como um auditório e, para além disso, enxergá-lo como o alocutário que também precisa ser persuadido.⁴⁴

As perguntas a serem feitas são, pois, “por quem?”, “do quê?” e “como eles precisam ser persuadidos?”. A primeira é de resposta bastante intuitiva, pois se o representante adequado é considerado seu porta-voz⁴⁵, é este quem precisa persuadi-los.⁴⁶

A segunda pergunta, por sua vez, demanda um pouco mais de atenção para compreendê-la. Antes de tudo, os representados precisam ser persuadidos de que seus direitos estão sendo devidamente tutelados, isto é, de que quem os representa considerou e escolheu os caminhos mais adequados e que melhor se amoldam aos próprios objetivos dos representados, bem como de que o processo tem seu trâmite regular e que está sendo conduzido da maneira mais justa possível e que, portanto, legítima será a decisão tomada, seja ela favorável ou contrária aos interesses dos representados. Por exemplo, é importante considerar e escolher a tutela específica que melhor se adequa ao caso concreto

⁴⁴ Cabe uma singela referência de que o presente artigo não busca enxergar os representantes como um possível orador, embora seja de imprescindível importância estudo que assim o define, isto é, como um orador parte integrante do procedimento de tomadas de escolhas e decisões dentro do processo. Para isso, seria necessário considerar os representados por meio de seu *ethos* participativo, o que, ressalta-se, embora não seja o objeto do artigo, é de fundamental importância para o próprio desenvolvimento do processo coletivo.

⁴⁵ GIDI, Antonio. A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 100.

⁴⁶ A título de esclarecimento, poder-se-ia visualizar nos processos coletivos diversos oradores, inclusive o próprio juiz, os colegitimados, os *amici curiae*, etc., e todos estes com funções de persuadir seus próprios auditórios, mas, para os fins desta amostra, deu-se ênfase na figura do representante.

(obrigação de dar, fazer ou não fazer, entregar coisa certa ou incerta, etc.), ou pretender a prestação pecuniária sugerindo a maneira ideal de satisfazê-la (depósitos em contas bancárias, distribuição de senha para saque de valores, entre outros). Exige-se aqui um “dever” do representante de informar às extensões dos direitos dos representados, de informá-los acerca de suas possibilidades e dos percalços existentes e que fazem parte de um processo judicial. O representante tem de persuadir os representados de que sua atuação se dá de acordo com as suas vontades e, para tanto, é imprescindível conhecê-las.⁴⁷

Outrossim, esse possível dever também encontra fundamental aplicação nos processos estruturais, uma vez que apresentam a potencialidade – nem sempre existente – de se tornarem processos complexos e conflituosos.⁴⁸ Nesse caso específico, mostra-se ainda mais fundamental que o representante dito adequado seja capaz de persuadir a comunidade representada de que sua escolha, dentre as diversas possibilidades de solução da controvérsia, corresponde àquela que atinge os verdadeiros objetivos da comunidade. Nesses casos, é possível que exista mais de um grupo envolvido diretamente no litígio estrutural e a solução, valorizando ainda mais matrizes democráticas, precise ser

⁴⁷ “Para persuadir o auditório é necessário primeiro conhecê-lo, ou seja, conhecer as teses que ele admite de antemão e que poderão servir de gancho à argumentação.” (PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, L. Tratado de la Argumentación: La Nueva Retórica. Traducción Española de Julia Sevilla Muñoz. Biblioteca Románica Hispánica, Madrid: Editorial Gredos, S. A., 1989. p. 146).

⁴⁸ Para a definição de processo estrutural, veja-se o conceito trazido por Edilson Vitorelli: “O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural” (VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 60). Distinguindo-se, em parte, da visão anteriormente apresentada, para os autores Freddie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria, o processo que busca tutelar esses direitos apresenta características típicas (que sugerem ou apontam a existência de um processo estrutural, mas não são necessárias), como a multipolaridade, coletividade e complexidade; e características essenciais (indispensáveis para a caracterização do processo estrutural), quais sejam “(i) o fato de nele se discutir um problema estrutural; (ii) o fato de ele buscar a implementação de um estado ideal de coisas, substituindo o estado de desconformidade que caracteriza o problema estrutural; (iii) o fato de ele precisar desenvolver-se num procedimento bifásico; (iv) a intrínseca flexibilidade do procedimento; e (v) a consensualidade, inclusive em relação à adaptação do processo” (DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v. 303, 2020. p. 114).

construída com o apoio dos grupos representados – senão de todos, ao menos da maioria dos interessados, bem como das pessoas mais gravemente atingidas e respeitando os grupos mais vulneráveis. A condução do processo estrutural *de per si* e as diversas escolhas que são feitas dentro deste longo percurso precisam ser apresentadas aos grupos interessados.

Embora a representação extraordinária apresente regulação *ope legis*, conforme mencionado anteriormente, a análise da efetiva adequação da representatividade para além da previsão abstrata do texto legal é imprescindível. É a devida representação que fundamenta a constitucionalidade e a existência dos processos coletivos; não se podendo, portanto, ignorá-la. Ademais, “mesmo na falta de regra expressa que imponha o controle de representatividade adequada do legitimado coletivo, essa exigência é inerente às garantias processuais constitucionais que norteiam o processo civil brasileiro”.⁴⁹ Dentro desse contexto, a importância da consideração da representação como um *vínculo* entre o representante e os representados⁵⁰ tem se mostrado cada vez mais necessária, tanto em termos processuais quanto retóricos.

Edilson Vitorelli, ao propor uma teoria da representatividade adequada que respeite o devido processo legal coletivo, estabelece premissas importantíssimas para a compatibilização entre a atuação do representante e dos representados. Vêm ao caso elucidar duas ideias essenciais, trabalhadas como princípios pelo autor, quais sejam, as compreensões de que os direitos em litígio têm titularidade definida (“Princípio da titularidade definida dos interesses representados”) e que, portanto, devem ser ouvidas e consideradas as vontades e os interesses

⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. p. 1072-1096. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (orgs.). Processos Estruturais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

⁵⁰ VITORELLI, Edilson. O devido processo coletivo. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 257.

dos grupos representados (“Princípio da atuação orbital do representante”). Dentro desta última concepção, o representante deve colher as percepções dos representados e, descobrindo suas aspirações, escolher – com certa margem de liberdade – os métodos mais adequados para promovê-las. Pressupõe-se também uma certa “prestação de contas” por parte do representante, não apenas relatando aos representados como cumpriu com suas obrigações, mas persuadindo-os de que suas avaliações e atitudes foram adequadas. É por meio desse entendimento também que se poderia pensar em consequências processuais pela não identificação e/ou não persuasão do auditório, como, por exemplo, a divisão do grupo representado diante de discordâncias internas – com consequente atribuição de responsabilidade para outro representante atuar conjuntamente no processo –, ou a substituição do representante cuja atuação não atende um certo padrão de representatividade, pois não dialoga com a coletividade interessada.⁵¹ Segundo o autor,

O defeito da representação, portanto, não se dá se o representante deixa de agir exatamente como os representados agiriam, mas, sim, se perde a conexão com estes. (...) A manutenção do vínculo exige que tanto o represente, quanto os representados adotem atitudes, ao longo do tempo, para que as opiniões do grupo se façam conhecer a atuação do representante seja avaliada.⁵²

A seu turno, a resposta para a terceira pergunta (“como eles precisam ser persuadidos?”) pode ser encontrada por meio do diálogo e da ampliação do debate, seja em momento prévio ao processo judicial, seja durante o seu trâmite. Já se salientou que o processo coletivo exige algumas modificações se comparado ao processo individual e uma delas é a forma de participação dos interessados. No modelo individualizado é

⁵¹ VITORELLI, Edilson. O devido processo coletivo. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 256-263.

⁵² VITORELLI, Edilson. O devido processo coletivo. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 257.

fácil que a parte venha a juízo por meio de seu advogado constituído e pleiteie aquilo que fora anteriormente debatido entre eles. Porém, como isso funciona nos processos coletivos e estruturais?

Nos parágrafos que seguem sobre os diversos espaços de comunicação entre representantes e representados, é possível notar que as figuras do orador e do alocutário são frequentemente alternadas, pois o representante, ao colher as percepções dos representados, passa a ser destinatário da mensagem, mas, ao repassá-la dentro do processo ou diretamente para eles, volta a ser orador. Da mesma forma, os sujeitos individualizados que se manifestam no processo também são oradores com destinatários próprios, seja o juiz, representante, comunidade representada, comunidade não representada, etc. De qualquer forma, sem perder o objetivo de demonstrar a importância do diálogo e da comunicação constante entre representantes e representados, expõe-se aspectos participativos e dialéticos processuais.

O Código de Processo Civil trabalha com a ideia de intervenções típicas de terceiros, tendo positivado (art. 138, CPC), inclusive, a previsão há muito já presente na praxis judiciária do *amicus curiae*. Tal figura, em que pese de extrema importância, tem sido bastante questionada, especialmente quando em estudos referentes ao controle de constitucionalidade, atentando-se para aspectos negativos de ampla discricionariedade na escolha do amigo da Corte e sobre seu potencial de influenciar verdadeiramente a escolha da Corte Constitucional.⁵³ De todo

⁵³ Débora Costa Ferreira, amparada na hermenêutica constitucional da sociedade aberta de intérpretes de Peter Häberle, demonstra, por meio de pesquisa empírica realizada no STF em âmbito de controle de constitucionalidade, a utilização “estratégica” da figura do *amicus curiae*. A autora categoriza os terceiros intervenientes em “corporativo”, “governamental” e “representante da sociedade civil”, sendo que o último seria, nos termos da pesquisa realizada, amplamente citado na fundamentação, porém com menor potencialidade de influenciar na decisão da Corte, ao contrário do segundo, por exemplo. FERREIRA, Débora Costa. De quem a Corte quer ser amiga? : análise estratégica do *amicus curiae*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 102. Embora a pesquisa tenha ocorrido sem considerar os processos coletivos, é possível imaginar que o mesmo ocorra com as demais Cortes de Justiça no país principalmente devido à ausência de maior regulamentação.

modo, não se ignora a importância dos *amicus curiae*, mas, quando da análise da importância nos processos coletivos, é preciso sedimentar a necessidade de uma melhor regulamentação da aceitabilidade de sujeitos como *amicus* ou não, bem como considerar diferentes vozes do(s) grupo(s) representado(s).⁵⁴ Nos processos que versem sobre direitos individuais homogêneos, por exemplo, as partes atingidas, como regra, podem intervir como *amicus curiae*, trazendo benefícios para o debate da questão.⁵⁵

Outra forma de intervenção com capacidade de impactar de maneira notória na condução dos processos coletivos diz respeito às audiências públicas.⁵⁶ Embora não apresentem regramento previsto pelo CPC, nem sequer sejam exigidas para conferir validade aos processos coletivos, há, por outro lado, leis esparsas que obrigam a realização dessas audiências e regimentos internos de tribunais que preveem seu modo de funcionamento. Porém, certo é que não existe uma uniformidade no tratamento da questão e, novamente, surge o fator problemático de ampla discricionariedade na sua condução; bem como a ausência de preparo, inclusive, do próprio representante adequado e do Judiciário em comunicar a comunidade antes de sua ocorrência e de auxiliar na condução do procedimento. Aponta a doutrina uma série de questões

⁵⁴ Também criticando a discricionariedade exacerbada na escolha dos *amicus curiae* e dos participantes de audiências públicas, ver: MATOS, Eliane Maria Ferreira de. A participação popular no controle concentrado de constitucionalidade por *amicus curiae* e audiências públicas: como se escolhem os escolhidos? Revista de Processo, São Paulo, v. 298, p. 19 – 39, dezembro, 2019. p. 32

⁵⁵ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. retratam diversas vantagens quando da intervenção do membro do grupo como *amicus* da Corte, ver, para tanto: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 282.

⁵⁶ Antônio do Passo Cabral, quando da análise dos efeitos processuais das audiências públicas realizadas no âmbito do Poder Executivo, refere a função de seu “duplo papel informativo”, isto é, um espaço de diálogo e de interação entre a Administração Pública e sociedade, tudo “condicionado pelo debate”. Ainda, importa ressaltar as conclusões do autor no sentido de que os três principais efeitos da audiência pública são atuação em contraditório (direito de influenciar a formação da decisão estatal), imposição de ônus argumentativo ao magistrado que contrariar o resultado da consulta e eficácia probatória da audiência (CABRAL, Antonio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), Brasília, ano 6, n. 24/25, p. 41-65, Julho-Dezembro, 2007. p. 46).

verificadas na prática que impedem a maximização e otimização do mecanismo, que, até então, tem-se mostrado bastante limitado.⁵⁷

É importante também reconhecer as transformações do conceito de participação no processo, evoluindo de um conceito bastante rígido e dogmático de partes *stricto sensu* para se chegar à ideia de dinamismo da relação processual, de “zonas de interesse” e de “legitimidade *ad actum*”.⁵⁸ A participação típica dá lugar a novas intervenções, atípicas e em conformidade com o interesse verificado casuisticamente naquela intervenção, buscando identificar uma espécie de “medida certa” de participação em cada modalidade de atuação.⁵⁹ Concorda-se com a proposta de que a participação direta no processo seja equacionada de acordo com o interesse e finalidade intentada pelo sujeito, estipulando de maneira particularizada o cabimento da intervenção, a sua extensão, as prerrogativas do sujeito e também as consequências de sua atuação.⁶⁰

⁵⁷ João Paulo Lordelo sistematiza alguns dos principais entraves detalhados pela doutrina para a limitação do alcance das audiências públicas: “os baixos índices de comparecimento, muitas vezes resultantes de ausência de uma publicidade adequada; a ausência de exposição do tema de forma compreensível ao público em geral; a tendência ao autoritarismo na forma de condução dos eventos, cujas mesas de trabalhos são monopolizadas por autoridades públicas que fazem uso da palavra de modo bem mais extenso e livre do que os populares; definição da população impactada de forma muito restrita, dificultando a participação de vários grupos potencialmente lesados; realização apenas ao final do processo, convertendo-se a audiência em mera exposição; excessiva abertura da participação dos interessados, o que inviabiliza uma discussão produtiva; indefinição do escopo do ato; realização em horários mais convenientes às autoridades públicas envolvidas e menos convenientes à sociedade em geral; ausência de controle do tempo do evento, consumido por longas apresentações etc.” (TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A Certificação Coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 236).

⁵⁸ Antonio do Passo Cabral ao abordar a importância da consideração do processo em seu dinamismo, aborda a evolução da ideia de *legitimatio ad causam* para a *legitimatio ad actum*, asseverando que a verificação casuística desta é capaz de demonstrar a sua verdadeira finalidade; refuta a ideia de “polarização da demanda”, ao vincular de maneira estática a atuação de sujeitos processuais; e defende ideia de “zonas de interesse” capazes de permitir a atuação de sujeito “sujeito desvinculado da lide, da lesão a um direito subjetivo e da polarização da demanda” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre os polos da demanda. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 26, p. 19-55, 2009. p. 25-42).

⁵⁹ TEMER, Sofia. Participação no Processo: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 332.

⁶⁰ Tal é a proposta elaborada por Sofia Temer, ver: TEMER, Sofia. Participação no Processo: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 332-334. A autora, inclusive, sugere importantes parâmetros para definir os regimes de atuação dos intervenientes, p. 340-466. Também sobre a defesa da participação direta dos interessados nos processos repetitivos, ver: ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

É possível, assim, enxergar o auditório dos processos coletivos e cogitar de modelos mais participativos, dialéticos e democráticos. Diante de tal ideia, é importante considerar procedimentos mais simplificados de debate e de verdadeiras reuniões com o objetivo de permitir uma participação direta dos interessados e sem formalidades, sendo um modelo bastante interessante a técnica do *town meeting*, por meio de suas características de “despolarização da demanda” e de “descategorização dos falantes”.⁶¹ Esse modelo de condução dialógica de audiências, públicas e judiciais, traz diversos benefícios, repercutindo não somente no aspecto democrático do processo, mas também na elaboração de um plano de atuação e de decisões e sentenças mais justas e de acordo com os objetivos dos interessados.⁶²

Também se faz importante pensar na questão do diálogo como resgate da ideia de representação política⁶³, atribuindo aos representados e representante envolvidos uma constante conexão e uma necessidade de fiscalização do segundo por parte dos primeiros. Veja-se também que, em

⁶¹ Stephn Yeazell cunhou a expressão, asseverando a necessidade de ultrapassar uma técnica tradicional e rígida para as intervenções em prol de uma maior efetividade na condução processual e na promoção de mudanças significativas. Nas suas palavras: “Only by stretching or ignoring the legal doctrine of intervention can the courts hope to deal with problems whose terms transcend those of classical litigation. Since the question of whether courts will become involved in the shaping of social change no longer seems to be an open one, however regrettably to some, we might do well to consider the means by which courts can be most effective in this area. I began by suggesting that the present phase of the trial court hearings resembled a town meeting.” (YEAZELL, Stephen C. Intervention and the Idea of Litigation: A Commentary on the Los Angeles School Case. In: HeinOnline. 25 UCLA L. Rev. 244, 1977-1978. p. 260). Sobre a aplicação da técnica do *Town Meeting* nos processos estruturais, ver: VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 392-396.

⁶² Para uma reflexão sobre as contribuições do método dialético do *town meeting* para as audiências públicas e judiciais, ver: GARCIA, Thais Carraro; VITORELLI, Edilson. Um diálogo entre as audiências brasileiras e a perspectiva do processo como *town meeting*: reflexões sobre o processo estrutural como ampla arena de debate. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2021. No prelo.

⁶³ No âmbito da representação política, Iris Marion Young afirma a necessidade de avaliar o significado da representação por meio de uma conexão constante entre representantes e representados, isto é, a representação passa a ser um “processo mediado e disperso ao longo do espaço e do tempo” (YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. Tradução de Alexandre Morales. In: Revista Lua Nova, São Paulo, vol. 67, p. 139-190, 2006. p. 148). Segundo Vitorelli, “quando se concebe a representação como um vínculo, uma relação, e não uma separação, entre representante e representados, sua qualidade deixa de ser uma questão de existência ou inexistência de determinadas características, mas de grau de excelência desses momentos que se sucedem no tempo” (VITORELLI, Edilson. O devido processo colega coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil LTDA, 2019. p. 257).

estudos retóricos, o “contato que se produz entre orador e auditório não se refere unicamente às condições prévias à argumentação, mas também é essencial para todo o seu desenrolar”.⁶⁴ Logo, o permanente contato é fundamental.

Respondidas as três principais questões, importa responder mais uma: quem tende a ganhar com esse modelo de “persuasão”? Acima de todos, os principais interessados, detentores do direito subjetivo procedimentalizado, pois se tornam o centro de interesse do locutor – do representante judicial que conduz, de certa forma, o seu processo. Por meio da consulta, da comunicação, da troca de percepções e da prestação de contas, os procedimentos judiciais e extrajudiciais que tutelam aspectos coletivos tornam-se mais plurais, abertos, dinâmicos e participativos, validando as bases do estado democrático de Direito e sedimentando a importância desses valores na construção de uma sociedade que enxerga o processo como um meio justo e adequado para assegurar direitos fundamentais.

Analisado o auditório no processo coletivo, passa-se, então, ao seu exame no processo recuperatório.

4. Diferentes auditórios no processo recuperacional: um olhar pelo viés do devedor

O processo de recuperação judicial, regulado pela Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência – LREF⁶⁵), é um procedimento

⁶⁴ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, L. Tratado de la Argumentación: La Nueva Retórica. Traducción Española de Julia Sevilla Muñoz. Biblioteca Romanica Hispanica, MADrid: Editorial Gredos, S. A, 1989. p. 54

⁶⁵ Até o ano de 2020 a LREF havia sido alterada e/ou complementada de maneira pontual, na tentativa de resolver impasses e/ou insuficiências resultantes da interação entre o diploma legal e o universo dos fatos. As modificações, no entanto, pouco afetaram o funcionamento do sistema recuperatório originariamente concebido pelo Projeto de Lei aprovado em 2005. No entanto, a fim de adaptar a LREF aos desafios inéditos decorrentes da Pandemia da Covid-19, passou-se a discutir o PL 1397, que alterava o regime jurídico da recuperação extrajudicial e suspendia, em caráter transitório, determinados dispositivos atinentes à recuperação judicial, extrajudicial e falência. Diante da ausência de movimentação legislativa para a aprovação do referido projeto de lei – e, com isso, a retomada, ainda que gradual, das atividades econômicas – passou-se novamente a considerar uma mudança definitiva da legislação recuperatória e falimentar, com a retomada da análise do PL 6229 pela na Câmara dos Deputados, o qual tramitava desde 2005.

pelo qual o devedor que está passando por dificuldades econômico-financeiras, seja ele empresário seja sociedade empresária, busca negociar o pagamento de suas dívidas com seus credores visando a evitar a falência da empresa.

Tem-se que o processo de recuperação judicial é *sui generis*, tanto em razão da natureza do próprio instituto como das características do procedimento. O processo é ajuizado pelo devedor que passa por crise econômico-financeira reversível – mas complexa –, e tem como objetivo o soerguimento da atividade empresarial, por meio da preservação da empresa.⁶⁶ O procedimento é composto de atos processuais que convergem para o momento de apreciação pelos credores do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, o qual contém, em síntese, os meios a serem utilizados para a superação da crise. Apresentado o plano, os credores podem exteriorizar suas objeções. Caso existam, será designada assembleia geral de credores para votar a aprovação (ou não) da proposta apresentada; por outro lado, não havendo objeções, pressupõe-se a aceitação da proposta por todos os credores sujeitos ao procedimento recuperacional e o plano será aprovado tacitamente.

Nesse sentido, há, no procedimento recuperacional, diversos atores, como, por exemplo, o devedor em recuperação judicial, os credores, o

Em 26/08/2020, o projeto foi aprovado pela Câmara, passando, então, para a apreciação do Senado, recebendo o número 4458 e tendo sido aprovado com emendas apenas de redação em 25/11/2020. O projeto aprovado foi encaminhado para a sanção da Presidência da República, tendo sido objeto de 6 vetos (sendo 4 deles derrubados posteriormente pelo Congresso Nacional). O novo texto entrou em vigor em 23 de janeiro de 2021, após 30 dias de *vacatio legis*.

⁶⁶ Nesse sentido, tem-se que o princípio da preservação da empresa, previsto no art. 47, é o princípio basilar da Lei 11.101/2005. Para aprofundamento sobre o tema, ver: CEREZETTI, Sheila Christina Neder. A recuperação judicial de sociedade por ações – o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 300; SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de empresas e interesse social. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43-54.

Estado-juiz⁶⁷, o Ministério Público⁶⁸ e o administrador judicial⁶⁹. Além disso, não se pode olvidar que os efeitos da crise empresarial não alcançam apenas aqueles que estão diretamente relacionados com o processo, mas também os trabalhadores, os consumidores, a própria comunidade e o entorno no qual a empresa está inserida.⁷⁰

Para este estudo, buscar-se-á identificar o auditório do processo de recuperação judicial a partir da figura do devedor, isto é, a sociedade empresária ou empresário individual que busca se socorrer ao Judiciário para sanar a crise econômico-financeira pela qual está passando.

Tal escolha se dá pelo fato de que, segundo o art. 48 da LREF, poderá requerer recuperação judicial o devedor⁷¹ que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: (i) não ser falido e, se o foi, que estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; (ii) não ter, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial; (iii) não ter, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial

⁶⁷ Sobre o papel do juiz no processo de recuperação judicial, ver: NEVES, Douglas Ribeiro. Limites do controle jurisdicional no processo de recuperação judicial. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2015.

⁶⁸ Ressalta-se, contudo, que a participação do Ministério Público não é obrigatória no processo em todos os atos processuais, visto que o dispositivo que previa a intervenção necessária restou revogado quando da aprovação da Lei, em 2005. No entanto, sua intervenção continua relevante: deve ser intimado do deferimento do processamento da recuperação judicial, por exemplo. Vários dispositivos esparsos da LREF fazem explícita menção ao Ministério Público para finalidades e atuação das mais diversas no procedimento recuperacional (SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3 ed. São Paulo: Almedina, 2019, p. 188-192).

⁶⁹ A figura do administrador judicial no processo de recuperação judicial é de fiscal do procedimento, devendo, além disso, prestar informações a todo e qualquer interessado a respeito do processo. É escolhido pelo juízo, sendo pessoa de extrema confiança, com capacidade técnica para exercer a função. Para aprofundamento sobre o tema, ver: BERNIER, Joice Ruiz. Administrador judicial: na recuperação judicial e na falência. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

⁷⁰ REQUIÃO, Rubens. A crise do direito falimentar brasileiro – reforma da Lei de Falências. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro, a. XIII, n. 14, p. 23-33, 1974, p. 24-25.

⁷¹ Cumpre ressaltar que a LREF prevê hipóteses de legitimação extraordinária, no § 1º do art. 48, permitindo que também ajuíze processo de recuperação judicial o cônjuge sobrevivente, os herdeiros do devedor, o inventariante ou o sócio remanescente. Contudo, mesmo nestes casos, o que se observa é que a possibilidade de legitimação extraordinária, decorre, justamente, da representação dos interesses da figura do devedor, e, por via reflexa, dos demais interessados do processo de recuperação judicial.

para microempresas e empresas de pequeno porte; (iv) não ter sido condenado ou não ser, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na legislação concursal. Logo, no sistema concursal brasileiro não se admite que outras figuras possam dar início a um processo de recuperação judicial (ao contrário do que ocorre na falência, em que é possível o ajuizamento de procedimento falimentar pelo credor, nos termos do art. 97, IV da Lei 11.101/2005). Assim, credores, trabalhadores, sócios minoritários, órgãos governamentais e Ministério Público não estão autorizados a ajuizar procedimento de recuperação judicial.⁷²

Dessa forma, considerando que é o devedor o único legitimado para propor ação de recuperação judicial, reconhece-se que os interesses inicialmente tutelados são os do próprio empresário (embora, evidentemente, não sejam os únicos). Isso porque o objetivo deste ao ajuizar o procedimento recuperacional é a aprovação do plano de recuperação judicial, cujo principal efeito é a novação das obrigações (nos termos do art. 59 da LREF), a qual permite, conforme enfatizado anteriormente, a reestruturação da atividade empresarial.

Contudo, a depender do requerimento formulado pela recuperanda e da fase em que ocorreu, mesmo sob o ponto de vista do devedor, são vários os possíveis auditórios ao longo do processo de recuperação judicial.

Inicialmente, destaca-se que o procedimento recuperacional é voltado primordialmente ao convencimento dos credores da situação de crise e da capacidade de a empresa se reestruturar. Os credores são os principais afetados com a crise da empresa, seja porque acabam por financiar compulsoriamente a atividade do devedor, ou mesmo porque, na

⁷² Sobre o assunto, ver: CERZETTI, Sheila Christina Neder. A recuperação judicial de sociedade por ações – o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 224, 256-257, 260, 266.

maior parte das vezes, recebem o seu crédito de modo diverso do originalmente pactuado.⁷³

Além disso, não se pode olvidar que foi garantido pela Lei 11.101/2005, ao contrário do que ocorria no regime anterior, do Decreto-Lei 7.661/1945⁷⁴, maior participação dos credores no procedimento. O credor passou de coadjuvante a protagonista na cena, o que pode ser percebido pelo poder de chancela que a LREF lhes concedeu sobre o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor. Veja-se que o credor possui o poder de decidir sobre a continuidade ou não da atividade empresarial do devedor, pois a votação em sentido contrário pode levar à convalidação da recuperação judicial em falência.

Logo, os ônus suportados pelos credores no processo de recuperação judicial, bem como em razão da própria lógica do procedimento recuperacional, importam em reconhecer a relevância de seus interesses.⁷⁵

Na inicial da ação de recuperação judicial, precisa ser demonstrada a situação econômico-financeira vivenciada pelo devedor no tópico destinado à exposição das causas da crise (art. 51, I da Lei 11.101/2005), bem como juntados os documentos que a comprovem numericamente, como demonstrações contábeis (art. 51, II da LREF) e extratos de contas bancárias e aplicações financeiras (art. 51, VIII da LREF). Considerando que os credores são, conforme referido, os mais afetados com o ajuizamento do procedimento recuperacional, são eles o auditório que precisa ser persuadido. Antes de mais nada, precisam ser persuadidos

⁷³ SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3 ed. São Paulo: Almedina, 2019, p. 133.

⁷⁴ Sobre o tema, ver: SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. História do Direito Falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018, capítulo 5, p. 155-200.

⁷⁵ SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3 ed. São Paulo: Almedina, 2019, p. 133-134.

acerca da existência de verdadeira crise econômico-financeira capaz de ensejar a utilização do instituto.

Além disso, os credores também precisam ser persuadidos da viabilidade econômica da continuação da empresa, o que se concretiza por meio da apreciação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.⁷⁶ O plano consiste em um projeto no qual estão previstas, de maneira detalhada, operações e meios destinados a sanar a crise da empresa.⁷⁷ Para tanto, deve o plano conter ao menos os três elementos essenciais apontados entre os incisos I e III do art. 53 da LREF, a saber: (i) discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, conforme o art. 50 da LREF, e seu resumo; (ii) demonstração de sua viabilidade econômica; e (iii) laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

A descrição dos meios de recuperação judicial serve para que os credores possam saber minuciosamente de que forma o devedor pretende superar a crise. Nesse sentido, o rol dos meios previstos no art. 50 da LREF é meramente exemplificativo, podendo ser utilizadas as técnicas mais variadas para o soerguimento da empresa, desde que contem com a concordância dos credores.⁷⁸ A demonstração da viabilidade econômica, por sua vez, nada mais é que a comprovação da exequibilidade e da efetividade do plano, isto é, que os meios de recuperação judicial, se

⁷⁶ Em outros sistemas jurídicos, é possível que outros legitimados apresentem plano de recuperação judicial, como, por exemplo, os credores. Sobre a legitimação para a apresentação do plano de recuperação no direito comparado (Estados Unidos, Argentina, Alemanha, Portugal, Espanha e França – de uma maneira geral, mais ampla do que no sistema brasileiro), ver: CEREZETTI, Sheila Christina Neder. A recuperação judicial de sociedade por ações – o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 267-272.

⁷⁷ SZTAJN, Rachel. Seção III: Do plano de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 265.

⁷⁸ SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3 ed. São Paulo: Almedina, 2019, p. 444-445.

aplicados na prática (considerando que a empresa continua em atividade e, em razão disso, mantém despesas correntes), realmente podem sanar a crise empresarial e permitir o pagamento dos credores nas condições propostas. É, assim, a demonstração matemática de que se aplicadas as medidas de recuperação previstas a crise poderá ser sanada.⁷⁹ A viabilidade econômica do plano é um elemento importante para o convencimento dos credores, podendo servir, inclusive, para evitar que o plano sofra objeções e que seja realizada assembleia geral de credores para a votação e aprovação (ou não) do plano.⁸⁰ Por fim, o panorama da situação patrimonial do devedor permite que o credor compare a proposta de satisfação do seu crédito na recuperação judicial com a sua situação em caso de falência da recuperanda, justamente para que tenha condições mínimas de avaliar as possibilidades de recuperação da empresa.⁸¹

O plano é, nesse sentido, a peça-chave da recuperação judicial, pois é por meio dele que o devedor demonstra como se dará o saneamento da crise.⁸² Do ponto de vista deste estudo, o plano de recuperação judicial ganha mais um contorno: é por meio dele que o empresário em crise busca convencer o seu auditório, isto é, os credores, da viabilidade da atividade econômica. É de se ressaltar que se os credores não forem persuadidos da capacidade do devedor em superar a crise, a consequência é severa: a proposta pode vir a ser rejeitada em assembleia geral de credores, o que

⁷⁹ SZTAJN, Rachel. Seção III: Do plano de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 267.

⁸⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 149.

⁸¹ SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3 ed. São Paulo: Almedina, 2019, p. 455.

⁸² SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3 ed. São Paulo: Almedina, 2019, p. 442.

levará à convalidação do procedimento recuperacional em falência (art. 73, III da Lei 11.101/2005⁸³).

Assim, a adequada composição dos interesses dos envolvidos no processo de recuperação judicial é ponto crucial para que se possa afirmar o sucesso do regime⁸⁴, sendo necessário utilizar-se de técnicas de organização dos participantes.

De acordo com a LREF (art. 45), os credores sujeitos à recuperação judicial (e, que, portanto, votam pela aprovação ou não do plano) estão classificados em 4 (quatro) classes: credores trabalhistas, com garantia real, quirografários e enquadrados como microempresa (ME) e empresa de pequeno porte (EPP). Assim, é possível perceber desde logo que o exame do auditório é complexo, pois a simples classificação dos credores em determinadas categorias já evidencia que existem interesses que são, no mínimo, distintos, podendo ser, muitas vezes, antagônicos.

Nesse sentido, é de suma importância a identificação pelo devedor daqueles que precisa convencer acerca da viabilidade econômica da operação por ele desenvolvida para o sucesso do processo recuperatório, de modo a compreender a existência e o funcionamento de múltiplos auditórios particulares, os quais possuem especificidades e características próprias. Apenas dessa forma será possível apresentar um plano de

⁸³ Segundo o art. 73, LRE, as hipóteses de convalidação da recuperação judicial em falência são: (I) por deliberação da assembleia geral de credores, na forma do art. 42; (II) pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação judicial no prazo do art. 53; (III) quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56; (IV) por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61. Para Jorge Luiz Lopes do Canto, as causas que levam a mudança da situação jurídica da empresa de recuperanda para falida são de duas ordens: a primeira é fruto do inadimplemento das obrigações referentes ao descumprimento do prazo processual, sendo pública, e de obrigações atinentes ao não atendimento das obrigações assumida no plano de recuperação judicial, de natureza privada; já a segunda decorre do interesse dos credores não estar sendo atendido da forma que era esperada durante a recuperação judicial (CANTO, Jorge Luiz Lopes do. A convalidação da recuperação em falência. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidney (Coord.). 10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: lei nº 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 233).

⁸⁴ CEREZETTI, Sheila Cristina Nader. As Classes de Credores como Técnica de Organização de Interesses. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satrio de; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (orgs.). Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 367-385, p. 367.

recuperação judicial que contemple o maior número de credores, a fim de atingir a maioria necessária para a sua aprovação.

Por exemplo, um credor enquadrado como ME e EPP, cujo principal cliente seja o devedor em recuperação judicial, provavelmente terá interesse na continuação das atividades, já que, com isso, também conseguirá se manter ativo; em contrapartida, uma instituição financeira que possua uma garantia real (p.ex. hipoteca), pode não querer que a atividade tenha continuidade, já que, na falência, recuperará um valor maior de seu crédito. Assim, argumentos que podem ser utilizados para persuadir um credor enquadrado como ME e EPP podem ser diametralmente opostos aos que são exigidos para convencer um credor com garantia real. Cabe ao devedor identificar tais particularidades e formar sua linha argumentativa de acordo com elas.

No entanto, mesmo dentro da mesma classe de credores é possível verificar a existência de interesses contrapostos.⁸⁵ Por exemplo, um credor trabalhista que continua a prestar os seus serviços ao devedor pode ter interesse em preservar a atividade empresarial e votar pela aprovação do plano de recuperação judicial, na medida em que preservará seu emprego; já um credor que foi demitido, cujas verbas rescisórias foram arroladas como crédito na recuperação judicial, talvez não tenha a mesma percepção.

A criação de subclasses se mostra a forma mais adequada de compor os interesses dos credores de acordo com as suas especificidades, concretizando-se o exame apurado feito pelo devedor acerca do auditório. Com isso, permite-se a distinção de tratamento, inclusive, entre credores

⁸⁵ Sobre o tema, ver: CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre os polos da demanda. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 26, p. 19-55, 2009; TEMER, Sofia. Participação no Processo: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

da mesma classe, desde que justificável o tratamento diverso em virtude do peculiar interesse para a recuperação judicial.⁸⁶

Alguns Tribunais já entendiam ser possível a criação de subclasses a fim de conferir tratamento privilegiado no plano aos fornecedores que tenham mantido relações comerciais com o devedor durante a recuperação judicial⁸⁷, inclusive àqueles que ofereceram novas linhas de crédito à recuperanda.⁸⁸ Nesse sentido, era possível, desde antes da Reforma da Lei 11.101/2005, a criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial, desde que fosse estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, capaz de abranger credores com interesses homogêneos⁸⁹ e que não fosse arbitrário (tais como idade do credor, localização do devedor etc.).

Com a Reforma da Lei, está expressamente autorizada a criação de subclasses relativas a “fornecedores de bens ou serviços” que continuem provendo a recuperanda normalmente após o pedido de recuperação judicial, “desde que tais bens ou serviços sejam necessários para a manutenção das atividades e que o tratamento diferenciado seja adequado

⁸⁶ Há, contudo, importantes críticas feitas à efetividade da criação de subclasses como forma de atender interesses heterogêneos, dado que, embora estejam divididos em subclasses, os credores continuam votando de acordo com a classificação dos credores prevista na LREF. De acordo com Sheila Cerezetti, “muito embora elogiável [a criação de subclasses] sob certa perspectiva ela não pode se apresentar de todo satisfatória, na medida em que o sistema de votação continua a se pautar pelas classes legalmente previstas e não pelos subgrupos estabelecidos pelo plano. De fato, os votos continuam a ser colhidos com base na estrutura legal das classes, o que significa que a regra da maioria permanece sendo aplicada dentre participantes com interesses diversos e, portanto, ilegitimamente. O benefício que seria decorrente da concessão de tratamento igualitário entre credores semelhantes tende a se dissipar e continuam a serem permitidos planos que favorecem desregradamente os específicos credores cuja concordância é necessária para assegurar a aprovação do plano” (CEREZETTI, Sheila Cristina Nader. *As Classes de Credores como Técnica de Organização de Interesses*. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (orgs.). *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 367-385, p. 374).

⁸⁷ A título exemplificativo, ver: TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI 2260720-90.2015.8.26.0000, Rel. Des. Fabio Tabosa, j. 11/05/2016; TJSP, 1ª Câmara de Direito Empresarial, AI 0198440-25.2012.8.26.0000, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 11/12/2012.

⁸⁸ TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI 2260720-90.2015.8.26.0000, Rel. Des. Fabio Tabosa, j. 11/05/2016; TJRJ, 5ª Câmara Cível, AI no AI 0030788-12.2011.8.19.0000, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, j. 19/10/2011.

⁸⁹ STJ, Terceira Turma, REsp 1.634.844/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12/03/2019.

e razoável no que concerne à relação comercial futura” (art. 67, § único).⁹⁰ Pense-se, por exemplo, nos credores classificados como quirografários: há aqueles que desejam manter a relação comercial com a recuperanda, e outros que não. Nesse sentido, o plano pode prever um tratamento diferenciado ao credor que continue a prover o devedor, como, por exemplo, tais credores podem ter condições de pagamento melhores do que aqueles que simplesmente optarem por descontinuar a relação existente com empresário individual ou sociedade empresária.

Embora não conste expressamente na legislação, também se mostra passível de ser implementada, por exemplo, a criação de subclasses pelo volume do crédito detido pelo credor. Assim, credores até determinado limite de crédito receberão de uma forma e credores cujo crédito exceda tal limite receberão de modo distinto. Outra possibilidade é a divisão dos credores de acordo com características operacionais. Dessa forma, pode existir na classe de credores com garantia real uma subclasse de créditos que são detidos por instituições financeiras, em contraponto a credores que não sejam classificados como tal.

Dessa forma, resta claro que os credores são o primeiro auditório que pode ser identificado no processo de recuperação judicial a partir da perspectiva do devedor.

Ocorre que, além do convencimento da situação de crise e da capacidade em superá-la, o devedor precisa persuadir os credores e os demais atores do processo de recuperação judicial de outras diversas manifestações ao longo do procedimento. Necessário ressaltar que o prazo mediano até aprovação do plano de recuperação judicial é de 517 dias⁹¹,

⁹⁰ Sobre tal dispositivo, ver: COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Curitiba: Editora Juruá, 2020, p. 187; COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 267-269.

⁹¹ Os resultados do estudo, divulgados em dezembro de 2018, podem ser conferidos no site da ABJ: <<https://abj.org.br/cases/2a-fase-observatorio-da-insolvencia/>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

sendo que, mesmo após a aprovação da proposta pelos credores, o processo pode permanecer ativo por até 2 (dois) anos até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem no referido prazo depois da decisão que concede a recuperação judicial, para fins de fiscalização do cumprimento do plano (art. 61 da LREF).

Nesse sentido, há que se fazer a diferenciação entre requerimentos formulados que envolvam juízos de conveniência e oportunidade (discricionários), que possuem relação com a viabilidade econômica da proposta formulada e seu impacto na atividade empresarial desenvolvida, e juízos de legalidade (vinculados), que guardam relação com a observância das normas previstas na Lei 11.101/2005 e em outros diplomas legais. A partir dessa diferenciação, é possível observar a existência de outros auditórios sob o ponto de vista do devedor.

Nos casos das demais manifestações apresentadas pelo devedor no processo, tem-se que o auditório são os credores em caso de petições que envolvam conveniência e oportunidade, como, por exemplo, a possibilidade de alienação de bens do ativo circulante para geração de fluxo de caixa, nos termos do art. 66 da LREF.

Mesmo em tais situações, é preciso atentar que a forma de persuasão não é homogênea, dado que o auditório pode ser consideravelmente distinto, justamente porque, conforme acima referido, os credores não possuem interesses necessariamente homogêneos.

Quando o devedor pede autorização para alienar um bem do seu ativo não circulante, por exemplo, como no caso da venda da participação societária em outra sociedade, conforme determina o art. 66 da LREF, é possível que alguns credores se oponham em razão da suspeita de esvaziamento patrimonial, enquanto outros achem a alienação adequada para a geração de fluxo de caixa. É possível, portanto, que determinados credores sejam a favor de determinado tema, enquanto outros não,

existindo, portanto, “zonas de interesse” distintas no processo de recuperação judicial sob o prisma dos credores.

Isso exige que o orador (devedor) esteja atento às particularidades do auditório, já que este varia constantemente, a depender do tema que está sendo colocado à apreciação. Os meios de persuasão, portanto, precisam também ser realinhados de forma contínua, sempre identificando quais são os credores que podem vir a se opor e por qual motivo, bem como buscando demonstrar nos requerimentos formulados que tais interesses foram levados em consideração.

Ademais, há questões levadas ao procedimento recuperacional pelo devedor que envolvem juízos de legalidade, as quais não possuem como auditório principal os credores, mas sim os demais atores do procedimento recuperacional: o Estado-juiz, o administrador judicial e o Ministério Público. Um exemplo de manifestação nesse sentido é a vedação de busca e apreensão de bens essenciais à atividade empresarial durante o período de proteção (previsto no art. 6º, § 4º da LREF) – mesmo que o credor titular da garantia em questão não se sujeite à recuperação judicial. Na situação acima narrada não cabe espaço para deliberação (pelos credores) acerca da possibilidade de se proceder aos atos de constrição de bens determinantes para o prosseguimento da atividade empresarial; por outro lado, há de se persuadir o Estado-juiz acerca da imprescindibilidade do respectivo bem.

Dessa forma, resta demonstrado que, mesmo da perspectiva do devedor, os auditórios são múltiplos, embora o mais evidente sejam os credores. Há, portanto, que analisar a quem se deseja persuadir de acordo com cada requerimento formulado no processo de recuperação judicial, considerando, justamente, as especificidades do procedimento recuperacional.

Considerações Finais

A tradicional suposição de que os juristas não devem transitar no terreno das emoções e, por consequência, o desincentivo à pesquisa e ensino dos tradicionais elementos retóricos (*ethos*, *pathos* e *logos*), têm trazido lacunas ao conhecimento dos atores do direito. Com o presente ensaio, pretendeu-se resgatar esse estudo, dando ênfase ao estudo do *pathos* e da sua potencialidade de persuadir o auditório.

Conforme apresentado ao longo do ensaio, o auditório mostra-se como elemento central sempre que se está diante da necessidade de argumentar, uma vez que a finalidade do discurso é a sua persuasão (seja para manter uma determinada conduta, seja para alterá-la). Nesse sentido, para compreender a estrutura e o percurso da argumentação, deve-se olhar para o destinatário do discurso, pois cabe ao orador adaptar-se ao auditório (particular, universal, homogêneo ou heterogêneo).

No estudo dos processos coletivos, por exemplo, tomando-se o representante adequado como orador, o juiz do caso concreto figura como alocutário extremamente importante a ser persuadido; porém, não é o único, pois não se pode desconsiderar outros, como a contraparte, os colegitimados da ação coletiva e, principalmente, os representados. Pretendeu-se demonstrar que, principalmente quando a demanda coletiva contém destinatários identificáveis, é vital conhecer as perspectivas dos titulares do direito subjetivo em juízo, considerá-las quando da atuação do representante e, inclusive, persuadi-los de que a atuação deste está dentro do esperado e do pretendido por aqueles. Para tanto, demonstrou-se a necessidade de ampliar o aspecto democrático do processo e a transparência da administração da justiça por meio de permanente diálogo entre representante e representados, de promoção e ampliação dos meios de participação típica e atípica em juízo, bem como de atuação mais

ativa e mais preocupada do representante para com o seu auditório específico.

No processo de recuperação judicial, por sua vez, há também diversos atores processuais (como o devedor, credores, Estado-juiz, administrador judicial e Ministério Público) e para se analisar o auditório é necessário delimitar sob qual ponto de vista ele será identificado. Sob o prisma do devedor, o principal auditório são os credores, uma vez que são estes os mais afetados com a crise econômica e financeira pela qual o empresário está passando, sendo, também, responsáveis por definir os rumos do procedimento, por meio da análise da viabilidade econômica da preservação da atividade empresarial – quando da decisão que defere o processamento da ação e da apreciação do plano de recuperação judicial. Outrossim, os credores também são auditórios importantes quando se examinam requerimentos formulados pelo devedor que demandam juízo de conveniência e oportunidade, em contraposição com juízos de legalidade, cujo auditórios são, por exemplo, o Estado-juiz, o administrador judicial e o Ministério Público.

Referências

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Tradução de E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.
- ALVES, Marco Antônio Sousa. *A argumentação filosófica: Chaïm Perelman e o auditório universal*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Belo Horizonte, 2005.
- AMOSSY, Ruth. *A Argumentação no discurso*. Tradução de Angela M. S. Corrêa [et al.]. São Paulo: Contexto, 2020.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Multipolar, participação e representação de interesses concorrentes*. p. 1072-1096. In.: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos Estruturais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Curso de processo civil coletivo. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil LTDA, 2020.

ARISTÓTELES. Retórica. Tradução de Manuel Alexandre Jr. [et. al.] (Centro de Estudos Clássicos da Universidade de Lisboa) 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BEN-ZE'EV, Aaron. The thing called emotion. In: Goldie (Ed.). The Oxford Handbook of Philosophy of emotion. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 41-62.

BERNIER, Joice Ruiz. Administrador judicial: na recuperação judicial e na falência. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre os polos da demanda. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 26, p. 19-55, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), Brasília, ano 6, n. 24/25, p. 41-65, Julho-Dezembro, 2007.

CANTO, Jorge Luiz Lopes do. A convalidação da recuperação em falência. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidney (Coord.). 10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: lei nº 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

- CEREZETTI, Sheila Christina Neder. A recuperação judicial de sociedade por ações – o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CEREZETTI, Sheila Cristina Nader. As Classes de Credores como Técnica de Organização de Interesses. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (orgs.). Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 367-385.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Curitiba: Editora Juruá, 2020.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v. 303, 2020.
- EGGS, Ekkehard. Ethos aristotélico, convicção e pragmática moderna. In: Amossy (Ed.). Imagens de si no discurso: a construção do ethos. 1. ed. São Paulo: Contexto, 2016. p. 29- 56.
- FERREIRA, Débora Costa. De quem a Corte quer ser amiga? : análise estratégica do amicus curiae. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- FROST, Michael. Ethos, Pathos & Legal Audience. Dickinson Law Review, Pennsylvania State University, n. 85, October, 1994.
- GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, p. 152-181, set./dez. 2019.
- GALINARI, Mellandro Mendes. Logos, Ethos e Pathos: “Três Lados” da Mesma Moeda. Alfa, Rev. Linguíst. (São José Rio Preto) [online]. 2014, vol. 58, n. 2, p. 257-286.

- GARCIA, Thais Carraro; VITTORELLI, Edilson. Um diálogo entre as audiências brasileiras e a perspectiva do processo como *town meeting*: reflexões sobre o processo estrutural como ampla arena de debate. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2021. No prelo.
- GIDI, Antonio. *A Class Action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al.] Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.
- GUASTINI, Riccardo. Interpretare e argomentare. Milão: Dotta. A. Giuffrè Editore, 2011.
- HAIDT, Jonathan. *The righteous mind: why good people are divided by politics and religion*. 1ª ed. New York: Pantheon Books, 2012.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do ethos. In: MOTTA, Ana Raquel; SALGADO, Luciana (Org.). *Ethos Discursivo*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015. p. 11-29.
- MATOS, Eliane Maria Ferreira de. A participação popular no controle concentrado de constitucionalidade por amicus curiae e audiências públicas: como se escolhem os escolhidos? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 298, p. 19 – 39, dezembro, 2019.
- MEYER, Michel. *A retórica*. 1. ed. São Paulo: Ática, 2007.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: do Modelo ao Princípio*. 4. ed. (2009). Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In.: GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al.]. (Coord.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 71-95.
- NEVES, Douglas Ribeiro. *Limites do controle jurisdicional no processo de recuperação judicial*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2015.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A Garantia do Contraditório. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998.
- PERELMAN, Chaim. Lógica Jurídica: Nova Retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, L. Tratado de la Argumentación: La Nueva Retórica. Traducción Española de Julia Sevilla Muñoz. Biblioteca Romanica Hispanica, Madrid: Editorial Gredos, S. A, 1989.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, L. Tratado da argumentação: a nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- REBOUL, Oliver. Introdução à Retórica. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- REQUILÃO, Rubens. A crise do direito falimentar brasileiro – reforma da Lei de Falências. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro, a. XIII, n. 14, p. 23-33, 1974.
- RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de empresas e interesse social. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- SCARPARO, Eduardo. Administração da justiça entre processos repetitivos e processos coletivos. In: I Congresso Brasileiro de Administração Pública e Processo, 2016, Porto Alegre. Anais do I Congresso Brasileiro de Administração Pública e Processo. Porto Alegre: Edipucrs, 2016.
- SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. Revista de Processo, São Paulo, v. 208, p. 125 – 146, junho, 2012.
- SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. História do Direito Falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa. São Paulo: Almedina, 2018.

- SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3 ed. São Paulo: Almedina, 2019.
- TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A Certificação Coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Juspodivm, 2020.
- TOULMIN, Stephen. Os usos do argumento. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SZTAJN, Rachel. Seção III: Do plano de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- TEMER, Sofia. Participação no Processo: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.
- VITORELI, Edison. O devido processo coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil LTDA, 2019.
- VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.
- YEAZELL, Stephen C. Intervention and the Idea of Litigation: A Commentary on the Los Angeles School Case. In: HeinOnline. 25 UCLA L. Rev. 244, 1977-1978.
- YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. Tradução de Alexandre Morales. In: Revista Lua Nova, São Paulo, vol. 67, p. 139-190, 2006.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Reflexões sobre o tratamento conferido às emoções na retórica e na argumentação

*Rafael Bitencourt*¹

1. Introdução

É em pathos que se situam os estudos dos fenômenos emocionais na retórica, motivo pelo qual o presente artigo parte, no primeiro tópico, da análise do pathos. Ao mesmo tempo, busca-se investigar uma concepção de emoções que ultrapasse a designação de meros sentimentos e estabeleça uma relação com o processo cognitivo do sujeito, a fim de embasar a análise posterior do estudo.

Ao longo da história, presenciou-se uma forte tentativa de separar as funções racionais (processo cognitivo e tomada de decisão) dos componentes emotivos do indivíduo, em busca de uma “racionalidade pura” que garantisse a infalibilidade das decisões dos sujeitos. Por tal razão, dedica-se o segundo ponto deste estudo a demonstrar como essa noção dicotômica razão-emoção não pode mais se sustentar a partir dos avanços de certas áreas do conhecimento como a psicologia e a neurociência.

Ainda, no último ponto, pretende-se analisar se, para além da concepção das emoções como elementos indissociáveis dos processos racionais, é possível também conferir certa legitimidade à sua presença no discurso. Em outras palavras, busca-se investigar se as emoções podem

¹ Mestrando e graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogado em Porto Alegre (RS). rafaelgollobitencourt@gmail.com.

ser analisadas sem a recorrente conotação pejorativa, que leva a presumir que todos os argumentos emotivos são, automaticamente, falaciosos.

A hipótese inicial a ser testada é de que o fenômeno emocional se afigura elemento imprescindível ao processo de tomada de decisão dos sujeitos e, por conseguinte, não há como se pensar em um discurso que seja puramente racional. Mais que isso, propõe-se pensar que os apelos emotivos não geram, em todos os casos, um efeito negativo, de modo que, em certas circunstâncias, podem representar argumentos legítimos.

2. Pathos: o lugar das emoções e das paixões

Parte-se do pressuposto de que, no campo da retórica, os seus componentes ethos, pathos e logos devem coexistir em patamar de igualdade². Nessa perspectiva, não há como conceber a retórica a partir de uma total supremacia do logos ou, mesmo, do campo dos afetos³. O seu conceito se situa em algum lugar indefinido entre os extremos da lógica formal e do puro logro, levando em consideração interações humanas inatingíveis pela lógica e, ao mesmo tempo, repudiando formas de manipulação⁴.

“O conhecimento daqueles que se pretende conquistar é, pois, uma condição prévia de qualquer argumentação eficaz”⁵, lecionam Perelman e Olbrechts-Tyteca no que concerne à relevância do preparo do discurso com base no específico auditório a que será destinado. Embora não tratem detidamente da importância das emoções a esse respeito, os autores

² MEYER, Michel. *A retórica*. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 25.

³ SCARPARO, Eduardo. Mas e a retórica? Sobre as Demonstrações e Argumentações. In: SCARPARO, Eduardo (org.). *Ensaio de Retórica Forense*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 22.

⁴ SCARPARO, Eduardo. Mas e a retórica? Sobre as Demonstrações e Argumentações. In: SCARPARO, Eduardo (org.). *Ensaio de Retórica Forense*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 21-22.

⁵ PERELMAN, Châim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Revisão de tradução: Eduardo Brandão. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 23.

asseveram que a qualidade da argumentação e o comportamento do orador estão relacionados, sobretudo, ao auditório⁶.

Meyer esclarece que a noção do pathos não pressupõe, inevitavelmente, a existência de paixões. Em verdade, o pathos se afigura a origem das perguntas do auditório, que correspondem a diversos interesses seus, dentre os quais, por sua vez, encontram-se as paixões, as emoções ou, ainda, as meras opiniões⁷. Em síntese, o autor assevera que o pathos compreende "(1) as perguntas do auditório; (2) as emoções que ele experimenta diante dessas perguntas e suas respostas; (3) os valores que justificam a seus olhos essas respostas a essas perguntas"⁸.

Já para Galinari, o pathos representaria “as emoções suscetíveis no auditório”, as quais surgem tão somente a partir do discurso. Efetivamente, na concepção defendida pelo autor, tanto pathos quanto ethos consistiriam em decorrências semântico-discursivas do emprego do logos⁹. No entanto, após estabelecido o discurso, é também possível que pathos se origine do ethos, a partir de uma avaliação ou reação responsivo-moral do auditório em relação ao ethos, o que pode vir a despertar determinadas emoções¹⁰.

Na lição de Meyer, em uma perspectiva retórica, a relevância das paixões se situa, justamente, no fato de produzir a crença de que as questões em debate estão resolvidas, de modo que “quanto mais

⁶ PERELMAN, Châim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Revisão de tradução: Eduardo Brandão. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 20-27.

⁷ MEYER, Michel. *A retórica*. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 36.

⁸ MEYER, Michel. *A retórica*. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 40.

⁹ GALINARI, Melliandro Mendes. Logos, ethos e pathos: “três lados” da mesma moeda. *Alfa: Revista de Linguística*. São Paulo, v. 58, n. 2, 2014, p. 261 e 266. Importante salientar que, na visão apresentada por Galinari em sua obra, “logos” deve ser compreendido em uma acepção sofisticada (pré-aristotélica), ou seja, mais ampla do que a mera perspectiva lógico-demonstrativa, abrangendo inúmeras espécies possíveis de logói e significando “toda estrutura linguístico-discursiva que, tendo força retórica num contexto determinado (ou kairos), salta primeiramente aos olhos, aos ouvidos e ao entendimento” (p. 264).

¹⁰ GALINARI, Melliandro Mendes. Logos, ethos e pathos: “três lados” da mesma moeda. *Alfa: Revista de Linguística*. São Paulo, v. 58, n. 2, 2014, p. 266.

estivermos na paixão, mais já teremos respondido ao – e sobre o – que está em questão” (o que também representa um risco de se cair na ilusão)¹¹. A paixão se apresenta, nesse contexto, como uma ferramenta de grande utilidade para mover um auditório na direção da tese do locutor¹².

Quanto aos conceitos de emoções e paixões, Mosca estabelece uma distinção entre os fenômenos. Com efeito, defende que, enquanto as emoções são estados de alma do cotidiano e se caracterizam por sua temporariedade e fugacidade, as paixões se enraízam no indivíduo e se afiguram como uma consciência refletida mais duradoura, além do que, diferentemente das primeiras, estão associados também ao logos¹³. Por outro lado, a concepção de Aristóteles acerca das paixões não se restringe a sentimentos extremos, na medida em que o filósofo inclui também em tal categoria sentimentos mais amenos como a calma e a vergonha¹⁴.

Fato é que a teoria aristotélica acerca das emoções é uma referência para os estudiosos que o sucederam, tanto na filosofia quanto em outras áreas do conhecimento, como se verá adiante. Sem dúvida, o Estagirita dedica boa parte de sua obra *Retórica* à descrição das emoções, apresentando, inclusive, a sua estrutura fisiológica, a qual estaria acompanhada da díade “prazer e dor”¹⁵.

Ademais, nos dizeres do filósofo grego, as paixões exercem forte influência nos julgamentos dos indivíduos, uma vez que os fatos se mostram a alguém de modos distintos, a depender da emoção que o

¹¹ MEYER, Michel. *A retórica*. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 38.

¹² MEYER, Michel. *A retórica*. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 38.

¹³ MOSCA, Lineide Salvador. Paixões, emoções e afetividade na trilha do tempo: lugar no discurso. In: FIGUEIREDO, Maria Flávia; VIDAL, Geraldo Ramirez; FERREIRA, Luiz Antonio (org.). *Paixões aristotélicas*, v. 2. São Paulo: Foco: linguística do texto e do discurso, 2017, p. 23.

¹⁴ MOSCA, Lineide Salvador. Paixões, emoções e afetividade na trilha do tempo: lugar no discurso. In: FIGUEIREDO, Maria Flávia; VIDAL, Geraldo Ramirez; FERREIRA, Luiz Antonio (org.). *Paixões aristotélicas*, v. 2. São Paulo: Foco: linguística do texto e do discurso, 2017, p. 15-16.

¹⁵ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). *Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise*, v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 154.

indivíduo sente naquele dado momento¹⁶. Aqui, insere-se o *primeiro aspecto cognitivo* inerente à noção aristotélica de emoções, o qual diz respeito ao *efeito* sobre as faculdades cognitivas do indivíduo decorrente da afetação emocional: esta tende a enviesar a formação de crenças, a construção de julgamentos e o processo de tomada de decisão do sujeito¹⁷.

Entretanto, Micheli¹⁸ sustenta que há se falar em um *segundo aspecto cognitivo* constante da concepção de Aristóteles, que se volta às *origens* das emoções. Quando o filósofo grego disserta sobre emoções específicas, ele formula, de maneira sistemática, três questões: (i) qual é o “estado mental” do indivíduo que sente a emoção; (ii) em relação a quem essa emoção se expressa; e (iii) por quais “espécies de razões”. Para Micheli, a segunda questão atesta que as emoções possuem objetos intencionais, ao passo que a terceira indica que tais objetos dão origem a crenças e julgamentos que, de algum modo, justificam o surgimento da emoção. Dessa forma, Micheli conclui que as emoções pressupõem “antecedentes cognitivos”, visto que dependem de uma avaliação feita sobre a circunstância presenciada¹⁹.

Destarte, o autor defende a tese de que a concepção retórica apresenta duas facetas das emoções (o pathos): por um lado, elas influenciam na capacidade cognitiva, nas crenças e nos julgamentos do auditório e, por outro, têm sua origem a partir de uma avaliação do

¹⁶ MOSCA, Lineide Salvador. Paixões, emoções e afetividade na trilha do tempo: lugar no discurso. In: FIGUEIREDO, Maria Flávia; VIDAL, Geraldo Ramirez; FERREIRA, Luiz Antonio (org.). *Paixões aristotélicas*, v. 2. São Paulo: Foco: linguística do texto e do discurso, 2017, p. 15-16.

¹⁷ MICHELI, Raphaël. Emotions as Objects of Argumentative Constructions. *Argumentation*, v. 24, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10503-008-9120-0>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10503-008-9120-0#citeas>. Acesso: 05.12.2020, p. 5-6.

¹⁸ MICHELI, Raphaël. Emotions as Objects of Argumentative Constructions. *Argumentation*, v. 24, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10503-008-9120-0>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10503-008-9120-0#citeas>. Acesso: 05.12.2020, p. 6.

¹⁹ MICHELI, Raphaël. Emotions as Objects of Argumentative Constructions. *Argumentation*, v. 24, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10503-008-9120-0>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10503-008-9120-0#citeas>. Acesso: 05.12.2020, p. 7.

auditório acerca de um objeto intencional, avaliação essa baseada em um conjunto de crenças e julgamentos a respeito do objeto²⁰.

De forma ainda mais aprofundada, Ben-Ze'Ev busca conceituar o complexo fenômeno emocional mediante a descrição de uma emoção “típica”, da qual podemos estabelecer uma relação com a conceituação até aqui apresentada. Em sua obra “The Thing Called Emotion”, o autor argumenta que as emoções surgem somente a partir da percepção do indivíduo acerca de *mudanças significativas* (positivas ou negativas) em sua situação pessoal ou de pessoas próximas²¹. Em vista disso, essa relevância da mudança experimentada está sempre associada a questões pessoais (se certa alteração não é significativa aos nossos interesses pessoais não nos desperta emoções). Inclusive, a *parcialidade* é uma das características das emoções típicas.

Tal aspecto é abordado pelo autor em dois sentidos: as emoções são parciais porque se voltam a um “alvo” restrito (uma pessoa ou algumas poucas pessoas), bem como expressam uma visão interessada e *pessoal*. Nessa lógica, por um lado, elas buscam se focar em um número menor de objetos e, por outro e mais relevante, exprimem nossos valores e nossas preferências²².

Ainda, o que talvez seja o ponto de maior importância ao estudo ora proposto, Ben-Ze'Ev propõe uma composição básica das emoções típicas. Para ele, os fenômenos emocionais são formados por duas dimensões mentais básicas: a intencionalidade e o sentimento. Esta última (“*the*

²⁰ MICHELLI, Raphaël. Emotions as Objects of Argumentative Constructions. *Argumentation*, v. 24, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10503-008-9120-0>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10503-008-9120-0#citeas>. Acesso: 05.12.2020, p. 5-9.

²¹ BEN-ZE'EV, Aaron. The thing called emotion. In: Goldie, Peter (ed.). *The Oxford Handbook of Philosophy of emotion*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 2-3. E acrescenta o autor: “we respond to the unusual by paying attention to it. A change cannot persist for a very long time; after a while, the system construes the change as a normal state and it excites us no more” (p. 2).

²² BEN-ZE'EV, Aaron. The thing called emotion. In: Goldie, Peter (ed.). *The Oxford Handbook of Philosophy of emotion*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 2-3.

feeling dimension”) consiste em um modo primitivo de consciência que exprime o próprio estado mental do indivíduo, ao passo que a primeira dimensão se trata de uma relação sujeito-objeto e é composta por três componentes (o cognitivo, o avaliativo e o motivacional)²³.

Em linhas gerais, o componente cognitivo pode ser descrito como a coleta de informações pelo indivíduo acerca de determinada situação, o componente avaliativo aprecia o significado pessoal desses dados, e o motivacional se refere aos nossos desejos ou à nossa prontidão para agir diante daquela situação. Ademais, o autor adverte que o componente cognitivo nas emoções se apresenta, comumente, distorcido devido às próprias características do fenômeno emocional (como a intensidade), bem como explica que a ausência do componente avaliativo impede o surgimento de emoções, visto que o sujeito se torna totalmente indiferente à situação²⁴.

Sendo assim, é possível afirmar que o pathos (enquanto as emoções do auditório) guarda vinculação com o processo cognitivo do sujeito, tanto porque altera, em certa medida, a sua percepção sobre os fatos e a sua capacidade de julgamento quanto porque depende da cognição e avaliação do indivíduo acerca de dado evento para a sua origem. Além disso, pode-se inferir que a divisão conceitual das emoções apresentada por Ben-Ze’Ev expõe, ainda mais, que as emoções não se restringem às sensações, mas se revelam um processo complexo que se opera a partir da íntima correlação entre o sujeito (e seus valores) e o objeto.

3. Da superada cisão entre razão e emoção

É de longa data o embate criado entre os elementos racionais e os componentes emocionais do ser humano dentro dos campos da filosofia,

²³ BEN-ZE'EV, Aaron. The thing called emotion. In: Goldie, Peter (ed.). *The Oxford Handbook of Philosophy of emotion*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 3-4.

²⁴ BEN-ZE'EV, Aaron. The thing called emotion. In: Goldie, Peter (ed.). *The Oxford Handbook of Philosophy of emotion*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 3-4.

da retórica e do próprio direito. A tentativa de separar o discurso racional do discurso afetivo culminou, por exemplo, na construção filosófica entre os séculos XV e XVI que retirou a razão do âmbito da retórica, restringindo o seu objeto de estudo ao “estilo, as figuras de linguagem e a infâmia de vil persuasão que obscurece, engana e perturba a razão”²⁵. Nesse sentido, ensina Mosca²⁶ que, embora os estudos contemporâneos busquem estabelecer uma harmonia entre razão e paixões, a trajetória histórica das concepções das paixões (desde Platão e Aristóteles até Descartes, Kant e Freud), apresentada por Michel Meyer em sua obra “O filósofo e as paixões”, demonstra uma controvertida caminhada, na qual elas foram, por vezes, condenadas por seus efeitos e, por outras, enaltecidas pelas suas virtudes.

Na Antiguidade clássica, a emoção e a sua relevância estiveram no centro de diversos debates filosóficos, travados, sobretudo, entre Platão, Aristóteles e os sofistas²⁷. No período pré-aristotélico, em razão da expressiva relevância atribuída às emoções pelos sofistas, estes sofreram duras críticas por parte de Platão²⁸, o qual imputava uma conotação pejorativa à retórica, estabelecendo uma oposição entre esta e a filosofia, sob o argumento de que a retórica se revelava a mera manipulação do auditório²⁹.

²⁵ SCARPARO, Eduardo. Mas e a retórica? Sobre as Demonstrações e Argumentações. In: SCARPARO, Eduardo (org.). *Ensaio de Retórica Forense*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 20.

²⁶ MOSCA, Lineide Salvador. Paixões, emoções e afetividade na trilha do tempo: lugar no discurso. In: FIGUEIREDO, Maria Flávia; VIDAL, Geraldo Ramirez; FERREIRA, Luiz Antonio (org.). *Paixões aristotélicas*, v. 2. São Paulo: Foco: linguística do texto e do discurso, 2017, p. 23-24.

²⁷ MENEZES E SILVA, Christiani Margareth de. O papel das emoções na Retórica de Aristóteles. *AISTHE*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 6, 2010, p. 1-2.

²⁸ MENEZES E SILVA, Christiani Margareth de. O papel das emoções na Retórica de Aristóteles. *AISTHE*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 6, 2010, p. 2.

²⁹ MEYER, Michel. *A retórica*. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 19. Dessa rejeição de Platão aos sofistas, surge a noção de “sofisma” como um raciocínio falacioso e enganador, que “tem todos os indícios de verdade, salvo um, o que conta: é um erro” (p. 19).

No sentido contrário a essa tentativa de Platão de remoção das paixões, para quem tudo o que não é apodítico se relacionaria com a *doxa*, a opinião e a sensibilidade³⁰, Aristóteles teria tratado as emoções como uma espécie de meio legítimo a persuadir o ouvinte, analisando as suas diversas formas em igualdade de tratamento com os entimemas (a prova retórica por excelência)³¹. Assim, na filosofia aristotélica, além da referida pertinência das emoções na retórica (uma vez que um bom orador depende do domínio adequado das emoções³²), Aristóteles ensina, em *Ética* a Nicômaco, que um indivíduo verdadeiramente virtuoso deve possuir disposição emocional (isto é: sentir todas as emoções na circunstância correta, em relação às pessoas certas e voltadas aos fins devidos)³³.

De uma ótica diametralmente oposta, os filósofos da Escola Estoica postulavam que as emoções do homem comum geravam, em qualquer hipótese, a valoração errada da realidade, de tal forma que o sábio estoico (modelo de homem virtuoso) se caracterizaria por sua autossuficiência e infalibilidade, justamente em decorrência de sua racionalidade perfeita³⁴. Essa rigidez da ética estoica impactava também a construção de sua

³⁰ MOSCA, Lúcia Salvador. Paixões, emoções e afetividade na trilha do tempo: lugar no discurso. In: FIGUEIREDO, Maria Flávia; VIDAL, Geraldo Ramirez; FERREIRA, Luiz Antonio (org.). *Paixões aristotélicas*, v. 2. São Paulo: Foco: linguística do texto e do discurso, 2017, p. 17.

³¹ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). *Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise*, v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 153.

³² SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). *Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise*, v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 154.

³³ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). *Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise*, v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 154-155. O autor explica, ainda, que, na visão de Aristóteles, existiriam emoções que poderiam levar a ações apropriadas ou inapropriadas, a depender da circunstância e se sentidas corretamente ou não (como a raiva ou o medo), contudo haveria também as emoções, denominadas “perversas”, que, inevitavelmente, conduziriam o indivíduo a condutas indevidas (como a inveja).

³⁴ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). *Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise*, v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 156-157 e 162-163.

retórica, na medida em que o orador estoico não poderia pretender despertar em seu público emoções como a compaixão, a raiva ou o medo, mas, pelo contrário, deveria manter um discurso breve, formal, tranquilo e com a gramática impecável³⁵.

De acordo com Lacerda³⁶, a filosofia moderna, de um modo geral, incorporou os ensinamentos do estoicismo acerca do repúdio às paixões, tal como se pode verificar nas teorias construídas por Bacon, Locke e Descartes. Da mesma maneira, na Moderna Teoria da Argumentação, Santos³⁷ refere que, embora os seus fundadores não tenham se valido da filosofia estoica para formulação de suas teorias, o estudo acerca das emoções foi integralmente ignorado em suas obras, cujo objetivo central consistia em criar um modelo de densidade argumentativa em que as emoções não tivessem espaço.

A razão para isso, leciona o autor, reside sobre dois fatos. Por um lado, o trauma oriundo do recente emprego de discursos extremamente emotivos por parte dos governos autoritários para obter fins condenáveis (a propaganda nazista é o maior exemplo). E, de outro lado, em uma perspectiva teórica, um enorme obstáculo ao estudo argumentativo das emoções deixado pela teoria das “falácias”³⁸.

Especificamente quanto às falácias, em linhas gerais, Hamblin, um dos grandes pensadores a tratar do tema de modo sistemático, classificou as denominadas “falácias ad” em seis espécies: apelo à inveja

³⁵ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). *Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise*, v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 158-159.

³⁶ LACERDA, Tessa Moura. Leibniz e Espinosa: paixões na modernidade. In: ALVES, Marcos Antonio (org.). *Cognição, emoções e ação*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2019, p. 78.

³⁷ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). *Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise*, v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 151-152 e 156.

³⁸ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). *Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise*, v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 159-161.

(*argumentum ad invidiam*), ao medo (*ad metum*), ao ódio (*ad odium*), ao orgulho (*ad superbiam*), à compaixão (*ad misericordiam*) e às emoções em geral (*ad passiones*) - curiosamente, uma falácia para cada espécie de emoção da retórica. Nesse passo, os elementos emocionais no discurso passaram a ser compreendidos como erros de lógica na argumentação³⁹.

De modo similar, Micheli⁴⁰ assevera que, em sua maioria, os pensadores da MTA que adotam uma abordagem normativa conceituam os apelos emotivos como “substitutos ilegítimos” dos argumentos e o fazem com base em duas premissas questionáveis. A primeira seria de que a argumentação e o emprego de recursos afetivos são categorias absolutamente distintas e incompatíveis, de tal sorte que um apelo emotivo somente é empregado quando já se está fora da jurisdição do argumento. A segunda consistiria na presunção de que os recursos afetivos se revelam “premissas irrelevantes”, que podem levar a conclusões para as quais não deram adequado suporte⁴¹.

Ademais, a aludida cisão entre razão e emoção pode ser percebida também nas concepções empregadas ao direito e ao papel exercido pelo magistrado, porquanto a afetação emocional do juiz foi, historicamente, vista como um aspecto negativo e relacionado à ideia de falha⁴². Sob esse

³⁹ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). *Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise*, v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 161.

⁴⁰ “Normative approaches often take up a stance which sees emotional appeals as illegitimate substitutes for argument. These two terms need some explanation: why are emotional appeals deemed illegitimate and how exactly do they act as substitutes? According to several argumentation theorists, emotional appeals fail to meet what Trudy Govier calls the ‘relevance condition’ (1997, pp. 73–75): they neither count for nor against the claim which is in dispute and have no bearing on its acceptability.” (MICHELI, Raphaël. Emotions as Objects of Argumentative Constructions. *Argumentation*, v. 24, 2010, DOI: <https://doi.org/10.1007/s10503-008-9120-0>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10503-008-9120-0#citeas>. Acesso: 05.12.2020, p. 9).

⁴¹ MICHELI, Raphaël. Emotions as Objects of Argumentative Constructions. *Argumentation*, v. 24, 2010, DOI: <https://doi.org/10.1007/s10503-008-9120-0>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10503-008-9120-0#citeas>. Acesso: 05.12.2020, p. 9-10.

⁴² “In legal theory and popular opinion, the judge’s humanity has long been either ignored or regarded as a necessary evil, an unfortunate consequence of having to populate the legal system with fallible, biased, real people. Emotion traditionally has been counted among the primary sources of fallibility and bias” (MARONEY, Terry A. Judges and their emotions. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 64, n. 1, 2013, p. 11).

prisma, o direito estaria, inevitavelmente, associado à razão, assim como o modelo de magistrado ideal residiria na libertação de qualquer emoção (“dispassionate judging”)⁴³.

Nada obstante, a percepção do “juiz sem emoção” e a dicotomia entre os elementos racionais e emocionais passaram a perder espaço a partir do maior contato do direito com outras áreas do conhecimento, em especial a psicologia⁴⁴. Com efeito, Maroney⁴⁵ ensina que quatro são as principais contribuições da psicologia afetiva contemporânea nesse sentido: (i) a noção de que as emoções revelam as razões (o que o indivíduo está pensando), devido à denominada avaliação cognitiva que desencadeia o surgimento das emoções, o que permitiria avaliar tais pensamentos; (ii) a ideia de que as emoções motivam as ações do indivíduo na direção das razões; (iii) a descoberta de que as emoções viabilizam as razões, o que demonstra a interdependência entre a capacidade emocional e a racionalidade substantiva, sobretudo em áreas como a da razão prática; e, por fim, (iv) a conclusão de que não apenas a sua expressão externa, mas também as próprias emoções são alteráveis e educáveis por meio da mudança de pensamentos e objetivos do indivíduo.

Nesse mesmo sentido, Santos expõe que, até a década de 1960, em virtude da resistência por parte do behaviorismo e do positivismo lógico, o campo da psicologia também rejeitava o estudo das emoções. A mudança ocorreu a partir de pesquisas da psicologia cognitiva, realizadas nessa época, que passaram a demonstrar a dependência do surgimento de uma

⁴³ MARONEY, Terry A. Judges and their emotions. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 64, n. 1, 2013, p. 12-13. Ademais, a autora acrescenta que, em decorrência dessa busca incessante por juízes não afetos a emoções, acabamos por impor aos magistrados um objetivo inatingível (não sentir emoções), ao mesmo tempo em que não lhes apresentamos qualquer orientação de como podem realizar uma tarefa de carga psicológica tão elevada como a da magistratura (p. 17). Diante desse quadro, Maroney apresenta, em sua obra, um conjunto de estratégias de como os magistrados podem lidar com o peso emocional que presenciavam, de maneira a não ignorar o fato inexorável de que os juízes, enquanto seres humanos, inevitavelmente sentirão emoções no exercício de suas funções (p. 15-21).

⁴⁴ MARONEY, Terry A. Judges and their emotions. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 64, n. 1, 2013, p. 14.

⁴⁵ MARONEY, Terry A. Judges and their emotions. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 64, n. 1, 2013, p. 14-15.

emoção à avaliação operada pelo indivíduo sobre uma dada situação⁴⁶. Nesse contexto, a denominada Teoria da Avaliação concebe as emoções como um fenômeno não apenas fisiológico, mas também cognitivo⁴⁷.

Segundo tal teoria, então, para despertar uma emoção, é imprescindível que o evento-gatilho seja, *pessoalmente*, relevante para o indivíduo. A partir daí, a etapa seguinte do processo avaliativo diz respeito às opções que surgem ao sujeito. Em sendo uma situação remediável, a decisão pode estar pautada na escolha dentre as soluções disponíveis; já, em se tratando de problemas graves ou propriamente insolúveis, a alternativa viável pode vir a ser trabalhar as emoções sentidas, de modo a alterar a significação pessoal do evento, através de “uma reavaliação fundada em bases realísticas”⁴⁸.

Desse modo, a razão se faria presente em ambas as etapas do processo emotivo. No estágio de deflagração da emoção, esta depende de uma avaliação pelo sujeito de que a respectiva situação implica violação ou benefício a certos objetivos, valores ou crenças do indivíduo. De mesma maneira, no momento posterior ao surgimento da emoção (em que se dá o controle da resposta emocional), o indivíduo passa a avaliar como lidar com as tendências de ação que são produzidas pela emoção - o que dialoga inevitavelmente com a racionalidade⁴⁹. Nessa perspectiva, em repúdio à noção de que as decisões fundadas em emoções levariam a más escolhas

⁴⁶ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. *Retórica, teoria da argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso jurídico*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18787>. Acesso em: 04.12.2020. 93-94. O autor reporta que, nessa etapa do desenvolvimento da psicologia cognitiva, os estudiosos responsáveis passaram a se interessar pelos ensinamentos de Aristóteles sobre as emoções, principalmente em sua perspectiva cognitiva.

⁴⁷ MICHELLI, Raphaël. Emotions as Objects of Argumentative Constructions. *Argumentation*, v. 24, 2010, DOI: <https://doi.org/10.1007/s10503-008-9120-0>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10503-008-9120-0#citeas>. Acesso: 05.12.2020, p. 3.

⁴⁸ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. *Retórica, teoria da argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso jurídico*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Brasília, 2015, p. 95.

⁴⁹ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. *Retórica, teoria da argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso jurídico*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Brasília, 2015, p. 95-96.

enquanto as decisões boas seriam aquelas assentadas em razão pura, os psicólogos da Teoria da Avaliação demonstraram uma inafastável conexão entre razão e emoção⁵⁰.

Além dos avanços na psicologia, pode-se afirmar que os experimentos neurocientíficos de Damásio também contribuíram para a quebra de paradigma nos estudos da influência das emoções na tomada de decisão⁵¹. Até a sua obra “O erro de Descartes”, prevalecia na filosofia moderna a lógica de uma racionalidade pura (alheia às emoções e aos sentidos), acompanhada da teoria cartesiana do dualismo entre corpo e mente⁵².

Como um dos pilares de sua tese, Damásio demonstra o equívoco na teoria cartesiana dessa separação rígida, quando, em verdade, o que se tem é um organismo indissociável composto pelo cérebro humano e pelo resto do corpo, que transmitem, incessantemente, sinais entre si através da corrente sanguínea e de nervos motores sensoriais e periféricos⁵³. Afora isso, é pressuposto da teoria damasiana a interação e a afetação desse organismo pelo ambiente físico-social em que ele se insere, de tal forma que o conceito de mente decorre, justamente, da interação entre o organismo (cérebro-corpo) e o ambiente que o circunda (o social)⁵⁴.

Com efeito, Damásio apresenta os estudos realizados com dois indivíduos, Phineas Gage e Elliot, que sofreram danos irreparáveis nas regiões do córtex pré-frontal e que, a partir de então, passaram a apresentar severas dificuldades na tomada de decisões (pessoais e sociais)

⁵⁰ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. *Retórica, teoria da argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso jurídico*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Brasília, 2015, p. 96.

⁵¹ SIMÓN, Vicente M. La participación emocional en la toma de decisiones. *Psicothema*, v. 9, n. 2, 1997.

⁵² LIMA Francisco Jozivan Guedes de. A relevância das emoções nos processos decisórios e o mito da racionalidade pura a partir da neurociência de Antônio Damásio. *Intuitio*, v. 7, n. 2, nov. 2014, p. 18.

⁵³ LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. A relevância das emoções nos processos decisórios e o mito da racionalidade pura a partir da neurociência de Antônio Damásio. *Intuitio*, v. 7, n. 2, nov. 2014, p. 3-4 e 18.

⁵⁴ LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. A relevância das emoções nos processos decisórios e o mito da racionalidade pura a partir da neurociência de Antônio Damásio. *Intuitio*, v. 7, n. 2, nov. 2014, p. 5-6.

consideradas como razoáveis⁵⁵. Nos exames feitos com Elliot, concluía-se que era um homem, inclusive, com intelecto acima da média, mas, no que concernia às emoções, tratava-se de uma pessoa “neutra”. Isso porque, ao ser submetido a inúmeros representações visuais de profunda carga emocional, o paciente, apesar de conseguir *identificar* que eram, de fato, imagens fortes, não *se afetava* emocionalmente por nenhuma⁵⁶.

Desse modo, Damásio diagnosticava o estado de Elliot como “saber, mas não sentir” e sustentava, a partir de sua teoria, que o ato de “decidir” não consistia, tão somente, em “saber” ou “julgar”, mas dizia respeito, principalmente, a “sentir”⁵⁷. Em seus estudos, o neurocientista expõe que o déficit no processo emocional dos indivíduos acometidos com lesões pré-frontais é relativo às emoções secundárias, haja vista que o sistema límbico se mantém intacto e, por esse motivo, os indivíduos sabem, racionalmente, a carga emocional das imagens apresentadas, mas são incapazes de exprimir a emoção que um indivíduo sem as referidas lesões exprime⁵⁸.

A partir da noção de marcadores-somáticos (que seriam registros emocionais que o corpo realiza de nossas experiências e que interferem em

⁵⁵ LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. A relevância das emoções nos processos decisórios e o mito da racionalidade pura a partir da neurociência de Antônio Damásio. *Intuitio*, v. 7, n. 2, nov. 2014, p. 9-11.

⁵⁶ LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. A relevância das emoções nos processos decisórios e o mito da racionalidade pura a partir da neurociência de Antônio Damásio. *Intuitio*, v. 7, n. 2, nov. 2014, p. 11-12. “Damásio chamou de matriz de Phineas Gage: ‘depois de sofrer a lesão dos córtices frontais, sua capacidade para escolher o curso de ação mais vantajoso foi perdida; apesar de ter conservado capacidades intelectuais inatas, as emoções e os sentimentos estavam comprometidos” (p. 12).

⁵⁷ LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. A relevância das emoções nos processos decisórios e o mito da racionalidade pura a partir da neurociência de Antônio Damásio. *Intuitio*, v. 7, n. 2, nov. 2014, p. 9 e 12. Nessa mesma linha de raciocínio, o autor ainda acrescenta: “são questionáveis, portanto, todas as correntes de pensamento científico e filosófico que excluem as emoções e os sentimentos do tratamento dos sistemas cognitivos e, equivocadamente, buscam justificar suas teorias a partir do postulado da razão pura” (p. 9).

⁵⁸ LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. A relevância das emoções nos processos decisórios e o mito da racionalidade pura a partir da neurociência de Antônio Damásio. *Intuitio*, v. 7, n. 2, nov. 2014, p. 14. O autor explica que Damásio apresentou uma distinção entre o que denominava de emoções primárias e emoções secundárias: as primeiras (como o medo, o choro e a alegria) consistiriam em emoções inatas e inerentes a todos os animais e estariam associadas ao sistema límbico, enquanto as secundárias decorreriam tanto das primárias quanto da interação com o ambiente externo e teriam relação com o córtex cerebral e com a capacidade de sentir os estados emocionais. Em outras palavras, as emoções secundárias corresponderiam ao modo como as emoções primárias são acolhidas e ressignificadas (p. 12-15).

nossas tomadas de decisão), Damásio reafirma a sua tese de que o ato de decidir do ser humano não deriva de uma racionalidade pura, porquanto, no início do processo de raciocínio, a mente não se apresenta vazia, mas, pelo contrário, já está preenchida com vasto repertório de imagens⁵⁹. Os traumas cerebrais de Phineas Gage e Elliot ocasionaram o desaparecimento dos referidos marcadores-somáticos. O impacto em seu comportamento e tomada de decisões decorre do fato de que os marcadores-somáticos se tratam da primeira etapa fundamental do processo decisório e estão relacionadas à previsão das consequências das ações do indivíduo⁶⁰.

Segundo a teoria dos marcadores-somáticos, ao nos depararmos com uma situação em que devemos tomar uma decisão, a região do córtex frontal do nosso cérebro é capaz de criar certas representações de distintos cenários para cada decisão possível⁶¹. Ainda, tais representações cerebrais, além de conterem os elementos puramente descritivos da situação, geram a antecipação da reação emocional que nós teríamos diante de cada circunstância⁶². Como consequência desse curto “exercício” emocional, o cérebro consegue descartar, com bastante rapidez, as hipóteses de tomadas de decisões que levariam às situações mais indesejáveis, propiciando decidir pelo contexto que acredita que será mais positivo⁶³.

Nesse sentido, Simón assinala que as recentes contribuições científicas implicaram a mudança do paradigma construído pelo

⁵⁹ LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. A relevância das emoções nos processos decisórios e o mito da racionalidade pura a partir da neurociência de António Damásio. *Intuição*, v. 7, n. 2, nov. 2014, p. 15-16.

⁶⁰ LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. A relevância das emoções nos processos decisórios e o mito da racionalidade pura a partir da neurociência de António Damásio. *Intuição*, v. 7, n. 2, nov. 2014, p. 17.

⁶¹ SIMÓN, Vicente M. La participación emocional en la toma de decisiones. *Psicothema*, v. 9, n. 2, 1997, p. 374.

⁶² SIMÓN, Vicente M. La participación emocional en la toma de decisiones. *Psicothema*, v. 9, n. 2, 1997, p. 374.

⁶³ “El resultado de este ‘marcaje’ le permite al cerebro descartar con gran rapidez las posibilidades de actuación que han sido, por así decirlo, ‘calificadas’ con mala nota en ese breve examen emocional. Y, por

el contrario, en el caso de las posibilidades marcadas positivamente, le abre el camino a preseleccionarlas para darles preferencia como candidatas a la elección final. El procedimiento permite una velocidad de procesamiento con la que los cálculos meramente racionales no pueden competir” (SIMÓN, Vicente M. La participación emocional en la toma de decisiones. *Psicothema*, v. 9, n. 2, 1997, p. 375).

pensamento racionalista acerca da relação entre a tomada de decisão e o fenômeno emocional, de modo que as emoções, além de não serem um obstáculo a uma adequada tomada decisória, revelam-se como um requisito imprescindível nesse processo⁶⁴. Frente a isso, desmorona, como um mito, a ideia de uma racionalidade pura⁶⁵.

Diante de todo esse quadro, Mosca ilustra, com precisão, a relação entre os elementos afetivos e o discurso proferido pelo indivíduo:

“Torna-se, pois, impossível não considerar a presença dos componentes emotivos em geral, por sua afetividade, e dos elementos passionais que permeiam toda atividade humana e, portanto, que se vêm instalados no interior do próprio discurso e das atividades dele decorrentes”⁶⁶.

Em suma, a partir dos estudos contemporâneos da neurociência e da psicologia, parece não haver como estabelecer uma dissociação entre o campo da razão e o domínio da emoção, abandonando-se, por conseguinte, o mito da racionalidade pura, que se manteve tão presente ao longo da história. Diante de tais premissas, não se pode ignorar que, em alguma medida, o fenômeno emocional influencia, inevitavelmente, na tomada de decisões e no processo cognitivo do indivíduo, motivo pelo qual o estudo das emoções no discurso se revela assunto imprescindível para uma devida teoria da argumentação jurídica.

⁶⁴ SIMÓN, Vicente M. La participación emocional en la toma de decisiones. *Psicothema*, v. 9, n. 2, 1997, p. 375.

⁶⁵ LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. A relevância das emoções nos processos decisórios e o mito da racionalidade pura a partir da neurociência de Antônio Damásio. *Intuitio*, v. 7, n. 2, nov. 2014, p. 20.

⁶⁶ MOSCA, Lineide Salvador. Paixões, emoções e afetividade na trilha do tempo: lugar no discurso. In: FIGUEIREDO, Maria Flávia; VIDAL, Geraldo Ramirez; FERREIRA, Luiz Antonio (org.). *Paixões aristotélicas*, v. 2. São Paulo: Foco: linguística do texto e do discurso, 2017, p. 27.

4. Para além da presunção como falácia: em busca de tratamentos possíveis às emoções no discurso

Não se ignora que o uso de argumentos emotivos e o efeito das paixões podem, em determinadas circunstâncias, levar o auditório (a exemplo do magistrado) à perda de sua imparcialidade ou à ausência de ponderação de outros pontos de vista relevantes ao debate, culminado, por vezes, em dogmatismos e preconceitos, sobretudo quando se trata de temas polêmicos, em que facilmente nos encontramos apaixonados⁶⁷. No entanto, tal fato não anula a relevância que exprime o estudo dos afetos na retórica e na teoria da argumentação. Em verdade, a conclusão vai justamente na direção oposta: buscar ignorar a existência e a validade de tal espécie de ferramenta retórica não faz com que ela desapareça da prática discursiva, apenas impede que nos beneficiemos de seus aspectos positivos e que evitemos os seus efeitos negativos⁶⁸.

Conforme refere Gilbert⁶⁹, uma vez que se tratam de questões inerentes à comunicação humana, as emoções, por via de consequência, são inevitavelmente parte da argumentação humana. Além de inevitáveis, as emoções e as paixões, em termos retóricos, exercem um papel de grande relevância na persuasão do auditório, em vários exemplos da

⁶⁷ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). *Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise*, v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 165.

⁶⁸ Maroney (Judges and their emotions. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 64, n. 1, 2013, p. 21-24), tomando como exemplo a raiva, assevera que tal emoção (à qual os magistrados estão fortemente suscetíveis), quando despertada no julgador, pode colocar em risco a prolação de decisões neutras, cuidadosas e proporcionais. Justamente por tal razão, preconiza a autora que o juiz ignorar ou tentar suprimir a raiva não é a melhor solução, mas, sim, deve ele se utilizar de técnicas para o controle e administração da emoção.

⁶⁹ GILBERT, Michael. Emoción, argumentación y lógica informal. *Versión*, v. 24, 2010. Disponível em: <https://versionojs.xoc.uam.mx/index.php/version/article/view/377>. Acesso em: 24.11.2020, p. 100.

prática forense⁷⁰, notadamente quando se considera o seu efeito sobre as suas faculdades cognitivas⁷¹, conforme já mencionado anteriormente.

A esse respeito, Forza, Menegon e Rumiati, em sua obra “Il giudice emotivo”, argumentam que as emoções exercem papel tão fundamental nas tomadas de decisões que acabam condicionando, antecipadamente, nosso raciocínio lógico. Explicam os autores que, ao lermos certas expressões em um texto, somos acometidos, automaticamente, com determinadas sensações: por exemplo, a expressão “câncer de pulmão” gera um sentimento de terror, ao passo que “amor de mãe” atrai uma sensação de bem-estar. Aqui, insere-se a noção de *heurística afetiva*, na qual o indivíduo julga ou decide baseado no rótulo afetivo relacionado ao sentimento de dado estímulo⁷².

Em outra passagem da obra, os autores exploram a maior eficácia exercida por imagens sobre os indivíduos em comparação a dados numéricos. Para tanto, apresentam um estudo empírico, realizado por Slovic, Small e Loewenstein, que tinha como objetivo convencer um grupo de pessoas a doar recursos financeiros à organização mundial “Save the children” para o combate à fome no Malawi. No experimento, os participantes foram divididos em dois grupos, sendo que ao primeiro foi apresentado uma fotografia de uma criança desnutrida do país, enquanto ao segundo foram exibidos dados do impactante número de crianças em situação de fome no país em comparação ao restante do continente. O

⁷⁰ “Em casos criminais de grande comoção social, verifica-se reiteradamente tratamentos diferenciados com a causa. Sentimentos de repulsa ou compaixão provocados em tribunais do júri ou magistrados, por exemplo, são bastante significativos para a condenação ou, até mesmo, para o cálculo da pena. Vale o mesmo para indenizações cíveis” (SCARPARO, Eduardo. Mas e a retórica? Sobre as Demonstrações e Argumentações. In: SCARPARO, Eduardo (org.). *Ensaio de Retórica Forense*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 50).

⁷¹ MICHELI, Raphaël. Emotions as Objects of Argumentative Constructions. *Argumentation*, v. 24, 2010, DOI: <https://doi.org/10.1007/s10503-008-9120-0>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10503-008-9120-0#citeas>. Acesso: 05.12.2020, p. 6-7.

⁷² FORZA, Antonio; MENEGON, Giulia; RUMIATI, Rino. *Il giudice emotivo: la decisione tra ragione ed emozione*. Bologna: Il Mulino, 2017, p. 71.

resultado do estudo foi de que as doações oriundas do primeiro grupo perfizeram mais que o dobro das doações feitas pelo segundo grupo, e a razão para isso, concluem os autores, consiste no fato de que as estatísticas não despertam nossas emoções morais, diferentemente do que ocorre com imagens visuais⁷³.

Ademais, conforme salienta Maroney, é necessário abandonar a ideia de que toda e qualquer afetação emocional exerce uma influência negativa no indivíduo⁷⁴. Ninguém diria que é errado sentir raiva diante de uma situação de injustiça, como no caso de maus tratos a uma criança ou de violência doméstica. Em verdade, a própria eleição de bens jurídicos tutelados pelo ordenamento possui uma íntima ligação com as emoções: os elementos afetivos decorrem da valoração que atribuímos a determinadas coisas (visto que amamos nossos parentes, sentimos medo de que sofram alguma espécie de dano, como a morte ou a lesão corporal) e, por esse motivo, criamos um sistema jurídico complexo para combater tais lesões, através de tipos penais, indenizações pelos danos e outros institutos⁷⁵. Além disso, o nosso ordenamento jurídico *depende* de que continuemos sentindo, durante certo tempo, a raiva deflagrada pelo dano, a fim de que essa emoção impulsione o indivíduo a acionar o Judiciário⁷⁶.

No estudo da legitimidade dos argumentos emotivos no discurso (dentro da abordagem normativa da MTA), têm expressivo impacto os ensinamentos prestados por Douglas Walton, o qual sustenta que é preciso

⁷³ FORZA, Antonio; MENEGON, Giulia; RUMIATI, Rino. *Il giudice emotivo: la decisione tra ragione ed emozione*. Bologna: Il Mulino, 2017, p. 72.

⁷⁴ MARONEY, Terry A. Judges and their emotions. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 64, n. 1, 2013, p. 14.

⁷⁵ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). *Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise*, v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 168-171. Diante dessas premissas, salienta o autor que “o direito, assim, é uma fina técnica de seleção emotiva. [...] Um modelo apático [como aquele defendido pelos filósofos estoicos], pelo menos no sistema de valores em que vivemos, não seria adequado para explicar o funcionamento do nosso direito” (p. 171).

⁷⁶ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). *Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise*, v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 171.

pôr fim à abordagem tradicional que concebe, automaticamente, os apelos à emoção (a exemplo do apelo à compaixão) como falaciosos⁷⁷. Isso porque, em certos casos e dentro do seu devido *contexto*, podem ser considerados como espécies razoáveis de argumentação⁷⁸.

Nessa perspectiva, não estando o potencial falacioso na essência dos apelos emotivos, mas, sim, na inadequação de seu emprego contextualizado, o seu uso poderia ser avaliado como devido ou falacioso quando se adequasse ou não à finalidade do diálogo em questão⁷⁹. Assim, a validade do argumento deve ser analisada sempre com base no respectivo “modelo normativo do diálogo”, posto que cada modelo reserva seus próprios objetivos⁸⁰. Ben-Ze’Ev, fazendo referência à lição de Walton, sustenta que a legitimidade e relevância dos apelos emotivos na argumentação se revelam, efetivamente, nos casos em que o conhecimento existente não é suficiente para, de fato, “inclinam a balança para um lado”⁸¹.

Nas palavras do autor, reconhecer o valor funcional das emoções não significa dizer que a sua influência será sempre benéfica, porém as situações em que as respostas emocionais trazem prejuízos não retiram a

⁷⁷ No que concerne ao tratamento dado às falácias pela teoria da argumentação, vale menção à explanação de Santos que sintetiza, de forma clara, a questão: “[...] uma teoria da argumentação precisa necessariamente oferecer critérios e normas para avaliar quando argumentações são ou não razoáveis. Desse modo, diz-se que as falácias são ardis contaminantes da argumentação, que, caso passem despercebidas, deturpam completamente a racionalidade do discurso. Em outras palavras, são perigosas camuflagens que necessitam ser identificadas na argumentação” (SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. *Retórica, teoria da argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso jurídico*. 2015. Dissertação [Mestrado em Direito]. Universidade de Brasília. Brasília, 2015, p. 68).

⁷⁸ WALTON, Douglas. Appeal to pity: A case study of the argumentum ad misericordiam. *Argumentation*, v. 9, 1995, DOI: <https://doi.org/10.1007/BF00744757>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s1007%2FBF00744757>. Acesso em: 01.12.2020, p. 770.

⁷⁹ MICHELI, Raphaël. Emotions as Objects of Argumentative Constructions. *Argumentation*, v. 24, 2010, DOI: <https://doi.org/10.1007/s10503-008-9120-0>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10503-008-9120-0#citeas>. Acesso: 05.12.2020, p. 10-12.

⁸⁰ MICHELI, Raphaël. Emotions as Objects of Argumentative Constructions. *Argumentation*, v. 24, 2010, DOI: <https://doi.org/10.1007/s10503-008-9120-0>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10503-008-9120-0#citeas>. Acesso: 05.12.2020, p. 10-12.

⁸¹ BEN-ZE’EV, Aaron. Emotions and argumentation. *Informal logic*, v. 17, n. 2, 1995. Disponível em: https://ojs.uwindsor.ca/index.php/informal_logic/article/view/2407. Acesso em: 03.12.2020, p. 4.

sua relevância⁸². Tanto o sistema emocional quanto o sistema intelectual dos indivíduos guardam enorme importância nas argumentações cotidianas, cada qual com as suas próprias funções e se apresentando mais adequado a depender da situação posta⁸³.

Nada obstante, Walton adverte que os apelos emotivos tendem a ser, essencialmente, fracos e camuflar eventual fragilidade da sustentação de um argumento. De mesmo modo, seduzidos pelos interesses e emoções pessoais, podemos incorrer no erro de ignorar os argumentos mais fortes e as perguntas corretas⁸⁴. Porém, afirma que é fraca e inaplicável a diversos argumentos do dia a dia uma teoria da argumentação que presuma que qualquer conclusão baseada no apelo emotivo é necessariamente falaciosa ou que previamente expulse as emoções de seu estudo⁸⁵.

A título exemplificativo, Walton refere que o apelo à compaixão (*ad misericordiam, appeal to pity*) pode ser concebido em outras três categorias além das posições extremas “razoável” e “falacioso”: (i) fraco, porém não falacioso; (ii) irrelevante e (iii) sem informação suficiente⁸⁶. A respeito da sua receptividade como um argumento legítimo pela doutrina, o autor argumenta que o *argumentum ad misericordiam* enfrenta

⁸² BEN-ZE'EV, Aaron. Emotions and argumentation. *Informal logic*. v. 17, n. 2, 1995. Disponível em: https://ojs.uwindsor.ca/index.php/informal_logic/article/view/2407. Acesso em: 03.12.2020, p. 8. Para o autor, as emoções correspondem, em dadas circunstâncias, à parte da argumentação, hipótese em que são utilizadas para influenciar o auditório. Contudo, em outras, constituem propriamente em uma forma de argumentação (embora atípica), porquanto apresentam os três componentes do conceito de argumentação para o autor: posições incompatíveis dos indivíduos, contexto comunicativo e fundamentação da posição. Ressalva, no entanto, que o tipo de argumentação das emoções é distinto das argumentações ditas “intelectuais” (p. 1-4).

⁸³ BEN-ZE'EV, Aaron. Emotions and argumentation. *Informal logic*. v. 17, n. 2, 1995. Disponível em: https://ojs.uwindsor.ca/index.php/informal_logic/article/view/2407. Acesso em: 03.12.2020, p. 10.

⁸⁴ WALTON, Douglas N. *Lógica informal: manual de argumentação crítica*. Tradução: Ana Lúcia R. Franco, Carlos A. L. Salum. Revisão da tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 115.

⁸⁵ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). *Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise*, v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 163-164.

⁸⁶ WALTON, Douglas. Appeal to pity: A case study of the argumentum ad misericordiam. *Argumentation*, v. 9, 1995, DOI: <https://doi.org/10.1007/BF00744757>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007%2FBF00744757>. Acesso em: 01.12.2020, p. 770.

dificuldades em vista de sua tradicional tradução (“*appel to pity*”) representar uma conotação negativa para a maior parte das pessoas, por remeter ao sentimento de pena em relação a alguém em uma situação ruim⁸⁷.

Todavia, é possível se deparar constantemente com empregos falaciosos do mencionado apelo emotivo. Com efeito, de acordo com Walton, o argumento se transmuta em falácia quando é empregado com a finalidade de desviar a atenção da insuficiência probatória a embasar a conclusão, de modo que consistiria, nesse caso, tão somente em uma variante da falácia *ignoratio elenchi*⁸⁸.

Em contrapartida, em outras hipóteses, o apelo se apresenta adequado e justificado, como em um caso citado pelo autor, semelhante ao da campanha de arrecadação para combate à fome no Malawi referido acima, no qual utilizou, além de alguns dados acerca da mortalidade em razão da fome na Etiópia, uma grande imagem de uma criança coberta em lágrimas e sentada em uma manta suja e rasgada⁸⁹. Nesse caso, na visão do autor, não há falar em falácia, na medida em que várias são as provas da existência da fome no aludido país, bem como de que uma imensidão de pessoas padece dessa causa. Nesse prisma, “a piedade é uma reação humana legítima e racional, podendo até ser base sólida e inteligente para a ação”⁹⁰.

⁸⁷ WALTON, Douglas. Appeal to pity: A case study of the argumentum ad misericordiam. *Argumentation*, v. 9, 1995. DOI: <https://doi.org/10.1007/BF00744757>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007%2F00744757>. Acesso em: 01.12.2020, p. 769.

⁸⁸ WALTON, Douglas N. *Lógica informal: manual de argumentação crítica*. Tradução: Ana Lúcia R. Franco, Carlos A. L. Salum. Revisão da tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 140.

⁸⁹ WALTON, Douglas N. *Lógica informal: manual de argumentação crítica*. Tradução: Ana Lúcia R. Franco, Carlos A. L. Salum. Revisão da tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 143-146.

⁹⁰ WALTON, Douglas N. *Lógica informal: manual de argumentação crítica*. Tradução: Ana Lúcia R. Franco, Carlos A. L. Salum. Revisão da tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 145.

A respeito de tal espécie de argumento emotivo, Santos⁹¹ refere que, tradicionalmente, entende-se que a análise de sua legitimidade dependeria da aferição de qual espécie de caso se está analisando: o apelo à compaixão seria empregado de modo falacioso caso o problema dissesse respeito à matéria factual, ao passo que seria legítimo quando envolvesse sentimentos. Entretanto, o autor salienta que Walton contesta tal tese com veemência, sob o fundamento de que os fatos e os sentimentos não se apresentam, normalmente, como coisas tão distintas.

Nesse mesmo sentido, preconiza Gilbert⁹² que os conceitos de fatos, emoções, sentimentos, objetivos e valores, na prática, geralmente se afiguram tão combinados e tão interligados que é impossível estabelecer uma separação entre eles. Justamente por esse motivo, entende que o papel (legítimo) inerente às emoções na argumentação não se apresenta tão distante daquele relativo aos argumentos lógicos.

Assevera o autor que aceitar a importância do papel exercido pelas emoções no discurso não é negar que existam usos falaciosos de argumentos emotivos⁹³. Assim como se pode enumerar regras relativas aos argumentos lógicos, é possível, com toda certeza, estabelecer regras referentes aos argumentos emocionais⁹⁴. Para Gilbert, o argumento emotivo pode ser avaliado pelos mesmos três critérios típicos da lógica formal aplicáveis ao argumento lógico: aceitabilidade, relevância e

⁹¹ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. *Retórica, teoria da argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso jurídico*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Brasília, 2015, p. 77.

⁹² GILBERT, Michael. Emoción, argumentación y lógica informal. *Versión*, v. 24, 2010. Disponível em: <https://versionojs.xoc.uam.mx/index.php/version/article/view/377>. Acesso em: 02.12.2020, p. 119-120.

⁹³ “La intimidación emocional es, por ejemplo, incorrecta no porque sea emocional, sino porque la intimidación en un argumento es a menudo incorrecto, es decir, un *argumentum ad baculum* puede ser una falacia si está basado en amenazas lógicas o emocionales” (GILBERT, Michael. Emoción, argumentación y lógica informal. *Versión*, v. 24, 2010. Disponível em: <https://versionojs.xoc.uam.mx/index.php/version/article/view/377>. Acesso em: 02.12.2020, p. 119.

⁹⁴ GILBERT, Michael. Emoción, argumentación y lógica informal. *Versión*, v. 24, 2010. Disponível em: <https://versionojs.xoc.uam.mx/index.php/version/article/view/377>. Acesso em: 02.12.2020, p. 119. A título exemplificativo, o autor menciona que se encontram dentre tais regras a veracidade, o não exagero e a consideração de alternativas.

suficiência⁹⁵. Tal qual ocorre com os argumentos lógicos, os emotivos podem ser considerados falaciosos ou legítimos a partir de uma avaliação contextualizada. Contudo, rejeitar a função legítima desempenhada pelas emoções na argumentação consiste em um grave equívoco, de mesmo modo que “ignorar la emoción o desecharla puede ser tan argumentativamente engañoso como su uso excesivo”⁹⁶.

Por fim, importa salientar que, para além da abordagem normativa, os apelos emotivos empregados em um discurso podem ser analisados por meio de uma perspectiva descritiva⁹⁷. A esse respeito, Micheli sustenta que, embora se revele bastante rebuscada e coerente, a teoria de Walton detém sua atenção apenas sobre os *efeitos* que os apelos emotivos podem despertar no processo argumentativo, mas pouco se preocupa com a própria *dimensão argumentativa* intrínseca aos apelos à emoção (aspecto inerente a uma abordagem menos normativa e mais descritiva)⁹⁸.

Nesse passo, o autor argumenta que a abordagem normativa gira em torno da concepção “tradicional” do pathos e compreende as emoções como elementos unicamente complementares e coadjuvantes da argumentação, posto que o orador se vale de apelos emotivos com vistas a garantir uma máxima persuasão de seus argumentos. Nesse contexto, o

⁹⁵ Para a análise completa do autor, conferir: GILBERT, Michael. Emoción, argumentación y lógica informal. *Versión*, v. 24, 2010. Disponível em: <https://versionojs.xoc.uam.mx/index.php/version/article/view/377>. Acesso em: 02.12.2020.

⁹⁶ GILBERT, Michael. Emoción, argumentación y lógica informal. *Versión*, v. 24, 2010. Disponível em: <https://versionojs.xoc.uam.mx/index.php/version/article/view/377>. Acesso em: 02.12.2020, p. 119.

⁹⁷ Micheli assinala que a análise da argumentação no discurso pode se dar por uma abordagem normativa ou uma abordagem descritiva. Enquanto a primeira consiste na avaliação do mérito dos argumentos empregados, buscando critérios para classificá-los como razoáveis ou falaciosos, a perspectiva descritiva ignora juízos acerca da razoabilidade dos argumentos, voltando-a unicamente a descrever as funcionalidades dos argumentos (MICHELLI, Raphaël. Emotions as Objects of Argumentative Constructions. *Argumentation*, v. 24, 2010, DOI: <https://doi.org/10.1007/s10503-008-9120-0>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10503-008-9120-0#citeas>, p. 1-2). Esta última abordagem, segundo o autor, está associada à noção de inseparabilidade entre razão e emoção e, comumente, adotada dentro da linguística e dos estudos da análise dos discursos (p. 2).

⁹⁸ MICHELLI, Raphaël. Emotions as Objects of Argumentative Constructions. *Argumentation*, v. 24, 2010, DOI: <https://doi.org/10.1007/s10503-008-9120-0>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10503-008-9120-0#citeas>. Acesso: 05.12.2020, p. 12.

autor propõe o conceito de “construção argumentativa das emoções”, o qual associa uma concepção “alternativa” do pathos à sua acepção tradicional. Como base de sua tese, conforme já aludido no primeiro ponto deste artigo, Micheli sustenta que a definição aristotélica do pathos guarda um segundo aspecto cognitivo, que se refere às avaliações feitas pelo sujeito em relação à dada situação com base em julgamentos e crenças a seu respeito, processo esse que dá origem às emoções.

Desse modo, é possível conceber as emoções não mais como complementos, mas como o próprio *objeto* da argumentação. Em determinados diálogos, os debatedores expõem as razões pelas quais eles sentem (ou deixam de sentir) certa emoção e os motivos por que tal emoção deve (ou não deve) ser sentida. Sob essa ótica, os debatedores, efetivamente, apresentam uma construção argumentativa de suas emoções⁹⁹.

Diante de tais premissas, pode-se concluir que se caminha (ainda que a passos lentos) para superar a lógica de que toda afetação emocional implicará consequências negativas ao sujeito. Afinal, as emoções podem ser necessárias a impulsionar o indivíduo a agir, haja vista a sua manifesta influência no processo decisório e nos julgamentos do auditório. Nesse sentido, para além da tradicional abordagem que pressupõe os apelos emotivos como falaciosos, as emoções podem ser analisadas em um discurso tanto em uma perspectiva normativa, como apresentada por Walton e Gilbert, quanto em uma abordagem descritiva, tal qual elabora Micheli.

Além disso, com base nas conclusões obtidas ao longo do presente estudo, é possível afirmar que, em qualquer das abordagens de análise, para um estudo adequado das emoções na argumentação, verifica-se imprescindível a adoção de saberes de outros campos do conhecimento,

⁹⁹ MICHELI, Raphaël. Emotions as Objects of Argumentative Constructions. *Argumentation*, v. 24, 2010, DOI: <https://doi.org/10.1007/s10503-008-9120-0>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10503-008-9120-0#citeas>. Acesso: 05.12.2020, p. 12-13.

nomeadamente a psicologia e a neurociência. Caso contrário, o resultado corresponderia a um “artefato teórico artificial” acerca dos processos de tomada de decisão e de argumentação dos indivíduos¹⁰⁰.

Considerações finais

O presente estudo se propôs a analisar o tratamento dado às emoções nos discursos, com a finalidade central de investigar a existência de um lugar dentro da argumentação que não àquele relegado às falácias. Assim, inicialmente, buscou-se conceituar o que seria o fenômeno complexo das emoções, a partir das acepções retóricas do pathos. Dessa investigação, denotou-se que, já em Aristóteles, é possível conceber o pathos em uma correlação estrita com o processo de cognição do indivíduo. Isso porque, por um lado, influencia no conhecimento acerca dos fatos apresentados, e, por outro, o seu surgimento pressupõe uma cognição e avaliação do indivíduo em relação a dado objeto intencional com base em julgamentos e valores que realiza acerca dele (os dois aspectos cognitivos, segundo Micheli).

Além disso, Ben-Ze'Ev apresenta uma sistematização das emoções que confere duas dimensões ao fenômeno, que reafirmam a complexidade do processo e a sua inerente correlação entre o sujeito (sua perspectiva cognitiva, avaliativa, motivacional e sentimental) e o objeto (evento desencadeador da emoção). Nesse prisma, pode-se estabelecer uma relação entre essas concepções das emoções e aquelas postuladas pela psicologia cognitiva.

Posteriormente, pretendeu-se apresentar a tentativa histórica de cindir as funções racionais das emoções do sujeito, de tal forma que pudesse atingir uma “racionalidade pura”, apta a assegurar a tomada de

¹⁰⁰ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. *Retórica, teoria da argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso jurídico*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Brasília, 2015, p. 142.

decisões insuscetíveis ao erro. Como se pôde observar, tal tentativa de cisão pode ser percebida em diversas áreas do conhecimento: na filosofia cartesiana, no ramo do direito com os “dispassionate judging” e na Moderna Teoria da Argumentação com a imputação automática do rótulo de falácia aos apelos emotivos.

Nada obstante, os mitos da racionalidade pura e da dicotomia razão-emoção foram sendo desconstruídos pelos avanços em distintos campos de conhecimento, em especial na neurociência e na psicologia. De um lado, os estudos de Damásio demonstraram que não haveria como separar o processo decisório dos seres humanos de seu componente afetivo, porquanto a tomada de decisão se inicia na região do córtex frontal do cérebro, no qual se localizam os denominados marcadores-somáticos (registros emocionais decorrentes de nossas experiências ao longo da vida). Os novos estudos nessas áreas alteraram a perspectiva construída até então pelo pensamento racionalista, demonstrando que, além de as emoções não inviabilizarem uma adequada tomada de decisão, afiguram-se, em verdade, componentes essenciais nesse processo.

Nesse contexto, haja vista que não se pode dissociar o campo da razão e o domínio da emoção dos indivíduos, não há como se estabelecer uma teoria da argumentação jurídica que ignore a sua presença no discurso. Ademais, pode-se sustentar que as emoções não são elementos meramente decorativos nesse campo, posto que exercem forte influência na persuasão do auditório em direção à tese do orador ou no impulsionamento a agir, em especial considerando a sua influência sobre as faculdades cognitivas dos indivíduos.

Por último, como ponto central do estudo, foi proposto investigar se seria possível conferir legitimidade a determinados apelos emotivos no discurso, para além do tratamento conferido a tais argumentos pela Moderna Teoria da Argumentação. Buscou-se, então, apresentar algumas

formas de análise dos argumentos emotivos que não os conceituasse, de antemão, como falaciosos.

Nesse sentido, em uma abordagem normativa, pode-se mencionar os estudos de Walton e de Gilbert, os quais sustentam que, apesar do uso dos apelos emotivos poder se caracterizar como falacioso em diversos casos, essa constatação somente pode se dar em uma análise contextualizada, porquanto há circunstâncias em que podem se apresentar como argumentos legítimos – assim como ocorre com os argumentos lógicos. Já, em uma perspectiva descritiva, Micheli propõe uma nova abordagem em que as emoções são tratadas como o próprio objeto da argumentação e não mais como um complemento, considerando que os debatedores discutem acerca da legitimidade de uma emoção sentida.

De todo modo, pode-se inferir que, dada a complexidade do fenômeno emocional, releva-se imprescindível a convergência de saberes de outras áreas do conhecimento com vistas a produzir um tratamento adequado ao tema das emoções na argumentação e na retórica. Além do mais, considerando que é impossível dissociar os processos racional e emocional do indivíduo, aliado à expressiva influência que as emoções exercem sobre os sujeitos, não apresenta lógica que uma teoria da argumentação busque negar um tratamento sistemático dos argumentos emotivos. Como percebido ao longo do presente estudo, ignorar a presença das emoções nos discursos não faz com que elas desapareçam, mas somente impede que se encontre a devida medida do emprego dos apelos emotivos.

Referências

BEN-ZE'EV, Aaron. Emotions and argumentation. *Informal logic*. v. 17, n. 2, p. 189-200, 1995. Disponível em: https://ojs.uwindsor.ca/index.php/informal_logic/article/view/2407. Acesso em: 03.12.2020.

- BEN-ZE'EV, Aaron. The thing called emotion. In: Goldie, Peter (ed.). *The Oxford Handbook of Philosophy of emotion*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, p. 41-62, 2013.
- FORZA, Antonio; MENEGON, Giulia; RUMIATI, Rino. *Il giudice emotivo: la decisione tra ragione ed emozione*. Bologna: Il Mulino, 2017.
- GALINARI, Melliandro Mendes. Logos, ethos e pathos: “três lados” da mesma moeda. *Alfa: Revista de Linguística*. São Paulo, v. 58, n. 2, p. 257-285, 2014.
- GILBERT, Michael. Emoción, argumentación y lógica informal. *Versión*, v. 24, p. 95-122, 2010. Disponível em: <https://versionojs.xoc.uam.mx/index.php/version/article/view/377>. Acesso em: 24.11.2020.
- LACERDA, Tessa Moura. Leibniz e Espinosa: paixões na modernidade. In: ALVES, Marcos Antonio (org.). *Cognição, emoções e ação*, v. 84, São Paulo: Cultura Acadêmica, p. 75-90, 2019 (Coleção CLE).
- LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. A relevância das emoções nos processos decisórios e o mito da racionalidade pura a partir da neurociência de Antônio Damásio. *Intuição*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, nov. 2014. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuicao/article/view/18336/12380>. Acesso em: 01.12.2020.
- MARONEY, Terry A. Judges and their emotions. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 64, n. 1, p. 11-24, 2013. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/nlq64&div=6&start_page=11&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults9. Acesso em: 02.12.2020.
- MENEZES E SILVA, Christiani Margareth de. O papel das emoções na Retórica de Aristóteles. *AISTHE*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 6, 2010. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/Aisthe/article/view/11934>. Acesso em: 21.11.2020.
- MEYER, Michel. *A retórica*. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007.
- MICHEL, Raphaël. Emotions as Objects of Argumentative Constructions. *Argumentation*, v. 24, p. 1-17, 2010, DOI: <https://doi.org/10.1007/s10503-008-9120-0>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10503-008-9120-0#citeas>. Acesso: 05.12.2020.

- MOSCA, Lineide Salvador. Paixões, emoções e afetividade na trilha do tempo: lugar no discurso. In: FIGUEIREDO, Maria Flávia; VIDAL, Geraldo Ramirez; FERREIRA, Luiz Antonio (org.). *Paixões aristotélicas*, v. 2. São Paulo: Foco: linguística do texto e do discurso, p. 15-29, 2017.
- PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Revisão de tradução: Eduardo Brandão. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014
- SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). *Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise*, v. 2. Curitiba: Alteridade, p. 151-178, 2018.
- SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. *Retórica, teoria da argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso jurídico*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18787>. Acesso em: 04.12.2020.
- SCARPARO, Eduardo. Mas e a retórica? Sobre as Demonstrações e Argumentações. In: SCARPARO, Eduardo (org.). *Ensaio de Retórica Forense*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 19-55.
- SIMÓN, Vicente M. La participación emocional en la toma de decisiones. *Psicothema*, v. 9, n. 2, p. 365-376, 1997. Disponível em: <http://www.psicothema.com/psicothema.asp?id=106>. Acesso em: 25.11.2020.
- WALTON, Douglas. Appeal to pity: A case study of the argumentum ad misericordiam. *Argumentation*, v. 9, p. 769-784, 1995, DOI: <https://doi.org/10.1007/BF00744757>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007%2FBF00744757>. Acesso em: 01.12.2020.
- WALTON, Douglas N. *Lógica informal: manual de argumentação crítica*. Tradução: Ana Lúcia R. Franco, Carlos A. L. Salum. Revisão da tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Apelo ao menor: misericórdia e ódio na retórica da responsabilização penal juvenil

*Victória Hoff da Cunha*¹

1. Introdução

A. S. é um adolescente acusado de furtar cadernos em uma livraria. O policial militar responsável pela sua abordagem disse que ele e outro amigo conseguiram entrar no estabelecimento comercial durante a noite, puxando algumas telhas soltas do telhado. Ele é usuário de drogas, e já foi internado duas vezes para tratamento de dependência química, na primeira vez por 21 dias, e na segunda por 2 meses. Ele já cometeu outras infrações no passado, e parece viver uma situação de instabilidade em casa, pela “desestruturação familiar”, e a “falta de imposição de limites”. Estas são, em linhas gerais, as circunstâncias relatadas no processo².

Neste caso, como em vários outros, mesmo após o próprio órgão julgador reconhecer que o ato infracional em questão apresenta baixo potencial ofensivo, o adolescente foi condenado ao cumprimento de medida de internação sem possibilidade de atividades externas - a mais gravosa em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Na sentença, o juiz refere como fundamento a "elevada necessidade pedagógica da medida" - verificada diante da situação de grave risco social do adolescente, a dependência química e a desestruturação familiar - e pondera que, além

¹ Mestranda em Direito (UFRGS) e discente-pesquisadora (Capes). Pesquisadora do Observatório de Violência na Juventude (UFRGS/CNPq). Advogada em Porto Alegre. vhoffdacunha@gmail.com.

² Esse relato foi elaborado com base na Apelação nº 70060693157, julgada pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no dia 25 de setembro de 2014.

da finalidade retributiva, a medida deve servir para proteger e ressocializar.

O relato ilustra uma situação bastante comum no dia a dia de quem atua em processos de responsabilização penal juvenil: a elaboração de uma narrativa processual em que o adolescente acusado de cometer o ato infracional está vivendo uma situação de risco social. Assim como no caso relatado, muitas vezes o ato infracional não é grave; a aplicação da medida socioeducativa, contudo, vem justificada em razão da necessidade de afastar o adolescente de ambientes que apresentam riscos ao seu bem-estar e desenvolvimento moral. Diferentes circunstâncias entram em jogo: o uso de drogas, a evasão escolar, as agressões físicas cometido por policiais, traficantes ou pessoas da rua, a *desestruturação familiar*, a hipossuficiência econômica, o hábito de frequentar ambientes considerados inadequados. O resultado, contudo, é quase sempre o mesmo: a restrição de direitos e, muitas vezes, a privação de liberdade e a institucionalização.

O giro punitivo em relação a juventude criminalizada é um processo amplamente descrito na literatura sociojurídica, e que pode ser facilmente percebido nos posicionamentos de parlamentares em debate recorrentes, como o da redução da maioria penal³. Especialmente no campo jurisdicional, a necessidade de institucionalização dos adolescentes é justificada não apenas pelo despertar do medo, encarnado na figura do "delinquente" que precisa ser contido ou eliminado a qualquer custo, mas também pela necessidade de reabilitação do menor infrator. Estas são práticas institucionais que fazem eco a *ratio* tutelar herdada dos antigos Códigos de Menores, e que permanecem vivas no cotidiano do poder

³ CIFALI, Ana Cláudia. As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Porto Alegre. 2019.

judiciário, legislativo, executivo, do Ministério Público e até mesmo das Defensorias⁴.

Sposato⁵ nomeia estas práticas institucionais de *menorismo*: um conjunto de técnicas que remetem à doutrina da situação irregular, e a partir da qual instituições de caráter punitivo operacionalizam uma abordagem autônoma em relação direito penal, desvinculando a responsabilização penal juvenil da efetivação de direitos e garantias processuais penais, tais como: o princípio da legalidade, o contraditório, a ampla defesa, e o equilíbrio entre defesa e acusação. A retórica destes discursos jurídico-institucionais caracteriza-se pela alta carga emotiva de seus argumentos, que mobilizam elementos como a *condição social do menor*, a *família desestruturada*⁶, o uso de drogas, o abuso físico e o *risco social* para justificar a aplicação de sanções socioeducativas. É assim que uma "matéria originariamente de ordem social, se converte em penal (...) e o que era uma questão de política pública, em um passe de mágica, passa a ser questão de polícia"⁷.

Desde essa perspectiva, a sanção socioeducativa passa a existir tanto como uma forma de punir o delito cometido, como de tutelar o menor de idade ao qual é reputada uma situação de risco social. Esse entrelaçamento entre tutela e punição é o que existe de implícito no conceito de *menorismo* como prática institucional que, embora não encontre mais amparo na lei⁸,

⁴ SPOSATO, Karyna Batista. Direito Penal de Adolescentes: Elementos para uma Teoria Garantista. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29-31

⁵ *Ibid.* p. 29-33

⁶ A concepção de "família desestruturada" é uma aceção herdada do Código de Menores de 1979 que possibilitou o controle punitivo e estigmatização de grupos familiares e afetivos que divergem do "dever ser" próprio ao modelo da família tradicional burguesa e branca (ZAMORA, M. H. Conselhos tutelares: defesa de direitos ou práticas de controle das famílias pobres? In: BRANDÃO, E. P. (Org.). Atualidades em psicologia jurídica. Rio de Janeiro: Nau, 2016).

⁷ *Ibid.* p. 33.

⁸ Compartilho das ideias expressas por Karina Sposato, além de outros autores, de que a medida socioeducativa detém natureza penal especial dentro da sistemática constitucional e estatutária brasileira, uma vez que incorpora o exercício do poder punitivo do Estado e implica, necessariamente, na restrição de direitos e liberdades. Apesar de adquirir um conteúdo socioeducativo durante a execução, a medida socioeducativa equivale à pena para adultos em relação às suas finalidades retributivas ao punir condutas penalmente tipificadas. Por esse motivo, a medida

durante a formação do sistema de responsabilização juvenil, não apenas adquire previsão formal, como faz emergir um novo sujeito em relação ao qual é autorizada todo e qualquer tipo de intervenção: o menor.

Assim, partindo da provocação de Walton de que o apelo à misericórdia, assim como todos os demais apelos emotivos, seriam variações do *ad hominem*⁹, o ensaio tem por objetivo traçar algumas reflexões sobre os usos da misericórdia no discurso de matriz salvacionista, que estabelece as bases para o desenvolvimento do sistema de controle social e penal das pessoas menores de idade ao longo dos séculos XVIII e XIX no Brasil. O fio condutor da análise será a investigação acerca do lugar das emoções no argumento, e em especial, aquela que à primeira vista parece predominar nos discursos jurídico-político-institucionais do período em questão: a misericórdia.

2. Apelo à misericórdia

A antiguidade clássica greco-romana, longe de uma universalidade, corresponde a um momento na história, na cultura e na memória. Retomar alguns de seus aspectos pode ser um ponto de partida interessante em discussões centradas em torno dos processos relacionados à linguagem; especialmente, na análise de significações compartilhadas pelo imaginário ocidental, e os atravessamentos estabelecidos com nosso contexto pós-colonial. Assim, começo analisando uma destas possíveis significações, qual seja, o lugar secundário, senão de oposição, ocupado pela emoção, em relação ao *logos*, na construção da racionalidade.

socioeducativa, especialmente a privativa de liberdade, deve ter sua incidência restrita e limitada às hipóteses da lei. Tanto é assim que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente remete ao Código Penal, ao estabelecer no artigo 103 que o ato infracional é toda “conduta descrita como crime ou contravenção penal, quando praticada por criança ou por adolescente”.

⁹ WALTON, Douglas. The place of emotion in argument. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 1992. p. 6.

Quando o poeta grego Eurípedes relata que Medéia, na iminência de matar os filhos, exclama que "sei que crimes vou cometer, mas a cólera é mais forte do que a minha vontade"¹⁰, a emoção assume um sentido totalizante, definido a partir da capacidade de subverter o pensamento racional de quem a está sentindo. A *razão louca*, surge quando a razão, interagindo com a paixão, deixa-se influenciar por ela, perdendo a objetividade necessária, e tornando o sujeito incapaz de conhecer algo por determinado espaço de tempo. Esta é a emoção capaz de atingir os mecanismos de percepção do indivíduo, incutindo-lhe a falsa consciência¹¹.

A paixão é o lugar da imperfeição ontológica. A etimologia da palavra remete à passividade (*pathos, paschein*), cujo sentido é elaborado no pensamento grego clássico a partir da oposição entre *pedecer* e *agir*. O sujeito *pedece* de emoções na medida em que reage à presença de um fato, imagem ou ideia: *é reagindo a uma ofensa que eu sinto a raiva, é impingido da ideia de perigo iminente que eu sinto medo*. Essa relação de oposição pressupõe a inferioridade do *pedecer* em relação ao *agir*, que por sua vez constrói-se pela desqualificação essencial da mobilidade frente à imobilidade: o fato de algo precisar mudar (ser móvel) é indicativo de que este não possui todas as qualidades necessárias de uma só vez, dependendo, portanto, de um agente exterior capaz de mover-lhe. A passividade demarca não apenas o lugar da imperfeição, mas também da permanente dependência em relação ao outro¹².

O sujeito que sente, portanto, não age, não move, mas sim, padece e é movido pela paixão. Trata-se, portanto, de um paciente. A passionalidade descrita no *Elogio a Helena* talvez seja um dos exemplos mais significativos

¹⁰ ROUANET, Sérgio Paulo. Razão e Paixão. In: CARDOSO, Sérgio (org). Os Sentidos da Paixão. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 473

¹¹ *Ibid.* p. 451.

¹² LEBRUN, Gerárd. O conceito de paixão. In: CARDOSO, Sérgio (org). Os Sentidos da Paixão. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 17-18

do sentido patológico da paixão, que a assemelha muito à ideia de doença. Em seu relato, Górgias tenta demonstrar a inocência de Helena, personagem culpada pela Guerra de Tróia na mitologia grega, argumentando que ela havia sido seduzida pelo seu captor, e, portanto, "sequestrada" sem violência. A emoção sentida por ela é descrita como algo semelhante a uma doença (*nósema*) ou uma droga (*phármaca*) que sujeita suas vítimas a grande infortúnio (*atúchema*). Toda a reação emocional seria algo induzido no indivíduo, localizada, portanto, fora da esfera do elogio ou da censura.

A paixão é uma manifestação do irracional. Esta percepção está presente no pensamento de Platão, quando ele condena o uso da emoção na retórica sofisticada, entendendo tratar-se de uma prática de manipulação do auditório pelo uso das paixões. Pressupondo a existência de um verdadeiro conhecimento, o filósofo estabelece o apodítico (científico) a partir da negação do *doxa*, das opiniões e das sensibilidades do indivíduo. Tal perspectiva é compartilhada pela Escola Estoica, segundo a qual a emoção seria responsável por repercutir o juízo equivocado no indivíduo comum sobre o que seriam vícios e virtudes¹³. Estas são, sobretudo, construções abstratas sobre a emoção, que valorizam o *aphatico*, ao apresentar o sentimento como algo que precisa ser extirpado da consciência.

O movimento de oposição entre razão e emoção é consolidado ao início da modernidade, que estabelece duas dimensões separadas para a natureza humana¹⁴. A dicotomia razão-emoção pode ser definida, então,

¹³ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 151-153.

¹⁴ Em *Meditações* (1641), Descartes refere que todos aqueles que meditam são "coisa que pensa", concluindo, no sexto volume da obra, que a mente é uma substância pensante (*res cogitans*) diferente do corpo, que seria, por sua vez, exterior e pertencente ao mundo sensível (*res extensa*). A influência desta percepção fez sentir-se durante muitos séculos, de modo que os primeiros estudos científicos desarticulando essa percepção são desenvolvidos apenas no decorrer do século XX. Dentre as diferentes contribuições que analisam o papel da emoção no processo racional, um dos mais relevantes talvez seja *O Erro de Descartes*, publicado por Antônio Damásio (1996). O argumento do autor

como a compreensão desta última como uma negação da primeira: em outras palavras, a emoção como uma negatividade, uma ausência de razão. É interessante notar as semelhanças que o significado de emoção como irracionalidade guarda com a ideia de feminino descrita por Simone de Beauvoir em *O Segundo Sexo*. A analogia serve não apenas para exemplificar o que se quer dizer com dicotomia razão-emoção, mas também tendo em vista que a emoção é comumente considerada um atributo feminino, em oposição à razão masculina. Em *Elogio à Loucura*, Erasmo de Rotterdam descreve a loucura como uma forma exacerbada de emoção, definida pela ausência absoluta de razão, inerente à biologia daquilo que se entendia como mulher¹⁵:

"Quando Platão parece duvidar se deve colocar a mulher na classe dos animais racionais ou na dos brutos, ele quer apenas nos indicar com isso a extrema loucura desse sexo encantador. Com efeito, se acontece de uma mulher querer passar por sábia, ela não faz senão acrescentar uma loucura à que já possuía; pois, quando se recebeu da natureza algum pendor vicioso, querer resistir-lhe ou ocultá-lo sob a máscara da virtude é aumentá-lo. Um macaco é sempre macaco, diz um provérbio grego, mesmo quando vestido de púrpura. Do mesmo modo, uma mulher é sempre mulher, isto é, sempre louca, ainda que se esforce por disfarçá-lo."¹⁶

Assim, se a capacidade de raciocinar é o que define a natureza humana, Simone de Beauvoir sugere que a humanidade é histórica e

remonta à história evolutiva do ser humano para argumentar que a emoção é fundamental no desenvolvimento da capacidade de responder aos estímulos do ambiente de forma racional. Assim, por constituírem parte da memória, estas percepções tornam possível que o indivíduo escolha o que faz sentido no contexto das suas próprias experiências, não sendo possível, portanto, compreender razão e emoção como processos separados.

¹⁵ Compartilho do pensamento de que mulher não pode ser definida a partir de uma característica biológica, tratando-se, antes disso, de uma dimensão socialmente produzida da vida: a mulher não é um ser ontológico, nem tampouco uma experiência universal, mas sim contingente a diferentes contextos históricos e culturais. Por esse motivo, talvez seja mais adequado falar em reconhecer-se e ser reconhecida como mulher, sendo esta uma condição passível de ser negada em diferentes momentos, a diferentes sujeitos sociais.

¹⁶ ROTTERDAM, Erasmo. *Elogio da Loucura*. Tradução de Paulo Neves. L&PM Pocket (e-book). p. 18.

culturalmente compreendida como um atributo masculino, e não feminino. A mulher não é definida em relação a ela mesma, mas sim relativamente ao homem. O homem é a um só tempo o positivo e o neutro - a ponto de ser possível referir-se aos “homens” para designar toda a humanidade - enquanto a mulher representa o negativo: não sendo considerada um ser autônomo, ela é construída como uma “ausência de” (masculinidade), de modo que toda a determinação que vem a ser-lhe imputada assume a forma de limitação¹⁷. A emoção, de forma similar, também é construída a partir de uma negatividade: trata-se de uma “ausência de” (razão) cujos atributos assumem o viés de limitação frente à racionalidade neutra e objetiva. Outros paralelos podem ser estabelecidos observando-se as dinâmicas de dominação estabelecidas pela branquitude racial: o branco ocupando a posição de neutro e positivo, e o preto de negativo¹⁸.

Nestes exemplos, o mais fácil de perceber talvez sejam os estreitamentos das linhas que diferenciam *pathos* e *ethos*¹⁹. Contudo, o mesmo movimento de desconstrução pode ser realizado em relação às concepções que dividem os meios de persuasão em dois blocos de convicção separados, alocando em um polo o *logos* - o raciocínio lógico - e em outro o *pathos* e o *ethos* - as provas subjetivas. Esta segmentação está expressa na oposição entre a retórica e a argumentação: enquanto a primeira é associada à ideia de manipulação do auditório, que induz este ao erro e aos vícios no raciocínio, a segunda está mais próxima ao “esclarecimento”, mediante a exposição lógica da verdade. Haveria, por

¹⁷ BEAUVOIR, S. DE. O segundo sexo. 2ª ed. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

¹⁸ SCHUCMAN, Lia Vainer. Entre o “encardido”, o “branco” e “branquíssimo”: raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana. São Paulo: Tese de Doutorado do Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, 2012.

¹⁹ O *ethos* está relacionado a construção, pelo discurso, da figura do orador: seu caráter, virtudes, a “autoridade” de quem fala.

um lado, a retórica que visa agitar as paixões, e por outro, a argumentação que objetiva convencer por meio da razão e da revelação da verdade²⁰.

Autores em diferentes campos do saber científico, filosófico e social aplicado opõem-se a esta percepção, argumentando que não apenas o agir humano, mas o próprio raciocínio, é condicionado por elementos emotivos e produzido socialmente - nesse sentido, são especialmente interessantes as considerações do interacionismo simbólico²¹. Melliandro Galinari questiona este paradigma desde o campo da retórica, ao defini-la a partir da dialética e da possibilidade de criar adesão. Nas palavras do autor, tanto retórica como argumentação correspondem a “procedimentos discursivos aptos a produzir intensidades de adesão variadas numa situação específica”²². Assim, *ethos*, *pathos* e *logos* deixam de ser compreendidos como elementos individualizados e em constante tensionamento no discurso, mas sim dimensões da tríade retórica que produzem e se reproduzem mutuamente.

Conforme será visto mais adiante, até mesmo no campo do saber científico existiram argumentos reconhecidos como lógicos e racionais em um determinado período, e que posteriormente foram rechaçados frente aos paradigmas adotados pela nova comunidade de pares. Quando Donna Haraway reflete que todos os saberes são localizados, afirmando que

²⁰ GALINARI, Melliandro Mendes. Logos, Ethos e Pathos: “três lados” da mesma moeda. Alfa, São Paulo, 58 (2), 2014, p. 257-285.

²¹ A sociologia desenvolvida a partir do paradigma proposto pelo interacionismo simbólico explica como as decisões ditas “racionais” são, em realidade, produto de um processo intersubjetivo de construção de significado. Esta tradição surge como um desdobramento do idealismo alemão, o qual estabelece que as ideias existem de forma independente ao ser humano - diferentes dos materialistas, que concebem as ideias como produto de associações mentais realizadas a partir daquilo que é experimentado. O idealismo traz, assim, reflexões bastante interessantes para quem está preocupado com o fenômeno da linguagem: as ideias existiriam “prontas” no mundo, na medida em que são transmitidas pela linguagem. Por que os seres humanos conseguem se comunicar? Porque a linguagem representa a introdução de um elemento “universal” e social na mente individual. Essa premissa abre caminho para o desenvolvimento pensamento sociológico sobre a própria consciência. Os idealistas dão esse primeiro passo, mas quem dá seguimento são os sociólogos estadunidenses, principalmente a partir do estudo da semiótica e da semiolinguística (COLLINS, Rendall. Quatro Tradições Sociológicas. Editora Vozes: Rio de Janeiro, 2009).

²² *Ibid.* p. 261.

“apenas a perspectiva parcial promete a visão objetiva”²³, ela está desafiando as objetividades que se apresentam como neutras e ditas de lugar nenhum. Desde essa perspectiva, talvez seja possível afirmar que o que tornava – e ainda torna – um argumento válido ou falacioso é, em larga medida, a sua capacidade de atingir a adesão, e isto depende de uma multiplicidade de fatores. No caso da punição de adolescentes acusados de cometer delitos, uma das variáveis mobilizadas são as emoções, tais como o medo, mas principalmente a misericórdia.

2.1 Misericórdia como emoção

Existem especificidades a respeito dos usos e formas assumidas pela misericórdia que merecem maiores elaborações. Por um lado, existem dissidências a respeito do emprego retórico desta emoção, considerando os indícios de que a utilização do apelo à misericórdia era algo não apenas esperado, mas muitas vezes aceito durante a conclusão dos argumentos de defesa nos Tribunais gregos da Antiguidade clássica²⁴. Por outro lado, diferentes figurações da misericórdia possibilitam identificar o espectro de motivações e formas assumidas por esta emoção: faces como a empatia, a compaixão e a piedade²⁵. Estas dimensões de misericórdia como emoção e como argumento estão, em alguma medida, presentes nas elaborações filosóficas realizadas por Aristóteles a respeito das paixões.

Assim como seus contemporâneos, Aristóteles também compreende as paixões a partir da sua capacidade de alterar o juízo: elas seriam as "causas" que introduzem estados de espíritos de dor e prazer. Ele também apresenta o indivíduo dividido em uma parte racional (*logon*) e outra não-

²³ HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial (1988). Cadernos Pagu, n.5, 1995, p. 21.

²⁴ WALTON, 1997, *op. cit.*

²⁵ Importante pontuar que a expressão “misericórdia” está sendo utilizada aqui como um termo “guarda-chuva”, englobando outras expressões como a compaixão e a empatia, muito embora no Brasil, por conta da influência da religião católica e das Casas de Misericórdia, palavra seja mais utilizada no sentido de piedade.

racional (*alagon*). Entretanto, ele vai um pouco além, ao descrever a forma pela qual a parte não racional é capaz de atingir o estado de *virtude moral*. Isso demarca uma primeira divergência em relação a filosofia de matriz socrática, segundo a qual a virtude pode ser atingida apenas pelo raciocínio: diferente da virtude intelectual adquirida pela instrução, a virtude moral aristotélica é produto do hábito²⁶.

As paixões aristotélicas são descritas a partir de seus duplos apostos: amor-ódio, cólera-calma, temor-confiança, vergonha-imprudência, misericórdia-indignação, entre outros. Interessante notar que aquilo que a paixão gera de afeto (prazer ou dor) não necessariamente está associada à sua natureza virtuosa ou não virtuosa. A cólera, por exemplo, embora em algumas circunstâncias possa levar o indivíduo a cometer atos de violência injustificada, pode ser importante no caso de alguém se vê diante de comportamentos e palavras que atentam contra a sua dignidade. O indivíduo que nunca sente medo, a sua vez, não consegue deliberar adequadamente diante do perigo²⁷.

Além do âmbito individual, as emoções aristotélicas também adquirem implicações na vida coletiva. A partir da perspectiva da *práxis*, se um indivíduo não for levado pelo hábito a constituir uma disposição de caráter que o faça indignar-se contra atos cruéis, ele muito possivelmente será indiferente a brutalidades cometidas contra pessoas da sua volta. Pessoas que não sentem indignação ou misericórdia, por exemplo, tornam-se inábeis à vida coletiva, na medida em que não existe a disposição para prevenir e aliviar o sofrimento alheio e as injustiças. A emoção, portanto, desempenha um papel importante no desenvolvimento da empatia necessária para a constituição do tecido social²⁸.

²⁶ SANTOS, 2015, *op. cit.* p. 31-37.

²⁷ *Ibid.* p. 18-37.

²⁸ *Ibid.* p. 37-38.

Aristóteles, portanto, não enxerga a misericórdia como uma emoção vil²⁹, ou então que obstrui o pensamento racional. A misericórdia (*eloes*) seria uma paixão como qualquer outra, definida em razão do agir do indivíduo. A emoção é descrita pelo filósofo como aquela que surge a partir do estabelecimento de uma relação, em que a parte consegue ver a si mesma em uma situação de angústia ou dor, similar àquela experimentada pela outra parte. Essa percepção aproxima-se muito ao sentido de empatia. Nesse aspecto, é curioso notar que em

Tabela 1

Emoções em Aristóteles³⁰

<p><i>Cólera</i>: impulso de vingança, de causar desgosto a outra pessoa, em razão de um comportamento negligente, insolente, desrespeito ou de desprezo em relação a si ou seus familiares. Está inserida no campo das relações pessoais e particulares do sujeito.</p>	<p><i>Calma</i>: oposto à cólera. Estado de apaziguamento passado o tormento, que recria laços perdidos.</p>
<p><i>Ódio</i>: desejar o mal do outro não particularizado. É o laço de dissociação em relação ao outro: quem sente cólera, deseja que o seu causador sinta o mesmo mal, enquanto quem sente ódio deseja que o alvo desapareça. Odeiam-se os ladrões e bandidos, por exemplo.</p>	<p><i>Amor</i>: oposto ao ódio. Desejar a alguém as coisas que julgam boas. É o laço de identidade com o outro.</p>
<p><i>Temor</i>: projeção de um mal iminente, destrutivo e penoso.</p>	<p><i>Confiança</i>: oposto ao temor. Expectativa de segurança como algo próximo, enquanto as causas do medo parecem distantes ou inexistentes.</p>
<p><i>Vergonha</i>: sentimento de dor ou perturbação em relação ao presente, passado ou futuro que o sujeito cogita ser desabonador. Refere-se ao sentimento de inferioridade advindo de uma projeção sobre a imagem criada pelo outro a respeito do sujeito.</p>	<p><i>Imprudência</i>: sentimento oposto à vergonha, experimentado a partir da superioridade em relação ao julgamento do outro. Também diz respeito a projeção sobre a imagem criada pelo outro a respeito do sujeito; neste caso, contudo, existe um sentimento de indiferença que anula qualquer possibilidade do desgosto.</p>

²⁹ As paixões estariam divididas em dois grupos: aquelas que podem ou não ser sentidas adequadamente - o que irá depender da força do hábito do indivíduo - e as emoções perversas, que seriam vis em si mesmas, como a inveja e a malevolência. Em relação ao primeiro grupo, os indivíduos virtuosos são capazes de sentir as emoções adequadamente, enquanto que os não-virtuosos não. Já em relação às emoções perversas, como a inveja, estas apenas são sentidas pelos indivíduos de caráter falho (SANTOS, 2015, *op. cit.* p. 33-37).

³⁰ FIGUEIREDO, Maria Flávia; VIDAL, Geraldo Ramirez; FERREIRA, Luiz Antonio (org.). As Paixões em Aristóteles. 1. ed. São Paulo: Foco: linguística do texto e do discurso, 2017, v. 2.

Misericórdia: percepção de um mal destrutivo que recai sobre alguém que sentimos não merecer esse tratamento ou destino.	Indignação: Oposto à compaixão. Percepção da boa sorte que recai sobre alguém que não mereceu.
Inveja: Angústia perturbadora dirigida à boa sorte do outro. A dor é sentida não porque se deseja algo, mas porque o outro o tem. É relacionada ao sentimento de querer tirar, ou destruir, o que é de outrem.	Favor: sentimento de bondade desinteressada em fazer o bem ao outro.
Emulação: Sentimento em relação aos bens ou conquistas de outrem, que consideramos desejáveis e estar ao nosso alcance. É uma dor sentida não porque as outras pessoas detêm estes bens, mas porque o sujeito não tem e deseja ter.	Desprezo: Antítese da emulação. As pessoas que estão em posição de serem imitadas tendem a sentir desprezo por aqueles em posição de desvantagem.

Refutações Sofísticas ele não descreve o apelo à misericórdia como um tipo de falácia³¹.

Além da empatia, Douglas Walton identifica pelo menos mais dois sentidos à misericórdia: a compaixão e a piedade. Os maiores exemplos destas figurações estão presentes na doutrina da religião católica, na qual a misericórdia assume uma posição de centralidade, como a principal virtude a ser cultivada. Ela está presente em diversas passagens e textos bíblicos, todos estes povoados de figurações de piedade e compaixão. Cristo, por exemplo, exerce a misericórdia piedosa em relação aos fiéis pecadores, aos pobres acometidos de doenças, pessoas cegas e com deficiência. Por outro lado, existe também a figura do bom samaritano: um homem igual aos demais, movido pela compaixão após encontrar outro homem ferido na estrada. Na história bíblica, ele cura seus machucados e paga sua hospedaria³².

A misericórdia é ainda retomada na modernidade pelo conceito de simpatia. Trata-se de uma ideia central no pensamento de vários autores como Arthur Schopenhauer e Adam Smith. Este último define simpatia

³¹ WALTON, Douglas. *Appeal to pity: argumentum ad misericordiam*. Albany: State University of New York Press, 1997, p. 49-50.

³² *Ibid.* p. 41-56.

como a emoção pela qual sentimos a miséria do outro, e conseqüentemente percebemos este de maneira diminuída. Esta dimensão contraditória é central na caracterização da simpatia: uma forma indesejável de misericórdia, atravessada por um sentido de piedade que possibilita a compaixão, mas ao mesmo tempo inferioriza ao olhar do outro³³. Em suas disposições éticas, David Hume também define a simpatia a partir da habilidade de presumir e identificar-se com os sentimentos experimentados pelo outro, porém, geradora de uma percepção de superioridade e afastamento em relação a este³⁴. Segundo a interpretação de Nicholas Capaldi sobre o pensamento de David Hume, é como se a simpatia fosse constituída a partir de dimensões contraditórias de *ódio simpático* e *amor simpático*: "por um lado, o observador sente ódio em relação a pobreza e maldade da vítima (...) de outro lado, o observador sente amor e uma segunda sensação que lembra a benevolência."³⁵

Assim, a misericórdia parece configurar um duplo problema: por um lado, é possível atribuir-lhe uma ambigüidade inerente em razão de suas diferentes figurações. Esta ambigüidade também é percebida no âmbito dos seus sentidos específicos, tal como a simpatia, em que sentimentos de ódio e desprezo se misturam em partes iguais a uma compaixão benevolente dirigida ao objeto de afeição. Estas dimensões, somadas às instabilidades postas pela dicotomia razão-emoção, tornam-se mais evidentes quando a misericórdia é utilizada como recurso argumentativo.

³³ SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments* (1959). Prometheus Books, 2000.

³⁴ HUME, David. *A Treatise of Human Nature* (1888). Oxford: Clarendon Press, 2007.

³⁵ CAPALDI, Nicholas. *Hume's Place in Moral Philosophy*. New York: Peter Lang, 1992, p. 385.

2.2 Misericórdia como argumento

Embora os fundadores da moderna teoria da argumentação jurídica, ou teoria *standard*³⁶, busquem estabelecer uma crítica à chamada teoria cartesiana, a emoção permanece, em larga medida, sujeita aos papéis impostos pela dicotomia razão-emoção. Isso se deve, em parte, ao trauma experimentado pela utilização de discursos extremamente emotivos, e o papel desempenhado por estes na ascensão dos governos totalitários nazifascistas no século XX. Nesse sentido, a teoria *standard* responde a uma necessidade dos Estados Democráticos de Direito do século XX de reconhecer nas Constituições um limite argumentativo importante na delimitação da racionalidade de uma decisão. Outro fator importante é a permanência das perspectivas teórico-metodológicas herdadas do estudo das falácias³⁷.

No latim, *fallacia* significa artifício, engano, truque ou estratégia. A origem etimológica do termo provém do verbo grego *sphal*, que significa "fazer cair [o oponente]", o que faz referência tanto às competições esportivas, quanto ao debate argumentativo³⁸. Aristóteles é considerado um dos fundadores da disciplina, oferecendo em *Refutações Sofísticas* uma prática sistematizada para identificar quando um argumento é incorreto

³⁶ Claudia Roesler reconstrói os principais debates estabelecidos a partir da retomada da retórica clássica, demonstrando os limites e potencialidades das duas principais perspectivas teóricas contemporâneas a respeito do tema: a teoria da argumentação jurídica *standard* e a teoria retórica. A teoria *standard*, nasce das contribuições de autores clássicos como Alexy, MacCormick e Atienza, sobretudo, a partir do final da década de 1970, quando são publicados livros essenciais à compreensão das pretensões de racionalidade e os instrumentos de análise e avaliação da argumentação jurídica. O paradigma *standard* não se preocupa mais em reconhecer a centralidade da construções lógica-dedutiva do argumento, mas sim em estabelecer modelos de análise da argumentação jurídica. Estes modelos tem por objetivo demonstrar como é possível argumentar racionalmente nos *hard cases*, a partir da indicação de fundamentos decisórios que permitem controlar a subjetividade judicial. A teoria *standard* torna-se, nesse sentido, um modelo preocupado com as decisões judiciais, dirigindo à elaboração de parâmetros de racionalidade capazes de garantir que uma decisão seja justificada. A teoria retórica, por outro lado, busca reestabelecer o enfoque sobre os aspectos persuasivos do discurso. Assim, mesmo encontrando um número bem menor de representantes no debate acadêmico, o paradigma retórico vem se tornando bastante relevante aos estudos dos processos decisórios.

³⁷ SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 151-178.

³⁸ WALTON, 1992, *op. cit.* p. 17.

ou enganoso. A falácia é uma inferência que aparenta ser um silogismo, porém, não guarda uma relação de causalidade com a conclusão a que se quer chegar. Diante de uma falácia, portanto, o auditório encontra-se em estado de ilusão, uma vez que passa a imaginar erroneamente que a conclusão apresentada pelo orador decorre das premissas oferecidas³⁹.

John Locke realiza a segunda grade contribuição à estruturação da teoria das falácias ao identificar os argumentos *ad: argumentum ad hominem, argumentum ad verecudiam* e *argumentum ad ignoratiam*. O termo latino *ad* significa "em direção a" ou "para". Assim, o *ad hominem* é o apelo ao caráter ou às características do sujeito; o *ad populum* o apelo ao povo e as emoções do povo; o argumento *ad verecundiam* o apelo à modéstia ou à autoridade. Estes três argumentos *ad* opõe-se a uma quarta categoria, o *argumentum ad iudicium*, utilizado pelo filósofo para referir-se ao argumento fundamentado em premissas verdadeiras ou falsas⁴⁰.

Douglas Walton destaca que ao contrastar as três primeiras categorias com o argumento *ad iudicium*, Locke reforça a dicotomia razão-emoção ao sugerir a existência de uma classe distinta de argumentos, que ao invés de fundamentar-se em evidências objetivas, apela às subjetividades do orador e da audiência⁴¹. Marcelo dos Santos também considera que tais construções sobre os argumentos *ad* reafirmam a legitimidade do exercício retórico centrado unicamente no *logos*, nas quais as falácias, assumindo a forma de "ardis contaminantes da argumentação (...) perigosas camuflagens que necessitam ser identificadas", serviriam apenas para deturpar o pensamento racional,⁴². Assim, é justamente neste ponto que a teoria das falácias rompe com a retórica: ao reproduzir a ideia

³⁹ SANTOS, 2015, *op. cit.* p. 68.

⁴⁰ LOCKE, John. *An Essay Concerning Human Understanding* (1960). London: Dent, 1961.

⁴¹ WALTON, 1992, *op. cit.* p. 9.

⁴² SANTOS, 2015, *op. cit.* p. 68.

do argumento *ad passiones*, a teoria da argumentação jurídica coloca as emoções como inimigas da argumentação, e a argumentação apática como modelo desejado de discurso⁴³.

Ainda assim, diversos autores vêm problematizando estes e outros posicionamentos sobre o uso da emoção no discurso⁴⁴. Michel Meyer entende que as emoções detêm natureza transitória e móvel, sendo passíveis, portanto, de subversão. Diante do auditório, cada emoção despertada pelo orador revela muito sobre a existência dele mesmo, e é capaz de estabelecer uma ponte de conexão com o interlocutor, por meio do campo passional. Assim, ao aflorar sentimentos, o orador abre as portas ao seu campo sensível, deixando que o outro conheça sobre suas subjetividades, disponibilidades, motivações e valores, o que possibilita o estabelecimento de vínculos que predispõem o auditório a aceitar um argumento como verdadeiro⁴⁵.

O *pathos* corresponde às perguntas feitas ao auditório, as emoções suscitadas diante destas perguntas, e os valores que justificam, aos olhos do auditório, as respostas do orador a estas perguntas. Trata-se da base subjetiva da retórica, capaz de transformar a pergunta posta diante do auditório em uma resposta preenchida de múltiplas tonalidades, como a empatia, o medo, o ódio, o amor, a esperança, entre outros estados de espírito. Importante notar que, para o autor, *pathos* não é sinônimo de paixão, envolvendo também sentimentos, emoções e opiniões. A diferença entre as paixões e as emoções residiria justamente no fato de que, no caso das paixões, o indivíduo já não é capaz de diferenciar o problema posto e a resposta subjetiva conferida. Assim, embora a emoção desempenhe um

⁴³ *Ibid.* p. 73.

⁴⁴ Hamblin (1970), Meyer (2000; 2007), Walton (1992; 1997) e o próprio Santos (2015).

⁴⁵ MEYER, Michel. Aristóteles ou a retórica das paixões. (Prefácio). In: ARISTÓTELES. Retórica das paixões. Tradução de Isis Borges B. da Fonseca. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. XXXIX.

papel essencial em garantir a aderência do auditório em favor de uma ou outra tese, quanto mais próximo o auditório encontra-se das paixões, mais ele sente que a problemática posta já está resolvida⁴⁶.

Douglas Walton analisa quatro tipos de argumentos historicamente tratados como falácias: *ad populum*, *ad baculum*, *ad misericordiam* e a *ad hominem*. Todos estes apelos são vistos como táticas para o orador explorar sentimentos, preconceitos e motivações da audiência, como por exemplo interesses financeiros, ou então a necessidade de reconhecimento e pertencimento social. Diferente dos argumentos *ad rem*, este grupo de falácias caracteriza-se pela presença de elementos pessoais, e estão direcionadas a grupos e indivíduos antes de um objeto propriamente dito. O uso falacioso destes argumentos ocorre quando estes são utilizados para criar presunções, e inverter o ônus da prova do que é afirmado e concluído⁴⁷.

Utilizando como exemplo o tema da redução da maioria penal, as emoções do auditório já seriam despertadas desde a enunciação do tema ("redução da maioria penal"), a exposição da problemática ("é a melhor medida para reduzir a criminalidade na juventude?") e a resposta conferida pelo orador ("sim" / "não"). Em todas essas etapas, as emoções e paixões exercem um papel importante na aderência do auditório em relação a uma ou outra tese: após a menção do tema, podem surgir emoções que aumentam a disposição do auditório em ouvir a exposição de argumentos de cada uma das partes. No decorrer do desenvolvimento do argumento, o despertar das emoções pode fazer com que a audiência penda para uma ou outra resposta, estando mais ou menos aberta ao debate.

⁴⁶ MEYER, Michel. A retórica. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 9-49

⁴⁷ WALTON, 1992, *op. cit.* p. 3-10

O apelo emotivo surge de maneira mais ou menos evidente no discurso, as vezes sozinho, as vezes acompanhado de premissas que se sustentam desde uma perspectiva lógico-dedutiva. Nos discursos pautados pelo ódio ("menor delinquente não merece leniência"), a emoção conduz o debate, sendo capaz de assumir a forma de uma paixão que arrebatava setores do auditório acionados por estas perspectivas. A misericórdia também pode ser utilizada para movimentar os afetos a favor ou contra uma conclusão, assumindo formas compassivas ("as condições das cadeias adultas são terríveis, não podemos submeter crianças e adolescentes a isso"), ou então piedosas ("não sinto pena dos menores que cometem crimes, sinto pena é da família da vítima"). Medo e a indignação, por fim, concluem a lista das principais emoções mobilizadas no debate sobre a redução da maioria penal. Vejamos sua aplicação nas seguintes situações:

Situação 1:

Crimes de homicídio são graves e devem ser punidos duramente. [Premissa 1]
Imagine um menor de 17 anos e 11 meses de idade que mata uma pessoa: ele fica preso apenas por 1 mês, até completar 18 anos. Absurdo! Desse jeito, o ECA incentiva o cometimento de crimes, permite a violência sem punição!

[Premissa 2]

Por isso, devemos ser a favor da redução da maioria penal. [Conclusão]

Situação 2:

Crimes de homicídio são graves e devem ser punidos duramente. [Premissa 1]
No caso concreto X, um menor de 17 anos matou uma pessoa e ficou preso apenas por 1 mês, foi solto logo depois. É muita impunidade! Tenho muito medo do jeito que as coisas estão, imagine se fosse um membro da sua família!

[Premissa 2]

Por isso, devemos ser a favor da redução da maioria penal. [Conclusão]

Em ambos os argumentos, o apelo afetivo parece projetar-se sobre o lógico-dedutivo. No primeiro exemplo, a premissa 2 expressa a ideia de que todos os adolescentes que cumprem medidas socioeducativas privativas de liberdade são imediatamente soltos ao completar 18 anos de idade - o que é falso, e não encontra amparo na legislação brasileira, que prevê a possibilidade de cumprimento de medidas socioeducativas até os 21 anos de idade. Neste caso, o apelo emotivo parece servir para embaçar o juízo, pois sequer se justifica em premissas baseadas em fatos. Já no segundo exemplo, apesar do medo e da indignação serem emoções possíveis e “justificáveis” diante das premissas apresentadas, os apelos emotivos não são suficientemente fortes para amparar a conclusão de que “devemos ser a favor da redução da maioria penal”, considerando tratar-se de um debate complexo, ao qual competem outras premissas e informações mais relevantes. Por esse motivo, é possível argumentar que o uso das emoções neste segundo exemplo também é falacioso.

Isso não quer dizer que todo o apelo emotivo é (ou não é) necessariamente falacioso. Embora não seja possível conceber a aplicabilidade de uma teoria da argumentação que entenda como falaciosa toda e qualquer conclusão baseada em argumentos emotivos, a cautela no uso das emoções é recomendada. Primeiro, porque a emoção em questão pode não ser relevante ao caso, no sentido de não contribuir com os objetivos ou finalidades do problema posto em questão. Segundo, porque os argumentos baseados em emoções tendem a ser logicamente enfraquecimentos, construídos a partir de premissas que não são capazes de sustentar a conclusão. Nestes cenários, circunstâncias irrelevantes ou até mesmo conclusões errôneas podem ganhar força em razão do impacto emocional gerado na audiência⁴⁸.

⁴⁸ WALTON, 1992, *op. cit.* p. 2

Charles Hamblin critica a ausência de maior desenvolvimento do debate sobre

Tabela 2
Alguns Argumentos Ad⁴⁹

<i>Ad hominem</i>	Apelo ao indivíduo. Normalmente, assume a forma de ataque ao interlocutor. Apresenta variações, como o <i>tu quoque</i> . Exemplo: “Não sei por que você me diz para parar de fumar, se você mesmo fuma!”
<i>Ad verecundiam</i>	Apelo à palavra ou à reputação da autoridade. Exemplo: “O presidente disse que comer bananas cura essa doença. Se foi ele que disse, eu não acredito.”
<i>Ad ignorantiam</i>	Apelo ao fato de não saber. Exemplo: “Nunca encontramos vida fora da terra, logo é impossível que ela exista.”
<i>Ad judicium</i>	Argumento baseado no raciocínio lógico. Exemplo: “Se todos os homens são mortais, e Sócrates é um homem, logo, Sócrates é mortal.”
<i>Ad populum</i>	Apelo a popularidade ou impopularidade. Exemplo: “Quase não existem pessoas falando sobre isso, logo não é um assunto importante”
<i>Ad invidiam</i>	Apelo à inveja sentida pelo interlocutor. Exemplo: “Se você não fizer isso, ele continua no topo da lista do chefe, é isso que você quer?”
<i>Ad metum</i>	Apelo a um mal iminente, destrutivo e penoso. Exemplo: “Se você sair na rua de noite, irão te assaltar.”
<i>Ad odium</i>	Apelo a uma figura ou grupo alvo de ódio: “Por que vocês vão votar nele? Ele defende comunistas e bandidos!”
<i>Ad superbiam</i>	Apelo à vaidade do interlocutor. Exemplo: “Não acredito que uma pessoa culta como você acredita nessa teoria.”
<i>Ad misericordiam</i>	Apelo à compaixão e a piedade do interlocutor. Exemplo: “Precisamos ajudar, ele vem de um ambiente completamente destruído pelo crime, drogas e a fome.”
<i>Ad passiones</i>	Apelo aos sentimentos de uma forma geral. Exemplo: “A mãe fica muito triste quando você faz isso, não faça mais.”

as falácias, a despeito dos inúmeros avanços no campo da lógica e em outras áreas da filosofia. O autor realiza um rigoroso apanhado histórico, elencando as debilidades no tratamento da matéria, oferecendo contribuições teóricas importantes para sistematização dos argumentos *ad*. Ele sugere que o uso corrente da expressão falácia faz referência ao

⁴⁹ HAMBLIN, Charles L.. Fallacies. London: Methuen CO. LTD, 1970.

argumento que “parece ser válido, porém, não o é”. Em outras palavras: o argumento que parece ser válido para a audiência desde uma perspectiva estritamente lógico-semântica, mas não o é. Nesse ponto, ele ressalta que o estabelecimento de uma definição a partir da possibilidade dialética acaba se perdendo no decorrer história⁵⁰.

Por outro lado, o conceito de falácia pragmático-dialética, sugerida por Douglas Walton, caracteriza a falácia como apelo ou técnica *a priori* razoável, cuja aplicação dá-se de maneira prejudicial ao debate no caso concreto. Falácia, portanto, é um elemento relacional dentro do discurso. O autor sugere ainda que as maiores falácias são aquelas que envolvem o uso de esquemas de argumentação baseados na presunção, ou então que invertem o ônus da prova – justamente, o “peso” ou a “força” que determinada premissa deve adquirir para amparar determinada conclusão. Nesta seara, os argumentos *ad*, apesar de comumente descritos como invariavelmente falaciosos por apelarem às emoções, em sua forma essencial, são apenas técnicas utilizadas para abrir espaço às subjetividades das partes envolvidas no debate, além de seus interesses, necessidades, percepções e afetos⁵¹.

É precisamente neste ponto que parece se localizar o problema no uso dos argumentos *ad*: na mesma medida em que abrem margem para que as partes estabeleçam conexões, trocando entre si o peso da presunção da validade de seus respectivos sistemas de premissas, o apelo emotivo pode tornar-se falacioso se for utilizado para ocultar pontos importantes, ou então bloquear o diálogo. Assim, enquanto recurso argumentativo, a forma emotiva pode facilitar ou dificultar a ocorrência de trocas intersubjetivas. Neste sentido, a possibilidade de debater a partir de um

⁵⁰ HAMBLIN, 1970, *op. cit.*

⁵¹ *Ibid.* p. 10-18.

marco interacionista ou dialética⁵² está diretamente relacionada ao campo de forças no qual o diálogo se estabelece, que tendem ora suprimir, ora valorizar, determinados sujeitos e narrativas, em razão de relações históricas e culturais de dominação.

Aqueles que reconhecem o *ad misericordiam* como um argumento intrinsecamente falacioso referem, em geral, a sua irrelevância: a misericórdia não é capaz de provar a conclusão apresentada, por não ser ela mesma uma evidência fática capaz de amparar as premissas apresentadas. Por vezes, ela é acusada inclusive “embaçar” as premissas relevantes ao problema. Assim, a depender contexto e a natureza da discussão, o *ad misericordiam* também pode se tornar falacioso quando o orador, ao invés de oferecer evidências, busca despertar sentimentos no auditório com a finalidade única de fazer valer as conclusões apresentadas⁵³. Ainda assim, não é adequado considerar o *ad misericordiam* necessariamente falacioso: a relevância do *ad* deve ser analisada em relação ao diálogo estabelecido, avaliando se outras premissas importantes estão sendo levadas em consideração, ou ainda se o apelo emotivo está sendo utilizado para bloquear a discussão⁵⁴.

Tabela 3

Critérios para diferenciar falácias e argumentos *ad misericordiam* ⁵⁵

Contexto	O <i>ad misericordiam</i> deve ser analisado naquilo em que ele é capaz de contribuir ou obstruir com os objetivos do debate.
----------	---

⁵² Douglas Walton (1992, *op. cit.* p. 11-15) sugere a existência de três sentidos de raciocínio. O *deductive reasoning* (raciocínio) seria um modelo linear que desenha uma conclusão a partir de um grupo arbitrário de premissas. O *knowledge-based reasoning* (raciocínio baseado em conhecimento) opõe-se ao modelo linear, reconhecendo que o raciocínio ocorre por meio da comparação das diferentes rotas de inferência entre as premissas e a conclusão. Neste modelo, também estão previstos os modelos dinâmicos, nos quais é permitido a entrada e saída de informações. Por fim, no *interactive or dialectical reasoning* (raciocínio interacionista ou dialético), a interação pode assumir a forma de uma transferência de proposições entre as duas bases de conhecimento, o que possibilita o questionamento das proposições de um dos sistemas por parte de outro. Nesse caso, a conclusão inferida por um dos sistemas pode assumir proposições da base de conhecimento de outro sistema.

⁵³ *Ibid.* p. 7-8.

⁵⁴ *Ibid.* p. 106

⁵⁵ *Ibid.* p. 140-141.

<i>Peso</i>	A misericórdia pode ser um elemento central ou periférico no debate. Caso seja central, deve vir destacado no discurso. Caso seja periférico, o orador deve citar os elementos mais relevantes antes.
<i>Equilíbrio</i>	Se o <i>ad misericordiam</i> apelar a alguma consequência - a dor, o prejuízo ou o dano, por exemplo - é necessário apresentar os dois lados da equação.
<i>Presunção inapropriada</i>	A misericórdia não pode ser utilizada como artifício para fazer valer presunções não verdadeiras ou então não comprovadas, ou então para esconder a necessidade de introduzir outras evidências no debate.
<i>Informações</i>	Todas as informações relevantes sobre o caso devem ser apresentadas.

Feitas estas considerações, vejamos como o *ad misericordiam* é aplicado na prática pelos discursos salvacionistas dos séculos XVIII a XIX, nos debates que pautaram o estabelecimento do sistema de responsabilização penal juvenil no Brasil.

3. “Precisamos salvar a infância”

Medo e misericórdia estão presentes na história do controle social da infância desde a sua origem no Brasil. Durante os séculos XVIII e XIX, o controle penal dirigido às crianças e adolescentes acusados de cometer crimes e contravenções penais caracteriza-se pela sua "indiferenciação relativa" em relação ao tratamento conferido aos adultos. Nesta esteira, o Código Penal do Império de 1830 estabelece, ao art. 10 §1º, a inimputabilidade plena às crianças com até 9 anos de idade; a inimputabilidade condicionada ao juízo de discernimento às crianças e adolescentes entre 9 e 14 anos de idade; por fim, a imputabilidade plena condicionada a aplicação de circunstâncias atenuantes na dosimetria das penas aos adolescentes com idade superior a 15 anos⁵⁶.

Por influência da Escola Liberal Clássica, o cometimento de delitos era compreendido como resultado da escolha individual e livre do sujeito. Assim, a capacidade de discernimento torna-se um elemento central para

⁵⁶ SILVA SANCHEZ, M J. M. El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997. p. 166

a responsabilização criminal: a aplicação da pena deveria ser proporcional não apenas à ofensa cometida, mas também à capacidade do indivíduo de diferenciar o certo do errado, bem como de responder pelos próprios atos. Nesse cenário, a percepção sobre a natureza pueril das crianças é determinante no fortalecimento da ideia de que estas seriam incapazes de discernir. Assim, o reconhecimento da inimputabilidade relativa aos menores de idade fundamenta-se na premissa de que estes seriam incapazes de discernir as condutas certas das erradas⁵⁷.

É interessante notar que esta forma de reconhecer a diferença pela inferiorização assemelha-se a algumas construções que defendiam a impossibilidade de responsabilização de pessoas negras perante a mesma legislação penal destinada às pessoas brancas. Longe de deixarem de ser punidas, pessoas negras eram sujeitas *na prática* tanto à punição levada a cabo pelas instituições de controle penal formal, quanto à violência e à morte articulada a partir das práticas informais de controle social, à escravização e ao extermínio⁵⁸. Raimundo Nina Rodrigues, o maior representante do positivismo criminológico no Brasil, defende este e outros posicionamentos calcadas no racismo científico, apelando a figuras que remetem a uma representação infantilizada - e certa medida "piedosa" - da população negra:

“Os negros africanos são o que são: nem melhores nem piores que os brancos: simplesmente eles pertencem a uma outra fase do desenvolvimento intelectual e moral. Essas populações infantis não puderam chegar a uma mentalidade muito adiantada e para esta lentidão de evolução tem havido causas complexas. Entre essas causas, umas podem ser procuradas na organização mesma das raças negriticas, as outras podem sê-lo na natureza do habitat

⁵⁷ SPOSATO, 2013, *op. cit.*, p. 74-76.

⁵⁸ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo Negro Caído No Chão: O Sistema Penal E O Projeto Genocida Do Estado Brasileiro*. Brasília: Dissertação de Mestrado, UNB, 2006.

onde essas raças estão confinadas. Entretanto, o que se pode garantir com experiência adquirida, é que pretender impor a um povo negro a civilização européia é uma pura aberração”.⁵⁹

Além do elemento repressivo, o poder público também centrava seus esforços em *zelar pela infância pobre*, discurso materializado na política de recolhimento e encerramento de crianças órfãs e abandonadas em instituições de cunho caritativo e assistencial, mantidas por setores dominantes da Igreja Católica. A *Roda do Expostos* oferece o melhor exemplo desse tipo de intervenção: trata-se de uma técnica de "acolhimento" implementada pela Santa Casa de Misericórdia em 1730, na qual instalava-se um armário giratório na portaria de conventos, hospícios e misericórdias. Assim, crianças e objetos eram posicionados nestes armários, para que fossem recebidos no interior do estabelecimento, sem que fosse possível identificar a pessoa que realizava o abandono⁶⁰.

Esta forma de conceber a assistência social perdurou por mais de 150 anos, cabendo aos médicos higienistas do século XIX a tarefa de problematizar este modelo. O alvo das críticas será justamente a Roda dos Expostos, instituição que não apenas atentava contra à família, ao viabilizar o abandono das crianças concebidas fora do casamento, mas também contribuía com o "amontoamento" de menores dentro das instituições, e o conseqüente aumento dos índices de mortalidade infantil. Era "anti-higiênico", por exemplo, o incentivo que a Roda conferia à "reprodução da espécie que se operava fóra dos lares legítimos", servindo ao abandono de crianças fruto do pecado⁶¹. O higienismo é caracterizado,

⁵⁹ RODRIGUES, Raimundo Nina. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*. Salvador: Livraria Progresso, 1957, p. 114.

⁶⁰ RIZZINI, Irene. *O Século perdido. Raízes Históricas das Políticas Públicas para a Infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2011. p. 111-112.

⁶¹ *Ibid*, p. 112-113.

portanto, pelo discurso que confunde a defesa do sanitarismo com pautas de cunho moralista e eugenista.

Arthur Moncorvo Filho, médico e expoente do pensamento higienista brasileiro, reconhecido com um dos principais porta-vozes da “causa da infância” neste período, teceu inúmeras críticas às instituições asilares, argumentando que assim ele estaria colaborando com a “grande obra da eugenia” do povo brasileiro. A referência expressa à palavra eugenia remonta ao processo de institucionalização do racismo científico europeu pelas elites políticas e intelectuais brasileiras do século XVIII e XIX. No trecho a seguir, é possível perceber o uso do apelo emotivo na descrição das péssimas condições experimentadas pelos menores de idade nos *asylos* como forma de condenar estas instituições:

“O ‘asylo’ tal qual o concebiam os antigos, era uma casa na qual encafunavam dezenas de crianças de 7 a 8 annos em diante nem sempre livres de uma promiscuidade prejudicial, educadas no carrancismo de uma instrução quasi exclusivamente religiosa, vivendo sem o menor preceito de hygiene, muitas vezes atrophiadas pela falta de ar e de luz sufficientes, via de regra pessimamente alimentadas, sujeitas, não raro, à qualquer leve falta, a castigos barbaros dos quaes o mais suave era o supplicio da fome e da sede, aberrando, pois, tudo isso dos princípios scientificos e sociaes que devem presidir a manutenção das casas de caridade, recolhimentos, patronatos, orphanatos, etc., sendo, consequentemente os asylos nessas condições instituições condemnaveis”.⁶²

Assim, desde a perspectiva da elite intelectual e política que comandava o Brasil no momento chave de transição do regime monárquico para o republicano, noções como raça, pobreza e degradação moral estavam intrinsecamente associadas, fazendo surgir no imaginário

⁶² MONCORVO FILHO, Arthur. *Histórico de protecção á infância no Brasil (1500-1922)* 2 ed. Rio de Janeiro: Empresa Gráfica, 1926, p. 134.

popular a figura da criança pobre, negra e abandonada que atenta contra o projeto de construção de uma nação civilizada⁶³. A questão da raça ressurgiu neste contexto como objeto de estudo da “ciência” e instrumento de classificação de grupos humanos, erigindo pressupostos de que as “diferentes raças” conformam uma hierarquia biológica na qual o branco europeu ocupa uma posição de vanguarda civilizatória em relação às demais⁶⁴. As raças não-brancas das colônias eram apresentadas como “refratárias ao progresso, supersticiosas, ignorantes, rotineiras, irresponsáveis, infantis, preguiçosas, despóticas e até mesmo animalescas, imorais e sanguinárias”⁶⁵. Essa perspectiva civilizatória é ilustrada no poema de Rudyard Kipling (1894) *The White Man’s Burden* (“O Fardo do Homem Branco”):

Take up the White Man’s burden	Tomai o fardo do Homem Branco
Send forth the best ye breed	Enviai vossos melhores filhos
Go, bind your sons to exile	Ide, condenai seus filhos ao
To serve your captives’ need;	exílio
To wait, in heavy harness,	Para servirem aos vossos cativos
On fluttered folk and wild	Para esperar, sob chicotes
Your new-caught sullen	pesados
peoples,	Em meio ao povo agitado e
<i>Half devil and half child</i>	selvagem
	Vossos recém capturados tristes
(Versão Original – <i>grifo</i>	povos
<i>nosso</i>)	<i>Metade demônio, metade criança</i>
	(Tradução Livre – <i>grifo nosso</i>)

⁶³ RIZZINI, *op. cit.* p. 110-115.

⁶⁴ SKIDMORE, Thomas. Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.

⁶⁵ DA SILVEIRA, Renato. Os selvagens e a massa: papel do racismo científico na montagem da hegemonia ocidental. Afro-Ásia, n. 23, 2000, p. 93.

Assim, seja pela via da punição, seja pelo recolhimento, a intervenção do poder público sobre a infância e a adolescência vai adquirindo uma importância cada vez mais central. Existia um caminho para a salvação do Brasil, esta "nação composta de raças miscigenadas, porém em transição"⁶⁶: o caminho do branqueamento e do controle social das massas débeis, capaz de civilizar o "povo-criança" bárbaro⁶⁷. Apostava-se a infância como *futuro da nação*, e por isso, *salvar a criança* era, essencialmente, um projeto político de defesa da própria sociedade. Toda a referência à infância no âmbito público era realizada de maneira ambivalente, reconhecendo-se ora a necessidade de "proteção" (salvação) ora de contenção da criança, a fim de que ela não viesse a causar danos à sociedade.

Durante as primeiras décadas da República, repercutem com força cada vez maior os discursos de matriz médica e jurídica, dirigidos a um determinado "estereótipo" de criança perigosa, que precisava ser salva dela mesma para que fosse possível salvar a nação brasileira. O menor de idade torna-se, assim, o sujeito social alvo da ação civilizatória do poder público, e da produção legislativa da década de 1920. Tais esforços resultaram na promulgação do Código de Menores de 1927⁶⁸. Nesse aspecto, interessante notar o apelo à misericórdia presente nos discursos de parlamentares que discutiam a elaboração do Código Mello Mattos à época:

“[Trecho do discurso de Alcindo Guanabara] São milhares de indivíduos que não recebem senão o mal e que não podem produzir senão o mal. Basta de hesitações! Precisamos salvar a infância abandonada e preservar ou regenerar a adolescência, que é delinquente por culpa da sociedade, para transformar

⁶⁶ SCHWARCZ, *op. cit.* p. 12.

⁶⁷ RIZZINI, *op. cit.* p. 110-115.

⁶⁸ RIZZINI, *op. cit.* p. 28-45.

essas vítimas do vício e do crime em elementos úteis à sociedade, em cidadãos prestantes, capazes de servi-la com o seu trabalho e de defendê-la com a sua vida”⁶⁹



FIGURA 1: Representação de Mello Mattos em uma charge em 1927 (Fonte: Westin, 2016)

“[Trecho do discurso de Lopes Trovão] Ao Estado se impõe lançar olhos protetores, empregar cuidados corretivos para a salvação dos pobres menores que vagueiam a granel, provando nas palavras que proferem e nos atos que praticam não ter família. Se a têm, esta não lhes edifica o coração com os princípios e os exemplos da moral”⁷⁰

A expressão *menor* presente Código de Menores de Mello Mattos de 1927 é um recorte específico que remete tanto ao *delinquente* - o menor de idade que comete delitos - quanto à pessoa menor de idade *abandonada*, e que vive, portanto, *em situação irregular*. Assim, a legislação brasileira

⁶⁹ WESTIN, Ricardo (org.). Arquivo S: O Senado na História do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016. p. 88.

⁷⁰ *Ibid*, p. 86.

estabelece as possibilidades de intervenção sobre a infância com base no binômio carência-delinquência. A utilização de figuras de tipo penal aberto abre margens à incidência do controle social e penal sobre comportamentos que não necessariamente estão vinculados ao cometimento de delitos⁷¹. Os critérios que caracterizam a situação de abandono do menor ilustram essa dinâmica, autorizando expressamente a institucionalização de crianças e adolescentes pobres, destituídos de meios de subsistência e habitação certa, frequentadores ou praticantes de atos “contrarias á moral e aos bons costumes”⁷², “excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem”⁷³, ou ainda vítimas de violência física e psíquica no âmbito familiar. O Código denominava estes de “expostos” (crianças até 7 anos de idade), “abandonados” (crianças e adolescentes até 18 anos de idade), “vadios” (crianças em situação de rua), “mendigos” (crianças que pedem esmolas ou vendem coisas nas ruas) e “libertinos” (crianças que “frequentam prostíbulos” e são exploradas sexualmente)⁷⁴. Assim, restam estabelecidas as bases para o fortalecimento de uma política de intervenção pautada pela indistinção no tratamento conferido às crianças e adolescentes que efetivamente cometem atos infracionais, e àqueles que se encontram em situação de vulnerabilização social.

A figura do delincente também pode ser compreendida como uma herança do *correccionalismo* espanhol, para o qual o infrator é um ser débil, cuja vontade defeituosa se fazia manifestar pelo delito. Nesse caso, o critério fundamental de punibilidade não se fixa tanto na intenção do

⁷¹ SARAIVA, João Batista Costa. Adolescentes e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 39-43.

⁷² BRASIL, 1927. DECRETO Nº 17.943-A DE 12 DE OUTUBRO DE 1927. *Consolida as leis de assistencia e protecção a menores*. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso em 20 jul 2021. Artigo 26, VII, c).

⁷³ *Ibid.* Artigo 26, VII, d).

⁷⁴ *Ibid.* Capítulo III “Dos Infantes Expostos” e Capítulo IV “Dos Menores Abandonados”.

sujeito, mas sim no perigo que ele representa para a sociedade. Por isso, ainda que o delinquente juvenil seja representado como um dos principais inimigos da nação, ele não deixa de ser percebido como um ser débil e inferior, a quem devem ser dirigidas medidas com o objetivo de reabilitar e reeducar. A figura do menor infrator obedece ao modelo tutelar de intervenção, na qual a intervenção ocorre por meio do castigo, cuja finalidade última será corrigir o comportamento de um sujeito debilitado⁷⁵. Nesse aspecto, ambas as políticas – recolhimento dos expostos e abandonados; punição e internação dos delinquentes – são atravessadas pelo temor civilizatório e os apelos à misericórdia piedosa e salvacionista. Em ambos os casos, a institucionalização será a medida aplicada na maioria absoluta dos casos.

Além de legislação especializada, o Brasil também vive a criação dos primeiros Tribunais de Menores, instituição a qual não era atribuído caráter repressivo, mas eminentemente educativo. Esta é uma perspectiva compartilhada em diversas outras localidades ao redor do mundo, durante o momento de estruturação da Justiça Juvenil à nível global, ocorrida entre os anos 1905 e 1921. O *Child Savers Movement*, por exemplo, constitui esse grupo de reformadores empenhados em “salvar as crianças” nos Estados Unidos, articulando ao final do século XIX a criação de um conjunto de instituições correcionais de caráter *especial*, destinadas ao etiquetamento, processamento e gestão da juventude criminalizada⁷⁶.

Por fim, é possível traçar alguns paralelos entre os sentidos de salvacionismo nestes diferentes contextos: a ascensão e o fortalecimento destes discursos nos Estados Unidos e na Europa, por exemplo, é descrita como decorrência da suposta indignação moral da sociedade frente às

⁷⁵ RIZZINI, *op. cit.* p. 80

⁷⁶ PLATT, Anthony M. *The Child Savers: The Invention of Delinquency*. 40. ed. United States of America: The University of Chicago, 2008.

condições a que estavam submetidos jovens infratores privados de liberdade, que na época compartilhavam o espaço de institucionalização com adultos encarcerados. No contexto brasileiro, coube à Justiça Juvenil a tarefa de *cura das almas* e de *profilaxia social*. O juiz converte-se em um autêntico médico penal: carinhoso e indulgente, porém, detentor de um grande poder de castigar. Este magistrado não era movido pelas mesmas finalidades que o juiz penal clássico; por isso, ele também não está condicionado às mesmas garantias e princípios aplicados ao direito penal adulto. A necessidade de prevenção e tratamento do menor “paciente” suplantam todos os sentidos e possibilidades de limitação do poder de punir e controlar essa parcela da população.

Considerações finais

A literatura sociojurídica que trata do processo de constituição histórica do sistema de responsabilização juvenil confere grande enfoque ao caráter misericordioso dos seus discursos político-institucionais. O argumento para a “proteção” (recolhimento, salvação) do menor representa um salto, ou “combo afetivo”, entre indignação e misericórdia, como visto, sentimentos um tanto contraditórios desde o ponto de vista de quem os sente. Assim, a misericórdia acaba servindo como porta voz de uma outra emoção, tão ou mais importante que esta: o ódio. Esta parece ser a base do modelo de debate aqui analisado: o despertar dos sentimentos de dissociação em relação ao outro não particularizado (“menor”), que encontra fundamento em no *logos* calcado em premissas eugenistas, reconhecidas como saberes científicos na época, e constantemente reforçado pelo *ethos* médico-jurídico de seus oradores. Pois é sob o pretexto de proteger que se aplica uma punição cada vez mais severa, e muitas vezes mais gravosa do que aquela aplicada aos adultos, pelo cometimento dos mesmos atos.

O uso do apelo à misericórdia serve como justificativa para a punição, enquanto outros afetos balizam a descoberta. A dissociação em relação ao outro não particularizado articula-se a partir do reconhecimento de uma característica de inferioridade biológica e moral da infância preta e pobre. Estabelecida a inferioridade pelo *logos* eugenista, é possível ao *ethos* médico-jurídico (e porque não masculino e branco) - que também teve a sua autoridade conferida a partir desse *logos* - despertar sentimentos de medo e misericórdia na sociedade, configurando o movimento salvacionista na infância. Os discursos desse período, conforme demonstra a história, são repletos de argumentos emotivos que apelam ao pathos do medo ("é necessário salvar a nação da infância") e ao pathos da misericórdia ("é necessário salvar a infância de si mesma").

Parece estranho referir "infância preta e pobre" quando dificilmente encontramos falas da época mencionando essas características - em especial, o aspecto racial. Contudo, é justamente neste ponto que entra outro elemento característico do *odium*: o seu direcionamento ao outro não particularizado, neste caso, a figura do "menor". Nesse sentido, é necessário retomar toda a construção histórica do controle social e penal sobre a infância para compreender por que essa expressão não se refere apenas a "menor de idade", mas sim, a um grupo social muito bem definido. E é por conta desta construção que, atualmente, o termo menor parece ganhar "vida própria": espécie de carga somática produzida a partir da sobreposição histórica de todos estes elementos emotivos e ditos "racionais".

O apelo ao menor seria construído no espaço entre as falácias *ad hominem* e *ad odium*. Quando surge no debate, ele é capaz de mobilizar tendências, autorizando o controle formal e informal sobre uma determinada infância e adolescência, seja para reforçar o rigor punitivo no caso daqueles que cometem atos infracionais (a figura do menor-

delincente); seja para autorizar o controle sobre a vulnerabilidade (a figura do menor-abandonado). Em relação a esta última categoria, a misericórdia que lhe é dirigida parece assumir a forma de simpatia descrita por Hume, em suas dimensões de "simpatia-amor" e "simpatia-ódio": por um lado, a compaixão é despertada diante da criança exposta e abandonada; por outro lado, o ódio surge quando estes são reconhecidos como menores.

Diante da complexidade do tema, a discussão proposta pelo ensaio acaba ultrapassando o questionamento inicial acerca do uso falacioso do apelo à misericórdia. Considerando as categorias apontadas por Walton (1997) e descritas na Tabela 3, os critérios de "presunção inapropriada" e "equilíbrio" apresentam os caminhos mais adequados para demonstrar que, naquele contexto, a misericórdia foi utilizada como artifício para fortalecer a institucionalização como resposta justificável, única e necessária à "questão do menor". Assim, ódio, indignação e misericórdia são mobilizados de maneira constante, pelo *logos* e *ethos* fundamentados em paradigmas higienistas e eugenistas, articulando o "debate" no qual as partes mais interessadas (crianças e adolescentes alvos de institucionalização e seus familiares) sequer participavam na condição de interlocutores. Estas subjetividades foram excluídas dos espaços de argumentação e construção dialética, em um momento da história no qual "apresentar os dois lados da equação" não era uma possibilidade real.

Referências

- ARISTÓTELES. Retórica das paixões. Prefácio de Michel Meyer. Tradução de Isis Borges B. da Fonseca. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ARISTÓTELES. Retórica. Tradução do grego Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015.
- BEAUVOIR, S. DE. O segundo sexo. 2a ed. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

- BRASIL. Decreto nº 17.943-A, de 12 de Outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores, as quais ficam constituindo o Código de Menores. Rio de Janeiro, 1927. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em set 2020.
- CAPALDI, Nicholas. Hume's Place in Moral Philosophy. New York: Peter Lang, 1992
- CIFALI, Ana Cláudia. As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Porto Alegre. 2019.
- COLLINS, Rendall. Quatro Tradições Sociológicas. Editora Vozes: Rio de Janeiro, 2009.
- DAMÁSIO, António R. O erro de Descartes: Emoção, Razão e o Cérebro Humano. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- DESCARTES, René. Meditações sobre filosofia primeira. Brasília: Editora da Unicamp, 2004 [1641].
- FIGUEIREDO, Maria Flávia. A retórica das paixões revisitada. In: MANFRIM, A. P.; LUDOVICE, C. B. A.; FIGUEIREDO, M. F. *O texto: corpo, voz e linguagem*. Franca: Unifran, 2018. (Coleção Mestrado, 13). p. 141-148
- FIGUEIREDO, Maria Flávia; VIDAL, Geraldo Ramirez; FERREIRA, Luiz Antonio (org.). *As Paixões em Aristóteles*. 1. ed. São Paulo: Foco: linguística do texto e do discurso, 2017, v. 2.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo Negro Caído No Chão: O Sistema Penal E O Projeto Genocida Do Estado Brasileiro*. Brasília: Dissertação de Mestrado, UNB, 2006.
- FORTINO, Carla (Org). *O Livro da Filosofia*. São Paulo: Editora Globo, 2011.
- GALINARI, Melliandro Mendes. Logos, Ethos e Pathos: “três lados” da mesma moeda. *Alfa*, São Paulo, 58 (2), pp. 257-285, 2014.
- HAMBLIN, Charles L.. *Fallacies*. London: Methuen CO. LTD, 1970.
- HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial (1988). *Cadernos Pagu*, n.5, 1995, p.07-41.

- HUME, David. *A Treatise of Human Nature* (1888). Oxford: Clarendon Press, 2007.
- LEBRUN, Gerárd. O conceito de paixão. In: CARDOSO, Sérgio (org). *Os Sentidos da Paixão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 17-35.
- LOCKE, John. *An Essay Concerning Human Understanding* (1960). London: Dent, 1961.
- MENEZES E SILVA, Christiani Margareth de. O papel das emoções na Retórica de Aristóteles. *Aisthe*, v. 4, n. 6, 2010, ISSN 1981-7827, p. 106-114.
- MEYER, Michel. *A retórica*. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007.
- MEYER, Michel. Aristóteles ou a retórica das paixões. (Prefácio). In: ARISTÓTELES. *Retórica das paixões*. Tradução de Isis Borges B. da Fonseca. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. XVII-L1.
- MONCORVO FILHO, Arthur. *Histórico de protecção á infância no Brasil (1500-1922)* 2 ed. Rio de Janeiro: Empresa Gráfica, 1926, p. 134.
- PLANTIN, Christian. *Les bonnes raisons des émotions: principes et méthode pour l'étude du discours émotionné*. Berne: Peter Lang, 2011
- PLATT, Anthony M. *The Child Savers: The Invention of Delinquency*. 40. ed. United States of America: The University of Chicago, 2008.
- RIZZINI, Irene. *O Século perdido. Raízes Históricas das Políticas Públicas para a Infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2011.
- RODRIGUES, Raimundo Nina. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*. Salvador: Livraria Progresso, 1957, p. 114.
- ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac. *Retórica e Argumentação Jurídica: Modelos em Análise*. Curitiba: Alteridade, 2018.
- ROTTERDAM, Erasmo. *Elogio da Loucura*. Tradução de Paulo Neves. L&PM Pocket (e-book).
- ROUANET, Sérgio Paulo. Razão e Paixão. In: CARDOSO, Sérgio (org). *Os Sentidos da Paixão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 17-35.

- SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. O lugar das emoções no discurso jurídico. In: Retórica e Argumentação jurídica: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 151-178.
- SANTOS, Marcelo Fernandes Pires dos. RETÓRICA, TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E PATHOS: O PROBLEMA DAS EMOÇÕES NO DISCURSO JURÍDICO. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UnB). Brasília. 2015.
- SARAIVA, João Batista Costa. Adolescentes e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- SCHUCMAN, Lia Vainer. Entre o “encardido”, o “branco” e “branquíssimo”: raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana. São Paulo: Tese de Doutorado do Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, 2012.
- SCHWARCZ, L. K. M.. O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil: 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SILVA SANCHEZ, M J. M. El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997.
- DA SILVEIRA, Renato. Os selvagens e a massa: papel do racismo científico na montagem da hegemonia ocidental. Afro-Ásia, n. 23, 2000.
- SKIDMORE, T. Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.
- SMITH, Adam. The Theory of Moral Sentiments (1959). Prometheus Books, 2000.
- SPOSATO, Karyna Batista. Direito Penal de Adolescentes: Elementos para uma Teoria Garantista. São Paulo: Saraiva, 2013.
- WATZ, Issac. Logic: or the right use of reason in the inquiry after truth. Boston: West & Richardson, 1842, p. 242
- WESTIN, Ricardo (org.). Arquivo S: O Senado na História do Brasil. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514443/001078037_Arquivo_S_v2.pdf?sequence=8&isAllowed=y. Brasília: Senado Federal, 2016.

WALTON, Douglas. Appeal to pity: *argumentum ad misericordiam*. Albany: State University of New York Press, 1997.

WALTON, Douglas. The place of emotion in argument. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 1992.

ZAMORA, M. H. Conselhos tutelares: defesa de direitos ou práticas de controle das famílias pobres? In: BRANDÃO, E. P. (Org.). Atualidades em psicologia jurídica. Rio de Janeiro: Nau, 2016.

Da *dispositio* na retórica jurídica: perspectiva do arranjo de uma inicial de ADPF

Marcio Felix Jobim ¹

1. Introdução

Tonio Walter sintetiza, com precisão, o dilema de qualquer que se aventure a escrever algum texto, seja forense, acadêmico ou literário: “*Um dos dois deve se atormentar, não há outro caminho: ou o escritor que luta para fazer o escrito inteligível e agradável; ou o leitor que se atormenta em fazer o escrito ilegível e incompreensível legível e compreensível*”².

Sem prometer facilidade, a retórica oferece ao interessado em redigir textos argumentativos algumas diretrizes que aliviam este fardo de busca de inteligibilidade na comunicação, apoiando-se em quatro pilares: a *inventio*, que trata da descoberta dos argumentos, para os quais importarão o *logos*, o *ethos* e *pathos*; a *dispositio (taxis)*, que cuida do arranjo, da ordem do discurso; a *elocutio*, que se preocupa com a melhor redação do discurso; e a *actio*, que é propriamente o ato de proferi-lo³.

Este artigo tem por objeto específico o estudo da função e da estrutura *dispositio* no discurso jurídico escrito e divide-se em duas partes: na primeira, será demonstrado que a *dispositio*, além de ser elemento inseparável do discurso, manifesta a própria estrutura do pensar humano;

¹ Advogado. Mestre em Direito (UFRGS). Doutorando em Direito (UFRGS). marcio@jobimesalzano.com.br

² A tradução é livre. No original, lê-se: “Einer von beiden muss sich quälen, kein Weg führt Dara vorbei. Entweder ist es der Schreibende, der sich abmüht, damit das Geschriebene verständlich und angenehm zu lesen sei. Oder es ist der Leser, der sich quält, Unverständliches und Unlesbares doch zu lesen und doch zu verstehen.” WALTER, Tonio. *Kleine Stilkunde für Juristen*. 2. Auflage. München: C. H. Beck, 2009, p.1.

³ Para uma introdução ao sistema retórico, ler FERREIRA, Luiz Antonio. *Leitura e persuasão. Princípios de análise retórica*. São Paulo: Editora Contexto, 2020, p. 60-144.

assim como analisadas as partes do discurso; *na segunda*, será estudado o arranjo de uma petição inicial de uma ADPF, analisando-se especificamente a petição da ADPF 54, de lavra do então advogado e professor Luís Roberto Barroso.

Considerando que há três gêneros de retórica, a saber, o deliberativo (ou político), o judicial (ou forense) e o epidíctico (ou cerimonial)⁴, digno de atenção que este tipo de ação, por ser espécie de controle de constitucionalidade, terá, necessariamente, uma retórica de dupla natureza⁵, com elementos que tanto incorporam a forense, com a solução de um determinado caso jurídico, quanto a política, com o estabelecimento de um padrão de legitimidade prospectiva, próprio do gênero deliberativo.

2. Elementos teóricos da *dispositio*

Os elementos teóricos da *dispositio* serão analisados sob o aspecto da funcionalidade (ou para que serve?) e sob o aspecto da estrutura (ou como se divide?). Virginia Woolf afirmou que: “*É ao grego que voltamos quando estamos cansados da vagueza, da confusão e da nossa época*”⁶. Esse pensamento serve de fio condutor desta primeira parte do trabalho, tanto no que diz respeito à busca etimológica para ganho de compreensão sobre sua função, quanto pelo retorno ao estagirita e à sua retórica clássica para se divisar a estrutura do discurso.

⁴ ARISTOTELES. Retórica, I, 1358b.

⁵ Isso não exclui a possibilidade de esta espécie de ação incorporar elementos da retórica epidíctica (cerimonial); antes que, em razão do seu escopo, o epidíctico poderá ser agregado ao discurso como um elemento contingente, no entanto, os elementos do discurso forense e deliberativo serão, em razão do tema discutido e dos seus efeitos, necessários à ação.

⁶ No original: “(...) and it is to the Greeks that we turn when we are sick of the vagueness, of the confusion, of the Christianity and its consolations, of our own age.” WOOLF, Virginia. On not knowing greek. In: The common reader. First series. Harcourt Brace Jovanovich, Year: 1925, p. 17.

2.1 Da sintática à tática discursiva

A retórica surge dentro de um contexto de contenda, de discussão, de debate público na *polis*⁷. Ela representa um avanço civilizatório, porque o ser humano troca o uso da força física pelo uso da força das palavras. Perelman/Olbrechts-Tybeca⁸, reconhecendo este câmbio da violência pelo *logos*, afirmam: “O recurso à argumentação supõe o estabelecimento de uma comunidade dos espíritos que, enquanto dura, exclui o uso da violência”.

No entanto, ninguém entra numa briga para perder, de modo que é legítimo àqueles dispostos a argumentar utilizar-se de estratégias para arranjar seu discurso de modo a ser mais persuasivo.

A *dispositio* é termo latino que corresponde à palavra grega *taxis* [τάξις], que nos remete diretamente a termos como taxologia/taxologia, que é o estudo das classificações sistemáticas. Retornando ao sentido original da *taxis* que corresponde grego ao termo latino *dispositio*, ganha-se inteligibilidade sobre a função da organização discursiva.

Taxis [τάξις], originalmente, significa o arranjo no sentido militar, de organização da disposição do exército numa guerra⁹, dela derivando a palavra inglesa “*tactics*”, a portuguesa “*tática*”.

Registra-se que o uso de uma expressão relativa à guerra e à disputa para a prática argumentativa não é algo incomum, ao contrário, nossa linguagem argumentativa está permeada de expressões que conotam guerra, disputa. George Lakoff, no “*Metaphors we live by*”, livro no qual

⁷ Hannah Arendt descreve: “Na experiência da pólis, que tem sido considerada, não sem razão, o mais loquaz dos corpos políticos, e mais ainda na filosofia política que dela surgiu, a ação e o discurso separaram-se e tornaram-se atividades cada vez mais independentes. A ênfase passou da ação para o discurso, e para o discurso como meio de persuasão e não como forma especificamente humana de responder, replicar e estar à altura do que aconteceu ou do que foi feito. Se político, viver em uma polis, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não força e violência”. ARENDT, Hannah. A condição humana. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 32.

⁸PERELMAN, Châim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação. A nova retórica. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 61.

⁹ LIDDELL, Henry George & SCOTT, Robert. An Intermediate Greek-English Lexicon. Oxford, Clarendon Press, 2000.

defende a tese de que o pensamento metafórico é um mecanismo mental fundamental pelo qual nós expandimos nosso conhecimento, de coisas que conhecemos para além delas, sendo estrutural da nossa mentalidade, elenca algumas destas expressões que associam um argumento/discussão à guerra:

- Suas reivindicações são indefensáveis.
- Ele atacou todos os pontos fracos do meu argumento.
- Suas críticas acertaram no alvo.
- Eu demoli seu argumento.
- Eu nunca ganhei uma discussão com ele.
- Você discorda? Ok, atire!
- Se você usar essa estratégia, ele vai acabar com você.
- Ele rejeitou todos os meus argumentos¹⁰.

Jhering, notoriamente, representou a praxe e a argumentação jurídica como uma zona de guerra: “o objetivo do direito é a paz, o meio para ela é a luta. (...) A vida do direito é luta, uma luta de povos, de governos, de classes, de indivíduos”¹¹.

Bom, identificada sua etimologia, a *taxis/dispositio* é mais uma destas expressões bélicas que associamos à argumentação, constituindo-

¹⁰ No original, lê-se:

- “- Your claims are *indefensible*.
- He *attacked every weak point* in my argument.
- His criticisms were *right on target*.
- I *demolished* his argument.
- I’ve never *won* an argument with him.
- You disagree? Okay, *shoot!*
- If you use that *strategy*, he’ll *wipe you out*.
- He *shot down* all of my arguments.” LAKOFF, George; JOHNSON, Mark. *Metaphors we live by*. Chicago: The University of Chicago Press, 2003, p. 4.

¹¹ No original, lê-se: “Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf. (...) Das Leben des Rechts ist Kampf, ein Kampf der Völker, der Staatsgewalt, der Stände, der Individuen”. JHERING, Rudolf von. *Kampf um’s Recht*. Propyläen Verlag, Berlin, Propyläen Verlag, 1992, p. 61.

se na *organização tática* do discurso, que visa dar maior inteligibilidade ao argumento a fim persuadir os ouvintes.

No entanto, esta regra ordenadora do discurso – *taxis/dispositio* – é uma concreção de um princípio racional de ordenação imanente ao pensamento humano e a linguagem humana.

No aspecto mais elementar, no de organização do pensamento, a gente realiza duas coisas num ato de elocução declaratório: 1) nós apontamos uma coisa no mundo e 2) nós dizemos algo sobre esta coisa. Na teoria da proposição, isso equivale a qualificar a função referencial, pela qual se indica alguma coisa do mundo, e a função predicativa, pela qual se fala algo desta alguma coisa identificada no mundo.

Por exemplo: “Este corvo é preto”.

Nele, indica-se algo no mundo – a referência a um determinado corvo – e diz-se algo sobre ele, *in casu*, a negrura ao corvo.

Pode-se resumir, de forma ainda mais sintética, esta teoria da predicação: “Dizer algo sobre algo”, em que o “dizer algo” representa a função predicativa e o “sobre algo” a referencial.

Esta abordagem referente à ordenação do pensamento tem seu correlato normativo na gramática, correspondendo à sintaxe (*sintaxis*), que nada mais é do que as regras de ordenação e de estruturação de uma oração.

Voltando ao exemplo, seria pouco inteligível uma construção desorganizada mesmo de uma oração, tal como: “preto este é corvo”.

O ponto é que *esta estrutura fundamental de uma simples oração* (“falar algo de algo”- com suas funções referencial e predicativa), *vai se transmitir*, ou se expandir para a própria organização do discurso.

Neste sentido, Aristóteles vai tratar a *dispositio/taxis* insistindo na simplicidade, ao afirmar que um discurso detém duas partes essenciais:

“São duas as partes do discurso. É forçoso enunciar o assunto de que se trata e depois proceder à sua demonstração”¹².

Há uma correspondência entre estas partes essenciais do discursivo (“*enuniação do assunto*” e “*sua demonstração*”, para Aristóteles) e as partes essenciais de uma oração (nome – função referencial, e um predicado, com função predicativa). Assim, a primeira parte de um discurso identifica um assunto, delimita um problema, tal como um *onoma*/nome identifica um objeto (ambos referem-se), e a segunda parte diz algo sobre este assunto, fazendo sua demonstração, da forma análoga como o predicado diz algo sobre o sujeito.

O ponto é que este elemento ordenador, seja de uma oração, seja de um discurso, é o mesmo: a *taxis*, ou como conhecemos pela via latina, a *dispositio*, que visa a dar inteligibilidade ao que comunicamos.¹³

2.2 Das partes do discurso e suas funções

Entendendo a retórica, como Aristóteles o faz, quer dizer, como “a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir”¹⁴, fica-se mais cético em relação à busca de uma ordenação rígida e inflexível aos discursos. Isso, pois a ordem irá depender do conjunto de circunstâncias que rodeiam o caso: a complexidade, o grau de conhecimento do auditório, das intenções do redator e do próprio estágio do debate.

¹² Retórica, III, 1414a; ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 227.

¹³ Assim, esta *taxis*/dispositio representa um elemento de racionalidade fundamental do *pensamento* humano, tanto no que diz respeito à ordenação de proposições, quanto no que diz respeito à ordenação de discursos, no sentido de que antes de organizar um discurso, temos que aprender a ordenar uma sentença. E aprende-se a ordenar sentenças desde que se nasce, pelo processo de aquisição da língua materna. Neste sentido, registre-se que Noam Chomsky, linguista norte-americano, defende que esta estrutura fundamental da gramática seria universal, quer dizer, qualquer linguagem humana obedeceria estas normas de expressividade, que, além de organizar o processo comunicacional, constituem o próprio pensamento humano, ou seja, organizam a forma como o ser humano pensa. CHOMSKY, Noam. Syntactic structures. New York: Mouton de Gruyter, 2002.

¹⁴Retórica, 1355b. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 95.

Apesar de sustentar a correção da versão minimalista da *dispositio/taxis*, composta de duas partes, Aristóteles vai conceder que, apesar de não necessário, se poderia dividir o discurso em, no máximo, quatro partes¹⁵, que serão logo exploradas.

No entanto, este estudo deve ser precedido da análise da divisão binária elementar da organização discursiva.

Aristóteles fala que *é preciso enunciar o assunto/a ação [πράγμα] e proceder sua demonstração [ἀποδείκνυμι]*, e que seria ineficaz tanto provar algo que não fora exposto, quanto expor algo que não viesse a ser provado.

A *primeira* destas partes ele denomina de *exposição* (πρόθεσις¹⁶: I. a *placing in public*;— of a corpse, *the laying it out*, 2. Public notice; 3. A statement of a case. Colocação em público; de um cadáver, colocando-o para fora); a *segunda* destas partes ele denomina de *demonstração* (πίστις¹⁷: I. *trust in others, faith*, Lat. fides, fiducia; II. That which gives confidence, hence, a means of persuasion, an argument, a proof, such as used by orators).¹⁸

Com a finalidade de fugir da tradição logocêntrica, πίστις poderia ser traduzido não por prova ou demonstração, mas por *argumento* – tal como

¹⁵ Retórica, 1414b. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 278.

¹⁶ LIDDELL, Henry George & SCOTT, Robert. An Intermediate Greek-English Lexicon. Oxford, Clarendon Press, 2000.

¹⁷ LIDDELL, Henry George & SCOTT, Robert. An Intermediate Greek-English Lexicon. Oxford, Clarendon Press, 2000.

¹⁸ E aí Aristóteles faz uma analogia entre estas duas partes do logos retórico [πρόθεσις/[πίστις], que são o caminho de um argumento retórico, com as partes de uma silogismo demonstrativa [problema/demonstração: πρόβλημα/ἀπόδειξις] que são o caminho do argumento demonstrativo.

A importância de verificarmos o sentido do termo grego que Aristóteles usa para a prova/o argumento no discurso retórico, em contraste com a demonstração no discurso silogístico, decorre do fato que fica mais claro a relação de confiança, de crença em algo palpável (não uma crença metafísica, de *pistis* decorre *episteme*/conhecimento científico) que funda a prova retórica, confiança que é construída – como ele deixa claro anteriormente – pelo conjunto de provas lógicas (logos) e afetivas (pathos e ethos) à disposição do orador.

na melhor tradução de língua inglesa¹⁹ –, ou mais precisamente, um “argumento persuasivo”, quer dizer um argumento que serve à persuasão, que leva alguém a acreditar, o que torna seu sentido mais flexível e próximo do original.

Apesar de Aristóteles reafirmar que as partes necessárias dos discursos retóricos – chegando a chamar de ridículas algumas distinções (e.g., uso de narração, refutação, etc.²⁰), ele concede que poderia haver 4 seções discursivas: 1. O proêmio (προοίμιον/exórdio); 2. Exposição (πρόθεσις/propositio); 3. Argumentação (πίστις/argumentatio); 4. Epílogo (ἐπίλογος/peroratio ou conclusio)²¹, as quais passam a ser analisadas.

1. O proêmio (προοίμιον/exórdio)

Um proêmio deve facilitar a vida do auditório e tem, pelo menos, quatro funções: (i) deve ser interessante para capturar a atenção do auditório, (ii) deve apresentar uma síntese do discurso e (iii) deve apresentar o caminho que será seguido; e (iv) deve demonstrar a finalidade do discurso.

Em relação ao primeiro ponto, Aristóteles afirma que o proêmio pode servir para *obter a benevolência, suscitar a cólera ou atrair ou dispersar a atenção do auditório* – a depender da finalidade do discurso. Isso, no entanto, se adequa a um leitor/ouvinte de pouco valor (*faulos*), que presta atenção mais a aspectos externos do discurso do que os internos. Por isso,

¹⁹ ARISTOTLE. Rhetoric. Tradutor: ROBERTS, W. Rhys. In: ARISTOTLE. The complete works of Aristotle. Vol. II. Org.: BARNES, Jonathan. Princeton University Press, 1995.

²⁰ Retórica, 1414b. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 278.

²¹ Registra-se que a retórica latina distinguiu mais duas partes da dispositio: entre a exposição e a argumentação a partitio/enumeratio/divisão (com a enumeração dos argumentos das partes) e entre a argumentação e o epílogo a reprehensio/refutação.

volta a asseverar que, para um leitor/ouvinte atento, sequer um proêmio seria necessário, salvo para que um corpo tenha cabeça²².

Em relação à segunda função, Aristóteles afirma que o *proêmio*, sobretudo nos discursos judiciais, precisa *antecipar* (*πρόοιδα*) “uma amostra do conteúdo do discurso” para que o entendimento do auditório não fique no ar, pois “o indefinido causa dispersão”. Por isso, deve-se entregar o início “*como que na mão do auditório*” para que este acompanhe o discurso²³.

Em relação à terceira função, Aristóteles diz que o proêmio é um fazedor de caminhos (*ὁδοποιῆσις*), quer dizer ele roteiriza, dá a *rota* ao discurso, *indicando também a direção*. Aristóteles relembra que o proêmio tem função similar ao do prólogo, na poesia dramática, e do prelúdio na música²⁴.

Em relação à última função, de demonstrar a finalidade (*telos*) do discurso, para Aristóteles seria sua tarefa mais necessária e própria, evidenciar “*qual a finalidade daquilo sobre que se desenvolve o discurso*”²⁵.

Em relação aos discursos deliberativos, Aristóteles assevera que, apesar de se basearem nos forenses, eles sequer precisariam de proêmio/introdução, visto que “*o discurso deliberativo versa sobre algo que o auditório tem conhecimento*”²⁶.

²² Retórica, 1415b. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 282.

²³ Retórica, 1415a. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 281.

²⁴ Retórica, 1414b. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 279. Convém registrar que a *dispositio* tem importância na música, obedecendo a composição normas similares ao arranjo discursivo: música e retórica faziam parte das 7 artes liberais da idade média, de forma que um músico, por sua formação, era também letrado em retórica. Assim, o discurso musical – que também é uma linguagem – se assemelha ao discurso retórico, sobretudo na música erudita clássica, cujas tramas sonoras são caracterizadas por um início, um desenvolvimento e um fim. Não temos um ouvido treinado para ouvir, mas se tivéssemos iríamos reconhecer nos prelúdios algum tema, também chamado de argumento, que, ao curso da música, irá ser desenvolvido, geralmente por um conjunto de argumentos e contra-argumentos, chegando num epílogo, com uma síntese do que foi composto.

²⁵ Retórica, 1415a. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 281.

²⁶ Retórica, 1415b. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 283.

2. Exposição (πρόθεσις/propositio)

A exposição, também chamada de narração (διήγησις)²⁷, é o momento do discurso em que o caso/os fatos serão expostos.

Ela é composta de dois elementos: (i) um atécnico (exterior à técnica), pois o orador não é a causa dos fatos; (ii) um técnico, que consiste em demonstrar “*quer que a ação se realizou, caso não seja credível, quer que ela foi de determinada qualidade ou ordem de grandeza, ou tudo isso ao mesmo tempo*”²⁸. Maria Pia Ellero lê esta orientação de Aristóteles, em relação aos aspectos técnicos da redação da narração, sob a perspectiva de que o orador “*é responsável pela interpretação e pelo grau de credibilidade que vai imprimir à narração*”²⁹.

E uma boa exposição/narração deve realizar três virtudes: (i) deve ser clara; (ii) deve ser breve; (iii) deve ser verossímil.

A *clareza*, além de ser um problema de linguagem a cargo da *elocutio*, também é um encargo do plano narrativo. Nesse sentido, Bernard Meyer ressalta que a concepção do plano terá um proveito tanto ao emissor, visto que o obriga a organizar melhor as ideias, quanto ao receptor, que será destinatário de ideias mais claras, em que o propósito restará melhor evidenciado³⁰.

Em relação a esta narrativa cronológica dos fatos, Meyer vai desaconselhar um *histórico linear dos fatos*, como um *timeline* narrativo, em razão do risco de monotonia e uso repetitivo de conectores; ele aconselha romper esta linearidade passado remoto/passado

²⁷ Retórica, 1416b. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 286.

²⁸ Retórica, 1416b. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 286.

²⁹ ELLERO, Maria Pia. Retorica: guida all'argomentazione e alle figure del discorso. Roma: Carocci, 2017, p. 105.

³⁰ Neste sentido, afirma Bernard Meyer: “Em suma, do ponto de vista do destinatário, o plano será útil por sua clareza, e pela definição dos encadeamentos; o emissor, por sua vez, terá meios de tornar-se mais eficaz graças ao rigor e à lógica que tentará demonstrar”. MEYER, Bernard. A arte de argumentar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 68.

recente/presente futuro, para esta ordem: presente/passado remoto/passado recente/futuro, o que sensibilizaria para a situação atual (foco inicial) e daria um segundo rosto, de explanação do lime causal: fato – causas – consequências/objetivos³¹.

Aristóteles já atentava para isso, e recomendava não ser conveniente narrar tudo de forma seguida, pois este tipo de demonstração é difícil de reter na memória³².

Sobre a *extensão da narração* (ii. *brevidade*), François Martineau³³ diz que uma das qualidades que uma narração deve ter é a brevidade. Aristóteles, no entanto, sustenta que ela não deve nem ser curta, nem longa, deverá ter a justa medida: “*falar tanto quanto aquilo de que o assunto necessita para ficar claro*”; que não se deve “perder tempo com o que é aceite por todos”; que é necessário “*expor os fatos narrados na medida em que suscitam compaixão ou indignação, se descritos como atuais*”.³⁴

A *verossimilhança* é um requisito necessário para se obter apoio emocional do público à narrativa. Neste sentido, Aristóteles afirma que é necessário que a narração seja *ética e patética*: no primeiro sentido, que exprima um caráter moral, sendo o recurso mais hábil o demonstrar uma intenção, um propósito (προαίρεσις) moral na ação; no segundo sentido, a narração deve ser *patética*, no sentido de expor consequências e aspectos singulares do *caso que sejam próximas aos destinatários, acordando os afetos*.³⁵

Aristóteles esclarece que o *aspecto persuasivo* desta técnica de aproximar as consequências e aspectos singulares da vida dos destinatários decorre do fato de que “*as coisas que os ouvintes/leitores conhecem são*

³¹ MEYER, Bernard. A arte de argumentar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 72.

³² Retórica, 1416b. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 286.

³³ MARTINEAU, François. Argumentación Judicial del Abogado. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2009, p.269.

³⁴ Retórica, 1417a. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 287.

³⁵ Retórica, 1417b. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 288.

sinais, que permitem o conhecimento das que não se conhecem orientando o narrador a se apresentar como de *certa personalidade*, para que seja visto e reconhecido como tal, de forma discreta³⁶.

Ao final, registra Aristóteles que a narração seria de menor importância no gênero deliberativo, pois ninguém elabora uma narração sobre fatos futuros, salvo “*que seja sobre acontecimentos passados de forma que, se recordados se delibere melhor sobre os futuros*”³⁷

3. Argumentação persuasiva/Confirmação (Provas/argumento/*πίστις*/argumentatio)³⁸

A *πίστις* que corresponde à latina *argumentatio*, também é chamada de confirmação, é considerada a parte mais densa do discurso, por concentrar a exposição dos argumentos, das provas³⁹, que como já referido vão se basear na persuasão, baseadas na confiança criada a partir do *logos*, *pathos* e *ethos*.

As provas deverão ser demonstrativas (Ret., 289), não no sentido de serem exatas e científicas como no silogismo demonstrativo, mas no sentido de que seus fundamentos deverão ser organizados e devidamente explicados.

Uma questão que os retóricos se colocam quando da organização interna da confirmação é a ordem dos argumentos. François Martineau⁴⁰ expõe as três hipóteses de modo percuciente:

³⁶ Retórica, 1417b. ARISTÓTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 289.

³⁷ Retórica, 1417b. ARISTÓTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 289.

³⁸ Na retórica latina, entre a exposição/narração e a argumentação/confirmação, havia a previsão da chamada partitio/enumeratio/divisão que teria a função de apresentar os argumentos de ambas as partes, fixando o plano do debate. Sua unção facilmente absorvível pela parte argumentativa, e não tem aplicabilidade em todo e qualquer discurso, por exemplo, numa petição inicial, pois é desnecessário se antecipar a argumentos que ainda não apareceram, a chamada prolepsis. François Martineau a prestigia. Ver MARTINEAU, François. Argumentación Judicial del Abogado. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2009, fl. 283-287.

³⁹ FERREIRA, Luiz Antonio. Leitura e persuasão: princípios de análise retórica. 1ª ed. São Paulo: Contexto, 2010, P. 114.

⁴⁰ MARTINEAU, François. Argumentación Judicial del Abogado. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2009, p. 290-291.

- i) *Se todos os argumentos são sólidos: a ordem desimporta.* Conveniente propô-los separadamente sem insistir sobre cada um. Usar este *topos* (lugar comum): bastaria um dos argumentos para obter decisão favorável, mas a busca da verdade e o respeito ao juiz impõem que seja exaustivo;
- ii) *Se todos os argumentos são fracos,* também a ordem desimporta. Devem ser mencionados rapidamente, para que se apoiem, e gerem efeito pela quantidade⁴¹;
- iii) *Os argumentos têm peso desigual:* neste caso, a retórica clássica estabeleceu três ordens possíveis: a) ordem *crescente*, que consiste em colocar os argumentos mais sólidos no final do discurso, sofrendo-se o risco de se perder a credibilidade logo no início do discurso; b) ordem *decrecente*, pela qual se dispõem os argumentos mais fortes no início do discurso, com o risco de o orador ser lembrado pelo argumento mais fraco no final; c) ordem *nestoriana/homérica*, que consiste em deixar os argumentos mais fracos no meio, colocando, no início e no fim, os argumentos sólidos, tal qual a disposição dos soldados do rei Nestor no avanço aos muros de Troia (Canto IV da *Ilíada*) –outra metáfora bélica no campo da argumentação: organizar os argumentos como Nestor organizou os hoplitas numa investida contra Troia!⁴²

Perelman/Olbrechts-Tybeca⁴³ vão defender uma noção mais orgânica, de ordem dinâmica, no sentido de que os argumentos dependem do contexto em que apresentados, do auditório a que dirigido; os argumentos interagem uns com os outros, de forma que sua ordem deve

⁴¹ Quintiliano, no “Institutiones oratórias, V, 12”, disse o dano produzido por este tipo de arregimentação de argumentos fracos não será tal como o produzido por um raio, mas o por granizo: “Non será um rayo, pero al menos granizo”). Apud MARTINEAU, François. *Argumentación Judicial del Abogado*. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2009, p. 290.

⁴² “Na frente os cavaleiros, com corcéis e carros;

Os infantes atrás, aguerridos, inúmeros,

Baluartes da peleja; põe no meio os frouxos

À luta assim forçados, mesmo a contragosto”.

Ilíada, IV, 296-299. CAMPOS, Haroldo de. *Ilíada de Homero: Volume I. Tradução de Haroldo de Campos*. São Paulo: Mandarin, 2001.

⁴³PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação. A nova retórica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 528, *passim*. ELLERO, Maria Pia. *Retorica: guida all'argomentazione e alle figure del discorso*. Roma: Carocci, 2017, p. 115.

ser pensada para dar o máximo de força, de forma que se inicia com aquele cuja força seja a mais independente.

Aristóteles é breve em relação à ordenação dos argumentos retóricos, no caso, dos entimemas, silogismo retórico que parte de premissas prováveis⁴⁴, afirmando somente que “*É forçoso porém expor os entimemas não de forma contínua, mas intercalados. Se assim não for, prejudicam-se um aos outros, pois há também um limite na quantidade*”⁴⁵.

Ainda sobre os entimemas, Aristóteles dá duas dicas: não procurar entimemas sobre tudo⁴⁶ e, algumas vezes, é “*necessário modificar entimemas e fazê-los máximas*”⁴⁷. A finalidade da primeira observação parece ser a deixar o texto menos presunçoso e a da segunda um texto mais leve e fluído. Máximas são mais palatáveis, têm maior apelo.

Sobre a prova ética, Aristóteles afirma que, quando se dispõe de elementos demonstrativos, o caráter deve vir expresso no texto⁴⁸, quer dizer expresso na força do texto, jamais como uma auto louvação moral, o que pareceria odioso⁴⁹.

Aristóteles ainda afirma que o *pathos*, e o *ethos* não devem ser cumulados com um entimema: quando se suscitar uma emoção (*pathos*) não se deve fazer um silogismo, o que quebra a emoção ou será dito em vão; em relação ao *ethos*, deve ser evitado o uso de entimema quando o texto estiver expressando caráter moral, pois igualmente haverá um conflito perceptual no destinatário⁵⁰.

⁴⁴ Retórica 1355a6. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 93.

⁴⁵ Retórica 1418a7. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 290.

⁴⁶ Retórica 1418a7. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 290

⁴⁷ Retórica 1418b55. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 293.

⁴⁸ Retórica 1418a. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 292.

⁴⁹ Retórica 1418b. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 293.

⁵⁰ Retórica 1418a. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 291.

Por último – o que terá relevância na segunda parte do trabalho – Aristóteles argumenta que *as provas de discursos deliberativos* são mais difíceis do que os discursos judiciais, visto que os primeiros reportam-se para o futuro, e os segundos ao que passou, ao que já é do conhecimento de todos, e terão ainda lei por tema de base, princípio básico do qual é mais fácil encontrar uma demonstração⁵¹.

Em relação ao discurso deliberativo o argumento por exemplificação/*παράδειγμα* (análogo à indução/*epagogê*) é o mais apropriado, pois como a deliberação concerne ao futuro, “*é forçoso narrar exemplos de acontecimentos passados*”; e em relação ao discurso judicial, é mais apropriado o uso de entimemas, pois se relaciona com fatos que são ou não são, sendo mais *necessária a demonstração*⁵².

Ao final, registre-se que há uma série de teorias da argumentação à disposição do jurista, para fundamentar suas pretensões ou decisões judiciais. Com alteração da centralidade da lei para centralidade da decisão judicial/da jurisprudência, o método subsuntivo, baseado nas etapas de (i) accertamento dos fatos, (ii) identificação do direito a ser aplicado e (iii) do seu sentido (interpretação gramatical, histórica, teleológica e sistemática), não foi substituído, mas passou a ser complementado pela argumentação, a qual tem diferentes teorias: e.g., Tópica, de Vieweg, nova Retórica do Perelman, teoria da argumentação do Toulmin, teoria integradora da argumentação jurídica de Maccornick, teoria da argumentação jurídica do Alexy⁵³, etc., as quais são instrumentos lógicos que podem ser manipulados para a construção de pretensões e decisões judiciais.

⁵¹ Retórica 1418a. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 291.

⁵² Retórica 1418a. ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 290.

⁵³ ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2005.

Sob o prisma da *dispositio*, o local de desenvolvê-las é justamente na argumentação.

A retórica latina elenca a refutação/*refutatio* entre a argumentação e o epílogo, parte do discurso dedicada contra a argumentação do oponente. Para Aristóteles⁵⁴, a refutação não representa uma espécie diferente, mas pertence à confirmação/argumentação/provas (*πίστις*), que vai refutar seja por objeção (*ἔνστασις*), seja por silogismo (*συλλογισμός*). No âmbito judicial, François Martineau⁵⁵ vai distinguir dois tipos fundamentais de refutação:

i) refutação do enunciado da confirmação: se constitui, pura e simplesmente, pelas alegações de fato a cargo do demandado, de forma que sua confirmação implicaria na refutação global da tese de demandante. Os 4 pontos, elencados por Aristóteles⁵⁶ sobre os quais se dará o debate e que deverão ser enfrentados na confirmação são exemplos de alegações que atacam *in totum* a tese do adversário: 1) negação da ocorrência de algo; 2) que não houve prejuízo; 3) que não foi tão grave; 4) que a ação foi justa.

Se o requerente alega qualquer alegação A; o requerido responde não-A, negando *in totum* a tese do primeiro. As regras de provas da persuasão são as mesmas da confirmação, se abastecem dos mesmos *topoi*, etc.

No direito processual brasileiro, salvo alguns legitimados excepcionais, em razão da dificuldade de contato com os fatos da causa, não se admite impugnação genérica, sendo ônus do demandado se manifestar precisamente sobre “*as alegações de fato constantes na petição*”

⁵⁴ Ret. 1418b6-9; ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 292.

⁵⁵ MARTINEAU, François. Argumentación Judicial del Abogado. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2009, p. 301.

⁵⁶ Retórica 1417b; ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 289-290.

inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas” salvo algumas exceções, conforme art. 341, CPC/2015.

ii) Discussão direta sobre as provas e os argumentos do adversário: como claro na descrição da refutação, ela atua sobre os elementos probatórios do adversário, e será o momento de concreção do princípio do contraditório e da ampla defesa, garantindo o direito da parte de ser escutado.

François Martineau⁵⁷ vai salientar ainda a função da parte refutativa da argumentação, registrando que ela objetiva “*levar o magistrado à ciência acerca das insuficiências da tese contrária, seja por que contenha erros manifestos de fato ou de direito, seja por sua verbosidade ou por seus falsos raciocínios*”, observando ainda que, em matéria argumentativa, demonstrar uma incoerência é mais efetiva do que levar ao ridículo.

Ainda: uma espécie de argumento retórico vem a ser a prolepse, que consiste na previsão de objeções, refutando-as *a priori*, quer dizer, o emissor antecipa-se a uma esperada objeção e já a analisa, refutando-a. Com razão François Martineau⁵⁸, ao não recomendar a prática de responder os argumentos que o adversário ainda não abordou e que não se sabe se os desenvolverá, por dois motivos: i) há um *pathos* que deve ser evitado e que pode ser criado com este tipo de prática argumentativa, que seria o de criar a impressão de que o emissor, no caso o advogado, refletiu mais do que devia sobre a causa do adversário; ii) há o risco do advogado adversário utilizar-se disso aproveitando-se da situação.

4. Epílogo/*epiloque* (ἐπίλογος/*peroratio* ou *conclusio*)

⁵⁷ MARTINEAU, François. Argumentación Judicial del Abogado. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2009, p. 302.

⁵⁸ MARTINEAU, François. Argumentación Judicial del Abogado. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2009, p. 328-329.

O epílogo, também chamado de *peroração*, é a parte final do discurso, e deve iniciar enunciando “*que se cumpriu o que se prometera*, indicando os pontos principais do que foi demonstrado”⁵⁹.

Segundo Aristóteles seria composto por quatro elementos: I. *tornar o ouvinte favorável para a causa do emissor e desfavorável para a do adversário*; II. *amplificar ou minimizar*; III. *dispor o ledor/ouvinte para um comportamento emocional*; IV. *recapitular – chamar a mente/rememorar (ἀνάμνησις)*⁶⁰.

O primeiro elemento dirige-se ao *ethos* do orador/escritor, que deve ser revelar como uma pessoa de bem (ἀγαθός) na expressão de seu discurso, seja escrito ou oral, apresentando o adversário negativamente (κακός), em termos gerais. No entanto, para demonstrar caráter, deve-se ter caráter.

O segundo elemento da conclusão – seu caráter de amplificar ou de minimizar - diz respeito ao engrandecimento ou diminuição de ideias ou de argumentos por meio do bom uso das palavras. Este engrandecimento/diminuição deve ser apropriado aos elementos preexistentes já demonstrados.

O terceiro elemento dirige-se ao *pathos* do auditório, buscando suscitar comportamentos emocionais no ouvinte/ledor, acordando emoções como compaixão, indignação, ira, ódio, inveja, rivalidade e sentimento de discórdia.

O quarto elemento dirige-se à consolidação da memória do auditório, cuja atenção já foi despertada pelo caráter patológico do epílogo, de forma que se deve recapitular os principais argumentos da confirmação, de forma clara e breve. A justificativa de Aristóteles é a de que “*para que*

⁵⁹ Retórica 1419B; ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 297; MARTINEAU, François. Argumentación Judicial del Abogado. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2009, p. 332.

⁶⁰ Retórica 1419B; ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 296.

*apreensão de ideias seja efetiva, prescrevem que se proceda a muitas repetições*⁶¹.

Os três primeiros elementos compreendem a necessidade de se atentar para a argumentação dirigida aos afetos, partindo de uma construção do *ethos*, e dirigindo-se, através de uma amplificação ou minimização, para o *pathos* do auditório. François Martineau vai conectar esta noção de amplificação já com *pathos*, no sentido de localizar neste aumento o local da exposição final da reclamação (queja), que terá por propósito “*emocionar o juiz em favor do patrocinado*”⁶².

A retórica aristotélica apoia-se na sua antropologia, que vê o ser humano como um animal social e racional: enquanto racional se realiza por meio das faculdades cognitivas, as quais lhe dirigem à busca de conhecimento; e enquanto animal é suscetível às paixões e afetos, as quais também devem ser realizadas, e, por isso, sempre ser valorizadas no processo de formação de persuasão.

A recapitulação ao final apoia-se na percepção de falibilidade da memória humana, que deve ser martelada para se consolidar, o que era noto pelos antigos, conforme expressa a máxima pedagógica “*repetitio est mater studiorum*”.

3. Análise da adpf sob a perspectiva da *dispositio*

A ADPF é uma ação, prevista no § 1 do art. 102 da Constituição Federal, regulada pela Lei 9882/99, que visa realizar *o controle de constitucionalidade de atos do poder público*, sendo de competência exclusiva do STF. Ela vai ter um objeto mais amplo do que a ação direta de inconstitucionalidade, que se restringe a leis e atos normativos.

⁶¹ Retórica 1419B; ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 297.

⁶² MARTINEAU, François. Argumentación Judicial del Abogado. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2009, p. 337 e ss.

O controle de constitucionalidade é uma característica de uma democracia constitucional dualista⁶³, no sentido de que há duas espécies de decisões que podem ser tomadas numa democracia: umas de competência do poder constituintes que decide decisões políticas raras, consideradas decisões do povo e têm, ao lado de algumas cláusulas imutáveis/rígidas, um procedimento de alteração mais complexo; outras são decisões políticas cotidianas, consideradas decisões políticas do governo, com procedimento de alteração mais simples.

Disso decorre uma hierarquia entre estas duas espécies de leis, estando a constituição num *status superior*, constituindo-se o controle de constitucionalidade – sabidamente de origem norte-americana, chamado *judicial review* – no dever da Corte de, se provocada, verificar a constitucionalidade de lei, sua conformidade com a constituição.

Para John Rawls, a Corte Suprema é o modelo do que ele chama de *razão pública*, que é o critério de justificação do exercício do poder público numa democracia, *verbis*: “(...) em uma sociedade democrática, a razão pública é a razão de cidadãos iguais que, num corpo coletivo, exercem poder político supremo e coercitivo uns sobre os outros ao aprovar leis e emendar sua Constituição”⁶⁴.

Este ideal da razão pública, que cunha (ou deveria cunhar) a jurisdição de defesa da constituição, alia-se à peculiaridade de o controle de constitucionalidade conter, em si, uma condição judicial conjugada com propósito *deliberativo*, sopesando-se também razões extrajurídicas para a disciplina de fatos futuros, dotando as decisões de um caráter prospectivo.

⁶³ Neste sentido John Rawls descreve a democracia americana como dualista. A análise serve para a brasileira também: “a democracia constitucional é dualista”. RAWLS, John. O liberalismo político. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 275.

⁶⁴ RAWLS, John. O liberalismo político. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 252.

3.1 O arranjo de uma petição inicial de ADPF

As ações – as *actio* romanas – tinham em sua origem um aspecto que lhe davam uma rigidez formal, visto que era associada no direito romano a fórmulas pré-estabelecidas. Daí se origina o direito processual formulário, o qual ainda cunha algumas de nossas intuições sobre o processo.

Apesar de não ser absoluta no nosso direito, esta rigidez da petição inicial é um elemento normativo importante: o pedido deve ser escrito, subscrito por um procurador habilitado, instruído com os documentos indispensáveis (art. 320, CPC/2015), devendo cumprir os requisitos elencados no art. 319, CPC/2015.

Para fins da nossa análise sobre a *dispositio* da petição inicial, nos interessa o arranjo dos elementos da peça, os quais estão elencados no art. 319, CPC/2015: *I – o juízo a que é dirigida; II – identificação e qualificação das partes; III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV – o pedido com as suas especificações; VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados”.*

O art. 3º Lei 9882/99 dispõe que a petição inicial de uma ADPF deverá conter: *“I – a indicação do preceito fundamental que se considera violado; II – a indicação do ato questionado; III – a prova da violação do preceito fundamental; IV – o pedido, com suas especificações; V – se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.”*

O seguinte quadro comparativo esquemático correlaciona a *dispositio* à petição inicial de uma ADPF, sem pretender, no entanto, estabelecer um pareamento duro entre suas partes, antes identificar um núcleo matriz de características as aproximam sem negar a fluidez e a permeabilidade que as partes do discurso têm uma em relação às outras:

<i>Dispositio</i>	Petição Inicial - CPC/2015	ADPF - Lei 9882/99
Proêmio (Προοίμιον)	“o juízo a que dirigido” e a identificação e qualificação das partes (art. 319, I, II, CPC/2015)	“o juízo a que dirigido” e a identificação e qualificação das partes (art. 319, I, II, CPC/2015)
Exposição (πρόθεσις)	“o fato” (art. 319, III, CPC/2015)	“I - a <u>indicação</u> do preceito fundamental que se considera violado; II - a <u>indicação</u> do ato questionado” (art. 3º, I, II, Lei 9882/99)
Argumentação/ Confirmação (πίστις)	“os fundamentos jurídicos do pedido” (art. 319, III, CPC/2015); “as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (art. 319, VI, CPC/2015);	“a <u>prova</u> da violação do preceito fundamental;” ⁶⁵ (art. 3º, III, Lei 9882/99)
Epílogo (ἐπίλογος)	“o pedido com as suas especificações” (art. 319, IV, CPC/2015)	“o pedido, com suas especificações” (art. 3º, IV, Lei 9882/99)

Esta tabela requer esclarecimentos e crítica.

O proêmio é associado, de forma fraca, com a primeira parte de uma petição inicial: endereçamento, identificação qualificação das partes, a nomeação da ação e a indicação telegráfica da sua fundamentação jurídica. Mas o proêmio, no sentido retórico forte, não se resume a isso, sendo apropriado que o redator faça uso de uma introdução brevemente analítica, em que exponha o assunto em causa, localizando o leitor desde o início o leitor no tema em disputa. Dessa forma, recomendável que, no primeiro parágrafo de uma petição inicial, apresente-se sinteticamente a

⁶⁵ Este paper não se ocupa com o requisito previsto no art. 3º, V, Lei 9882/99 (“se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado”), por ser espécie excepcional à medida.

lide ao julgador em seus pontos fundamentais, construindo e indicando os caminhos que serão percorridos no curso do texto.

A narração dos fatos, essencial a qualquer petição inicial, art. 319, III, CPC/2015, equivale à exposição/narração (πρόθεσις) de uma peça retórica, em que será apresentado o caso, sob a perspectiva fática.

Na ADPF, a exposição (πρόθεσις) não irá corresponder a uma narrativa dos fatos, antes por uma descrição do preceito jurídico fundamental alegadamente violado, assim como a indicação do ato violador.

Sem direcionar a investigação para o aprofundamento do conceito de “*preceito fundamental*”, registre-se, na toada de Dirley da Cunha Jr., que o “*preceito é toda norma constitucional abrangente de princípios e regras*”⁶⁶. O jurista baiano, em vista da inexistência de modalidade autônoma do preceito, o identifica com norma, como espécie sinônima, de forma que, do mesmo modo, os preceitos podem se manifestar seja como princípios, seja como regras.

A fundamentalidade dos preceitos – que deverão ser apresentados na exposição – decorre deles veicularem “*os valores supremos de uma sociedade, sem os quais a mesma tende a se desagregar-se, por lhe faltarem os pressupostos jurídicos fundamentais*”⁶⁷, e sua identificação no texto constitucional é uma componente técnica da exposição, a cargo do advogado.

Ao lado de determinar o preceito fundamental, é ônus do demandante identificar, ainda na exposição do caso, *o ato ou o conjunto de atos que estaria violando a norma fundamental, de modo preciso e claro*. Este componente – utilizando novamente a linguagem aristotélica – é

⁶⁶ DA CUNHA JR., Dirley. Curso de direito constitucional. 7. Edição. Bahia: Editora Juspodium, 2013, p. 436.

⁶⁷ DA CUNHA JR., Dirley. Curso de direito constitucional. 7. Edição. Bahia: Editora Juspodium, 2013, p. 437.

exterior à técnica⁶⁸ visto que o redator não é responsável pelos atos relatados, que estariam violando o preceito fundamental.

Por se tratar de um gênero misto, parte forense e parte deliberativo, pode-se ser tentado a concluir que a exposição/narração da ADPF não teria tanta importância. Isso porque, em razão da natureza prospectiva da deliberação, ninguém elabora uma narração sobre fatos futuros.

No entanto, a ADPF tem em vista um determinado conjunto de atos genéricos que ocorrem e *ofendem a um preceito fundamental da Constituição, de forma que precisam ser bem caracterizados, sob o ponto de vista formal e material, concluindo-se pela fundamentalidade* da exposição/narração precisa e clara dos atos ofensivos, para que, como diz Aristóteles, bem caracterizados estes “acontecimentos passados de forma que, se recordados se delibere melhor sobre os futuros.”⁶⁹

A argumentação/confirmação (πίστις) de uma petição inicial localiza-se no seu requerimento de fundamentação (*art. 319, III, CPC/2015*) parte em que o redator deverá demonstrar as razões para a admissibilidade e provimento da ação, bem como provas dos fatos que alega, e que devem dar ganho de causa à sua pretensão. Em relação à ADPF, isso se caracteriza pelo requisito, previsto no art. 3º, III, Lei 9882/99, de que a petição inicial contenha “a prova da violação do preceito fundamental”.

A prova, no caso, conterà, além da materialidade dos atos violadores do preceito fundamental, o conjunto de *argumentos* que irão caracterizar o preceito fundamental e seu desrespeito, argumentos que irão se manifestar na construção da norma, a partir da interpretação do texto da constituição, seja por apoio na exemplificação/ παράδειγμα, seja por apoio em entimemas, baseados em lugares comuns (topoi), seja por ponderação

⁶⁸ Retórica 1416b; ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 286.

⁶⁹ Retórica 1417b; ARISTOTELES. Retórica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 289.

de direitos, seja por uma hermenêutica constitucional, *argumentos* que devem se dirigir à uma conclusão que conforte a tese defendida.

Possível ainda associar o *epílogo* retórico aos pedidos da inicial. Isso, pois, os *pedidos* são – tal qual um epílogo – a conclusão da peça, e eles podem incorporar, de modo discreto, os elementos do epílogo. Por certo que convém a um pedido relembrar, sinteticamente, seu fundamento jurídico, realizando a função de recapitulação, sendo também possível e mesmo apropriado ele sugerir uma argumentação afetiva, que expresse o *ethos*/caráter do requerente e que apele ao *pathos* do julgador, o que pode ser alcançado com o fecho do requerimento, invocando a procedência por “*uma questão de Justiça e Direito*” – *topos* não raro em petições e recursos.

3.2. Análise da inicial da ADPF 54

Passa-se à análise da petição inicial da ADPF 54, que considerou inconstitucional a interpretação da interrupção da gravidez de feto anencéfalo como conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

A ADPF foi distribuída em 17.06.2004, no STF, é uma petição breve (23 páginas), visivelmente harmônica, seus parágrafos, salvo os dois do breve próêmio, são numerados, o que facilita a localização dos argumentos, os parágrafos não são longos, nem curtos e sua linguagem é precisa e clara.

O *ethos* do seu redator precede seu texto.⁷⁰ Luís Roberto Barroso, à época, já era professor de direito constitucional na UERJ, mestre em Direito pela Yale Law School, Doutor em Direito pela UERJ, era procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado, tendo levado ao debate no STF algumas questões fundamentais da jurisdição constitucional, dentre as

⁷⁰ O chamado *ethos* pré-discursivo.

quais se destacam a declaração de inconstitucionalidade da proibição de nepotismo no poder judiciário (ADC 12), a legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510), e possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos, que foi objeto da ADPF 54.

Em relação ao *pathos* de uma Corte Suprema, não se procederá a uma investigação subjetiva, relativa aos ministros que a compunham, mas se recorda ser ela um modelo do ideal da razão pública⁷¹, o que deve ser conjugado com a circunstância de deter elemento deliberativo, o que corresponde à responsabilidade de disciplinar fatos futuros.

Em relação à estrutura da petição, há o próêmio com o endereçamento, qualificação da parte e uma breve sinopse (parágrafos não numerados), seguido de quatro seções⁷².

a) Do próêmio da ADPF 54

O *próêmio* da petição fica bem caracterizado na primeira e segunda folha, no endereçamento, qualificação, indicação sumária dos preceitos fundamentais tidos como violados “art. 1, IV (dignidade da pessoa

⁷¹ RAWLS, John. O liberalismo político. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 272-284.

⁷² As seções estão assim dispostas na petição inicial:

- I. NOTA PREVIA – ANTECIPAÇÃO TERAPEUTICA DO PARTO NÃO E ABORTO (p. 2-4) – INICIO DA NUMERACAO DOS PARAGRAFOS
- II. A HIPOTESE – ANENCEFALIA, INVIABILIDADE DO FETO E ANTECIPACAO TERAPEUTICA DO PARTO (p.4-6)
- III. DO DIREITO – QUESTOES PROCESSUAIS RELEVANTES E FUNDAMENTOS DO PEDIDO (p.7-18)
 - III.1. Preliminarmente
 - a) Legitimação ativa e pertinência temática (p. 7-8)
 - b) Cabimento da ADPF (p.8-13)
 - III.2. No mérito: preceitos fundamentais violados (p. 13-14)
 - a) Dignidade da pessoa humana. Analogia à tortura. (p.14-16)
 - b) Legalidade, liberdade e autonomia da vontade (p. 16-17)
 - c) Direito à saúde (p. 17-18)
- IV. DO PEDIDO – INTERPRETACAO CONFORME A CONSTITUICAO (p. 18-23)
 - IV.1. Pedido cautelar (p. 21-22)
 - IV.2 Pedido principal (p.22)
 - IV.3. Pedido alternativo (p. 23).

humana), art. 5, II, (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6, caput e 196 (direito à saúde)” (fl. 1) e no sintético roteiro (indicador de caminho) que apresenta nos dois parágrafos não numerados da página 2. *A não numeração dos parágrafos* indica ao leitor que há uma continuidade do texto da primeira página, eles fazem parte de uma unidade, que se traduz na intenção de uma introdução discursiva, de um proêmio.

b) Da exposição dos fatos da ADPF 54

O caso será exposto (*exposição/πρόθεσις*) nas seções I e II (“I. NOTA PREVIA”, fl. 2-4 e “II. A HIPÓTESE”, fls. 4-6), os quais terão funções retóricas distintas.

Na seção “I. NOTA PREVIA” (fl. 2-4), expõe-se, justamente, o que não é o caso, com o esclarecimento de que o conjunto de fatos a ser disciplinado por meio desta ADPF não trata da hipótese de aborto, mas de uma “*antecipação terapêutica do parto*”, servindo, assim, o trecho como uma espécie de transição entre o proêmio e a exposição específica dos fatos, com a convocação de um certo estado de espírito à consideração do tema tratado.

Esta limpeza de terreno tem um *efeito patético* sobre o leitor, pois tira de cena um tema polêmico, que desperta paixões, iras, e posições morais extremas. O advogado não quer isso, não quer despertar estes afetos; antes ele quer despertar a razão, o *logos*. Neste sentido, apesar da ação “*passar ao largo desta relevante discussão*” (§2.), contrasta-se a opção brasileira pela tipificação do crime de aborto com exemplificações de outros países (EUA, Canadá, Portugal, Espanha, França e Alemanha, dentre outros), raciocínio associado à retórica deliberativa por Aristóteles, *apelando* ainda ao *topos* do *direito estrangeiro*, que, dentro da formação do direito brasileiro, detém um apelo lógico e uma influência enormes, sobretudo

por causa dos 150 anos de vigência no Brasil da Lei da Boa Razão, que legitimava o acesso ao direito estrangeiro se de acordo com a *recta ratio*⁷³.

No item seguinte “II. A HIPOTESE” (fl. 4-6), o caso é exposto, explicando os conceitos fundamentais em discussão: anencefalia como hipótese de má formação fetal congênita, de forma que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, decorrendo inviabilidade de vida extra-uterina, com fatalidade em 100% dos casos (§4). Neste ponto, a narração é técnica e utiliza-se do *topos* (lugar-comum) da ciência.

No parágrafo 7º. da narrativa/exposição, se realiza um giro retórico: a narrativa, que estava lógico-científica, vira patética: o que ciência não pode fazer pelo feto, o julgador pode fazer pela gestante. Dessa forma, coloca-se a responsabilidade pelo perigo de dano à saúde da gestante nas mãos do decisor, o que, inegavelmente, suscita afetos.

A narrativa ainda não se completou: por se tratar de espécie de controle de constitucionalidade em que se requer uma interpretação conforme à Constituição, faz parte da exposição do caso (*πρόθεσις*) a apresentação da interpretação conforme à Constituição.

Nos parágrafos finais da exposição (§§8.9), ele sintetiza sua interpretação dos fatos, no sentido de que, na medida em que o aborto é “interrupção da gravidez com a consequente morte do feto”, a morte deve ser o resultado dos meios abortivos; no caso, como a morte será uma consequência inevitável da má-formação genética, a antecipação do parto não caracteriza aborto.

c) Da argumentação da ADPF 54

⁷³ MARQUES, Cláudia Lima. O legado da Lei da Boa Razão e a renovação da teoria das fontes. In: Claudia Lima Marques; Gustavo Cerqueira. (Org.). A função modernizadora do direito comparado - 250 anos da Lei da Boa Razão. 1ed. São Paulo: YK Editora, 2020, v. 1, p. 471-488.

No item “III. DO DIREITO” (p. 7-18) adentra-se *na argumentação*, parte em que serão demonstrados os fundamentos do pedido e as razões para sua procedência.

A argumentação/confirmação (πίστις) vai se dividir em duas partes.

Na primeira parte, ele vai demonstrar, além da legitimidade, que realiza os pressupostos processuais específicos do cabimento da ADPF, quais sejam: (i) ameaça ou violação de preceito fundamental; (ii) ato do Poder Público capaz de provocar a lesão; (iii) inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

A argumentação, neste ponto, é eminentemente técnica e *logocêntrica*: vai explicitar o que se entende por *preceitos fundamentais*, apresentando os tidos como violados, vai identificar e comprovar o conjunto de atos violadores, que se traduzem numa interpretação dos art. 124, 126, caput e 128, I e II, do Código Penal, que criminaliza a antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia (§18-19), bem como argumentar pela inexistência de outro meio de controle de constitucionalidade apto a sanar a lesividade (subsidiariedade da ADPF, art. 4, §1., Lei 9882/99).

No item III.2., a petição inicia sua argumentação de mérito.

Nos primeiros parágrafos (§§ 25. 26), ele vai demonstrar o argumento estrutural da tese, que já fora esboçado anteriormente: o argumento demonstra a não incidência do conjunto de fatos na hipótese do crime de aborto.

Pode-se interromper a gravidez de um feto viável ou de um feto inviável. A interrupção da gravidez de um feto viável envolve uma tensão entre a vida (potencial) do nascituro e a autodireção da gestante. Nesse caso, há tipificação do crime de aborto. No entanto, a interrupção da gravidez de um feto inviável não envolve a referida tensão, pois a vida do feto é inviável.

Na medida em que a vítima do crime de aborto é o feto, que tem seu direito (potencial) à vida protegida, não há tipo penal realizado, de forma que a questão não se resolve pelos conflitos de direitos fundamentais, mas pela não subsunção à hipótese legal. O argumento lógico-formal é construído para ocupar uma posição central, abrandando as emoções que o tema sabidamente suscita.

Assim, como não há interesses juridicamente protegidos em relação ao feto inviável, não há conflito: a questão deve girar em torno dos interesses juridicamente protegidos da esfera jurídica da gestante (§26), os quais se manifestam em três preceitos fundamentais: a) dignidade da pessoa humana com analogia à tortura (fl. 14-16); b) legalidade, liberdade e autonomia da vontade (fl. 16-17); c) direito à saúde (fl. 17-18).

A argumentação do item “a) dignidade da pessoa humana com analogia à tortura (fl. 14-16)” é uma demonstração bastante professoral (lógica) nos primeiros parágrafos (§27, 28, 29), em que se reconstrói a evolução da ideia da dignidade nos aspectos histórico, conceitual e dogmático.

No entanto, no último parágrafo do item (§30), em que se demonstrará a violação da dignidade perpetrada pela interpretação impugnada pela ADPF, há um *novo giro retórico* para a *esfera dos afetos*: “*impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa em violação de ambas as vertentes de sua dignidade*”; “*a convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro do seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica*”.

Por meio da associação do infortúnio à tese oposta a sua, o advogado causa misericórdia no julgador, que, ao mesmo tempo, passa a conviver com o temor de ser responsável de tamanho sofrimento.

O argumento do *item “b) legalidade, liberdade e autonomia da vontade (fl. 16-17)”* é exclusivamente lógico. Após caracterizar as bases constitucionais do princípio da autonomia da vontade (liberdade e legalidade), o advogado faz um silogismo, aproveitando como premissa sua anterior conclusão de que a “antecipação terapêutica do parto em hipótese de feto anencefálico” não realiza a hipótese legal de aborto.

Assim, na medida em que a antecipação terapêutica do parto não é aborto, ela não é proibida o que não é proibido é permitido, impedir a gestante de realizar é violar o direito fundamental à liberdade.

O *argumento do “c) direito à saúde (fl. 17-18)”* segue a toada do anterior, também aproveitando a não tipificação da conduta: se não é proibida e se é um procedimento médico que visa remediar “o risco e a dor da gestante”, impedir a gestante de realiza-los implica em violar o direito fundamental à saúde (art. 6, caput, art. 196 a 200, CRFB)

d) O epílogo da ADPF 54

Na petição inicial da ADPF 54, o item “IV. DO PEDIDO” cumpre promessa feita no proêmio, p. 2, de fazer com uma “*especificação de maneira analítica*” do pedido.

A particularidade do pedido de interpretação conforme à constituição, que envolve um exercício hermenêutico de banir do suporte fático da norma um determinado conjunto de fatos – no caso reconhecer que a “antecipação consentida do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico” não realiza o tipo penal aborto -, mantendo intacto seu texto, demandou do advogado um dever de desdobramento (analiticidade) do pedido, com o esclarecimento do seu escopo e extensão (p. 18-21).

Esta parte *recapitula* alguns pontos fundamentais do caso e da sua argumentação, trazendo à colação julgados que confortam a tese e, pelo menos, um que a viola, tornando o julgador mais favorável à

admissibilidade e ao próprio acolhimento do pedido, por estar em harmonia com um conjunto de decisões.

Dela, segue-se o pedido cautelar (p. 21-22), que, *recapitulando* pontos apresentados que fundam seus requisitos (*fumus boni juris* e *periculum in mora*), conclui pela necessidade do seu deferimento; pedido principal (p. 22), em que sintetizada/rememorada o cerne da demanda na forma de requerimento de interpretação conforme à Constituição; e pedido alternativo, em que, cautelosamente, o advogado requer, na hipótese de não admissibilidade da ADPF, que seja conhecida como ação direta de inconstitucionalidade, por interpretação conforme à Constituição.

Atentando para o caráter mais racional da jurisdição constitucional – já caracterizado supra – o epílogo não contém elementos afetivos, não apela ao *ethos* ou *pathos*, somente elementos lógico-analíticos, os quais, no entanto, ao sintetizarem nos pedidos a *summa* da causa, trazem à memória sua argumentação.

Conclusão

À guisa de conclusão, os principais resultados:

- 1) Pretendeu-se demonstrar que a *taxis/dispositio* representa um elemento de ordenação racional da estrutura do discurso retórico, das proposições (sintaxe), expressando em seu aspecto mais fundamental um próprio elemento ordenador do pensamento;
- 2) A denominação grega da ordenação do discurso deriva de metáfora bélica (disposição tática – de *taxis* – de soldados numa batalha), elemento simbólico a que até hoje a argumentação se associa;
- 3) O discurso em si, na visão de Aristóteles, é composto de duas partes: i) enunciação do assunto; ii) sua demonstração, podendo, no entanto, ser dividido, para fins didáticos, em quatro partes (proêmio, exposição, argumentação, epílogo);
- 4) Essas quatro partes estarão permeadas por elementos lógicos e afetivos (*pathos* e *ethos*) e elas devem corresponder à disposição de uma petição inicial.

A quem ainda duvide que a retórica seja uma pacífica guerra, seja de palavras ou de vaidades, um dado derradeiro: é de 433 páginas o acórdão que julgou procedente a analisada petição inicial de 23 páginas.

Referências

- ARISTOTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.
- ARISTOTLE. **Rhetoric**. Tradutor: ROBERTS, W. Rhys. In: ARISTOTLE. The complete works of Aristotle. Vol. II. Org.: BARNES, Jonathan. Princeton University Press, 1995.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**. Teorias de la argumentación jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2005.
- BARROSO, Luis Roberto. Petição inicial da ADPF 54. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/06/Petic%CC%A7a%CC%830-Inicial-ADPF-54.pdf>. Acesso em: 20.08.2020.
- CHOMSKY, Noam. **Syntactic structures**. New York: Mouton de Gruyter, 2002.
- DA CUNHA JR., Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7. Edição. Bahia: Editora Juspodium, 2013.
- ELLERO, Maria Pia. **Retorica: guida all'argomentazione e alle figure del discorso**. Roma: Carocci, 2017.
- FERREIRA, Luiz Antonio. **Leitura e persuasão**. Princípios de análise retórica. São Paulo: Editora Contexto, 2020.
- HOMERO. **Iliada**. Volume I. Tradução de Haroldo de Campos. São Paulo: Mandarin, 2001.
- JHERING, Rudolf von. **Kampf um's Recht**. Propyläen Verlag, Berlin, Propyläen Verlag, 1992.
- LAKOFF, George; JOHNSON, Mark. **Metaphors we live by**. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.

LIDDELL, Henry George & SCOTT, Robert. **An Intermediate Greek-English Lexicon**. Oxford, Clarendon Press, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. **O legado da Lei da Boa Razão e a renovação da teoria das fontes**. In: Cláudia Lima Marques; Gustavo Cerqueira. (Org.). A função modernizadora do direito comparado - 250 anos da Lei da Boa Razão. 1ed. São Paulo: YK Editora, 2020, v. 1, p. 471-488.

MARTINEAU, François. **Argumentación Judicial del Abogado**. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2009.

MEYER, Bernard. **A arte de argumentar**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

PERELMAN, Cháim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação. A nova retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

SCARPARO, Eduardo. **Mas e a retórica?** Sobre as Demonstrações e Argumentações. In: Ensaio de Retórica Forense. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 19-55.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. São Paulo: Almedina, 2019.

WALTER, Tonio. **Kleine Stilkunde für Juristen**. 2. Auflage. München: C. H. Beck, 2009.

WOOLF, Virginia. **On not knowing greek**. In: The common reader. First series. Harcourt Brace Jovanovich, 1925.

Diálogo e retórica na sustentação oral em matéria cível

*Alexandre Amaral Gavronski*¹

Introdução

A sustentação oral nos julgamentos em tribunais é um direito das partes e, no processo civil, também do Ministério Público nos casos de sua intervenção, nos termos e nas hipóteses previstas no art. 937 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC15).

Mas ela é verdadeiramente útil? Influencia, de fato, nos julgamentos feitos pelos tribunais brasileiros?

As respostas a essas questões são necessariamente relativas, pois não prescindem de algumas considerações de natureza estrutural e cultural sobre a realidade brasileira nem, principalmente, da postura do orador. E isso nos leva a outra questão fundamental, ainda mais importante que as primeiras: como o orador pode aumentar de modo significativo a possibilidade de as sustentações influírem nos julgamentos?

Nosso trabalho se dedicará a fornecer algumas respostas a essas indagações. Por isso, além de afirmar a utilidade da sustentação oral nos tribunais brasileiros atentando às peculiaridades da realidade nacional, fim para o qual dedicaremos a primeira parte do texto, nosso objetivo precípua será o de indicar alguns cuidados e posturas do orador que podem ampliar as possibilidades de a sustentação oral influir nas decisões colegiadas dos tribunais.

¹ Procurador Regional da República na 4ª Região. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP e Doutorando em Direito pela UFRGS.

Desenvolveremos esse nosso principal objetivo sob duas perspectivas.

Uma processual, para destacar a importância de um efetivo diálogo das partes com o juiz, bem próprio ao modelo de processo cooperativo consagrado pelo CPC15 (art. 4º). Para que seja efetivo, precisa ser uma via de mão dupla, cumprindo não apenas aos julgadores o dever de apreciar os argumentos capazes, em tese, de infirmar suas conclusões que forem sustentados pelas partes e pelo Ministério Público (art. 489, §1º, IV, CPC), como também a estes sujeitos do processo, neste texto analisados como oradores, desenvolverem suas argumentações com alegações que enfrentem de modo específico os principais fundamentos contrários conhecidos, não apenas das decisões impugnadas (art. 932, III, CPC), como também aqueles antecipadamente conhecidos dos julgadores perante os quais é apresentada a sustentação.

A outra perspectiva será a da Retórica, a arte de persuadir, analisando os seus principais elementos (*ethos*, *pathos* e *logos*) aplicados à sustentação oral para destacar a importância de cuidados específicos do orador que atentem à sua credibilidade, às peculiaridades do auditório e à estruturação racional de seu discurso com coerência e consistência.

Ao final, retomaremos nossas indagações para apresentar resumidamente nossas respostas às questões apresentadas antes.

I – Utilidade da sustentação oral

I.1 – As críticas

São várias as críticas direcionadas à sustentação oral no Brasil por aqueles que refletem sobre o tema.

Alguns críticos se ocupam de comparar nossa realidade com a norte-americana, destacando o “verdadeiro” debate oral entre as partes e os

juízes que lá se verifica na fase denominada de *Oral Argument*². Efetivamente, na prática do direito americano é não apenas admissível como usual que os julgadores inquiram a parte durante a sua argumentação, seja para melhor esclarecer aspectos controvertidos no processo ou os pontos centrais da posição da parte, solicitar aprofundamento sobre alguns pontos mais relevantes segundo sua perspectiva de análise ou até mesmo para apresentar objeções à tese da parte oportunizando que sustente sua posição considerando essas objeções. Daí porque, para quem está acostumado à realidade americana, as sustentações orais no Brasil, desenvolvidas sob a forma de monólogo e com reduzido limite de tempo, tendem a parecer desprovidas de utilidade.³

Outros críticos apontam disfuncionalidades de algumas características do nosso sistema, como a prática amplamente difundida de o relator comparecer à sessão de julgamento com o seu voto pronto, isto é, com seu convencimento antecipadamente formado, pelo que haveria poucas chances de a sustentação oral modificá-lo, também em razão do retrabalho que isso significaria para o julgador⁴. Sob essa perspectiva crítica, a prática brasileira de as partes apresentarem suas argumentações previamente aos julgadores sob a forma de memórias em audiências privadas seria uma disfuncionalidade instituída para corrigir a baixa utilidade concreta da sustentação oral no intuito de aumentar as chances de influir no julgamento. Sob essa perspectiva crítica, o aprimoramento da eficácia da sustentação oral dependeria de alterações legislativas⁵. Dentre

² Nesse sentido, HORBACH, Carlos Bastide. Qual é a Utilidade da Sustentação Oral nos Tribunais? In *Revista Consultor Jurídico*, 09.02.2014.

³ Foi a percepção que teve um juiz da Corte de Apelação do 9º Circuito dos Estados Unidos ao assistir às sustentações orais no Supremo Tribunal Federal, como relatou Carlos Horsbach no artigo mencionado na nota anterior.

⁴ Essas críticas são de Martín Barcellos Gawski em artigo intitulado *Desnaturalizando o disfuncional: fundamentos e disfunções das sustentações orais nos tribunais brasileiros* (In SCARPARO, Eduardo. (Org.) *Ensaio de retórica forense*. Eduardo Scarparo (Org.) Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020, p. 224-263)

⁵ *Idem*, p.254-258. .

elas, Márton Gawski sugere o retorno da regra estabelecida no art. 7º, IX, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados), declarada inconstitucional pelo STF no julgamento das ADIs n. 1.105 e 1.127 em 2006 num contexto bastante diverso do atual e sob o fundamento, superado pelo CPC15, de que o contraditório se estabeleceria tão somente entre as partes. Segundo tal regra, as sustentações orais deveriam suceder o voto do relator, possibilitando, assim, um efetivo diálogo entre quem sustenta e os fundamentos expostos no voto, aumentando as chances de infirmá-los e, assim, modificar o julgamento. Outra sugestão do mesmo crítico remete a uma disciplina legal das audiências privadas que assegurasse maior segurança jurídica, publicidade e igualdade entre as partes.

Não obstante a inegável consistência dessas críticas e sugestões, entendemos que comportam alguns temperamentos sob uma perspectiva pragmática que atente à realidade e cultura jurídica nacionais. É esse o nosso objetivo do próximo tópico.

1.2 – Uma análise pragmática: avanços na legislação e a necessária consideração da realidade e da cultura jurídica nacionais

1.2.1. Os avanços promovidos pelo CPC15

Embora seja inegável que a disciplina legal sobre sustentação oral comportaria aprimoramentos, importa reconhecer, primeiramente, que houve avanços relevantes no CPC 2015 em relação ao anterior, tanto no que respeita à disciplina geral, constante do artigo 937⁶, como na disciplina

6 Art. 937. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do caput do art. 1.021: I - no recurso de apelação; II - no recurso ordinário; III - no recurso especial; IV - no recurso extraordinário; V - nos embargos de divergência; VI - na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação; VII - (VETADO); VIII - no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência; IX - em outras hipóteses previstas em lei ou no regimento interno do tribunal. § 1º A sustentação oral no incidente de resolução de demandas repetitivas observará o disposto no art. 984, no que couber. § 2º O procurador que desejar proferir sustentação oral poderá requerer, até o início da sessão, que o processo seja julgado em primeiro lugar, sem prejuízo das preferências legais. § 3º Nos processos de competência originária previstos no inciso VI, caberá sustentação oral no agravo interno

específica do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, no art. 984⁷.

Nesta, o legislador tratou não apenas de ampliar o tempo da sustentação, dos quinze minutos ordinários previstos no art. 937 para trinta, como assegurar a possibilidade de “outros interessados” exporem ao tribunal seus argumentos pela via direta da oralidade, ampliando, assim, a possibilidade de sujeitos não integrados ao processo influírem na decisão a ser proferida neste novo e relevante instrumento processual de coletivização de demandas. Essa ampliação no respectivo processo decisório é muito compatível tanto com a abrangência do instrumento como com as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal, em particular no que respeita à configuração do Estado Democrático de Direito, que prestigia a participação dos cidadãos nas decisões tomadas pelo Estado. Além disso, permite uma melhor adequação da solução à realidade e necessidades do caso e amplia a legitimidade da solução.

Quanto à disciplina geral, o mais importante dos avanços está na expressa admissão de sustentação oral no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência (inciso VIII). Quem atua na prática do processo civil sabe da destacada importância dessas tutelas para assegurar uma adequada repartição do ônus do tempo no processo e, por consequência, para um processo justo,⁸ bem como que, não raro, é no

interposto contra decisão de relator que o extinga. § 4º É permitido ao advogado com domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal realizar sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que o requeira até o dia anterior ao da sessão.

⁷ Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem: I - o relator fará a exposição do objeto do incidente; II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente: a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos; b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência. §1º Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 5ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 207-214.

juízo dos agravos de instrumento que os colegiados de segundo grau foram sua convicção sobre o caso, antecipando juízo que muitas vezes tende a ser meramente reproduzido no julgamento da apelação. Negar sustentação oral nesses casos, como fazia o CPC73 (art. 554), importava em grave limitação das partes e do Ministério Público em influir num julgamento decisivo.

Prevaleceu, porém, sob o fundamento de prestigiar a celeridade processual e evitar sobrecarga dos tribunais, o veto ao inciso VII, que admitia a sustentação oral no agravo interno originário de recurso de apelação, de recurso ordinário, de recurso especial ou de recurso extraordinário, suprimindo essa possibilidade em situações que com frequência são decisivas para a parte, como o efeito ou admissibilidade dos recursos. O fundamento adotado no veto revela uma compreensão equivocada da prática da sustentação oral, desconhecendo que as partes e o Ministério Público, sabedores da sobrecarga dos tribunais e do efeito contrário de uma sustentação requerida sem necessidade ou relevância, costumam reservá-la para as situações em que há algo de relevante a dizer ou destacar. Nesses poucos casos, em vez de comprometer a celeridade dos julgamentos, a sustentação tende a favorecê-la sempre que propiciar a apreciação de aspecto relevante, o que tende a dispensar recursos, notadamente o de embargos de declaração.

Enfim, o avanço foi menor do que se apresentava possível, mas impõe-se reconhecê-lo.

1.2.2 A realidade brasileira em números

Não nos parece apropriado comparar a sustentação oral no Brasil com aquela da realidade americana, por, no mínimo, duas razões.

A primeira, relacionada aos números de julgamentos, preocupantemente muito maior no Brasil que nos Estados Unidos.

Em um artigo escrito sobre a importância da argumentação oral nos Estados Unidos⁹, o juiz Warren Wolfson, do Tribunal de Apelação de Illinois, noticia que aquela corte, composta por 24 membros, julgou 2.800 processos no ano de 2000. Em 2005, o ano mais próximo em que conseguimos obter dados para comparação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (RS, SC e PR), julgou 116 mil, número que chegou 135 mil em 2018¹⁰, para um total de 27 juízes titulares e mais 12 convocados. Assim, em média, enquanto em 2000 cada juiz do Tribunal de Illinois julgou 116 processos por ano, cada juiz do TRF4 julgou 3.460, ou seja quase 30 vezes, mais!

Sem adentrar na análise das causas dessa desproporção, que estudiosos do tema muito apropriadamente denominam de “tragédia da justiça brasileira”¹¹, nem nas soluções possíveis, objetivos que desbordariam dos propósitos e limites deste trabalho, cabe aqui afirmar que, com os números de processos e julgamentos no Brasil, não é possível esperar que se reproduza em nossas cortes os padrões de qualidade e profundidade dos debates orais que são a regra nos Estados Unidos.

1.2.3 Os aspectos culturais e sociológicos

Outra razão que torna inapropriada a comparação das sustentações orais no Brasil com os debates orais nos Estados respeita às profundas diferenças culturais e sociológicas entre os dois países e entre os respectivos sistemas jurídicos, merecedoras de referência neste trabalho mesmo que não se possa aprofundá-las.

⁹ WOLFSON, Warren D. Oral Argument: Does It Matter? In *Indiana Law Review*, v. 35, 2002, p. 451-456.

¹⁰ Notícia intitulada “TRF4 julgou em 2018 o maior número de processos desde 2005”, de 23/01/2019. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=14202

¹¹ Cf. WOLKART, Erik Navarro. Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da Justiça. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, em especial no capítulo 1, A tragédia dos comuns e a justiça brasileira em números, nas p. 39-94.

Impõe-se reconhecer, inicialmente, que a oralidade é mais prestigiada nos países da *Common Law* que nos de *Civil Law*, ao menos na fase de julgamento¹².

Por outro lado, num país marcado sociologicamente pela confusão entre as relações públicas e privadas e pela pessoalidade a ela inerente, como bem anotou Sérgio Buarque de Holanda no seu clássico *Raízes do Brasil*, no qual definiu o brasileiro como um “homem cordial”¹³, bem como pela difusão do “jeitinho” entre nós, inclusive na cultura jurídica, como forma socialmente aceita de se contornar, mais uma vez com apelo à pessoalidade, o “excesso” de rigor e formalismo nas relações com o Estado¹⁴, parece-nos indevido atribuir exclusiva ou principalmente às deficiências da disciplina legal da sustentação oral a consolidação da prática de audiências prévias entre apenas uma das partes e o julgador para entrega de memoriais sem sequer se oportunizar ciência e presença à outra parte. Não se pode desconhecer que essa prática, além de bastante consolidada entre nós, a despeito de todas as críticas que lhe são aplicáveis, relacionadas à quebra de isonomia e ao prejuízo ao contraditório específico, está assegurada em lei (art. 7º, VII, Lei 8.906/94¹⁵). Por essas razões, acreditamos que ela é muito mais um reflexo da cultura sociojurídica nacional que uma consequência do deficiente modelo de

¹² Cf. TARUFFO, Michele. *Orality and Writing as Factors of Efficiency in Civil Litigation*, 2008, e, do mesmo autor, Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. In Revista de Processo, v. 110, abr-jun 2003, p. 141-158.

¹³ Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil* (edição crítica). São Paulo: Companhia das Letras, 2016. A edição original da obra é de 1936, mas foi significativamente alterada para a 2ª edição, de 1948, e sofreu ainda revisões na 3ª, 4ª e 5ª edições, respectivamente em 1956, 1963 e 1969.

¹⁴ Sobre o “jeitinho” e as marcas de acentuada pessoalidade (ou personalismo) nas relações com o Estado como características da cultura brasileira, v. DaMATTÁ, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. Para uma sociologia do dilema brasileiro. São Paulo: Rocco, 1997. Sob a perspectiva jurídica, v. ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; MARINONI, Luiz Guilherme e BECKER, Laércio. *Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo brasileiros*. In BECKER, L.A. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 449-480 e MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 65-97.

¹⁵ Art. 7º São direitos do advogado: (...) VIII - dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada;

sustentação oral no país. Uma disciplina legal que assegurasse maior transparência e isonomia nessas audiências privadas seria, sem dúvida, muito bem-vinda, mas isso nada tem a ver com as deficiências da sustentação oral no país.

Pelas razões expostas sucintamente neste tópico e no anterior, preferimos, ao invés de criticar as deficiências do modelo brasileiro de sustentações orais, identificar como é possível incrementar sua qualidade para potencializar a sua utilidade e resultados. Esta é a abordagem pela qual optamos neste trabalho.

1.3 - As várias e relevantes utilidades da sustentação oral

Antes de avançarmos, cumpre-nos apontar de modo mais específico quais são as utilidades possíveis da sustentação oral, pois o aprimoramento da atuação do orador será tanto maior quanto mais souber o que pode alcançar com ela.

Decerto que a máxima utilidade da sustentação oral – e aquela que mais motiva os oradores – está em persuadir do colegiado a proferir uma decisão que acolha total ou ao menos parcialmente a posição sustentada. No entanto, nem o mais habilidoso ou otimista dos oradores acreditará que tal resultado será alcançado em todos ou mesmo na maioria dos casos, ao menos quando a sustentação é para modificação da decisão impugnada e se considerada a seara cível, afastando-se, em nossa análise, a realidade do júri criminal, muito diversa, dado que mais influenciável pela sustentação oral por se tratarem de julgadores leigos.

Num levantamento informal, realizado pelo Juiz norte-americano Warren Wolfson, antes mencionado, quanto à influência dos debates orais nos seus colegas do tribunal de apelação de Illinois, identificou aquele magistrado que mais de um terço dos seus colegas reconheceram que os debates orais afetaram de alguma forma suas decisões em mais da metade

dos casos, e um quarto dos julgadores reconheceram que os debates produziram algum efeito em algo entre 20% e 40% dos seus julgamentos. No mesmo levantamento, o magistrado constatou que, na média das respostas dos seus colegas, os debates orais afetaram os resultados dos julgamentos entre 5 a 10% dos casos.¹⁶

Lamentavelmente, não identificamos levantamento similar no Brasil. Não obstante, com base na nossa experiência atuando pelo Ministério Público Federal junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, estimamos algo entre 10% e 20% de influência das sustentações orais efetuadas nos julgamentos em que se verifica alguma modificação de entendimento original. Ainda com base na mesma experiência, acreditamos que o índice é próximo de 25% de influência concreta para os profissionais mais qualificados. São, contudo, impressões sem suporte metodológico científico tendo por base a experiência apenas perante um tribunal, inseridas neste texto para provocar reflexões e, esperamos, futuros estudos estatísticos mais amplos, ainda escassos no país.

É mesmo de se esperar que nos tribunais brasileiros o número de alterações seja maior que nas cortes norte-americanas, pois a enorme quantidade de casos julgados a cada sessão impede que os membros do colegiado analisem cada processo com a atenção que seria recomendável, o que aumenta a utilidade de uma sustentação oral que destaque aspectos relevantes para o julgamento não originalmente considerados. Com efeito, mesmo o relator que estudou o processo para preparar o voto que leva pronto para a sessão de julgamento está sujeito a equívocos na análise dos autos, tanto relacionados aos fatos, podendo passar despercebido algum especialmente relevante, como a alguns aspectos jurídicos por vezes negligenciados, como pedidos subsidiários da parte. Por isso, ainda que se

¹⁶ Cf. WOLFSON, Warren D. *Oral Argument: Does It Matter?*, op. cit.

reconheça uma natural resistência à modificação de entendimento formado para a sessão de julgamento, destacar os fatos mais importantes e as peculiaridades jurídicas do processo para que sejam considerados pelos julgadores é uma utilidade da sustentação oral que pode influir no julgamento, nem sempre para alterar a conclusão, mas em boa parte dos casos para que esta considere os aspectos mais relevantes do caso.

Por outro lado, se é esperado que o relator compareça à sessão de julgamento com o processo bem estudado, o mesmo não se aplica para os demais julgadores na realidade brasileira. Com uma pauta de julgamento que com frequência ultrapassa mil processos por sessão é no mínimo intuitivo, até mesmo sabido argumentos, que os demais membros do colegiado mal conhecem o processo e os das partes. Certamente conhecem-no muito menos que o relator. Para esses julgadores, a sustentação é possivelmente a única oportunidade de atentar para os aspectos fáticos e jurídicos mais relevantes da causa, exceto se receberam a parte em audiência anterior no gabinete. E isso tende a ter grande relevância quando há, nos colegiados, divergências de entendimentos entre os integrantes em determinados pontos, que podem ser bem exploradas pelo orador, ao menos para suscitar um debate entre os julgadores que poderá resultar na alteração da posição inicial do relator. Não é incomum que, após uma qualificada sustentação oral, o relator mantenha o seu voto, mas outro integrante do colegiado peça vista dos autos para melhor analisar a questão. Numa tal situação, um dos objetivos da sustentação oral foi alcançado antes mesmo do resultado: uma maior profundidade de análise sobre aspectos relevantes para o julgamento do caso. No universo massivo de processos que caracteriza a realidade brasileira, esse é uma grande utilidade da sustentação oral: destacar o processo na “pilha”, para merecer dos julgadores a devida atenção.

Na verdade, seria equivocado pretender medir a utilidade das sustentações orais pelos índices de alteração dos entendimentos dos

juizadores. O ato em análise, cumpre lembrar, é o último anterior ao julgamento, a última oportunidade de convencimento dos juizadores, não a única. Antes dela, supõe-se que ao menos o relator tenha lido a decisão recorrida (ela própria resultante da apreciação da argumentação que a antecedeu), a peça recursal e as contrarrazões; sendo por isso natural que compareça à sessão de julgamento com algum convencimento formado acerca da argumentação desenvolvida no processo e, por consequência, que o índice de alterações seja reduzido. Se da maior atenção dos juizadores propiciada pela sustentação oral decorrer um acréscimo ou modificação de fundamentação para responder à argumentação mais relevante da parte, em atenção ao critério estabelecido pelo CPC15¹⁷, o ato já terá sido útil, no mínimo para o fim de um efetivo prequestionamento que poderá ser decisivo para viabilizar o julgamento nos tribunais superiores e, talvez, a reforma do acórdão.

A sustentação oral, pela presencialidade que a caracteriza, aumenta a carga de responsabilidade argumentativa da outra parte e de justificação da decisão. Ninguém que atua nos tribunais desconhece o constrangimento que se cria quando se constata que a parte adversa ou o juizador não enfrentou um argumento muito relevante, consistente e com potencialidade manifesta de influir no julgamento. Aquilo que no papel passa facilmente despercebido, num julgamento presencial não passará com a mesma naturalidade.

O acréscimo ou modificação de fundamentação resultante da sustentação oral ainda tem potencial para trazer outros ganhos para a parte. Além de evitar embargos declaratórios, com ganho de tempo para todos, e de assegurar o devido prequestionamento para as hipóteses em

¹⁷ Art. 489 (...)§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo juizador;

que se fará necessário o acesso às instâncias extraordinárias, pode servir para a parte redefinir sua estratégia processual no intuito de alcançar um ganho no mesmo processo mais adiante, hipótese bastante frequente em se tratando de julgamento de agravos de instrumento, dado que estes precedem o julgamento da sentença e da futura apelação. Para aquelas situações em que a questão julgada é comum a vários outros processos, o ganho é potencializado, mormente nos casos de várias ações propostas pelas partes que litigam com habitualidade, como ocorre com a Advocacia Pública e o Ministério Público¹⁸.

A par de todas essas utilidades, a sustentação oral ainda confere maior publicidade aos julgamentos, o que pode auxiliar no acolhimento de teses de maior interesse social ou que dependem de decisões com importantes consequências, que precisam ser, por imposição legal¹⁹, consideradas no julgamento.

Resumindo, como bem anota o juiz Wolfson ao lembrar que existem outros ganhos nas sustentações orais que não a alteração de entendimentos, elas auxiliam a esclarecer as questões da causa, distinguir o que é ou não relevante e analisar o impacto das decisões a serem tomadas.²⁰

¹⁸ Interessante exemplo experimentamos no julgamento de agravo de instrumento contra tutela provisória concedida em um de dezenas de ações civis públicas movidas pelo Ministério Público Federal relativas à qualidade da prestação de serviços de telefonia móvel (autos n. 5006917-97.2020.4.04.0000). Mesmo reformando a tutela concedida em primeiro grau que determinara a juntada aos autos de informações relativas aos contratos mantidos pelos consumidores, como já antecipara o relator que faria em sua apreciação liminar que conferira efeito suspensivo ao recurso, a alteração da fundamentação, do descabimento da ordem (posição inicial) para a necessidade de assegurar contraditório antes da concessão (posição após a mudança de fundamentação) equivaliu, na prática, a um ganho significativo e de fácil aplicação, sem prejuízo para a tutela dos direitos, em todas as dezenas de outras ações similares, bastando uma simples mudança de estratégia do Ministério Público Federal: passar a pedir a tutela provisória para depois de assegurado o contraditório.

¹⁹ Referimo-nos ao disposto pelo art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/42) na redação dada pela Lei 13.655/2018: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

²⁰ No original: “There are other substantial benefits to oral argument, aside from changing minds or making up minds. These other benefits more than make the case for oral arguments. Orals help me focus my thinking and clarify the issues. I see more of what matters and does not matter. This leads to better writing and helps avoid mistakes. Orals help me test my impressions and whatever conclusions I have reached. What did I miss? What should

II – O incremento da utilidade ou eficácia da sustentação oral pela atuação do orador

Como anunciamos na Introdução, nosso principal objeto neste texto é contribuir para aumentar a qualidade das sustentações orais e, por consequência, sua utilidade e potencialidade de influir na decisão judicial, sua eficácia. Para tanto, desenvolveremos duas abordagens. Uma processual, focada na importância de o orador promover um autêntico diálogo com os julgadores a partir da específica consideração, em suas alegações, dos entendimentos antes externados por eles, como uma espécie de ônus da alegação específica inerente ao modelo de processo cooperativo. Outra, focada na retórica e nos ensinamentos dessa arte ou técnica, com ênfase nos seus três principais elementos, instrumentos ou “provas” intrínsecas²¹ (*ethos*, *pathos* e *logos*). Para cada abordagem dedicaremos um dos tópicos na sequência.

II.1 – O incremento pelo diálogo inerente ao modelo cooperativo de processo e a postura do orador

II.1.1 – A sustentação oral no modelo do processo cooperativo no CPC15 e sua importância para o contraditório como direito de influir na decisão e dever de debate

O CPC15 inovou profundamente a ideologia e o modo de ser do processo civil brasileiro, a começar pela explícita determinação, logo no seu artigo inaugural, de que este “será ordenado, disciplinado e

I have considered and did not? Was I about to do something stupid? Orals help me see the impact of what I have in mind. What worlds will tumble? How much damage would I do?” (*Oral Argument: does it matter?*, *op. cit.*)

²¹ Eduardo Scarparo (*In Retórica Forense. História, argumentação e invenção Retórica*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 172 e 173) ensina que o conceito de prova para a Retórica é diverso daquele presente nos cursos e manuais de direito processual, e se entende como “aquilo que, vinculado ao discurso, pode levar à adesão do auditório a uma tese”. O mesmo autor, valendo-se da doutrina de Olivier Reboul (*Introdução à Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 49-50), distingue as provas que interessam à retórica entre extrínsecas (mais próximas ao conceito adotado no direito processual) e intrínsecas, que remetem aos “instrumentos efetivamente retóricos: o *ethos*, o *pathos* e o *logos*”, ao tempo em que cita o trabalho de Christian Plantin (*A Argumentação: história, teorias, perspectivas*. São Paulo: Parábola Editorial, 2008, p. 111) para se referir aos três como os “meios de ‘provar’ pela fala, isto é, de validar uma opinião aos olhos de um auditório concreto”.

interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”, num fenômeno que a doutrina denomina de “segunda constitucionalização do processo civil”²².

Dentre os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal está o de que a República brasileira se constitui num “Estado Democrático de Direito” ao lado da expressa legitimação do exercício direto de poder pelos cidadãos, que se viabiliza pelo que a teoria constitucional²³ denomina de *participação* nos processos decisórios do Estado (art. 1º, *caput* e parágrafo único, CF). As decisões judiciais são atos de Estado por meio de um dos seus poderes, o Judiciário, e se legitimam pelo devido processo legal, assegurado como garantia fundamental pelo texto constitucional (art. 5º, LIV, CF). Num Estado Democrático de Direito, a legitimidade desse devido processo legal se perfectibiliza com a viabilização de uma efetiva participação das partes na formação da decisão judicial, e o processo deve ser visualizado como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo²⁴.

Dado o caráter histórico da experiência jurídica e a reconhecida imbricação entre direito e cultura²⁵, é natural que a opção do constituinte pela configuração de um Estado Democrático de Direito e a importância

²² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 43. “Enquanto a primeira constitucionalização do processo teve por desiderato incorporar normas processuais na Constituição, a segunda constitucionalização visa atualizar o discurso processual civil com normas principiológicas e com normas que visam regular a aplicação de outras normas (os postulados normativos), além de empregar como uma constante a eficácia dos direitos fundamentais para solução dos mais variados problemas de ordem processual.”

²³ V., a propósito, BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 19-24 e ²³ SILVA, José Afonso. *O Estado Democrático de Direito*. In: *Revista do IAB*, Ano XXXIV, n. 93, 3º trimestre de 2000

²⁴ Para desenvolvimento da segunda afirmação, v. RIBEIRO, Darci e SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Revista da AJURIS*, n. 114, 2009. p. 91-103

²⁵ Sobre a indissociável e muito próxima relação entre processo e cultura, v. MITIDIERO, Daniel, *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 11-39

por ele dada à participação como forma de exercício direito de poder pelos cidadãos reflitam diretamente no modelo de processo. No CPC15, esse reflexo se manifestou de modo muito direto em outra norma fundamental do processo civil, estatuída no art. 6º do CPC nestes termos: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”, dispositivo identificado pela doutrina como a consagração de um *modelo cooperativo de processo*.²⁶

A propósito do art. 6º, vale destacar que o mesmo Código incluiu dentre os “sujeitos do processo” não apenas as partes (autor, réu e terceiros intervenientes), como também o Ministério Público e o Juiz.²⁷

Dentre as várias consequências da adoção do modelo cooperativo de processo e, de modo específico, do disposto no art. 6º, a que mais interessa a este trabalho é aquela que importou em uma nova compreensão do *direito ao contraditório*, que também tem base constitucional (art. 5º, LV), mas precisa ser interpretado, como determina o art. 1º do CPC15, à luz das normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal, em especial a configuração do Estado Democrático de Direito e a relevância conferida à abertura à participação nas decisões de Estado, incluindo às decisões judiciais.

É sob a luz dessa perspectiva constitucional de interpretação e considerando que o juiz é um dos sujeitos do processo, que se conclui pela necessidade de se (re)interpretar o direito ao contraditório como “direito de influência e dever de debate, como direito de participar do processo e

²⁶ Nesse sentido, e com a mesma compreensão do direito processual civil como um fenômeno cultural que deve refletir a configuração constitucional do Estado, cf. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil, op.cit.* Na p. 63, o autor faz a mesma relação constante do texto principal entre a configuração de um Estado Democrático de Direito (embora preferindo a terminologia *Estado Constitucional*) e a importância nele conferida à participação social na sua gestão como as bases constitucionais do *modelo cooperativo de processo*.

²⁷ “Sujeitos do Processo” é o título do Livro III do Código, que se subdivide em “Das Partes e dos Procuradores” (Título I), “Da Intervenção de Terceiros” (Título III), “Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça” (Título IV) e “Do Ministério Público” (Título V)

influir sobre o convencimento judicial”²⁸. Substitui-se, assim, um senso “fraco” de contraditório, compreendido em um sentido formal e estático, de mera bilateralidade entre as partes, por um sentido “forte”, que visualiza o contraditório como um autêntico direito a diálogo e debate com o juiz.²⁹

Sob essa perspectiva de análise, constata-se facilmente que a sustentação oral é manifestação do direito constitucional de participação das partes e do Ministério Público no processo de decisão do Poder Judiciário, e que ela desempenha papel crucial na concretização do direito ao contraditório em sua compreensão “forte”, isto é, como “direito de influência e dever de debate”.

II.1.2 – Do dever de debate ao ônus processual da alegação específica

Na compreensão do direito ao contraditório no sentido “forte” antes apresentado há um aspecto que interessa de modo muito particular a este trabalho: qual o alcance do “dever de debate”? É um dever que se aplica apenas ao juiz, de “enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, §1º, IV, CPC)”? Ou também às partes? Se não se aplica às partes como um *dever*, dado que o termo “dever” parece guardar direta relação com o dever constitucional de fundamentar as decisões (art. 93, IX, CF), aplicável obviamente apenas aos juízes, aplica-se à parte e ao Ministério Público sob alguma outra forma? Qual? Existe, ao menos, alguma espécie de *ônus processual* de enfrentar os fundamentos de decisão conhecidos – da decisão recorrida ou de uma decisão liminar do relator, por exemplo – que

²⁸ Cf. MITIDIERO, Daniel *Colaboração no Processo Civil, op. cit.*, p. 89, com referência expressa à doutrina de ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório (1998)*, *Do formalismo no Processo Civil (1997)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 238

²⁹ MITIDIERO, Daniel, *Colaboração no Processo Civil, op. cit.*, p. 85 e 87, referindo a doutrina de Nicola Picardi, *Manuale del Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 2010-2012, em colaboração com Francesco Paolo Nicita.

são capazes de infirmar a argumentação da parte? Especificamente no que interessa a este trabalho, esse ônus, se existente, aplica-se de algum modo à atuação do orador que faz a sustentação oral? De que modo?

Para responder essas questões dedicaremos este tópico e o próximo.

Sob essa perspectiva de análise, outro dispositivo do CPC merece ser considerado: o art. 932, III, segundo o qual “Incumbe ao relator: (...) *não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida*”.

A doutrina tem identificado o dispositivo como uma manifestação ora do *princípio* ora da *regra* da *dialeticidade*, decorrente do princípio do contraditório³⁰, e do modelo cooperativo do processo, acentuando a *interação dialógica* que o caracteriza. Nessa linha e bem a propósito da nossa abordagem no tópico anterior, afirma Rogéria Dotti³¹:

“Entre as exigências de regularidade formal está o respeito à dialeticidade, ou seja, a necessidade de impugnação específica da decisão recorrida.

A dialeticidade, por si mesma, não constitui um princípio processual, nem tampouco um valor que goze de autonomia dentro do sistema. Ela constitui um reflexo do princípio do contraditório e da necessária interação dialógica entre as partes e o magistrado.

Observe-se, ainda, que o princípio da cooperação também impõe essa relação de dualidade entre o fundamento da decisão e as razões do recurso. Isso porque, na medida em que se critica a solução imposta pelo Poder Judiciário,

³⁰ Nesse sentido, DIDIER Jr, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais processo nos tribunais*. V.3. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 124: “A doutrina costuma mencionar a existência de um *princípio da dialeticidade dos recursos* [cita NERY Jr, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 176-178]. (...) Rigorosamente não é um princípio: trata-se de uma exigência que decorre do princípio do contraditório, pois a exposição das razões de recorrer é indispensável para que a parte recorrida possa defender-se, *bem como para que o órgão jurisdicional possa cumprir seu dever de fundamentar suas decisões*” (grifamos). Em nosso entender, especialmente depois da edição do CPC15, e considerando o disposto no art. 932, III, parece-nos mais correto, de fato, reconhecer a existência de uma *regra* da dialeticidade.

³¹ DOTTI, Rogéria. Todo defeito na fundamentação do recurso constitui vício insanável? Impugnação específica, dialeticidade e o retorno da jurisprudência defensiva. In NERY Jr, Nelson, ARRUDA ALVIM, Teresa e OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins : volume 14*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 (versão eletrônica)

deve-se expor os motivos pelos quais outro resultado merece ser alcançado. Somente assim a decisão obtida perante o tribunal terá sido verdadeiramente construída com a participação de recorrente, recorrido e órgão julgador.

Daí porque a exigência da dialeticidade mostra-se como a outra face da vedação do arbítrio. *Se o magistrado não pode decidir sem fundamentar, a parte também não pode criticar sem explicar.* É, inclusive, o que vem expresso nas Súmulas 182 do STJ³² e 283 do STF³³. Na medida em que se exige a fundamentação judicial e o enfrentamento de todos os argumentos trazidos pelas partes, impõe-se uma impugnação específica aos motivos determinantes da decisão.” (grifamos)

Fredie Didier Jr e Ravi Peixoto³⁴ vão além: partindo da análise de um precedente do STJ que reconheceu explicitamente a aplicação do art. 489, §1º, CPC às partes³⁵, extraem do modelo cooperativo de processo e dos vários dispositivos que o conformam no CPC, com destaque para o art. 6º, uma interpretação do art. 489, §§1º e 2º, do CPC, a base normativa para identificar a existência de um “ônus de justificação analítica de todas as postulações formuladas pelos demais sujeitos processuais”. Nas precisas palavras dos autores:

³² “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.”

³³ É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

³⁴ DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. O art. 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais – um precedente do STJ. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_3.pdf. No mesmo sentido, TAGLIARI, João Paulo. Ônus de alegar e dever de decidir: o processo civil como comunidade argumentativa de trabalho. Monografia. UFRGS. 2017

³⁵ AgInt no AREsp 853.152/RS, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016. Lê-se do voto condutor do julgamento: “Com efeito, a decisão ora agravada deveria ter sido combatida com o enfrentamento dos fundamentos determinantes dos julgados apontados como precedentes, ou com a demonstração de que não se aplicariam ao caso concreto, ou de que haveria julgados contemporâneos ou posteriores do STJ, em sentido diverso, e não com a mera afirmação de que “a parte suscitou divergência jurisprudencial, em seu recurso e juntou acórdãos deste Superior Tribunal de Justiça que demonstram entendimento diverso da jurisprudência apontada pela Relatora” (fl. 428e). Sendo assim, deveria ter havido, pelo agravante, a demonstração da possibilidade de distinção ou superação em relação aos precedentes firmados na decisão combatida (sejam vinculantes, sejam persuasivos), através do enfrentamento de seus fundamentos determinantes, argumentos que deveriam ter sido trazidos pelo recorrente. Interpretação do art. 489, §1º, do CPC/2015 que, mutatis mutandis, também se traduz em obrigação para as partes.”

“Tudo isso parece significar que o art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC, que exige uma justificação analítica das decisões judiciais, compreendido a partir do art. 6º do CPC, serve como base normativa para o reconhecimento de um ônus de justificação analítica de todas as postulações formuladas pelos demais sujeitos processuais. As partes – autor, réu, *amicus curiae*, Ministério Público na função de fiscal da ordem jurídica, todos que participam do processo – devem, igualmente, justificar analiticamente cada uma de suas postulações. (...)”

Isso permite uma revisão do conteúdo dogmático de diversos ônus que já existiam na legislação e que agora precisam passar por uma nova leitura, assim como ocorreu com a justificação das decisões judiciais.

A legislação processual menciona a necessidade de indicação, na petição inicial, do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido (art. 319, III, CPC), (...). Igualmente é possível mencionar a regra da dialeticidade recursal, exigindo-se que o recorrente impugne especificamente os fundamentos da decisão recorrida (art. 932, III, CPC), o que, por decorrência do princípio da igualdade (art. 5º, I, CFRB e art. 7º, CPC) deve se exigir igualmente das contrarrazões recursais.”

Mas ressaltam, com muita propriedade:

“É evidente que a exigência de uma justificação analítica para as partes requer, do lado do Poder Judiciário, a devida aplicação das exigências de justificação constantes do art. 489, § 1º, do CPC/2015. Esse ônus das partes apenas pode ser exigido se o Judiciário se tornar efetivamente parte do diálogo, respondendo aos argumentos das partes, (...)”.

De fato, se o que se espera do modelo cooperativo de processo e da compreensão do contraditório em seu sentido forte, como consequências da incorporação dos valores constitucionais no processo civil, é que a decisão judicial emane de um efetivo *diálogo* entre *todos os sujeitos do processo*. Desse contexto normativo se impõe extrair, como decorrência inerente, o ônus processual de alegação específica das partes.

II.1.3. A importância da impugnação e alegação específicas que considerem todas as decisões anteriores para evitar o “não conhecimento” da sustentação

Reconhecida a possibilidade de se extrair do modelo cooperativo consagrado pelo CPC¹⁵ um *ônus de impugnação ou alegação específica* dos sujeitos do processo que argumentam com o fim de influir na decisão judicial, interessa agora analisar os reflexos dessa conclusão na sustentação oral.

É certo que não se pode reconhecer, na acepção técnica do termo, um “ônus processual” de impugnação ou alegação específica daquele que faz a sustentação oral, dado que da inobservância desse “ônus” não decorrerá uma consequência negativa estabelecida em lei, como é o caso do não conhecimento do recurso previsto no art. 932, III, do CPC. Não, ao menos, uma consequência processual.

A sustentação oral, entretanto, como um ato discursivo direcionado ao convencimento dos julgadores – ou à persuasão, numa terminologia mais alinhada à Retórica³⁶, é um misto de ato processual e de ato retórico, como aprofundaremos no próximo tópico. E, sob a perspectiva da teoria da argumentação é não só perfeitamente possível como justificada uma espécie de “não conhecimento” pelos julgadores, no sentido leigo do termo³⁷, da argumentação feita sem impugnação ou alegação específica em relação aos fundamentos anteriormente adotados como razão de decidir que lhe são contrários. E os fundamentos a serem infirmados não devem ser apenas os da decisão impugnada, como também, com mais razão ainda numa perspectiva dialógica da sustentação oral, aqueles adotados pelos

³⁶ Sobre os aspectos semânticos envolvendo os verbos persuadir e convencer sob a perspectiva da Retórica, v. nota 44 *infra*.

³⁷ Esse “não conhecimento” na prática, corresponde à decisão, usual nos julgamentos, de se adotar um entendimento “pelos mesmos fundamentos” da sentença, na hipótese de sua manutenção, ou da apreciação liminar do recurso, confirmada no colegiado, sem responder à argumentação apresentada na sustentação oral.

próprios julgadores aos quais se destina a sustentação, aspecto que retomaremos na sequência.

No seu tratado clássico sobre argumentação, Chaim Perelman identifica a existência do que denomina de “princípio da inércia” na argumentação, segundo o qual é a “mudança que deve ser justificada” e “uma decisão, uma vez tomada, só pode ser alterada por razões suficientes”³⁸. Em sentido coincidente, Robert Alexy, em sua também consagrada obra sobre a Teoria da Argumentação Jurídica, defende a “considerável importância” desse princípio de Perelman e acrescenta, entre as “regras sobre a carga da argumentação prática” (aplicável aos casos concretos), que “quando um falante afirma algo, seus interlocutores no discurso têm o direito de exigir uma fundamentação. Por outro lado, uma proposição ou uma norma (...) pode, segundo esse princípio, ser questionada *apenas se se indica um razão para isso*”³⁹.

Bem se vê, assim, estar bem assentado na teoria da argumentação a existência de um ônus de argumentar daquele que pretende a mudança, no caso, da decisão ou do entendimento anteriormente formado. Por isso, a impugnação ou alegação específica em relação à fundamentação da decisão ou do entendimento a ser reformado é um ônus do orador, se não processual, ao menos argumentativo. Se dele não se desincumbe, os julgadores destinatários da sustentação não precisam apresentar nova fundamentação para manter o entendimento anterior. Daí afirmarmos que, à luz da teoria da argumentação, se justifica que os julgadores “não conheçam” dessa argumentação deficiente. Referimo-nos, portanto, a um não conhecimento na prática, isto é, a uma desconsideração da argumentação desenvolvida na sustentação oral que não impugna nem

³⁸ Cf. PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*. p. 120.

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinshon Shild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p. 197.

infrima, especificamente, os fundamentos antecedentes das decisões conhecidas ou identificáveis que lhes são contrários.

Quando quem faz a sustentação oral não desenvolve argumentação destinada a infirmar, especificamente, os fundamentos das decisões anteriores, e os julgadores apenas os reproduzem, o que se observa, na prática, são dois monólogos em vez do diálogo requerido pelo modelo cooperativo de processo. Nesses casos, é justificado um “não conhecimento” da argumentação desenvolvida na sustentação. Ao fim, quem mais perde é o sujeito que tinha por objetivo alcançar dos julgadores alguma adesão à sua argumentação, pois desperdiçou uma importante chance de influir na decisão colegiada do tribunal. Justo por isso, é o principal interessado em promover um autêntico diálogo a partir da sustentação.

E como o sujeito que faz a sustentação pode promover esse diálogo?

Sem dúvida, com impugnação específica dos fundamentos da decisão impugnada, e com a alegação específica dos fatos mais relevantes para julgamento da causa. Mas não só. Na verdade, essas nem são as mais importantes das argumentações específicas sob a perspectiva da utilidade da sustentação oral. Considerando que ela se dirige para um colegiado pré-determinado e conhecido de quem sustenta oralmente – e que, excetuadas as hipóteses de prevenção, não era conhecido quando da interposição do recurso – a argumentação mais importante é aquela que dialoga com as decisões anteriores do colegiado ou de seus membros, com especial atenção ao relator, no próprio processo ou em outros com objeto semelhante.

Sob essa perspectiva, é crucial, por exemplo, que na sustentação em sede de apelação o orador dialogue diretamente com o colegiado tendo em conta o que foi decidido em sede de agravo de instrumento no mesmo processo, especialmente nos casos em que o objeto deste recurso coincidir

em boa medida com o da apelação, como ocorre quando no primeiro foi impugnada decisão que concedeu a tutela antecipada depois confirmada ou reformada na sentença. Desenvolver a argumentação da sustentação oral no julgamento da apelação sem considerar especificamente a fundamentação do acórdão que julgou o agravo de instrumento nesses casos está entre os maiores erros que um orador poderia cometer nessa sustentação. É de igual importância que o orador dialogue diretamente com o relator sempre que possível, desenvolvendo, por exemplo, argumentação destinada a infirmar a fundamentação contrária adotada no julgamento que apreciou pedido de tutela recursal antecipada ou atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Inexistindo decisões anteriores no mesmo processo proferidas pelo mesmo colegiado ou pelo relator, assumem grande importância, na construção de uma argumentação na sustentação oral preocupada de fato em dialogar com o colegiado, os julgamentos desses julgadores em casos muito similares, dado que por disposição legal expressa os “tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926, CPC). Se a jurisprudência específica do colegiado não for favorável à tese a ser sustentada oralmente, impõe-se ao orador conhecê-la em profundidade para com ela dialogar diretamente, por meio de argumentação específica que demonstre os elementos fáticos e jurídicos que permitem a distinção entre o caso julgado e os demais, suficiente a justificar julgamento em sentido diverso. Se a distinção não se apresentar possível, impõe-se sustentar as razões que justificam a superação do entendimento no caso em julgamento. A pior opção para a parte ou para o Ministério Público num tal caso é ignorar a fundamentação da jurisprudência contrária do mesmo colegiado ao qual se dirige.

Na prática, essa atenção específica de quem sustenta atende aos objetivos relacionados à promoção do diálogo que motivam a sugestão de

alteração legislativa referida no tópico I.1, para se reeditar a regra do art. 7º, IX, da Lei 8.906/94 (voto do relator antes da sustentação oral), se não na maioria dos casos, ao menos em considerável parte deles. E se trata de cuidado que depende exclusivamente do orador, vale dizer, está no seu “círculo de influência”, aumentando a eficácia da sua atuação sem a necessidade de qualquer alteração legislativa ou colaboração de terceiros.⁴⁰ Alinha-se perfeitamente, por isso, aos nossos objetivos neste texto.

II.2. – O incremento pela retórica

II.2.1 Retórica e sustentação oral

Retórica pode ser definida resumidamente como “a arte de persuadir pelo discurso”, seja este escrito ou oral ⁴¹, ou, de modo um pouco mais específico, “a arte ou técnica de persuadir, despertar no auditório a adesão a uma proposta por meio de um discurso (falado ou escrito)”⁴².

Esta segunda definição tem a vantagem de destacar um elemento central da retórica que interessa muito à sustentação oral e, por isso, será adiante retomado: o auditório, isto é, o público ao qual o orador dirige seu discurso com o propósito de persuadi-lo valendo-se da arte ou técnica da retórica, e que precisa ser considerado na sua elaboração. Sem um auditório, tão essencial como o orador, um discurso não é retórico. Sem a adequação ao auditório, o discurso retórico perde muito em potencialidade de persuasão. Numa sustentação oral, o auditório principal é, de regra, o colegiado do tribunal que julgará o caso. Mas não só, necessariamente. O auditório daquele que faz a sustentação oral pode ser também as partes (no caso do Ministério Público atuando como fiscal da ordem jurídica), os

⁴⁰ Sobre a compreensão do conceito de “círculo de influência” e sua importância para a eficácia da atuação pessoal, conceitos mais desenvolvidos na área da Administração, v. COVEY, Stephen. *Os Sete Hábitos das Pessoas Altamente Eficazes*. Trad. Alberto Fusaro e Márcia Fusaro. 16ª ed. São Paulo: Best Seller, 2003, p. 102-106.

⁴¹ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XIV (da Introdução).

⁴² HENRIQUES, Antônio. *Argumentação e Discurso Jurídico*. São Paulo: Atlas, 2ª ed, p. 11-13 e 175.

titulares dos direitos ou até mesmo a sociedade em geral (no caso das ações envolvendo direitos difusos ou de interesse público ou social) ou o público que assiste à sustentação oral e assistirá ao julgamento que fará o colegiado na sequência.

Nos dois conceitos transcritos, e em muitas outras definições dadas por aqueles que se dedicam ao estudo da retórica, aparece o verbo central que a define: “persuadir”, que é o propósito principal de qualquer discurso retórico⁴³. Independente das controvérsias teóricas sobre existir ou não alguma distinção semântica em relação ao verbo “convencer”⁴⁴, tratando-se sem dúvida de conteúdos muito próximos, importa destacar que em “persuadir”, no menos para os fins da retórica, está incorporada a ideia de um agir (do orador) orientado a um propósito relacionado à produção de resultados que transcendem o mero convencimento racional ou uma concordância inerte do auditório. Num célebre trecho de Chaïm Perelman, responsável pelo ressurgimento e pela renovação da Retórica de Aristóteles desde a segunda metade do século passado, quando passou a ser novamente muito estudada e aplicada: “para quem se preocupa com o

⁴³ A essa conclusão chega também Manuel Alexandre Júnior, que escreveu o Prefácio e a Introdução de tradução para o português da obra clássica *Retórica*, de Aristóteles, publicada pelo Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa. Após transcrever várias definições, inclusive a do próprio filósofo grego (“a retórica parecer ser capaz de descobrir os meios de persuasão de dado assunto”), conclui o professor português: “Num aspecto todas essas definições concordam: que a retórica e o estudo da retórica têm em vista a criação e elaboração de discursos com fins persuasivos”. Cf. ARISTÓTELES. *Retórica*. 2ª ed. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa – Imprensa Nacional-Casa da Moeda, p. 21-25. No mesmo sentido CAMPBELL, Karlyn; HUXMAN, Susan e BURKHOLDER, Thomas. *Atos de Retórica*. São Paulo: Cengage Learning, 2015, p. 9: “Retórica é o estudo do que é persuasivo”

⁴⁴ A distinção aparece originalmente em Aristóteles, que via a persuasão como resultado de um raciocínio dialético, e o convencimento, de um raciocínio analítico (*apud* HENRIQUES, António. *Argumentação e Discurso Jurídico*, op. cit., p. 36-37) e é identificada também por Chaïm Perelman, que relaciona o ato de convencer ao caráter racional da adesão, aplicável a qualquer auditório pautado pela razão, e o ato de persuadir à adesão orientada para um resultado de um determinado auditório (PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 29-34). Já Oliver Rebolou renuncia à distinção por entender que ela repousa sobre uma “filosofia – até mesmo uma ideologia – essencialmente dualista, visto que opõe no homem o ser de crença e sentimento ao ser de inteligência e razão” (*Introdução à Retórica*, op. cit. p. XV). Eduardo Scarparo anota, a nosso ver com acerto, que “A retórica, ao mesmo tempo, persuade e convence, pois não dispensa nem os afetos e nem a razão. Se o fizer, deixa de ser retórica e passa a ser exame lógico ou logro. Pode ocorrer de as circunstâncias de produção, pronúncia ou eficácia dos discursos tenderem mais à razão ou aos afetos; isso, no entanto, não significa a supressão do aspecto que menor influência provoca no auditório.” (*In* SCARPARO, Eduardo. *Mas e a Retórica? Sobre as demonstrações e argumentações*. In _____. (Org.) *Ensaio de retórica forense* [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020, p. 29.

resultado, persuadir é mais do que convencer, pois a convicção não passa da primeira fase que leva à ação”⁴⁵ Também é uma constante a ideia de que na persuasão o convencimento se estabelece não apenas pela razão mas também pela emoção. Daí a expressão “adesão a uma proposta” constante da segunda definição que reproduzimos.

Alguns desses aspectos serão retomados adiante. Desde logo, interessa destacar a relação dessa compreensão da retórica com a sustentação oral, dado que o discurso do orador tem como propósito principal uma “adesão” do tribunal à tese sustentada, preferencialmente de modo a se converter numa decisão favorável (resultado).

Sem a pretensão de aprofundar o tema, dado que o objetivo seria incompatível com os limites inerentes a este texto, mas apenas de contextualizar as referências à retórica, vale anotar que sua origem é judiciária, surgindo no século V a.C. como uma coletânea de preceitos práticos para orientar cidadãos sicilianos a reclamarem seus bens que haviam sido despojados por tiranos persas depois de expulsos por uma guerra civil.⁴⁶ Da Sicília, chegou à Grécia Antiga, onde era ensinada antes mesmo de Aristóteles, o filósofo grego que escreveu, em meados do século IV a.C, aquela que é reconhecida como a primeira grande obra de referência sobre essa arte, denominada justamente *Retórica*, e composta de três livros: um primeiro dedicado aos três gêneros retóricos (político ou deliberativo, judicial e demonstrativo ou epidítico, destinado a elogiar ou censurar), um segundo dedicado aos meios de persuasão, ligados à emoção e ao caráter, e também, ao estudo lógico do raciocínio retórico, e

⁴⁵ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação: a Nova Retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 30

⁴⁶ Para aprofundar as origens da Retórica, v. REBOUL, Oliver, *op. cit.* p. 1-19

um terceiro dedicado à análise do estilo e da composição do discurso retórico.⁴⁷

A Retórica de Aristóteles foi sendo adaptada e apropriada ao longo dos séculos (pelos romanos, com destaque para Cícero, e pela chamada retórica cristã, de Santo Agostinho, por exemplo) até experimentar grande declínio no período áureo do cientificismo racionalista dominante a partir do século XVII, por se entender que o aspecto emocional inerente à atividade retórica subvertia a lógica da razão, a única que deveria dominar as ações humanas, e se prestava à manipulação. Somente na década de 1960 os ensinamentos de Aristóteles foram resgatados e renovados a partir dos trabalhos de Chaïm Perelman, professor da Escola de Bruxelas, num movimento que ficou conhecido a *Nova Retórica* e cujo livro-base é intitulado *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*⁴⁸. Desde então, essa arte segue sendo prestigiada e objeto dos mais variados estudos, inclusive interdisciplinares⁴⁹.

Para o Direito, a retórica é de grande relevância por ser, ao lado da lógica e da dialética, uma das três perspectivas fundamentais de estudo da argumentação⁵⁰, que é da essência da atividade jurídica, dado que “o

⁴⁷ A íntegra da obra traduzida para o português foi publicada em 2005 pelo Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, com prefácio e introdução de Manuel Alexandre Júnior (ARISTÓTELES. *Retórica*. 2ª ed. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa – Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005). Disponível em www.academia.edu

⁴⁸ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*. *Op. cit.* A obra, resultado de pesquisas que iniciaram em 1947 sob a liderança de Perelman com auxílio de sua colaboradora, Lucie Olbrechts-Tyteca, foi publicada originalmente em 1958. Sobre sua importância, anotou Fábio Ulhoa Coelho no Prefácio à edição brasileira, constante da obra referenciada: “O pioneirismo de Perelman, na reabilitação da retórica, é unanimemente reconhecido. Antes dele, as noções aristotélicas, e as extraordinárias possibilidades que propicia, não despertaram o interesse de sucessivas gerações de filósofos. (...) suas reflexões sobre o discurso argumentativo e a introdução dos conceitos de auditório interno e universal ampliaram, de modo significativo, o conhecimento acerca desse processo de comunicação” (op. cit. p. XIV)

⁴⁹ Para um breve panorama dessa evolução, dos romanos à Nova Retórica, v. HENRIQUES, Antônio. *Argumentação e Discurso Jurídico*, p. 25-35. Para uma noção dos vários usos atuais da retórica, inclusive na propaganda e na publicidade, v. REBOUL, Oliver, *op. cit.* p. 82-90. Para uma aprofundada contextualização histórica da evolução da retórica em sua relação com o direito, desde a Grécia Antiga, passando pela Roma de Cícero, a subsequente apropriação pelo Cristianismo na Idade Média até chegar ao Renascimento, “morrer” com o advento da ciência e filosofia moderna pós-renascentistas e depois finalmente “renascer” com a Nova Retórica de Perelman, v. SCARPARO, Eduardo. *Retórica Forense. História, argumentação e invenção retórica*, op. cit., p. 21-130

⁵⁰ Cf. ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentação Jurídica*. Trad. Claudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017, p. 88

enfoque argumentativo do Direito pode contribuir de maneira decisiva para uma melhor teoria e a uma melhor prática jurídica”⁵¹. Essa contribuição é ainda maior no estágio atual da ciência jurídica e da interpretação, que superou o formalismo-cognitivista, que confundia o Direito com a lei e compreendia a atividade do intérprete como mera declaração do conteúdo da regra estabelecida pelo legislador, para uma visão de reconstrução lógico-argumentativa do direito pela atividade jurisdicional⁵².

Das três perspectivas de estudo da argumentação, a lógica é a mais abstrata, menos ligada à realidade concreta ou material, e mais preocupada com a coerência racional interna da argumentação, sem maior atenção à valoração das premissas ou das conclusões, atendendo melhor a uma compreensão mais formalista do Direito. Por essas razões, mormente na atualidade a dialética e a retórica despertam mais interesse entre os estudiosos do Direito, um campo do conhecimento no qual os debates argumentativos estão sempre relacionados a uma ação humana e à valoração dessas ações, e, portanto, direta ou indiretamente, vinculados à persuasão. Diferentemente da dialética, contudo, em que os participantes (proponente e oponente) têm ambos um papel ativo no processo de persuasão, na retórica somente uma das partes (o orador, o que constrói o discurso) desempenha esse papel no intuito de persuadir o auditório,⁵³ que é o seu propósito específico.

Do quanto já afirmado, fica evidente que a sustentação oral é um ato retórico e, por consequência, que essa arte ou técnica pode contribuir para aumentar a utilidade desse importante ato no processo. É esse o propósito do próximo tópico.

⁵¹ *Idem*, p. 35

⁵² Para uma melhor compreensão desse estágio atual, v. MITIDIERO, Daniel. A Tutela dos Direitos como Fim do Processo civil no Estado Constitucional (*In Revista de Processo*, São Paulo: Ed. RT, n. 229, 2014) nas p. 52-54.

⁵³ ATIENZA, Manuel. *op. cit.* p. 88

II.2.2 Contribuições da retórica sob a perspectiva dos elementos de persuasão. Ethos, Pathos e Logos aplicados à Sustentação Oral

Desde os estudos clássicos de Aristóteles⁵⁴ até os mais recentes⁵⁵, se reconhece que para lograr a persuasão de um auditório são três os elementos, meios ou provas de que se vale a retórica: o *logos* (racionalidade do discurso), o *ethos* (conjunto de atributos com que o orador/falante se apresenta ao auditório) e o *pathos* (emoções que o orador desperta no auditório em decorrência da especial atenção às suas particularidades), estes dois últimos constituintes da parte afetiva ou emocional da persuasão. Scarparo resume bem a ideia central desses três elementos de persuasão estudados pela retórica:

“A retórica não é uma equivalente da dialética, mas a pressupõe, pois as regras de progressão dos discursos devem ser obedecidas para se fazer valer um discurso racional e propenso ao alcance da verdade, ainda que meramente provável [*logos*]. Porém, diferentemente da lógica, a retórica pressupõe igualmente a psicologia dos afetos, assim entendidas as emoções, a atenção às particularidades do auditório [*pathos*] e ao caráter do orador [*ethos*].”⁵⁶

Certamente, as contribuições da retórica para a qualificação da sustentação oral não se esgotam no estudo dos três elementos de persuasão antes referidos. Essa arte ou técnica tem muito a contribuir, por exemplo, com os estudos relacionados à estruturação do discurso, desde a invenção (busca e identificação dos argumentos que sustentarão o discurso), passando pela disposição (organização dos argumentos, sua ordem de apresentação), a elocução (redação ou construção linguística do discurso, atentando a aspectos como clareza, correção, adequação e

⁵⁴ Referimo-nos à clássica obra *Retórica*, em particular no Livro II, dedicado ao estudo, justamente, dos meios de persuasão.

⁵⁵ Cf. REBOUL, Oliver, op. cit. p. 47-49, ou HENRIQUES, Antônio. *Argumentação e Discurso Jurídico*, p. 31 e 90-101.

⁵⁶ Cf. SCARPARO, Eduardo. Mas e a Retórica? Sobre as demonstrações e argumentações, op. cit. p. 24.

concisão na escolha das palavras) e a pronúncia (a exposição oral)⁵⁷. Também interessam os estudos relacionados ao estilo, à postura e ao ritmo do orador, aspectos que guardam relação com o *ethos*, mas nele não se esgotam⁵⁸. Entretanto, os limites próprios deste artigo e nosso intuito de relacionar as contribuições da retórica com aquela que desenvolvemos no tópico anterior, sob a perspectiva processual, justificam nossa opção pelos elementos de persuasão, analisados separadamente em cada um dos três subtópicos seguintes com atenção mais voltada para a invenção e pronúncia do discurso.

II.2.2.1 Ethos. O caráter e a credibilidade do orador

O *ethos*, ou caráter e credibilidade do orador, o modo como o auditório o percebe, é algo que o orador constrói previamente (*ethos* prévio ou pré-discursivo) e no ato da própria sustentação (*ethos* discursivo)⁵⁹. Envolve, sem dúvida, aspectos subjetivos, mas esse é um dos méritos da retórica: lembrar-nos que orador e auditório são humanos e, como tal, suscetíveis a aspectos subjetivos no seu processo interno de convencimento.

O *ethos* prévio ou pré-discursivo é resultado do somatório da imagem profissional do orador construída em sua carreira jurídica considerando as atividades que desempenha (como ocorre com o advogado ou membro do Ministério Público que também é professor universitário, doutrinador

⁵⁷ Na *Retórica* de Aristóteles, esses aspectos são objeto do Livro III. Subsídios atuais muito úteis podem ser encontrados, por exemplo, em CAMPBELL, Karlyn; HUXMAN, Susan e BURKHOLDER, Thomas. *Atos de Retórica*. São Paulo: Cengage Learning, 2015; FERREIRA, Luiz Antônio. *Leitura e Persuasão: princípios de análise retórica*. São Paulo: Contexto, 2020

⁵⁸ Na *Retórica* de Aristóteles esses temas também são objeto do Livro III. Subsídios atuais e práticos podem ser encontrados nas obras de Reinaldo Polito, como, por exemplo, *Seja um ótimo orador*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, obra atualmente publicada, com atualizações, sob o título *Oratória: para advogados e estudantes de Direito*.

⁵⁹ Como anota Eduardo Scarparo, a propósito de esquema concebido por Dominique Maingueneau: “o *ethos* efetivo, que constitui o modo como o auditório percebe o orador, é construído conjuntamente por elementos alheios ao discurso e eventualmente anteriores (*ethos* pré-discursivo) e por dados apresentados pela enunciação (*ethos* discursivo)” (*In Retórica Forense. História, argumentação e invenção teórica*, op. cit., p. 179)

ou jurista renomado), com a postura adotada nos autos, em sustentações anteriores e, no dia, na observância das convenções sociais, incluindo a aparência e a forma e modo de apresentação (“o papel social”⁶⁰).

Não é difícil imaginar o comprometimento de credibilidade de um advogado-orador que tem fama de falsear a verdade na defesa de seus clientes, ou que adotou no processo postura desconforme com a boa-fé, alterando a verdade dos fatos (art. 80, II, CPC) ou alegando a ocorrência de fato que se comprovou inexistente, ou que vem adotando uma estratégica processual manifestamente protelatória. Comprometimento similar haverá sempre que o orador tiver sustentado anteriormente de modo a induzir em erro os julgadores, como ocorre com a invocação de jurisprudência “consolidada” ou “uniforme” da própria Corte ou, mais comum, de Corte Superior sobre determinado ponto quando há, na verdade, divergência relevante de julgados ou até mesmo superação do entendimento consolidado. Abalo similar à credibilidade ocorre se o orador invocou precedente da própria Corte como se aplicável à situação “esquecendo” peculiaridade distintiva relevante. Ainda que, naturalmente, essas circunstâncias prévias comprometedoras da credibilidade do orador não possam ser invocadas pelos julgadores para expressamente desacreditá-lo ou para infirmar sua argumentação, é provável que uma invocação do orador de algum “fato provado” nos autos ou de “jurisprudência consolidada” ou precedente feita por esse orador provoque menos impacto nos julgadores do que seria de se esperar, levando-os, por exemplo, a manter seus votos tal como previamente

⁶⁰ “*Grosso modo*, diante das convenções sociais, e conscientes de sua existência e seus limites, *representamos* a todo momento, não como forma de fingimento, mas sim de adequação a normas de convívio, em um agir conforme a sociedade espera. Ora, se o objetivo da argumentação é o de que o interlocutor *aceite* nossas ideias e opiniões, a regra (que, como tal, tem exceções) é que o argumentante busque o *cumprimento* dessas mesmas normas, facilitando a permeabilidade da mente do interlocutor às ideias e opiniões que profere” (RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 6ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p. 272-274)

elaborados em sentido contrário ao sustentado, pelos mesmos fundamentos, sem sequer retirar o processo de pauta para melhor análise. Em vez de confiar na afirmação do orador que não goza de credibilidade, é mais provável que o colegiado aguarde por alguma impugnação por meio de embargos de declaração para, então, considerar rever sua a posição anteriormente encaminhada por meio de uma análise mais atenta dos autos e dos julgados invocados na sustentação. Credibilidade do orador é, assim, um fator importante na utilidade da sustentação oral.

Também compromete o seu o *ethos* prévio, ameaçando a eficácia do seu discurso, o orador que descuida da aparência, com vestimenta inadequada (fora das formalidades recomendadas), adota conduta imprópria (sob influência de álcool ou qualquer psicotrópico) ou incompatível com a atenção e formalidade devidas na sustentação (como sustentar enquanto dirige veículo automotor⁶¹). Essas opções denotam descaso com o ato que, naturalmente, repercute de modo negativo nos julgadores: se a parte não demonstra prestigiar o ato de julgamento com sua postura, por que deve merecer atenção dedicada dos julgadores.

Os estudiosos das técnicas de argumentação jurídica, que em grande medida se confunde com uma das projeções da retórica, costumam dedicar mais atenção aos aspectos que envolvem o *ethos* do orador durante a sustentação, também denominado de *ethos discursivo*. Luiz Antônio Ferreira, por exemplo, destaca que “demonstrar conhecimento de causa, honestidade e segurança movem o auditório para o espaço da confiança. Aristóteles dizia que é sobretudo às pessoas honestas que se presta atenção e enumerou três qualidades que inspiram confiança: (a) prudência/sabedoria prática (*phrónesis*), (b) virtude (*areté*) e (c)

⁶¹ Referimo-nos a um caso curioso de uma advogada que estava dirigindo quando iniciou sua sustentação oral por videoconferência perante o juizado especial da Bahia e foi interrompida e advertida da necessidade de observar um mínimo de formalidade (<https://youtu.be/EUuk8upSaTs>).

benevolência (eunóia).”⁶². Maria Francisca Carneiro, Fabiana Severo e Karen Éler recomendam que “o advogado deve procurar deixar clara sua confiança na inteligência e retidão do julgador, buscando interagir com ele, mostrando humildade quando de suas eventuais colocações e não a impaciência de quem vem a juízo como possuidor da verdade; essa postura acaba irritando o juiz, indispondo-o com o advogado.”⁶³ As mesmas autoras ainda fazem uma extensa lista de recursos “retórico-emocionais” que colaboram para a persuasão sob a perspectiva emocional e guardam relação com o *ethos* do orador construído durante a sustentação. Deles destacamos: moderação na força da voz, naturalidade, domínio da linguagem comum e jurídica, objetividade e clareza na exposição.⁶⁴ Eduardo Scarparo também destaca a importância da elocução, da entonação e do ritmo, bem como da escolha das palavras dos argumentos, e da ordenação deles na estrutura discursiva, relacionando assim o *ethos* com a elocução, a pronúncia e a disposição do discurso⁶⁵.

II.2.2 Pathos. A necessária adequação ao auditório.

Enquanto o *ethos* é o elemento retórico subjetivo que tem o foco centrado no orador, no *pathos*, o enfoque recai sobre o auditório, suas peculiaridades e a necessidade de adaptar o discurso a elas de modo a mais facilmente persuadi-lo, atentando às emoções que a argumentação é capaz de despertar nele. Como bem anota Eduardo Scarparo: “O planejamento do ato retórico pressupõe direcionar primordialmente as atividades ao grupo ao qual se planeja alcançar com um discurso”⁶⁶, dado que “persuadir

⁶² *Leitura e Persuasão*, op. cit., p.140.

⁶³ CARNEIRO, Maria Francisca; SEVERO, Fabiana e ÉLER, Karen. *Teoria e Prática da Argumentação Jurídica*. 2ª ed (2002), 6ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2019, p. 133-134

⁶⁴ *Idem*, p. 137.

⁶⁵ SCARPARO, Eduardo. *Retórica Forense. História, argumentação e invenção retórica*. op. cit, p. 181.

⁶⁶ *Retórica Forense. História, argumentação e invenção retórica*, op. cit., p. 228.

por meio do *pathos* significa conhecer o auditório, identificar sua hierarquia de valores, perceber o tom do momento e eventualmente modulá-lo para situar o público em um estado de espírito propício à acolhida da tese proposta pelo orador”⁶⁷, pelo que “considerar as idiossincrasias do auditório é um expediente indispensável para o êxito do ato retórico.”⁶⁸

Uma sustentação oral que desconsidera as particularidades e, quando alcançáveis, os entendimentos do colegiado à qual se dirige tem diminuídas suas chances de êxito. A teatralização que por vezes contribui significativamente para persuadir um júri popular, de leigos, causa muito menos impacto num colegiado formado exclusivamente por magistrados, podendo, ao contrário, causar uma má-impressão nos julgadores, mais experimentados em perceber o artifício e, então, desconsiderá-lo. A informalidade que convém a uma sustentação feita no sistema dos juizados especiais é incompatível com aquela dirigida a um tribunal, especialmente se das instâncias mais elevadas.

Ainda mais importante é considerar as particularidades do auditório específico ao qual se dirige a sustentação, ou seja, do órgão colegiado julgador e de cada um de seus componentes, com especial atenção ao relator. Sob tal enfoque, interessa ter presente o caráter pessoal ou personalista do modo de decidir das cortes brasileiras, que se organizam em colegiados mas decidem muito individualmente, sendo o resultado do julgamento a soma das posições de cada um dos julgadores, pelo que “vence o caso aquele que convencer individualmente mais juízes”⁶⁹.

⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 197.

⁶⁸ Mas e a retórica?, *op. cit.*, p. 26

⁶⁹ Cf., a propósito, RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 70-84.

Dentre as particularidades do auditório específico, a que mais contribui para a eficácia de uma sustentação é, acreditamos, o entendimento dos julgadores sobre o caso ou a questão em julgamento, que se pode conhecer por meio das decisões tomadas anteriormente, no próprio processo ou em outros, de objeto similar. É esse conhecimento que facilitará ao orador captar a atenção dos julgadores e promover o diálogo de que tratamos no tópico II.1.

Por conseguinte, importa que o orador conheça as posições individuais de cada um dos julgadores sobre a questão em julgamento, incluindo os aspectos dela que consideram mais relevantes e as razões que os levam a decidir de determinado modo, bem como os julgados anteriores do órgão ao qual se dirige para, com base nesse conhecimento, estruturar sua sustentação. Daí a importância de referir julgamentos ou posições conhecidas de cada um dos julgadores que possam contribuir para a sustentação da tese do orador, como uma forma de captar suas atenções específicas e, assim, “chamá-los” para o diálogo. O julgador referido com argumentação que demonstra o conhecimento do orador sobre seu posicionamento tende a escutar com mais atenção, pois é próprio do ser humano, numa perspectiva emocional bem característica do *pathos*, escutar quem já demonstrou tê-lo escutado anteriormente.

Além dos julgamentos anteriores de cada julgador interessa, quando possível, conhecer o modo como interpreta o Direito. Victor Gabriel Rodriguez⁷⁰ relata fato real que ilustra bem o afirmado: de um experiente advogado seu conhecido que, tendo comparecido ao final de sessão de julgamento com memoriais prontos para entregar aos desembargadores que julgariam sua causa em sessão futura, observou que o relator que conduziria o julgamento de seu interesse utilizava-se com muita

⁷⁰ Cf. *Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 49, num capítulo intitulado *Ouvinte específico e discurso genérico. Intertextualidade*.

frequência da expressão *contra legem* para fundamentar sua posição. O advogado, então, desistiu de entregar os memoriais que preparara e retornou ao escritório para alterá-los, enfocando o texto da lei no qual se apoiava o seu pedido e afirmando, com realce, que aceitar o pedido da parte contrária seria desatender à lei positiva, isto é, “referendar um resultado *contra legem*”. Ganhou a causa, resultado que não surpreende quem conhece a realidade do foro.

Enfim, esse elemento da retórica denominado desde Aristóteles de *pathos* serve para lembrar aos oradores que julgadores são humanos e, como tal, propensos a analisar as questões que lhes são submetidas sob a perspectiva de compreensão que lhes são próprias. Estudiosos de retórica apenas põem em evidência esses aspectos na construção da argumentação. Desconhecê-los ou ignorá-los não impede o êxito da estratégia discursiva adotada, mas dominá-los certamente amplia as chances do orador de alcançá-lo.

II.2.3 Logos. Estrutura racional da sustentação. Coerência e consistência.

O *logos* diz com a racionalidade da estruturação do discurso retórico (ou da *invenção*, na terminologia própria da retórica) e, no que nos interessa, da sustentação oral. Conquanto os limites naturais deste texto impeçam qualquer aprofundamento do tema, dois aspectos fundamentais merecem ser destacados.

Uma sustentação oral estruturada de modo racional precisa observar **uma lógica ou justificação interna**⁷¹, isto é uma **coerência** nos silogismos

⁷¹ Em linhas gerais, neste tópico utilizaremos os conceitos de justificação interna e externa adotados por Robert Alexy, in *Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Trad. Cláudia Toledo. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, em especial nas p. 217-244. O autor refere expressamente a influência, no ponto, do pensamento de J. Wróblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*. Com abordagem coincidente, v. tb. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2000, em especial nas p. 50-58. Em comum a todos esses trabalhos a abordagem da argumentação sob a perspectiva racional, a essência do elemento de persuasão *logos* da retórica.

jurídicos, de modo que as conclusões efetivamente decorram das premissas fáticas e jurídicas adotadas na fundamentação do próprio discurso, escolhidas de acordo com a adequação e relevância para a causa à luz da tese sustentada. Uma sustentação que não possua uma lógica interna, isto é, cuja(s) conclusão(ões) sustentada(s) na tese não se ampare(m) nas premissas fáticas destacadas pelo orador, ou nas premissas jurídicas que invoca, sejam elas os dispositivos legais, julgamentos anteriores ou precedentes vinculantes (art. 927 do CPC) invocadas pelo orador, acaba desacreditada.

Por outro lado, pouco vale uma argumentação que seja internamente coerente, mas careça de **consistência**, isto é, de uma **lógica ou justificação externa**.

Sob essa perspectiva, quanto às premissas jurídicas, sejam elas dispositivos legais ou julgados invocados, impende que o orador demonstre a sua aplicabilidade ao caso, considerando os seus elementos centrais, fáticos e jurídicos. O tempo limitado das sustentações orais exige, bem mais que na argumentação escrita, rigorosa seleção dos argumentos apresentados e, no que respeita às premissas jurídicas, demonstração específica de sua aplicabilidade ao caso e utilidade para solucioná-lo, sendo reduzida a eficácia persuasiva de uma mera invocação de dispositivos legais ou julgados sem que a mencionada demonstração observe um raciocínio silogístico apropriado.

Quanto às premissas fáticas, naqueles casos em que a sua invocação for apropriada ao julgamento do recurso, seja porque este admite reexame fático-probatório, seja porque delas depende a demonstração da adequação da lei ou do precedente, os fatos destacados pelo orador que suportam a tese devem encontrar suporte nos autos. Seja por demonstração científica, nas hipóteses próprias das ciências exatas (como a eficácia de um medicamento pleiteado ou a ocorrência de um dano

ambiental), ou pelos mais variados tipos admitidos de comprovação (testemunhos, documentos etc), o discurso argumentativo precisa encontrar consistente suporte nos autos para sustentar a verdade científica ou processual das premissas fáticas. Alegar fatos não demonstrados ou provados nos autos compromete a consistência da sustentação oral e, por consequência, sua chance de êxito.

Conclusão

Respondendo às indagações lançadas nas linhas introdutórias, parece-nos, primeiro, inegável que a sustentação oral é, sim, bastante útil no processo civil brasileiro, apesar de inexistir, por aqui, o debate entre partes e julgadores que é próprio de outros sistemas, como o norte-americano. Ainda que sejam poucos os casos em que dela resulte alguma alteração do desfecho do julgamento (utilidade máxima), realidade que não se verifica somente em nosso país e decorre naturalmente da dinâmica do processo e do momento avançado em que ela é cabível, existem várias outras utilidades desse ato processual inerentes ao aprimoramento do diálogo com julgadores, desde a ampliação da participação das partes no processo decisório até o incremento de fundamentação que pode tanto viabilizar o acesso às instâncias superiores e a futura reforma do julgamento, como servir a reorientar condutas e estratégias processuais.

E, o que mais interessa sob uma perspectiva pragmática: a utilidade da sustentação oral, ou sua eficácia, depende em grande medida do próprio orador.

Cabendo-lhe estruturar seu discurso, pode, por meio dele, tomar a iniciativa de promover um autêntico diálogo com os julgadores desenvolvendo sua argumentação com a finalidade de infirmar, de modo específico, não apenas a decisão impugnada como, principalmente, sempre que possível, também os fundamentos adotados pelo colegiado e

seus membros em decisões anteriores no mesmo processo ou em casos similares. Num processo verdadeiramente cooperativo, em que o contraditório é visto tanto como direito de influência como dever de debate, entendemos que essa estratégia merece ser tratada como uma espécie de ônus processual de quem faz a sustentação para assegurar um efetivo conhecimento desta pelo colegiado. A solução encontra fundamento nos arts. 4º e 932, III, *in fine*, do CPC, bem como na doutrina e jurisprudência do STJ que tem entendido ser aplicável também às partes o art. 489, §1º, do CPC, no que vem sendo reconhecido como regra ou princípio da dialeticidade.

A parte ou órgão do Ministério Público que faz a sustentação oral também pode se valer dos conhecimentos da arte ou técnica da retórica para aprimorar o poder de persuasão de seu discurso frente ao auditório específico a que se destina: o colegiado e seus membros, também considerados individualmente. Cuidados com aspectos relacionados à credibilidade do orador (*ethos*), à atenção às particularidades do auditório (*pathos*) e à estrutura racional da argumentação (*logos*) aumentam a eficácia potencial da sustentação oral.

Enfim, para quem se interessa em resultados, há muito espaço de atuação antes de se concluir pela inutilidade ou baixa utilidade da sustentação oral no Brasil.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinshon Shild Silva. São Paulo: Landy, 2005
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **Do formalismo no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

- ANDERSON, Chris. **TED TALKS: O guia oficial do TED para falar em público**. Trad. Donaldson Garschagen e Renata Guerra. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016, 239p.
- ARISTÓTELES. **Retórica**. Prefácio e Introdução de Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa – Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. Disponível em www.academia.edu.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica – Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros**. Trad. Marcia Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
- _____. **Curso de Argumentação Jurídica**. Trad. Cláudia Roesler. Curitiba: Alteridade, 2017.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001
- CAMPBELL, Karlyn; HUXMAN, Susan e BURKHOLDER, Thomas. *Atos de Retórica*. São Paulo: Cengage Learning, 2015
- CARNEIRO, Maria Francisca. SEVERO, Fabiana e ÉLER, Karen. **Teoria e prática da argumentação jurídica – lógica e retórica**. 2ª ed. (ano 2002), 6ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2019
- COVEY, Stephen. **Os Sete Hábitos das Pessoas Altamente Eficazes**. Trad. Alberto Fusaro e Márcia Fusaro. 16ª ed. São Paulo: Best Seller, 2003.
- DaMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis. Para uma sociologia do dilema brasileiro**. São Paulo: Rocco, 1997.
- DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. O art. 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais – um precedente do STJ. Disponível em: http://revista.juridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_3.pdf
- DOTTI, Rogéria. Todo defeito na fundamentação do recurso constitui vício insanável? Impugnação específica, dialeticidade e o retorno da jurisprudência defensiva. In NERY Jr, Nelson, ARRUDA ALVIM, Teresa e OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord).

Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 14. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 (versão eletrônica)

FARAH, Elias. A Oratória Forense: reflexões sobre alguns aspectos práticos. *In* **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. v. 22, jul-dez 2008, p. 50-71.

FERREIRA, Luiz Antônio. **Leitura e Persuasão: princípios de análise retórica.** São Paulo: Contexto, 2020

GALLINARI, Melliandro Mendes. Logos, Ethos e Pathos: "Três lados" da mesma moeda. São Paulo: Alfa, v. 58 (2), p. 257-285, 2014. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/alfa/v58n2/1981-5794-alfa-58-02-00257.pdf>

GAWSKI, Martín Barcellos. Desnaturalizando o disfuncional: fundamentos e disfunções das sustentações orais nos tribunais brasileiros *In* SCARPARO, Eduardo. (Org.) **Ensaio de retórica forense.** Eduardo Scarparo (Org.) Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil (edição crítica).** São Paulo: Companhia das Letras, 2016

HORBACH, Carlos Bastide. Qual é a Utilidade da Sustentação Oral nos Tribunais? *In* **Revista Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-09/analise-constitucional-qual-utilidade-sustentacao-oral?imprimir=1>.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes.** 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2019

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

_____; _____. e _____. **Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** v. 2. 5ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. A Tutela dos Direitos como Fim do Processo civil no Estado Constitucional. *In* **Revista de Processo**, São Paulo: Ed. RT, n. 229, 2014, p. 51-74

- _____. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
- PERELMAN, Châim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica.** Trad. Maria Galvão Pereira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- POLITO, Reinaldo. **Seja um ótimo orador.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. (Atualmente, **Oratória: para advogados e estudantes de Direito**)
- REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica** (1991)..Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1998
- RIBEIRO, Darci e SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Revista da AJURIS**, n. 114, 2009. p. 91-103
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes?** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013
- RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal.** 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SCARPARO, Eduardo. Mas e a Retórica? Sobre as demonstrações e argumentações. In _____ (Org.) **Ensaios de retórica forense** [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. Disponível em <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/212943>
- _____. **Retórica Forense. História, argumentação e invenção histórica.** Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.
- SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. In: Revista do IAB, Ano XXXIV, n. 93, 3º trimestre de 2000
- TAGLIARI, João Paulo. Ônus de alegar e dever de decidir: o processo civil como comunidade argumentativa de trabalho. Monografia. UFRGS. 2017
- TARUFFO, Michele. Orality and Writing as Factors of Efficiency in Civil Litigation, 2008. Disponível em <https://www.semanticscholar.org/paper/Orality-and-writing-as-factors-of-efficiency-in-Taruffo/995720f1a7fd82c8a288ad9d68109b4c35273296>

_____. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. In *Revista de Processo*, v. 110, abr-jun 2003, p. 141-158

WALTON, Douglas. *Lógica informal*. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

WEIL, Pierre e TOMPAKOW, Roland. **O Corpo Fala**. 74^a ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

WOLFSON, Warren D. Oral Argument: Does It Matter? In **Indiana Law Review**, v. 35, pp. 451-456, 2002.

9

Contexto: uma trama que une retórica e direito comparado

Taís Bigarella Lemos¹
Victoria Franco Pasqualotto²

1. Introdução

Contexto vem do latim *contextus*, que significa "conjunto, todo, reunião"; "encadeamento de ideias em um discurso"³. Os linguistas também sustentam que deriva da partícula protoindo-europeia *tek*, que originou *texere*, podendo aqui ser entendido como *tecer*. *Con* + *texere*, portanto, é "tecer em conjunto"⁴. É isso. Contexto é tudo aquilo que vem junto, que está na trama de um dado objeto, que foi tecido junto e que, embora com ele não se confunda, é fundamental para sua compreensão.

A retórica, por sua vez, é disciplina transordenamental e transetorial, cuja experiência transcende as fronteiras dos ordenamentos jurídicos e os limites das matérias dogmáticas. Trata-se de disciplina *voltada à influência argumentada*⁵. É, na sua essência, argumentativa, não meramente demonstrativa. E, precisamente por estar ligada à argumentação e à linguagem, não pode ser subsumida à experiência de um dado ordenamento jurídico. A retórica vai além. Não é por outra razão que

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2018). Advogada. E-mail: taisbigarella@gmail.com.

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2018). Lâurea acadêmica. Advogada. E-mail: victoria@marinoni.adv.br

³ CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

⁴ *Context*. Online Etymology Dictionary. Disponível em: <https://www.etymonline.com/search?q=context>. Acesso em: janeiro de 2021.

⁵ SCARPARO, Eduardo. *Mas e a retórica? Sobre as demonstrações e argumentações*. In: Eduardo Scarparo (Org.), *Ensaio de Retórica Forense*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 24.

Manuel Atienza, no seu prefácio à obra coordenada por Eduardo Scarparo, afirma que formulações como "espírito de um povo" são, na verdade, mitos, sendo impossível falar em uma retórica do espírito do povo brasileiro, por exemplo⁶. A circunstância de não poder ser resumida à experiência de um determinado sistema jurídico não significa, contudo, que a retórica seja a ela indiferente. Pelo contrário.

De um lado, a linguagem padece de problemas de indeterminação, como a vagueza e a ambiguidade. As palavras possuem múltiplos sentidos e significados que somente conseguirão ser precisados dentro de um contexto⁷. De outro, argumentar e convencer pressupõem diálogo, sendo que esse pressupõe um interlocutor. Idealmente, uma argumentação será tão mais convincente quanto mais aderente ao seu auditório for. Assim, compreender o contexto em que uma argumentação se desenvolve é fundamental para esse propósito. Em um sentido ainda mais amplo, um sistema jurídico, com suas características históricas e sociais, também pode ser visto como um contexto ao qual a retórica, embora não se subsuma, não é indiferente.

É nessa perspectiva que o contexto vai se desenhando como uma trama que une a Retórica e o Direito Comparado. Assim como para a retórica, o contexto é fundamental para o direito comparado. Seja na micro ou na macrocomparação, a disciplina não deixa de ser um estudo dos contextos nos quais o fenômeno jurídico se desenvolve.

Nessa perspectiva, o contexto é um elo que une retórica e direito comparado em uma só trama. Ele enlaça ambas as matérias, de modo que se influenciam reciprocamente sem, contudo, perder-se uma dentro da outra. É o que pretende se demonstrar por meio deste breve estudo, que

⁶ ATIENZA, Manuel. Prefácio. In: Eduardo Scarparo (Org.). *Ensaio de Retórica Forense*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 09.

⁷ "Precisar" aqui entendido não somente em termos de compreensão, mas também de convencimento, do uso contexto como ferramenta para se atingir o sentido pretendido.

abordará, em um primeiro momento, os modos pelos quais o contexto pode ser visto dentro da retórica. Após, será analisado o contexto dentro da disciplina do direito comparado. Logo em seguida, a retórica e o direito comparado, caminhando lado a lado, unidas pelo contexto, serão trabalhadas a partir da análise de características dos sistemas jurídicos francês e norte-americano, que podem colorir a retórica nesses sistemas com diferentes nuances. Diante desse cenário, entende-se que a união dessas duas matérias pode ser um campo muito prolífico, e que o direito comparado pode fornecer bases sólidas e ao mesmo tempo plurais para o estudo dos diferentes contextos em que a retórica se desenvolve ao redor do mundo.

2. O Contexto na Retórica

Durante muito tempo, na tentativa de conferir "cientificidade" às ciências humanas, tentou-se aproximá-las das ciências exatas. Buscou-se, assim, explicar o fenômeno jurídico com base em métodos científico-matemáticos, que poderiam incluir, inclusive, cálculos geométricos⁸. Esse modo de pensar era centrado sobretudo em raciocínios demonstrativos, lineares, matemáticos, de premissas apodíticas, insuscetíveis de questionamento⁹. Nesse cenário, o contexto pouca ou nenhuma importância tinha. Um cálculo matemático é um raciocínio fechado, não importa o contexto em que está sendo efetuado: o seu resultado deve ser

⁸ Veja-se, por exemplo, o *Triângulo de Savigny*, analisado por Eduardo Scarparo em: *Mas e a retórica? Sobre as demonstrações e argumentações*. In: SCARPARO, Eduardo (Org.). *Ensaio de Retórica Forense*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 29 e ss.

⁹ As características do raciocínio do tipo demonstrativo foram bem expostas por Eduardo Scarparo ao afirmar que: "Em resumo, tem-se no raciocínio demonstrativo: premissas apodíticas, igualdade de força das premissas para a conclusão, inferências por dedução, linearidade progressiva, divisibilidade, resultado absoluto, ausência de divergência e irrelevância do contexto." SCARPARO, Eduardo. *Mas e a retórica? Sobre as demonstrações e argumentações*. In: SCARPARO, Eduardo (Org.). *Ensaio de Retórica Forense*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 35.

sempre o mesmo.¹⁰ E, se o direito pode ser reduzido a uma operação matemática, o contexto para ele também não importa.

Esse modo de pensar foi criticado por diversos autores, dentre os quais se destaca Chaïm Perelman,¹¹ que denunciaram a falsa neutralidade que ele esconde, tendo contribuído sobremaneira para o reconhecimento do caráter argumentativo do direito. Essa perspectiva não exclui o raciocínio do tipo demonstrativo, mas esse deixa de ter um papel de centralidade no pensamento jurídico. O caráter argumentativo do direito pressupõe abertura, diálogo e a inexistência de uma única resposta correta, tal qual um cálculo matemático. Busca-se, assim, a solução mais adequada, dentre aquelas razoáveis. É diante desse quadro que se faz um resgate da retórica e da sua importância para o direito. Nesse sentido, afirmou Eduardo Scarparo:

A defesa da retórica exige o dever ético de se valer de discursos comprometidos com a verdade (ainda que apenas verossímeis) e da correção de um raciocínio lógico (ainda que informal). Portanto, entende-se a retórica como disciplina voltada à influência argumentada, o que pressupõe (a) o respeito à correta progressão inferencial, (b) a relevância da verdade dos conteúdos e (c) a adequação do ato discursivo para fins de persuadir o auditório. Assim estabelecido, exclui-se expedientes de manipulação e violência de seu âmbito de incidência.¹²

Diante do reconhecimento do caráter essencialmente argumentativo do direito, o contexto é da mais alta relevância. Não sendo o sistema jurídico algo pré-dado, fechado e isolado do mundo que o circunda, sofre

¹⁰ "O problema matemático aqui apresentado deverá necessariamente ter a mesma solução se resolvido em contextos muito diferentes. Acaso haja divergência, há erro em uma ou ambas as contas. O contexto não interfere nas demonstrações." SCARPARO, Eduardo, *Mas e a retórica? Sobre as demonstrações e argumentações*. In: SCARPARO, Eduardo (Org.). *Ensaio de Retórica Forense*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 24.

¹¹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹² SCARPARO, Eduardo. *Mas e a retórica? Sobre as demonstrações e argumentações*. In: Eduardo Scarparo (Org.). *Ensaio de Retórica Forense*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 24.

constante reconstrução pelos influxos do contexto¹³. Com isso, a retórica, enquanto disciplina *voltada à influência argumentada*, ganha idêntica importância. O contexto aparece como um referencial essencial para a aferição da adequação do discurso.

O contexto pode se apresentar de diferentes maneiras na retórica, com diferentes faces e nomes. Sua essência, todavia, permanece a mesma. Nesse sentido, podemos observar que a noção de contexto já está presente na retórica desde os gregos, estando implícita na sua ideia de *kairós*. O termo também está presente na mitologia grega, sendo utilizado para designar a feição qualitativa do tempo, o "momento oportuno". Na retórica, é utilizado para indicar a circunstância específica em que o discurso se desenvolve (entendida como *situação retórica, contexto específico, contexto*, ou *conjuntura*) e que determina o "agir retórico"¹⁴. Trata-se de conceito fundamental para compreensão do *logos* retórico/sofístico, uma vez que, de acordo com as lições de Galinari, o *logos*¹⁵ sofístico é sempre proferido dentro de um determinado *kairós*, aqui como sinônimo de contexto¹⁶. O autor prossegue, ressaltando ainda que na Sofística, o *logos* é sempre visto em uma relação dialógica com outros *logoi* em um determinado contexto, ou *kairós*¹⁷.

Os romanos retomarão em parte a ideia de *kairós* com o termo *decorum*, utilizado para designar a adequação de um discurso às circunstâncias¹⁸. A observância desse critério estaria ligada à eficácia do

¹³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 107.

¹⁴ *Kairós*. ARDUINI, Stefano; DAMIANI, Matteo. *Dizionario di retorica*. Covilhã: LabCom, 2010, p. 117.

¹⁵ De acordo com Galinari, o *logos* pode ser entendido aqui como "toda estrutura linguístico-discursiva que, tendo força retórica num contexto determinado (ou *kairos*), salta primeiramente aos olhos, aos ouvidos e ao entendimento." GALINARI, Mellandro Mendes. Logos, ethos e pathos: "três lados" da mesma moeda. *Alfa: Revista de Linguística*, vol. 58, n. 2, jun.-dez., 2014, p. 264.

¹⁶ *Ibidem*, p. 265.

¹⁷ *Ibidem*, p. 624.

¹⁸ ARDUINI, Stefano; DAMIANI, Matteo. *Dizionario di retorica*. Covilhã: LabCom, 2010, p. 47 e 117.

discurso ao fim de persuasão do auditório. Ainda em relação aos romanos, Renato Barilli irá afirmar que Antônio, embora tenha desenvolvido com êxito a *inventio* e a *dispositio*, vai se afastar um pouco das regras mais ortodoxas de Cícero ao ponderar que a diligência do orador, sua atenção à causa e ao contexto em que o discurso se desenvolve, "premiar" o orador, em detrimento de uma aplicação fria das regras¹⁹. Vê-se, aqui, também, mesmo no período romano, a existência de menção à importância de se atentar ao contexto na retórica.

Dentre os modernos, com maior enfoque na linguagem, Renato Barilli sustenta que ninguém estava mais ciente sobre a importância do contexto e do *concerto* das palavras do que Melchiorre Cesarotti, que entendia que os diferentes contextos poderiam modificar o significado original das palavras. Trata-se de afirmação que aparece no bojo da análise por ele realizada a respeito do potencial comunicativo da retórica²⁰.

A importância do contexto na era "contemporânea" da retórica, por assim dizer, pode ser encontrada com grande expressão nas obras de Chaïm Perelman. Além das suas importantes teorizações sobre o auditório e a importância do orador estar a ele atento, de modo que seu discurso seja o mais aderente possível, Perelman irá questionar precisamente o mito de uma teoria "pura" do direito, dissociada de seu contexto²¹. De acordo com o autor, o sentido e o alcance das regras jurídicas são necessariamente dependentes do contexto político e social, estando subordinados a finalidades. Isso também vale para a argumentação. Não é possível falar em argumentação sem contexto. A ideia de argumentação "pura" não existe. Afirmou:

¹⁹ BARILLI, Renato. *La retorica. Storia e Teoria. L'arte della persuasione da Aristotele ai giorni nostri*. Milano: Fausto Lupetti Editore, 2014, p. 107.

²⁰ *Ibidem*, p. 249.

²¹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica. Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 107.

Enquanto os axiomas de um sistema formal fazem abstração de qualquer contexto - o que permite comparar um sistema formal a um jogo como o de xadrez - a argumentação insere-se necessariamente em um contexto psicossocial, que não pode ser totalmente separado das forças subjacentes, sejam elas militares, econômicas, institucionais ou ideológicas. Falar de uma argumentação pura, ou de uma teoria pura do direito, e desprezar elementos sem os quais o raciocínio prático funcionaria, por assim dizer, no vazio: essa é uma perspectiva que só pode atrair os que ignoram tudo sobre a argumentação e veem o raciocínio prático conforme o modelo de raciocínio teórico e, de preferência, de um raciocínio formal.²²

Entre nós, o caráter essencial do contexto para a retórica é ressaltado por Eduardo Scarparo. De acordo com o autor, a argumentação é *afetada* pelo contexto²³. Assim como Perelman critica, na passagem acima, as concepções puramente formais acerca da argumentação, regidas por uma lógica formal, dissociada de seu contexto, Eduardo Scarparo sustenta que não são apenas as regras lógicas internas a um raciocínio que determinam a recepção de uma argumentação. É necessário atentar para a correlação às conjunturas, ou seja, ao seu contexto²⁴. A argumentação, diferentemente de um raciocínio puramente demonstrativo, matemático, não pressupõe uma única resposta correta, uma única interpretação possível²⁵. É por isso que a argumentação precisa lidar com o verossímil em um contexto e, por essa mesma razão, é flexível²⁶.

Scarparo ressalta, ainda, o importante papel que o contexto desempenha na retórica para formação dos acordos preliminares²⁷.

²² *Ibidem*, p.168.

²³ SCARPARO, Eduardo. *Mas e a retórica? Sobre as demonstrações e argumentações*. In: Eduardo Scarparo (Org.). *Ensaios de Retórica Forense*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 38.

²⁴ *Ibidem*, p. 42.

²⁵ De acordo com o autor, diante dessa circunstância de pluralidade de soluções, a argumentação *assume papel de racionalização das decisões, dando flexibilidade ao pensamento*. *Ibidem*, p. 44.

²⁶ *Ibidem*, p. 43

²⁷ *Ibidem*, p. 45.

Embora o raciocínio argumentativo não esteja centrado em premissas apodíticas, como o demonstrativo, se tudo for objeto de controvérsia, se todas as premissas forem postas em discussão, a argumentação tenderá ao infinito e não se chegará a lugar algum. É por isso que a argumentação parte de acordos preliminares, uma *série de valores e crenças compartilhadas* a partir dos quais o discurso irá se desenvolver²⁸. Esse compartilhamento de valores e crenças, que forma o acordo prévio, dá-se pela participação do contexto em que a argumentação se desenvolve. Depende de fatores como o auditório, o público para quem se está falando, o ambiente, o momento histórico, assim como as características do próprio orador e o modo como é visto pelo público, vale dizer, o seu *ethos pré-discursivo*. Aqui, de acordo com o autor, é possível falar, portanto, em um *contexto de recepção* do discurso²⁹.

Dos acordos preliminares, chegamos às considerações sobre o auditório, que é talvez o contexto mais importante de todos. Isso porque para que uma argumentação seja eficaz, ela deve ser construída de modo que se relacione com outras proposições e crenças que já tenham sido adotadas pelo auditório e que sejam valorizadas no contexto³⁰. Nesse sentido, a eficiência de uma argumentação está relacionada à costura da trama do discurso, às conexões entre os argumentos, internamente considerados e também com aqueles adotados pelo auditório. O auditório, os acordos prévios com ele firmados, suas características e crenças, formam um contexto a que o orador deve necessariamente atentar, de modo que seu discurso seja o mais aderente

²⁸ *Ibidem*, p. 45.

²⁹ "O contexto participa da formação dos acordos preliminares, do estabelecimento de uma estrutura hierárquica valorativa, de uma rede de significação linguística e da aclimação afetiva de comunicação e recepção do discurso. Em suma, em uma argumentação, não há apenas inferências lógicas independentes do público, do momento e do condutor da argumentação. Há um contexto de recepção que opera papéis visivelmente marcantes na aceitabilidade de uma argumentação. Sobre esses aspectos constrói-se a retórica." *Ibidem*, p. 43.

³⁰ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação. A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 22.

a ele possível. Aqui, a invenção retórica assume grande papel, entrando em cena, em especial, o *pathos*, enquanto afetividade do auditório, e o *ethos*, enquanto sua percepção do orador. Especificamente em relação ao *pathos*, importa ter presente que cada emoção possui um propósito muito específico e, portanto, devem aparecer/ser provocadas diante do auditório adequado e no momento adequado³¹.

Visto como contexto, podemos ligar ao auditório a característica da dinamicidade. Se de um lado, o auditório não deixa de ser uma construção do orador, uma projeção mental do auditório que tem diante de si³², de outro, ele não é estático. O contexto, aqui entendido como auditório, pode mudar ao longo do debate e também em função deste³³. Pode ser que o orador consiga por meio do *pathos* ou do *ethos* discursivo alterar sua relação com o auditório e o modo como é por ele visto, seja no sentido de uma maior ou menor adesão às suas teses e isso, em última análise, implica alteração do próprio auditório e, ao fim, do próprio contexto.

As considerações de lugar e tempo também estão intimamente relacionadas ao auditório. Existe uma célebre frase que diz que "os lugares são as pessoas". Pois a ela podemos adicionar que "os momentos são as pessoas". Não há como analisar contexto histórico e geográfico sem considerar o social, o auditório. Não existe uma separação rígida entre eles: estão todos relacionados. Assim, atentar para o período histórico em que um debate se desenvolve também é importante. A cultura muda com o passar dos anos e uma concepção que é aceita em uma determinada época e local pode ser rechaçada em outras³⁴.

³¹ FROST, Michael. Ethos, Pathos & Legal Audience. *Dickinson Law Review*, vol. 99, n. 85, 1994.

³² PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação. A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 33.

³³ CATTANI, Adelino. *Los usos de la retórica*. Madrid: Alianza Editorial, 2003, p. 34.

³⁴ *Ibidem*, p. 19. Exemplo disso são os avanços sucessivos conquistados pelo movimento feminista ao longo dos anos. No Brasil, em relação ao direito penal, podemos mencionar a derrubada de teses como a "legítima defesa da honra",

Embora não denomine como tal, é possível observar que Manuel Atienza separa sua análise acerca dos contextos em três diferentes planos: contexto subjetivo, contexto relativo ao ambiente e contexto relativo à matéria. No subjetivo, analisa as características particulares que marcam a argumentação jurídica dos advogados, que, em um contexto de embate judicial, possuem como objetivo sagrar-se vencedores³⁵. Contudo, o objetivo será diverso, conforme se alterar o ambiente: diante dos meios alternativos (adequados) de resolução de conflitos, o objetivo das partes e dos advogados não será mais baseado pela lógica "o vencedor fica com tudo". Um acordo pressupõe concessões mútuas para se chegar a um equilíbrio³⁶. O ambiente acaba, assim, por alterar sobremaneira o modo como a argumentação deve ser desenvolvida. No ambiente legislativo, por sua vez, diferentemente do judicial, o enfoque não está tanto no resultado, mas no próprio processo³⁷. É o processo legislativo e seus debates que serão centrais. O último contexto analisado pelo autor será o dogmático, em que critica a doutrina, que se mantém demasiado fechada, baseada em uma lógica formal, pouco inclinada ao debate e influxo de novas ideias³⁸.

Por fim, volta-se à questão da linguagem e interpretação. A consideração do contexto na retórica assinala, ainda, uma importante passagem na interpretação. Acrescenta-se à dimensão sintática e semântica, a pragmática, que envolve justamente considerações relativas ao contexto. Trata-se de desenvolvimento bem evidenciado, por exemplo, por Vittorio Villa³⁹. Do mesmo modo, como já afirmado, a linguagem

bem como a tipificação do crime de feminicídio, algo inimaginável no Brasil da década de 60, mas que é hoje realidade.

³⁵ ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p.706.

³⁶ *Ibidem*, p. 710.

³⁷ *Ibidem*, p. 713.

³⁸ *Ibidem*, p. 721.

³⁹ VILLA, Vittorio. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012. p. 120 e ss.

padece de problemas de indeterminação como a vagueza e a ambiguidade. As palavras possuem múltiplos sentidos e significados que somente conseguirão ser precisados dentro de um contexto. É nesse sentido que Trudy Gouvier analisa, por exemplo, a palavra "natural". É uma palavra que padece de vagueza e que desperta conotações emocionais fortes⁴⁰. Não se sabe a priori o seu alcance ou conotação. Pode ser utilizada de modo propositalmente vago ou com conotação positiva ou negativa, a depender do contexto e efeito pretendido pelo orador.

Da exposição até aqui tecida, a conclusão que ressaí é a de que a retórica não pode ser concebida dissociada da análise dos contextos. O contexto permeia todo o ato retórico, das considerações sobre linguagem, interpretação, aos acordos prévios, orador, auditório, até os diferentes fins buscados por meio do discurso. Se a retórica prima pela influência argumentada, ela pressupõe a adesão do interlocutor: isso só pode ocorrer com a consideração do próprio interlocutor, do ambiente e do momento oportuno. Diante desse cenário, o direito comparado pode ser um grande aliado da retórica, fornecendo bases sólidas para o estudo dos diferentes contextos em que a argumentação se desenvolve para que os discursos sejam mais aderentes aos seus fins e mais plurais.

3. O Contexto no Direito Comparado

Assim como para a retórica, o contexto é essencial para o direito comparado. Como visto na seção anterior, o contexto influencia todo o ato retórico, desde a linguagem, interpretação até os fins buscados pelo discurso, sendo este também muito importante quando se analisa os diferentes ordenamentos em que a argumentação se desenvolve. Isso porque o jurista, ao atuar em determinado ordenamento, deve estar ciente

⁴⁰ GOUVIER, Trudy. *A Practical Study of Argument*. 7. ed. Boston: Wadsworth, 2012, p. 80.

de que as normas são contextualizadas e aplicadas de formas diferentes a depender das leis e da cultura locais. Possível, inclusive, que essas diferenças sejam mais decorrentes da cultura do que da própria letra da lei⁴¹. Não há, portanto, como ignorar a influência do contexto no direito comparado e a sua importância na atuação do jurista, de forma que, na presente parte deste trabalho, passa-se à análise do contexto no direito comparado.

Os juristas comparatistas realizam, como se depreende do próprio nome a eles dado, a comparação entre os sistemas jurídicos de diferentes nações. Essa comparação, por sua vez, pode ser realizada de diferentes formas e com diversos enfoques. A primeira distinção importante de ser destacada é a possibilidade de comparação em maior ou menor escala - chamada de macro e microcomparação, respectivamente⁴².

A macrocomparação tem como principal característica a análise da função e das características fundamentais dos sistemas jurídicos⁴³, sem se concentrar em um caso concreto e suas soluções. Em contraste, na microcomparação, analisa-se a instituição ou problema específico, bem como as regras utilizadas para a resolução daquele conflito de interesses particular. A linha que diferencia os tipos de comparação, porém, é flexível, porquanto, por vezes, pode ser necessário ao jurista utilizar-se de ambas, ou mesmo estudar os procedimentos e os contextos de uma norma para que consiga entender o conflito específico⁴⁴.

Nesse sentido, observa-se um extenso rol de métodos que podem ser utilizados no âmbito da pesquisa jurídica comparativa⁴⁵. O método, por

⁴¹ WHALEN-BRIDGE, Helena. Towards a Comparative Rhetoric of Argument: Using the Concept of Audience as a Means of Educating Students about Comparative Argument. *Asian Journal of Comparative Law*, 1, 2006, p. 7. Acesso via HeinOnline.

⁴² ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon, 1998, p. 4.

⁴³ DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 3, p. 189 - 212, set./dez. 2016. p. 201.

⁴⁴ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon, 1998, p. 5.

⁴⁵ DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 3, p. 189 - 212, set./dez. 2016, p. 191.

sua vez, não pode ser separado do seu contexto e, para tanto, deve ser identificado com a formação disciplinar em questão. No caso do direito comparado, a escolha do método está relacionado ao objetivo de comparação do jurista, até mesmo se a intenção é de micro ou macrocomparação, conforme acima referido. É nesse contexto, então, que Deo Dutra destaca seis diferentes métodos de pesquisa comparativa: o método funcional, o analítico, o estrutural, o histórico, o contextualizado e o núcleo comum⁴⁶. Para os fins que se propõe esse artigo, com o enfoque no contexto, serão tratados apenas o método funcional, por ser considerado o método clássico de comparação ⁴⁷, e o método contextualizado.

Iniciando, então, pelo método funcional, este tem sua maior expressão no trabalho dos professores Kötz e Zweigert, com o entendimento de que apenas as normas que desempenham as mesmas funções podem ser comparadas. Como cada ordenamento resolve o mesmo problema de uma forma diferente, a primeira questão a ser posta deve ser funcional, livre dos conceitos do ordenamento de origem do jurista⁴⁸. A ideia é, então, partindo de conflitos sociais similares ao redor do mundo, identificar respostas jurídicas similares ou distintas - a solução jurídica de diferentes ordenamentos pode parecer distinta, mas ter uma "equivalência funcional". A procura é sempre pelo "melhor direito", sendo a melhor norma aquela que preenche a sua função melhor do que as outras⁴⁹.

Esse método, contudo, sofre fortes críticas, como a dificuldade de se determinar de forma específica a função de uma norma, bem como a

⁴⁶ *Ibidem*, p. 197.

⁴⁷ KISCHEL, Uwe. *Comparative Law*. Tradução de Andrew Hammel. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 88.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 89.

⁴⁹ DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 3, p. 189 - 212, set./dez. 2016, p. 198/199.

possibilidade de uma norma ter várias funções simultâneas e a desconsideração do contexto cultural em que se encontra o respectivo ordenamento⁵⁰. Nesse sentido é a crítica do professor Günter Frankenberg, o qual afirma que, ao pressupor a similaridade entre as situações de conflito, o método funcionalista também pressupõe serem as questões sociais e suas soluções legais facilmente verificáveis, desconsiderando, contudo, o contexto em que foram produzidas. O referido método, desta forma, cultivaria uma visão superficial de globalização jurídica e desconsideraria as diferenças locais, negando a relação entre o direito e a cultura. Ainda, a procura pelo "melhor direito" ou a "melhor solução", seria sempre pela perspectiva do observador⁵¹. Desta forma, conforme resume Deo Dutra:

Como resultado, por mais que o funcionalismo possa encontrar proximidades entre sistemas que possuem um mesmo contexto social e histórico, como o da Europa Ocidental, por exemplo, ele terá grandes ou até mesmo intransponíveis desafios para fazer o mesmo no restante do mundo. Não seria possível, portanto, aplicar o método funcionalista com verdadeiro sucesso sem a complementação de outros métodos, como a contextualização, por exemplo.⁵²

Estas críticas, então, demonstram uma tendência de maior atenção ao contexto, mediante a utilização do método contextualizado, com o entendimento de que apenas seria possível compreender um instituto jurídico após estudar o contexto no qual se insere⁵³. Em seu artigo sobre os métodos de direito comparado, Deo Dutra sistematiza, em três

⁵⁰ KISCHEL, Uwe. *Comparative Law*. Tradução de Andrew Hammel. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 90/92.

⁵¹ FRANKENBERG, Günther. Comparing constitutions: Ideas, ideals and ideology – toward a layered narrative. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 3, 2006, p. 445.

⁵² DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 3, p. 189 – 212, set./dez. 2016, p. 200.

⁵³ KISCHEL, Uwe. *Comparative Law*. Tradução de Andrew Hammel. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 152.

momentos, o processo comparativo conforme o método contextualizado do professor Günter Frankenberg, quais sejam: (i) verificar o que acontece quando as diferentes facetas de uma situação factual são retiradas de um contexto social e colocadas em um quadro legal; (ii) clarificar o quadro legal, realizando uma análise crítica da sua estrutura e do processo de tomada de decisão e, por consequência, a análise da dimensão política da norma; e, por fim, (iii) reintroduzir o contexto sociocultural perdido na legalização do problema⁵⁴.

A maior preocupação do referido procedimento é com a identificação e valorização das diferenças entre os sistemas jurídicos, em atenção aos seus contextos socioculturais particulares, e não apenas olhar para as suas similaridades, como preconizado pelo método funcionalista. Conforme o método contextualizado, portanto, não é possível fazer uma análise comparativa sem uma análise rigorosa do contexto de ambos os ordenamentos em comparação. Tem como característica, ainda, não poder ser aplicado de forma isolada em relação aos outros métodos, de forma que, necessariamente, será conjugado com método de comparação diverso. É uma forma, porém, de sofisticar a análise comparativa, a desenvolvendo de forma mais conectada com a realidade social⁵⁵.

Por essa razão, esse método é muito utilizado e ganha destaque e importância no estudo dos transplantes jurídicos, dada a necessidade de compreender que elementos implícitos, como a visão de mundo e cultura, ou seja, o contexto social, influenciam na forma como o direito é interpretado⁵⁶. Explica-se que os transplantes jurídicos caracterizam-se pelo processo de influência ou de transferência de normas ou doutrinas

⁵⁴ DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 3, p. 189 - 212, set./dez. 2016, p. 201/202

⁵⁵ *Ibidem*, p. 202.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 203.

estrangeiras para a legislação pátria. Apesar de pouco estudados, são muito importantes para identificar os limites e as possibilidades de normas estrangeiras que influenciaram nossos textos locais, possibilitando, desta forma, até mesmo uma análise crítica do direito nacional⁵⁷. Ainda em 1974, em seu texto sobre o uso do direito comparado, o professor Otto Kahn-Freund já pontuava a necessidade de análise do contexto social e político para o transplante de regras ou institutos estrangeiros⁵⁸.

É apenas com o professor Rodolfo Sacco, contudo, que houve a sistematização do tema, com a proposição de "formatos" ou "formantes" legais⁵⁹. Esses formantes são os diversos conjuntos que coexistem em um ordenamento, como regras legais, proposições doutrinárias, regras jurisprudenciais etc⁶⁰. Pontua o autor, nesse sentido, que esses formantes podem ter pesos diferentes dentro de cada sistema (como o fato da jurisprudência ter "maior peso" em países de cultura de *common law*), de forma que, para comparação, deve-se estabelecer o grau de dissociação dos formantes e das fontes formais do país receptor⁶¹. Somente com essa análise, combinada com a análise da filosofia, da política e até da religião local, que será possível verificar quais formatos ou formantes são passíveis de transplante. A similaridade cultural, social e econômica entre os países é, inclusive, segundo o autor, essencial para o fomento do transplante em detrimento da formulação de um novo formato local⁶².

⁵⁷ DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018, p. 78.

⁵⁸ KAHN-FREUND, Otto. On Uses and Misuses of Comparative Law. *The Modern Law Review*, Jan. 1974, Vol. 37, No. 1, pp. 1-27. Acesso via JSTOR. p. 27.

⁵⁹ DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018, p. 82.

⁶⁰ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Véra Jacob de Fradera da 5ª edição italiana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2001, p. 72.

⁶¹ *Ibidem*, p. 75.

⁶² DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018, p. 83.

Contudo, estas não são as únicas razões para que sejam realizados os transplantes, havendo duas outras causas consideradas como principais justificativas para os empréstimos. A primeira delas é a imposição, mais rara atualmente mas muito comum na época da colonização, inclusive no Brasil, conforme melhor será pontuado a seguir. A segunda, em sentido contrário, decorre do desejo de apropriação dos formatos "bem-sucedidos", ou seja, a importação por prestígio ou influência⁶³. O transplante por influência, contudo, deve atentar aos aspectos extrajurídicos, especialmente a questão, novamente, do contexto do ordenamento que irá receber o instituto, no que tange à eficiência econômica⁶⁴, questões políticas e sociais e até mesmo questões atinentes à linguagem e à interpretação, porquanto, conforme referido na primeira parte deste trabalho, a linguagem padece de indeterminação e ambiguidade⁶⁵, sendo o contexto local que lhe dá o significado. Assim, ao realizar um transplante jurídico, o jurista deve atentar para que o significado do instituto seja mantido e até mesmo para que a tradução e interpretação dos termos esteja de acordo com o país receptor.

Mesmo com todos esses fatores de atenção, os transplantes jurídicos foram objetos de diversas críticas doutrinárias. Dentre elas, destaca-se a do autor Gunther Teubner, que em artigo publicado em 1998 nega o termo "transplante", afirmando que seria equivocado por trazer a ideia de que o material transferido chegaria com o mesmo papel no país receptor, o que não teria como ocorrer em razão do contexto legal. Entende que o termo

⁶³ DUTRA, *loc. cit.*

⁶⁴ Conforme Deo Campos Dutra, "O terceiro importante fator que deve ser levado em conta pelo estudioso dos transplantes jurídicos é a importante preponderância que os programas de reforma legal visando uma "melhor performance econômica" (GRAZIADEI, 2015, p. 458). Sob a égide deste argumento, diversos projetos de uniformização jurídica foram apresentados, por exemplo, pelo Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio com o intuito de, no fundo, realizarem transplantes jurídicos que pudessem promover os interesses de agentes econômicos." (DUTRA, 2018, p. 84).

⁶⁵ REBOUL, Olivier. *Introdução à Retórica*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 94.

correto seria "irritante legal", porquanto, quando uma regra externa é imposta em um ordenamento nacional, seria um "irritante", no sentido de que geraria diversos e inesperados eventos⁶⁶. Conclui o seu artigo com a reflexão de que uma transferência de institutos seria um "duplo irritante" no novo contexto: irritaria os acordos sociais do ordenamento pátrio e forçaria uma reconstrução do próprio elemento estrangeiro⁶⁷.

Essa crítica, juntamente com outras realizadas à época, dentre as quais se destaca a de Pierre Legrand, evidenciaram a necessidade de se pensar em novas propostas para o estudo dos transplantes jurídicos. E, novamente, aparece no ponto trabalho do professor Günther Frankenberg, que na esteira do processo do método contextualizado anteriormente pontuado, escreveu artigo propondo revisitação à teoria Ikea, com o objetivo de clarificar a perspectiva política do processo de transferência, bem como para abordar os conceitos, processos e dificuldades das migrações jurídicas⁶⁸. O procedimento defendido pelo autor consiste em quatro etapas, sendo a primeira de descontextualização, para após ser realizada a ressignificação, a ruptura da idealização e a recontextualização do elemento no país receptor. Não há como se falar, portanto, de acordo com esta teoria, em aplicabilidade universal de itens, pois essencial para a transferência jurídica a análise contextual e a ruptura com a idealização característica de transplantes legais⁶⁹. Essa teoria novamente demonstra, então, a crescente importância do contexto para as diversas áreas do direito comparado, inclusive no que se refere aos

⁶⁶ TEUBNER, Gunther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. *Modern Law Review*, vol. 61, pp. 11-32, 1998. Acesso via SSRN. p. 12.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 31/32.

⁶⁸ FRANKENBERG, Günther. Constitutional transfer: The IKEA theory revisited. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, n. 3, pp. 563-579, 2010.

⁶⁹ DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018, p. 90/92.

transplantes jurídicos, tema extremamente atual e que vem sendo muito debatido na doutrina.

Ainda sobre o tema, por oportuno, traz-se breves considerações sobre o direito comparado no Brasil. Como define o professor Arnaldo Wald, o país é considerado um "comparatista por necessidade", pois a colonização da nação, combinada com a ausência de doutrina e jurisprudência nacional à época da independência, obrigou a utilização de fontes estrangeiras. Desta forma, o contexto de colonização do país o enquadraria na causa de realização de empréstimos por imposição, acima referida. Em princípio, quando da independência brasileira, a maior influência para o direito público brasileiro foi norte-americana, enquanto a de direito privado foi proveniente dos países de tradição romano-germânica. Atualmente visualiza-se, porém, uma influência norte-americana crescente no que se refere ao direito privado e inspiração de fontes francesas e italianas no direito público⁷⁰. Ademais, apesar da importância do direito comparado e da maioria das legislações brasileiras serem inspiradas em ordenamentos estrangeiros, a disciplina é pouco estudada nas Universidades e ainda está em seu início no país⁷¹, inclusive no que se refere aos transplantes jurídicos⁷².

Assim, verifica-se, pelo exposto na presente seção deste trabalho, que não há como estudar direito comparado sem considerar o contexto. O comparatista deve ter um cuidado especial com o contexto dos ordenamentos dos quais proveniente o objeto da comparação, bem como sempre deve atentar à necessidade de contextualização de eventual elemento transplantado. É evidente, portanto, que os países têm seus

⁷⁰ WALD, Arnaldo. L'originalité du Droit Brésilien et le Droit Comparé. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, vol. 17, n. 1, p. 57-77, 2020, p. 63

⁷¹ *Ibidem*, p. 70.

⁷² DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018, p. 78.

distintos contextos e, na próxima parte deste trabalho, verificaremos como estes afetam também a forma de utilização dos elementos retóricos.

4. O Contexto como Trama entre as Disciplinas de Retórica e Direito Comparado: os Exemplos dos Sistemas Jurídicos Norte-Americano e Francês

A retórica e o direito comparado estão conectados, portanto, por um elemento: o contexto. A retórica, apesar de perpassar todos os ordenamentos e ser, conforme já referido na introdução, uma disciplina transordenamental, apresenta os seus elementos de diferentes formas a depender do contexto do sistema objeto de análise. Para demonstrar essas diferenças, foram escolhidos dois ordenamentos como paradigmas: o norte-americano e o francês.

A escolha dos sistemas jurídicos decorreu, além de serem dois influentes ordenamentos, do fato de estarem em famílias distintas, conforme explica René David em seu livro sobre os grandes sistemas de direito contemporâneo, uma vez que a França é considerada parte da família romano-germânica enquanto os Estados Unidos da América são de tradição de *common law*⁷³. As distinções entre os sistemas jurídicos escolhidos, então, provêm da sua própria origem histórica, tornando interessante a sua utilização como exemplos comparativos dos elementos de retórica em cada contexto. Desta forma, propõe-se, na presente seção deste artigo, a união do direito comparado e da retórica mediante análise comparativa das características que podem impactar no modo como a retórica se desenvolve nos referidos ordenamentos.

Inicialmente, cabe tecer algumas considerações sobre as características do sistema jurídico norte-americano, que formam um contexto a partir do qual a retórica vai adquirir diferentes nuances, não

⁷³ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris: Éditions Dalloz, 2002, p. 17/19.

sendo a ele indiferente. O sistema jurídico dos Estados Unidos, assim como o da Inglaterra, pertence à tradição do *Common Law*. Nessa tradição, embora também haja legislação escrita, a atuação do Poder Judiciário desempenha papel central no desenvolvimento do direito. Nesse sentido, trata-se de sistema baseado na lógica dos precedentes judiciais, do direito formado de casos ou, melhor dizendo, a partir das generalizações extraídas dos julgamentos dos casos, a *ratio decidendi*⁷⁴. O seu formato de separação dos poderes, que, assim como o francês, também encontra inspiração nas lições de Locke e Montesquieu, mas é baseado em uma lógica de *checks and balances*, de freios e contrapesos⁷⁵. E, dentro dessa lógica, como já afirmado, o Judiciário desempenha papel de grande relevância. Em parte, em função do desenvolvimento do direito por meio de precedentes, mas não só: uma particularidade do sistema norte-americano em relação ao inglês é que nos Estados Unidos há Constituição escrita, emanada do povo, sendo o grande guardião da Constituição o Poder Judiciário.

Assim, foi consagrado nesse sistema, a partir do célebre precedente *Marbury v. Madison* (1803), o *judicial review*, que inspirou o controle difuso de constitucionalidade brasileiro. De acordo com o *judicial review*, todos os atos que forem contrários à Constituição padecem de vício e devem ser declarados inconstitucionais pelo Judiciário. Esse poder-dever incumbe a todos os magistrados, inclusive aos juízes do *trial*⁷⁶. Para muito além de buscar resolver disputas entre privados, portanto, o sistema jurídico norte-americano parte da resolução dessas disputas para decidir

⁷⁴ Sobre a história do sistema de precedentes na tradição do *Common Law*, ver: MITIDIERO, Daniel. Precedentes - da persuasão à vinculação (2016). 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 23-42.

⁷⁵ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers* (1788). New York: SoHo Books, 2010, *passim*.

⁷⁶ DODSON, Scott. *Accountability and Transparency in U.S. Courts*. In: MITIDIERO, Daniel. (Coord.). *Accountability e transparência da justiça civil: uma perspectiva comparada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 275.

e fazer valer seus valores mais basilares⁷⁷. Em vez de confiarem inteiramente em suas agências reguladoras, no Legislativo e no Executivo para garantia e efetivação dos direitos, transformam o Judiciário em um ambiente de debate dos seus valores constitucionais⁷⁸.

Ocupando posição central no debate, o Poder Judiciário trará consequências muito importantes para a retórica no sistema jurídico norte-americano. Já foi afirmado aqui, a partir das lições de Manuel Atienza, que a argumentação desenvolvida a partir da atuação dos advogados em um processo judicial é muito diferente da argumentação no âmbito legislativo⁷⁹. Enquanto no contexto legislativo a ênfase está no processo, no caminho, o contexto judicial está voltado para o resultado. No sistema norte-americano, é possível concluir que, muitos dos debates que em outros sistemas ocorreriam perante o legislativo, em um contexto voltado ao caminho, serão aqui travados em um contexto centrado no resultado, com destaque para o papel dos advogados.

Essa é outra característica marcante desse sistema, que impactará diretamente no modo como a retórica é vista: seu processo segue um modelo adversarial, em que há intensa atuação dos advogados, e o procedimento é marcado pela oralidade⁸⁰. O juiz ocupa no modelo adversarial uma posição mais passiva, de árbitro da partida, enquanto os advogados travam seu embate ativamente, não sendo incomum adotarem uma postura inclusive mais "agressiva"⁸¹. No contexto judicial, o objetivo é vencer, o foco está no resultado. Os advogados nos Estados Unidos levam isso a sério. Por essa razão, a doutrina afirma que o advogado norte-

⁷⁷SUBBRIN, Stephen N.; WOO, Margaret, Y.K. *Litigation in America*. Civil Procedure in Context. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 37.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 37.

⁷⁹ ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p.703-709; 712-718.

⁸⁰ KISCHEL, Uwe. *Comparative Law*. Tradução de Andrew Hammel. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 288.

⁸¹ *Ibidem*, p. 287.

americano se vê a serviço do cliente, seu objetivo é conseguir por meio do processo aquilo que seu cliente quer⁸². Diante desse cenário, é necessário tomar cuidado para que a retórica não recaia em concepções puramente utilitaristas e vinculadas a ludibriar o auditório, em um vale-tudo para se chegar ao resultado pretendido. Nesse sentido, as regras processuais e o juiz podem desempenhar importante papel de controle da atuação dos advogados na corte a fim de garantir que sejam seguidas as regras do jogo e que ele seja o mais justo possível.

A retórica adquire, ainda, contornos interessantes no contexto dos Estados Unidos diante do relevante papel que lá é desempenhado pelo júri. Diferentemente do Brasil e de outros sistemas, que relegam ao júri situações muito específicas, como os crimes contra a vida, nos Estados Unidos confere-se grande importância ao júri, que é reunido não só para o julgamento de controvérsias envolvendo direito penal, mas também as civis. Embora seja lugar comum falar que "o júri decide os fatos e o juiz decide o direito"⁸³, há que considerar que a cisão entre fato e direito é meramente funcional. O que o júri efetivamente faz é decidir o réu é culpado ou não (nas causas penais) e se o demandante possui um caso *válido/robusto* (*valid claim*) de responsabilidade civil ou com amparo em alguma lei (nas causas de natureza civil)⁸⁴. Precisamente porque a lógica do júri é ter direito a um julgamento pelos seus próprios pares, ele é formado por cidadãos comuns, que não possuem formação jurídica. Aí porque, dada a cindibilidade meramente funcional entre fato e direito, o juiz, nos Estados Unidos, pode formular instruções para o júri, explicando questões jurídicas que incidem sobre o caso que estão decidindo⁸⁵.

⁸² *Ibidem*, p. 287.

⁸³ *Ibidem*, p. 292.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 292.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 296.

A potencialidade retórica de um julgamento por júri é enorme. Nesse contexto, o auditório principal do orador não é o juiz, mas cidadãos comuns, que devem ser persuadidos a aderir à sua tese. As considerações sobre o auditório de Perelman aqui ganham relevo⁸⁶. Para projetar seu auditório do modo mais aderente possível à realidade, não é incomum que os advogados nos Estados Unidos procurem informações sobre quem são aquelas pessoas sentadas no banco de jurados, quais as suas inclinações, o que as move. Diante de um público leigo, não especializado e plural, os acordos prévios e a linguagem utilizada precisam ser repensados. As invenções retóricas, em especial *ethos* e *pathos*, também ganham grande relevância aqui, dada a importância do vínculo que o orador precisa tentar estabelecer com o auditório a fim de aumentar a receptividade aos seus argumentos e adesão à sua tese.

Ainda, a retórica no contexto dos Estados Unidos será influenciada pelas características da formação dos juristas. A formação dos advogados nos Estados Unidos está centrada nas faculdades de Direito. Contudo, não é possível ingressar diretamente nelas depois que o aluno sai da *High School*. Para ingressar nas faculdades de Direito é necessário obter antes um *Bachelor Degree*. A admissão nas faculdades de Direito está relacionada às notas que o aluno obteve ao longo de sua formação, combinadas com a pontuação obtida no *Law School Admission Test* (LSAT). A graduação em Direito propriamente dita possui duração de três anos e confere à pessoa o grau de *Juris Doctor* (J.D.). Por fim, é necessário obter aprovação no *bar exam*, equivalente ao nosso exame da ordem, para habilitação na advocacia⁸⁷. Da formação do advogado nos Estados Unidos, o que mais chama atenção, contudo, é o método de estudo. O ensino jurídico é baseado

⁸⁶ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação. A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 33 e ss.

⁸⁷ KISCHEL, Uwe. *Comparative Law*. Tradução de Andrew Hammel. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 278-279.

no estudo de casos, método desenvolvido no século XIX por Christopher Langdell, em Harvard⁸⁸. Se o direito nos Estados Unidos é desenvolvido a partir do julgamento de casos, faz sentido que o ensino jurídico se dê a partir do estudo desses. A formação também privilegia a retórica, pois é baseada no método socrático, em que os alunos precisam estudar a matéria antes das aulas a fim de estarem preparados para indagações dos professores e debates travados em aula⁸⁹. O aluno desde cedo aprende a argumentar no contexto judicial e a treinar a defesa de suas teses perante um auditório.

Em relação aos requisitos e métodos de seleção dos juízes nos Estados Unidos, é difícil fazer generalizações. Isso porque os estados estabelecem os seus métodos próprios para seleção dos juízes estaduais. Algumas características gerais podem, contudo, ser salientadas. Em primeiro lugar, não existem requisitos previstos na Constituição para que alguém ocupe um cargo na magistratura⁹⁰. Em segundo, a escolha dos magistrados, de um modo geral, é fortemente marcada por aspectos políticos. Em geral, os juízes ou são eleitos de modo direto pelos cidadãos ou têm sua indicação submetida ao Poder Legislativo⁹¹. Referida circunstância pode ter impactos importantes em termos de independência e *accountability* do Poder Judiciário, na medida em que os juízes ficam mais próximos da política. Saber as inclinações políticas de cada magistrado e adaptar o discurso a elas podem ser determinantes para o resultado de um julgamento.

Por fim, o contexto da Suprema Corte dos Estados Unidos também fornece elementos para o estudo da retórica. A Suprema Corte é composta

⁸⁸ *Ibidem*, p. 280.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 281.

⁹⁰ DODSON, Scott. *Accountability and Transparency in U.S. Courts*. In: MITDIERO, Daniel. (Coord.). *Accountability e transparência da justiça civil: uma perspectiva comparada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 276.

⁹¹ KISCHEL, Uwe. *Comparative Law*. Tradução de Andrew Hammel. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 278-279.

por nove *Justices*, sendo presidida por um deles, então denominado *Chief Justice*. Via de regra, todos os *justices* decidem todos os casos. As deliberações são privadas e um único voto é redigido. A Suprema Corte detém o poder e a liberdade de decidir quais casos deseja julgar. Os casos são submetidos a ela, na sua imensa maioria, por meio do *writ of certiorari*, que são decididos com liberdade pela Corte, sem necessidade de fundamentar quando não admite um caso⁹². Observa-se, aqui, que há um grande ônus argumentativo àquele que deseja ver seu caso decidido pela Suprema Corte, pois precisa influenciar os *justices* por meio da argumentação acerca da relevância do enfrentamento do seu caso pela corte em vista do desenvolvimento do direito norte-americano como um todo. Nesse sentido, uma crítica feita pela doutrina é o pouco interesse que a Suprema Corte dos Estados Unidos tem por casos de direito administrativo, havendo admitido e decidido até hoje poucos, comparados a outras matérias. Trata-se de uma diferença significativa em relação à França, por exemplo, cujo sistema jurídico confere maior importância ao Direito Administrativo⁹³.

A França, por sua vez, como dito anteriormente, faz parte da família romano-germânica e a influência do Iluminismo está muito presente nas suas instituições jurídicas. Combinando a separação de poderes de Montesquieu, da qual provém a ideia do juiz ser apenas a "boca que profere as palavras da lei", com a ideia de soberania da nação, na qualidade de sociedade política organizada, conforme ideais de Rousseau, a Revolução Francesa passa a "identificar o direito com o conjunto das leis, expressão da soberania nacional, sendo reduzido ao mínimo o papel dos

⁹² *Ibidem*, p. 274.

⁹³ *Ibidem*, p. 274.

juízes, em virtude do princípio da separação dos poderes⁹⁴. Essa concepção, conforme afirma Perelman, demonstra a tentativa de aproximar o direito "quer de um cálculo quer de uma pesagem", a fim de proteger contra os abusos de uma justiça corrompida como a do Antigo Regime⁹⁵.

A ideia era de garantir à população o abrigo de instituições impessoais, bastando, quando estabelecidos os fatos, um silogismo judiciário para a decisão: enquanto a premissa maior é a regra de direito apropriada, a menor é a constatação de que as condições previstas na regra foram preenchidas⁹⁶. A argumentação, então, perde muita relevância nesse contexto, sendo que esse pensamento, apesar de não absoluto, ainda mantém sua relevância no país. Exemplo disso é a manutenção da redação original do artigo 4º do Código Civil Napoleônico, o qual prevê que o juiz que não julgar um caso sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser acusado de denegação de justiça⁹⁷. Afirma Perelman que este artigo obriga o juiz a tratar o ordenamento como completo e coerente, sem lacunas, antinomias e ambiguidades, porquanto somente diante de um sistema com estas características poderia cumprir o seu papel de realização de mero silogismo⁹⁸. É evidente, portanto, que a influência do pensamento iluminista ainda está presente no país, contudo, tal fato não significa o esvaziamento dos elementos retóricos, até mesmo porque, conforme já trazido na primeira parte deste trabalho, apesar da

⁹⁴ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: A Nova Retórica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 23.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 33.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 33.

⁹⁷ Na redação original ainda vigente, assim prevê o artigo mencionado: "Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice." Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT00006070721/LEGISCTA00006089696/2021-01-07/. Acesso em 04 jan. 2021.

⁹⁸ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: A Nova Retórica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 34.

retórica ser voltada à influência argumentada, ela se apresenta em diversos fatores, como o público a quem se está falando (*pathos*) e as características e credibilidade do próprio orador (*ethos* pré-discursivo).

Dito isto, no que concerne às características dos oradores no sistema jurídico francês e à sua formação, explica-se que a formação acadêmica do jurista francês compreende três anos de *license* e dois anos de *maîtrise* (*master 1* e *master 2*, podendo o segundo ser de pesquisa ou profissionalizante). Caso opte para tanto, o jurista pode ainda realizar o *doctorat*, com duração de três anos e que tem como objetivo, especialmente, a preparação para a carreira acadêmica⁹⁹.

Para ingresso na magistratura francesa, é necessária a realização de concurso para a *École de la Magistrature*, em Bordeaux, único local onde há formação de juízes no país. Não há diferença na formação entre um juiz e um promotor, ambos precisam cursar a referida *École* e podem ser chamados de *magistrats*, sendo o *magistrat de siège*, o juiz, e o *magistrat du parquet*, o promotor. É interessante pontuar que a maior dificuldade não é se graduar na *École*, mas sim nela ingressar. Isso porque o referido concurso é um dos mais difíceis da França, sendo que, em 2013, apenas 9,57% dos candidatos que fizeram a prova, passaram. Os candidatos não precisam, no mais, ter formação em direito para realizar o concurso e o treinamento, após a aprovação, tem duração de trinta e um meses. Ao final, há um exame para determinar quem terá acesso aos cargos em aberto. Não há muitas vagas para juízes no país, sendo que, em 2010, se estima que o número de magistrados no país era de cerca de nove mil, quantidade inferior, por exemplo, à Alemanha¹⁰⁰. A credibilidade dos magistrados franceses e a sua

⁹⁹ KISCHEL, Uwe. *Comparative Law*. Tradução de Andrew Hammel. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 476/477.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 481/482.

legitimidade para ocupar o cargo tem como base, então, este procedimento de ingresso no cargo, por meio de concurso.

Já para a formação como advogado, é necessária a frequência em escola específica da advocacia organizada pela Ordem dos Advogados Franceses. Ao contrário da magistratura, o ingresso não é por concurso, mas por prova, consideravelmente difícil e com índices de reprovação de candidatos entre 65% e 70%. Para ingressar na escola, é necessário que o candidato tenha apenas realizado o *master 1*, mas em regra os candidatos que logram êxito têm *master 2*. O treinamento é menor do que da magistratura, de dezoito meses, sendo o primeiro trimestre dedicado ao estudo do processo civil e às regras da profissão, bem como a treinamentos práticos, com aulas de retórica (que também é disciplina em algumas *Grands Écoles*, como a *Sciences Po Paris*) e técnicas profissionais; o segundo à realização de um "projeto pedagógico individual", que pode ser um estágio longo ou mesmo a realização de um *master 2*; e o último à realização de estágio com um advogado. Havia na França, até 2010, cerca de 55.000 advogados. Interessante pontuar, no particular, que a imagem do advogado e o seu *status* no país, ou seja, características que compõem o seu *ethos* pré-discursivo quando orador, não decorrem apenas da característica geral de advogado, mas sim do lugar que este ocupa dentro da profissão¹⁰¹. Por exemplo, caso o advogado atue na Corte de Cassação, é chamado de "*Avocat à la Cour*", denominação que o distingue e lhe dá maior credibilidade perante a sociedade.

Postas as características da formação dos juristas franceses, a fim de analisar os demais fatores que também podem impactar na forma que a retórica se desenvolve no contexto francês, necessário também atentar à organização judiciária francesa. O sistema francês apresenta, como mais o

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 482/483.

alto tribunal da justiça civil francesa, a Corte de Cassação¹⁰². Cabe à referida Corte verificar em suas decisões, essencialmente, se a lei, substancial e processual, foi aplicada de forma correta pelos juízes ordinários¹⁰³, podendo emitir dois tipos de decisão: de rejeição e de cassação. A decisão de rejeição é proferida quando o recurso é considerado inadmissível ou não fundamentado; já a decisão de cassação é aquela que entende não estar a decisão atacada de acordo com as regras de direito. Em caso de cassação, o processo é enviado para outra jurisdição de mesma natureza daquela que proferiu a decisão cassada ou devolvido para a mesma jurisdição, mas com composição diversa¹⁰⁴.

Esses acórdãos da Corte de Cassação são conhecidos pela sua brevidade, pois apenas consignam os artigos supostamente violados, fazem breves considerandos sobre o caso e concluem pela cassação ou não da decisão. Ainda, frequentemente, sequer são entendidos por outros magistrados e advogados, porquanto a própria linguagem utilizada dificulta a compreensão, posto o estilo da escrita antiquado e de difícil entendimento pelo cidadão. A fim de tentar superar essa dificuldade de compreensão, está em curso no órgão a evolução da motivação das suas decisões, visto que a brevidade das decisões gerou até mesmo a necessidade de motivação exógena, fora do acórdão e por meio da comunicação de imprensa da Corte. Foi sugerida, então, por uma comissão de reflexão sobre o tema, em 2017, a implementação da motivação

¹⁰² CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa - Seis lições brasileiras*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 131.

¹⁰³ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 122.

¹⁰⁴ CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa - Seis lições brasileiras*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 145/147.

enriquecida, procedimento realizado em alguns acórdãos, mas, por enquanto, ainda não se mostram muito mais acessíveis aos cidadãos¹⁰⁵.

No mais, em relação às decisões dos tribunais franceses, há a anonimização do nome do julgador, entendendo o sindicato dos magistrados que a sua publicação poderia prejudicar a independência destes e ser fonte de pressão. Nesse sentido, diferentemente do anteriormente pontuado acerca do ordenamento norte-americano, a figura do juiz na França é muito menos personalizada do que nos países de tradição de *common law*, sendo a justiça prestada em nome do povo francês. O pressuposto é que a personalidade do juiz seja apagada pela toga e suas funções, na tentativa da justiça mais impessoal possível¹⁰⁶, com a diminuição das emoções, sentimentos e paixões do orador. Ainda, a fim de manter a independência do juízo, há no país o sigilo da deliberação como princípio geral de direito, havendo opiniões, contudo, no sentido de que a divulgação das deliberações seria interessante, especialmente em casos criminais em que há jurados e quando haja votos dissidentes. Na primeira hipótese, a publicidade da deliberação é defendida a fim de evitar a pressão dos juízes sobre os jurados e, na segunda, a fim de permitir o anúncio de possível evolução da jurisprudência¹⁰⁷.

Todos esses fatores que envolvem a linguagem (elocução), a organização das decisões judiciais (disposição), a anonimização do julgador e a publicidade das decisões (auditório, *pathos* e as emoções do julgador) constituem elementos retóricos¹⁰⁸, até mesmo por resultarem, ao fim, em um discurso argumentativo. Para Perelman, é essencial

¹⁰⁵ MEKKI, Soraya Amrani. Accountability e Transparência da Justiça Civil na França. Tradução de Luciana Robles de Almeida. In: MITTIERO, Daniel. (Coord.). *Accountability e transparência da justiça civil: uma perspectiva comparada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 359.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 361.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 369/273.

¹⁰⁸ REBOUL, Olivier. *Introdução à Retórica*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 43/45.

especialmente a avaliação do auditório para o qual a decisão se destina, enquanto argumento. Ora, evidente que as diferenças pontuadas entre o modelo francês e o norte-americano, provenientes inclusive das distinções entre as suas culturas jurídicas, demonstram que as decisões das suas cortes superiores têm papéis e destinatários diferentes em cada um dos ordenamentos. Enquanto nos Estados Unidos da América a função singular da jurisprudência como fonte de direito pressupõe uma construção mais transparente da evolução das razões dos precedentes, até mesmo para que seja possível eventual superação, no contexto francês, como já dito, considera-se que a norma não deixa ao juiz espaço para interpretação, conforme redação original do Código Napoleônico até hoje mantida. É, portanto, necessário atentar para esses contextos para realizar a comparação entre os ordenamentos, porquanto as diferenças entre os sistemas devem ser levadas em consideração quando se fala da necessidade de motivação e publicidade das decisões nos respectivos países¹⁰⁹.

No ponto, inclusive, é interessante pontuar que a justiça francesa, conforme avaliação do estudo *Doing Business* do Banco Mundial, que avalia a capacidade dos ordenamentos de garantir o *enforcement*, obteve classificação bastante medíocre, com a constatação de que seu sistema de justiça seria lento e ineficaz, como a maioria dos países de tradição romano-germânica¹¹⁰. Nesse contexto, a reação negativa da comunidade francesa em relação a este estudo é notória, porquanto este apontava o sistema jurídico atual francês como um dificultador do crescimento econômico do país, defendendo como melhor o sistema dos países de

¹⁰⁹ MEKKI, Soraya Amrani. Accountability e Transparência da Justiça Civil na França. Tradução de Luciana Robles de Almeida. In: MITIDIERO, Daniel. (Coord.). *Accountability e transparência da justiça civil: uma perspectiva comparada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 372.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 373.

*common law*¹¹¹. Os critérios de avaliação utilizados foram fortemente criticados, pois geraram uma falsa aparência de superioridade da justiça anglo-saxã, sem, contudo, considerar a sua maior complexidade e custo, o que estimula a transação e, portanto, a ausência de processo¹¹². Na verdade, não houve uma correta análise dos sistemas de forma comparada e em atenção ao seu contexto, conforme método explicado na segunda parte do presente trabalho. A confiança cega na macrocomparação entre os sistemas, sem que se analise as particularidades dos elementos e da origem de cada um, inclusive no que se refere ao processo civil, pode induzir o comparatista a erro¹¹³.

Desta forma, a análise da forma de utilização de alguns elementos retóricos no sistema francês e norte-americano permite verificar, na prática e de forma comparada, a importância do contexto de cada país para a sua organização judiciária, a formação dos seus juristas e diversos outros fatores que perpassam o sistema como um todo.

Considerações Finais

Por todo o exposto no presente artigo verifica-se que os contextos e as influências são fundamentais tanto para a retórica como para o direito comparado, de forma que, quando se analisa os elementos da retórica dentro de ordenamentos nacionais, é possível, de forma clara, depreender como o contexto de cada um acaba por implicar em construções distintas de institutos, organizações judiciárias e até mesmo na formação dos seus juristas.

¹¹¹ DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018, p. 79.

¹¹² MEKKI, Soraya Amrani. Accountability e Transparência da Justiça Civil na França. Tradução de Luciana Robles de Almeida. In: MITIDIERO, Daniel. (Coord.). *Accountability e transparência da justiça civil: uma perspectiva comparada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 377.

¹¹³ KERN, Christoph A. Statistical Methods in Comparative Civil Procedure: Chances and Risks. In: LOIC, Cadiet; HESS, Burkhard; ISIDRO, Marta Requejo. *Approaches to Procedural Law: The Pluralism of Methods*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, p. 142.

Tratando especificamente da importância do contexto para a retórica, apesar da disciplina ser transordenamental e não se subsumir a um ordenamento específico, a recepção da argumentação não está vinculada apenas a regras lógicas internas, mas também à correlação das conjunturas, ou seja, ao seu contexto. Isso porque a argumentação, diferentemente de um raciocínio puramente demonstrativo, não aceita apenas uma única interpretação, dependendo de diferentes fatores para o seu desenvolvimento e convencimento, como o auditório, o ambiente, o momento histórico, o próprio orador, o local e suas características culturais, políticas e sociais, dentre tantos outros fatores possíveis que permeiam o contexto.

Já no que se refere ao direito comparado, o contexto também apresenta importante destaque, pois o comparatista deve, ao realizar a comparação entre sistemas jurídicos, atentar ao contexto dos ordenamentos dos quais proveniente o objeto da comparação. De forma ainda mais rigorosa, em casos de transplantes jurídicos, é essencial a contextualização de eventual empréstimo, sob pena do elemento transplantado não ter no país receptor a interpretação e significado que se pretendia originalmente.

A trama que une a retórica e o direito comparado é, portanto, o contexto. Os exemplos trazidos de contextos dos sistemas norte-americano e francês, na terceira e derradeira parte deste trabalho, tinham como objetivo exatamente demonstrar a união dos dois elementos - retórica e direito comparado -, destacando e distinguindo a cultura jurídica de cada país e a forma como os seus contextos atuam para o diferente desenvolvimento dos elementos retóricos estudados.

Desta forma, verifica-se que direito comparado e a retórica podem beneficiar-se mutuamente, porquanto o primeiro auxilia a melhor compreender os contextos da retórica, enquanto os diferentes elementos

do discurso retórico, seja na diversificação da audiência, na formação para a credibilidade do orador, na forma de organização do discurso, são elementos essenciais de análise pelo comparatista.

O direito comparado caracteriza-se, assim, como aliado da retórica, pois fornece bases sólidas para o estudo dos diferentes contextos em que a argumentação se desenvolve, a fim de que esta alcance o seu objetivo de convencimento. A ideia, assim, é de que, apesar da retórica ser uma disciplina transordenamental, os contextos dos ordenamentos comparados geram formas distintas de argumentação e de organização, que partem de valores, costumes e crenças compartilhadas por aquela sociedade.

Referências

ARDUINI, Stefano; DAMIANI, Matteo. *Dizionario di retorica*. Covilhã: LabCom, 2010.

ATIENZA, Manuel. Prefácio. In: Eduardo Scarparo (Org.). *Ensaio de Retórica Forense*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

_____. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

BARILLI, Renato. *La retorica*. Storia e Teoria. L'arte della persuasione da Aristotele ai giorni nostri. Milano: Fausto Lupetti Editore, 2014.

CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa - Seis lições brasileiras*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CATTANI, Adelino. *Los usos de la retórica*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris: Éditions Dalloz, 2002.

DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba*, vol. 61, n. 3, p. 189 – 212, set./dez. 2016.

_____. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre*, n. 39, p. 76-96, dez. 2018.

FRANKENBERG, Günther. Comparing constitutions: Ideas, ideals and ideology – toward a layered narrative. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 3, 2006.

_____. Constitutional transfer: The IKEA theory revisited. *International journal of Constitutional Law*, vol. 8, n. 3, pp. 563-579, 2010.

FROST, Michael. Ethos, Pathos & Legal Audience. *Dickinson Law Review*, vol. 99, n. 85, 1994.

GALINARI, Melliandro Mendes. Logos, ethos e pathos: "três lados" da mesma moeda. *Alfa: Revista de Linguística*, vol. 58, n. 2, jun.-dez., 2014.

GOUVIER, Trudy. *A Practical Study of Argument*. 7. ed. Boston: Wadsworth, 2012.

KAHN-FREUND, Otto. On Uses and Misuses of Comparative Law. *The Modern Law Review*, Jan. 1974, Vol. 37, No. 1, pp. 1-27. Acesso via JSTOR.

KERN, Christoph A. Statistical Methods in Comparative Civil Procedure: Chances and Risks. In: LOIC, Cadiet; HESS, Burkhard; ISIDRO, Marta Requejo. *Approaches to Procedural Law: The Pluralism of Methods*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017.

KISCHEL, Uwe. *Comparative Law*. Tradução de Andrew Hammel. Oxford: Oxford University Press, 2019.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers (1788)*. New York: SoHo Books, 2010.

MITIDIERO, Daniel. (Coord.). *Accountability e transparência da justiça civil: uma perspectiva comparada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

MITIDIERO, Daniel. Precedentes - da persuasão à vinculação (2016). 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ONLINE ETYMOLOGY DICTIONARY. Disponível em: <https://www.etymonline.com/search?q=context>. Acesso em: janeiro de 2021.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____ ; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REBOUL, Olivier. *Introdução à Retórica*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Véra Jacob de Fradera da 5ª edição italiana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2001.

SCARPARO, Eduardo. Mas e a retórica? Sobre as demonstrações e argumentações. In: Eduardo Scarparo (Org.). *Ensaios de Retórica Forense*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

SUBRIN, Stephen N.; WOO, Margaret, Y.K. *Litigation in America*. Civil Procedure in Context. New York: Aspen Publishers, 2006

TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TEUBNER, Gunther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. *Modern Law Review*, vol. 61, pp. 11-32, 1998. Acesso via SSRN.

VILLA, Vittorio. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012.

WALD, Arnaldo. L'originalité du Droit Brésilien et le Droit Comparé. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, vol. 17, n. 1, p. 57-77, 2020.

WHALEN-BRIDGE, Helena. Towards a Comparative Rhetoric of Argument: Using the Concept of Audience as a Means of Educating Students about Comparative Argument. *Asian Journal of Comparative Law*, 1, 2006, p. [ii]-[i]. Acesso via HeinOnline.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon, 1998.

O salto retórico do STF entre a atualização monetária e os juros trabalhistas: *ethos* discursivo na ADC 58

Cesar Zucatti Pritsch¹

1. Introdução

Recente decisão do Supremo Tribunal Federal na tormentosa questão da atualização monetária trabalhista, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 58, aparentemente contraria o vetor desenhado em seus julgados anteriores sobre o mesmo tema. Suscita um interessante caso para estudo quanto à mecânica da fundamentação das decisões judiciais e quanto à intenção de persuadir através das provas retóricas, *pathos*, *logos* e *ethos* - notadamente quanto examinamos eventuais falhas ou contradições lógicas e seu impacto no *ethos*. Abordaremos conceitos relativos à persuasão retórica pelo *ethos*, em seu momento discursivo, os fatores que o compõem do ponto de vista clássico e contemporâneo, bem como suas relações com outras provas retóricas - o *logos* e o *pathos*. Após, apresentaremos breve exame do *ethos* em uma decisão judicial no direito comparado, para então adentrarmos em nosso caso de estudo, a ADC nº 58, questão de grande impacto numérico (afetando todas as ações trabalhistas no país) e econômico (importando em bilhões de reais de diferença nas condenações trabalhistas) e quiçá psicológico (chocando a comunidade jurídica, com a inusitada supressão

¹ *Juris Doctor* pela Florida International University, EUA e Mestrando em Direito Processual Civil (UFRGS). Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região e Professor convidado da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), de Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho.

dos tradicionais juros legais previstos no art. 39, §1º, da Lei 8.177/91, em aparente contradição com precedentes da Corte).

2. Ethos – aspectos persuasivos relacionados à credibilidade do orador

A retórica, para Aristóteles, é dotada de três modos de persuasão: *logos*, ou razão; *pathos*, ou emoção; e *ethos* ou caráter. *Logos* é o apelo à racionalidade do ouvinte, com argumentos coerentes, persuadindo pela apresentação de evidências e solidez lógica do argumento, “demonstrando a verdade ou parecendo demonstrar a verdade” daquilo que seja persuasivo em cada caso. Por outro lado, há persuasão dos ouvintes quando o discurso os leva a sentir emoção (*pathos*), já que as pessoas não decidem o mesmo quando estão tristes ou exultantes, ou quando sentem dor, raiva, pena, medo, ou seus opostos. Finalmente, há persuasão pelo caráter (*ethos*) quando o discurso é emitido de maneira inspirar credibilidade quanto ao orador. Costumamos acreditar em pessoas vistas como razoáveis mais rapidamente, para assuntos em geral, e completamente, para assuntos em que há dúvida ou nos falta conhecimento. Aristóteles entendia este como o modo mais persuasivo, já que tendemos a acreditar em quem confiamos. Afirmava que os três elementos estão conectados e são essenciais para a persuasão.²

Com o *logos* retórico, construído ou reforçada no discurso, aflora também o *ethos* do orador e são deflagradas sensações e emoções (*pathos*) no auditório. As provas retóricas, mais do que categorias autônomas ou

² ARISTÓTELES. *Aristotle on rhetoric: a theory of civic discourse*. (George A. Kennedy ed. & trans.), Oxford: Oxford University Press, 1991, 1.2.1356 a5-10, a15-19, e a23-25, apud SCHARFFS, Brett G. The Character of Legal Reasoning. *Washington & Lee Law Review*, v. 61, 2004, p. 733 e 752. Sobre *pathos*, de uma forma geral, ver ainda BEN-ZE'EV, Aaron. The thing called emotion. In: GOLDIE (Ed.). *The Oxford Handbook of Philosophy of emotion*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p.41-62. Especificamente sobre o uso da emoção para persuasão no contexto jurídico, MARONEY, Terry A. Judges and their emotions. *Northern Ireland*

Legal Quarterly, vol. 64, nº. 1, 2013, p. 11-24; FORZA, Antonio; MENEGON, Giulia; RUMIATI, Rino. *Il giudice emotivo: la decisione tra ragione ed emozione*. Bologna: Il mulino, 2017, p. 71-92; FROST, Michael H. Ethos, Pathos and Legal Audience. In: *Introduction to Classical Legal Rhetoric*. Routledge, 2017. p. 67-94.

independentes, são três “‘ferramentas de leitura’ (ou ‘ângulos’)” para compreensão do funcionamento do discurso.³ Tais modos de persuasão ou provas retóricas são conjuntamente chamadas de *invenção*, etapa do processo retórico através da qual se descobrem os argumentos possíveis. As demais etapas costumam ser referidas como *disposição* - organização sequencial dos argumentos; *elocução* - planejamento do estilo da apresentação; *memorização* (se a apresentação for oral); e *ação* - ato de apresentar a argumentação.⁴

2.1 Momento: prediscursivo ou discursivo, prévio ou presente

A persuasão pelo *ethos* do orador pode ser analisada em dois momentos, geralmente referido como *prediscursivo* e *discursivo* ou, como refere Galinari, *prévio* e *presente*. Para Aristóteles, o *ethos* do orador era expresso apenas no discurso, inexistindo um *ethos* anterior, mas somente o *discursivo*, já que o orador se expressa pela palavra, durante a emissão do discurso. A doutrina recente, entretanto, reconhece o valor persuasivo de informações do orador conhecidas pelo auditório antes do discurso, como seu capital social, cultural, fama, *status* - seu *ethos prediscursivo*, *prévio*, ou “*precorpus*”. Já no *ethos presente*, ou *discursivo*, a imagem do orador é construída durante o discurso, que pode confirmar ou destruir o que se pensava do orador - seja porque a oratória falhou, seja pela intenção de construir um novo personagem. Para Galinari, o *ethos* contemporâneo ao discurso é melhor simbolizado por *ethos presente*, já que há informações não verbais quanto ao perfil do orador que são exibidas no momento do discurso, mas não através dele, como expressão

³ GALINARI, Melliandro Mendes. Logos, Ethos e Pathos: “três lados” da mesma moeda. *Alfa: Revista de Linguística*, São Paulo, v. 58, n. 2, 2014, p. 265.

⁴ ARAÚJO, Carlos Henrique Teixeira. *Textos motivadores do ENEM da FUVEST e do Mackenzie: uma análise retórica das propostas de redação*. Dissertação de Mestrado em Letras, 2020, p. 27-28. FROST, Michael. Justice Scalia's Rhetoric of Dissent: A Greco-Roman Analysis of Scalia's Advocacy in the VMI Case. *Kentucky Law Journal*, vol. 91, nº 1 (2002-2003), pp. 167, 177.

facial, volume da voz, a encenação gestual, o tipo de vestimenta, etc, que podem ser utilizados como estratégia argumentativa.⁵

Esta parte física do discurso, pertinente à sua emissão sob a forma oral, Maingueneau chama de "corporalidade" – a compleição física, maneira de vestir-se e, mais ainda, a maneira de se mover no espaço social, uma disciplina tácita do corpo revelada no comportamento – que o destinatário identifica apoiando-se “num conjunto difuso de representações sociais avaliadas positiva ou negativamente, em estereótipos que a enunciação contribui para confrontar ou transformar: o velho sábio, o jovem executivo dinâmico, a mocinha romântica...”⁶ Em tal senda, contam para a aferição da credibilidade do orador sua aparência, como é apresentado, o contexto (e.g. quem lhe precedeu), a ocasião (tipo, tempo, local), etc.⁷ O *ethos* presente ou discursivo está ligado à própria enunciação, e não a um saber anterior sobre o locutor. Persuade-se pelo caráter (= *ethos*) quando o discurso é estruturado de maneira a mostrar o orador como alguém digno de fé – mas é necessário que essa confiança seja efeito do discurso, não uma previsão sobre o caráter do orador.⁸

2.2 Fatores clássicos e contemporâneos de persuasão pelo *ethos*

A prova pelo *ethos* (“caráter”, traços psicológicos e perfil do orador) consiste em causar boa impressão pela maneira como se constrói o discurso, imprimindo uma imagem de si apta a ganhar confiança do auditório, contribuindo para sua persuasão. Deve ser percebido, não

⁵ GALINARI, Mellianro Mendes. Sobre Ethos e AD: tour teórico, críticas, terminologias. *DELTA – Documentação de Estudos em Linguística Teórica e Aplicada*, São Paulo, v.28, n.1, 2002, p.55-61.

⁶ MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do Ethos (1968), tradução de Luciana Salgado. In: MOTTA, Ana Raquel; SALGADO, Luciana (org.) *Ethos discursivo*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2015, p.18.

⁷ CAMPBELL, Karlyn Kohrs; HUXMAN Susan Schultz; BURKHOLDER, Thomas R. *Atos de Retórica: para pensar, falar e escrever criticamente* (tradução Marilene Santana dos Santos Garcia). São Paulo: Cengage Learning, 2015, p. 209-224.

⁸ MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do Ethos (1968), tradução de Luciana Salgado. In: MOTTA, Ana Raquel; SALGADO, Luciana (org.) *Ethos discursivo*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2015, p.13.

verbalizado no discurso.⁹ Conforme Ducrot, o *ethos* se mostra na enunciação, ele não é dito no enunciado. Fica implícito na enunciação, não constituindo afirmações do orador a seu próprio respeito – e que podem chocar o auditório – “se trata en cambio de la apariencia que le confieren la cadencia, una entonacion calurosa o severa, la eleccion de las palabras o de los argumentos” – que devem levar a audiência a construir uma imagem virtuosa do orador, para maior persuasão.¹⁰ A eficácia da persuasão por um *ethos* positivo do interlocutor reside justamente em imiscuir seus traços de caráter na enunciação, sem serem explicitamente enunciados. O *ethos* não atua no primeiro plano, mas de maneira lateral. Implica uma experiência sensível do discurso, mobiliza a afetividade do destinatário.¹¹

Em relação às qualidades fundamentais que emprestam credibilidade ao orador, na visão clássica, sintetiza Aristóteles:

Quanto aos oradores, eles inspiram confiança por três razões; as que efetivamente, à parte as demonstrações, determinam nossa crença: a prudência (*phronesis*), a virtude (*arete*) e a benevolência (*eunoia*). Se, de fato, os oradores alteram a verdade sobre o que dizem enquanto falam ou aconselham, é por causa de todas essas coisas de uma só vez ou de uma dentre elas: ou bem, por falta de prudência, eles não são razoáveis; ou, sendo razoáveis, eles calam suas opiniões por desonestidade; ou, prudentes e honestos, não são benevolentes; é por isso que podem, mesmo conhecendo o melhor caminho a seguir, não o aconselhar.¹²

⁹ MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do Ethos (1968), tradução de Luciana Salgado. In: MOTTA, Ana Raquel; SALGADO, Luciana (org.) *Ethos discursivo*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2015, p.13.

¹⁰ DUCROT, Oswald. *El decir y lo Dicho*. Trad. espanhola Sara Vassallo. Buenos Aires: Hachete., 1984, p. 201.

¹¹ CAMPBELL, Karlyn Kohrs; HUXMAN Susan Schultz; BURKHOLDER, Thomas R. *Atos de Retórica: para pensar, falar e escrever criticamente* (tradução Marilene Santana dos Santos Garcia). São Paulo: Cengage Learning, 2015, p. 210.

¹² ARISTÓTELES. *Rhetorique*. Trad. M. Dufour. Paris: Les Belles-lettres, 1967, l378a: 6-14, apud MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do Ethos (1968), tradução de Luciana Salgado. In: MOTTA, Ana Raquel; SALGADO, Luciana (org.) *Ethos discursivo*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2015, p.11-29., p.13.

É em função de seu auditório que o orador construirá uma imagem, conforme o que é considerado virtude. A persuasão não acontece se o auditório não puder ver no orador uma pessoa que tem o mesmo *ethos* que ele. Persuadir, então, consistirá em fazer passar, através do discurso um *ethos* similar ao do auditório, lhe causando a impressão de que é um dos seus que está ali.¹³ Nós fazemos sentido aos outros através da adoção de papéis. O público traça uma análise crítica do orador quando este busca influenciar os outros, sendo os papéis percebidos parte crucial do ato retórico.¹⁴ Assim, a percepção do *ethos* do interlocutor é relativa à sua identificação com expectativas ou com o perfil do auditório.

Aliás, ajuda a compreender a relatividade da percepção do *ethos* em relação ao grupo quando verificamos que a palavra grega tem relação tanto ao ético quanto ao étnico, portanto não se referindo apenas à personalidade de um indivíduo, mas sim sua identidade ou diferença em relação a determinado grupo *étnico* (compreendido como grupo religioso, racial, nacional ou cultural), ou seja, se reflete ou não as características idealizadas por sua cultura ou grupo.¹⁵

Em uma abordagem mais contemporânea quanto aos fatores que impactam a percepção do *ethos* do interlocutor, Campbell et al. elencam: a *competência* ou *autoridade* (no assunto), sendo o orador visto como bem informado, especialista, qualificado, correspondendo ao termo clássico *phronesis* (prudência, sabedoria prática). Chamam de *credibilidade* o fator de ser percebido como honesto, simpático, agradável – lembrando o termo

¹³ MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do Ethos (1968), tradução de Luciana Salgado. In: MOTTA, Ana Raquel; SALGADO, Luciana (org.) *Ethos discursivo*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 15.

¹⁴ CAMPBELL, Karlyn Kohrs; HUXMAN Susan Schultz; BURKHOLDER, Thomas R. *Atos de Retórica: para pensar, falar e escrever criticamente* (tradução Marilene Santana dos Santos Garcia). São Paulo: Cengage Learning, 2015, p. 210.

¹⁵ CAMPBELL, Karlyn Kohrs; HUXMAN Susan Schultz; BURKHOLDER, Thomas R. *Atos de Retórica: para pensar, falar e escrever criticamente* (tradução Marilene Santana dos Santos Garcia). São Paulo: Cengage Learning, 2015, p. 212.

clássico *arete* (virtude ou excelência moral). Entendem que contribui, também, o *dinamismo*, consubstanciado no demonstrado grau de assertividade, força, energia, ou mesmo agressividade – podendo, entretanto, prejudicar o *ethos* do orador, se exagerada a medida, em atenção à situação e tipo de audiência. Os autores destacam, ainda, a *identificação* do orador ou sua mensagem com atributos do grupo ou que o grupo espera, para a situação. O público tende a aceitar melhor quem compartilha das mesmas ideias. Não sugerem que se devam falsear tais ideias ou características em comum (até porque, a médio prazo, tal falsidade ensejaria o resultado oposto), mas sim destacar os pontos comuns, apresentando-os antes de adentrar os pontos de divergência.¹⁶

Como um desdobramento da *identificação* entre o orador e o auditório, Campbell et al. destacam o *poder social*, e a *participação*. Quanto ao *poder social* eventualmente presente, se trata da relação de dependência entre orador e público, interação e influência sentida em ambos vetores, e.g.: pais e filhos; professor e alunos; juiz, partes e advogados, etc. Quanto à participação, apoiados nas lições de Aristóteles, destacam que o orador pode permitir que o público colabore com a mensagem, completando suas lacunas (e.g. alunos respondendo perguntas; sugestões à chefia), já que, desta forma, tende a se ligar mais ao argumento do orador (ator, político, palestrante), o qual pode ainda observar se público ri, boceja, olha atentamente o orador – ou mira impacientemente o relógio -, podendo ajustar sua fala, melhorando o interesse ou conexão.¹⁷

¹⁶ CAMPBELL, Karlyn Kohrs; HUXMAN Susan Schultz; BURKHOLDER, Thomas R. *Atos de Retórica: para pensar, falar e escrever criticamente* (tradução Marilene Santana dos Santos Garcia). São Paulo: Cengage Learning, 2015, p. 219-221

¹⁷ CAMPBELL, Karlyn Kohrs; HUXMAN Susan Schultz; BURKHOLDER, Thomas R. *Atos de Retórica: para pensar, falar e escrever criticamente* (tradução Marilene Santana dos Santos Garcia). São Paulo: Cengage Learning, 2015, p. 222-224

2.3 Relação entre *ethos* e escolhas ou falhas no *logos*

Como já referido acima, *logos*, *ethos* e *pathos* são, na realidade, três óticas para analisar a argumentação retórica. Os mesmos elementos podem apelar à razão (*logos*), à emoção do auditório (*pathos*) e afetar a percepção do caráter do orador (*ethos*). Quanto a este último, chama a atenção o quanto a estruturação lógica do raciocínio transcodifica no *ethos*, revelando, dizendo ou mostrando as diversas nuances do caráter do orador – “qualidades, defeitos, personalidade, estilo, gostos, preferências políticas, ideológicas, religiosas, temperamento etc”, com isso podendo “reforçar teses, ações e emoções na instância de recepção do discurso”.¹⁸ Uma argumentação logicamente bem estruturada vai naturalmente contribuir para a percepção de um *ethos* positivo do orador.

A *integridade discursiva* afeta a percepção de razão prática, sinceridade, benevolência solidária do orador e, portanto seu próprio *ethos*.¹⁹ A *contrario sensu* (para nos utilizarmos de uma das estruturas lógicas exemplificadas acima), há estudo empírico que demonstra a relação entre a *falta de integridade discursiva* - proporcional à *gravidade da violação* de uma regra argumentativa e à *maior consciência subjetiva* do orador quanto à violação (insinceridade intencional x irrefletida x por erro) - e a acusação da não integridade da argumentação pelo auditório.²⁰

Esses padrões de falhas de integridade discursiva são: *violação da conclusividade* - argumento intencionalmente não conclusivo; *recusa de*

¹⁸ GALINARI, Melliandro Mendes. Logos, ethos e pathos: "três lados" de uma mesma moeda. *Alfa: Revista de Linguística*, São Paulo, v. 58, n. 2, 2014, p. 266.

¹⁹ EGGS, Ekkehard. Ethos aristotélico, convicção e pragmática moderna. In: AMOSSY, R. (org.). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. Trad. Dilson Ferreira da Cruz, Fabiana Komesu e Sírío Possenti. São Paulo: Contexto, 2016, p.44.

²⁰ CHRISTMANN, Ursula; SCHREIER, Margrit; GROEBEN, Norbert. War das Absicht? Indikatoren subjektiver Intentionalitätszustände bei der ethischen Bewertung von Argumentationsbeiträgen. *Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik*, v. 26.1, Springer, 1996, p. 105. Apud EGGS, Ekkehard. Ethos aristotélico, convicção e pragmática moderna. In: AMOSSY, R. (org.). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. Trad. Dilson Ferreira da Cruz, Fabiana Komesu e Sírío Possenti. São Paulo: Contexto, 2016, p.29, 50-51.

justificação - afirmação intencionalmente não justificada (ou insuficientemente justificada); *ilusão de verdade* - apresentar afirmação como objetivamente verdadeira quando se sabe falsa ou subjetiva; *deslocamento de responsabilidade* - reivindicar, transferir ou abster-se de rejeitar responsabilidade de outrem sem justificativa; *ilusão de coerência* - firmar argumentos não conformes com outros atos de fala; *deformação no sentido* - deformar intencionalmente o sentido de suas afirmações, de outrem, ou o estado das coisas; *exigências não realizáveis* - incitar atos que sabe não realizáveis; *desacreditar* - desacreditar intencionalmente ou levemente outrem; *inimizade* - tratar o adversário como inimigo pessoal; *afastamento* - realizar intencionalmente atos que possam intimidar outros participantes; *ruptura* - interromper de maneira injustificada a argumentação de outrem.²¹

3. Ethos nas decisões judiciais

Estabelecidas as premissas propedêuticas acima, examinaremos a interação do *ethos* na argumentação jurídica em decisões judiciais, a partir da surpreendente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 58,²² que ao declarar a inconstitucionalidade da TR como fator de atualização de débitos trabalhistas porque afrontava o direito de propriedade do credor trabalhista, determinou a substituição de tal índice pela SELIC, excluindo os juros legais de 12% ao ano, colocando o credor trabalhista - destinatário da garantia constitucional de propriedade vulnerada pelo uso da TR - em situação muito pior que a anterior. Trata-se de grave falha de integridade discursiva, a chamada *ilusão de coerência* (firmar argumentos

²¹ Ibidem.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 58. Andamento processual disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5526245>>. Acesso em 30 dez 2020.

contraditórios com outros atos de fala, no caso, com a declarada intenção de proteger a garantia constitucional de propriedade do credor) e, talvez, *recusa de justificação* (afirmação quanto à eliminação dos juro trabalhistas insuficientemente justificada, à vista do embasamento na proteção à garantia de propriedade e da ausência de pedido quanto à constitucionalidade dos juro legais trabalhistas). Observaremos que tais falhas de integridade, se não solucionadas – quiçá até a publicação oficial do acórdão ou em sede de embargos de declaração com efeitos infringentes – podem comprometer a percepção de legitimidade de nossa Corte máxima, vulnerando seu *ethos*. Antes porém, uma breve observação de direito comparado, ilustrativa de alguns conceitos aqui debatidos, relativos ao *ethos* inferido das decisões judiciais.

3.1 Uma nota de direito comparado

Michael Frost apresenta interessante estudo de caso sobre o uso retórico da fundamentação de decisões judiciais, tomando como objeto de estudo um voto vencido em *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 567 (1996) (Scalia, J., *dissenting*)²³ do contundente *Justice Antonin Scalia*,²⁴ da Suprema Corte americana. Seus críticos, diziam que utilizava retórica de forma agressiva e deceptiva, seus defensores diziam que tinha habilidade de utilizar a linguagem de forma eficaz e persuasiva. Possuía o costume de utilizar linguajar mais ácido e hiperbólico em seus votos vencidos.²⁵ Os votos divergentes, na dinâmica de julgamento da Suprema Corte, são redigidos quando já decidida a questão e vencido o respectivo *Justice*, ensejando o questionamento sobre qual a utilidade de tal manifestação de

²³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 567 (1996) (Scalia, J., *dissenting*). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/518/515/>>. Acesso em 30 dez. 2020.

²⁴ Falecido em 2016.

²⁵ FROST, Michael. Justice Scalia's Rhetoric of Dissent: A Greco-Roman Analysis of Scalia's Advocacy in the VMI Case. *Kentucky Law Journal*, vol. 91, nº 1 (2002-2003), pp. 167, 171-172. Disponível em <<https://heinonline.org/>>. Acesso em 30 dez 2020.

descontentamento do votante que não logrou persuadir os demais. Alguns opinam que registra princípios e falhas argumentativas não respondidas pelos vencedores, para discussão posterior, bem como para levar o debate à “corte da opinião pública” ou ao legislador. Outros entendem que apenas estimula o ressentimento dos derrotadas e fomenta a recorribilidade, um desabafo sem utilidade imediata. Outrossim, ainda por conta da sistemática de votação, a maioria costuma votar em conjunto, consolidando seus votos em uma *per curiam opinion*, em escrita colaborativa, diluindo as características estilísticas de seus magistrados, enquanto que os dissidentes votam isoladamente, com liberdade para destacar suas características estilísticas.²⁶

No caso em estudo, Scalia ataca o voto vencedor que determinou a admissão de mulheres a uma tradicional escola militar, o *Virginia Military Institute* (VMI), até então exclusivo para homens. Descreveu o *holding* como “iliberal”, “contra-majoritário” e “hipócrita” e diz que a jurisprudência de isonomia da maioria é “aleatória”, que “trapaceia no jogo de dados” (*load the dice*), joga “esconde-esconde” com os critérios de controle de constitucionalidade (*standards of review*), que “contrabandeia política para dentro do Direito”, “inventa fatos” (*do-it-yourself ... factfinding*) e reescreve a Constituição com “critérios customizados” (*custom-built-'tests*), e “descrições fantasiosas”, criando imagens negativas para a argumentação da maioria - atacando mais o *ethos* do que o *logos* - como trapaceira (*load the dice*), infantil (esconde-esconde), criminosa (contrabando), etc.²⁷

Finalmente, Frost observa que, ao se expor mais, nos votos dissidentes como este, fica evidenciado o perfil de Scalia, de uma certa,

²⁶ FROST, Michael. Justice Scalia's Rhetoric of Dissent: A Greco-Roman Analysis of Scalia's Advocacy in the VMI Case. *Kentucky Law Journal*, vol. 91, n° 1 (2002-2003), pp. 173-174. Disponível em <<https://heinonline.org/>>. Acesso em 30 dez. 2020..

²⁷ Idem, p. 171, 190-191.

forma trocando o papel de juiz pelo de defensor de uma causa, falando não mais para sua própria corte, mas sim para o legislador, para a doutrina, mídia, ou para o público em geral.²⁸ Com as escolhas linguísticas acima, *Justice* Scalia enfatiza o conteúdo emocional do caso (*pathos*) mas não é satisfatório quanto ao *ethos*, faltando-lhe exibir mais prudência e benevolência, “para acalmar a tempestade criada por *pathos*” (argumentos emocionais), já que afirmações hiperbólicas e ironias agressivas prejudicam seu *ethos*.²⁹

3.2 A surpreendente eliminação reflexa dos juros trabalhistas na ADC 58 – como fica o *ethos* da Corte

Como dissemos, examinaremos recente decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n° 58³⁰ que, ao declarar a inconstitucionalidade da TR como fator de atualização de débitos trabalhistas porque esta afrontava o direito de propriedade do credor trabalhista, determinou a substituição de tal índice pela SELIC, excluindo reflexamente os tradicionais juros legais de 12% ao ano e deixando o credor trabalhista em situação ainda pior que a anterior. Considerando o provimento da ação *in pejus* do credor que tal garantia constitucional protegia, bem como considerando o aparente contradição com o vetor precedencial desenhado na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4357 e com o Recurso Extraordinário (RE) n° 870.947, interessa ver aqui como o STF enfrentou tal pesado ônus argumentativo, e se incorreu em problemas de integridade argumentativa que vulneraram seu *ethos* discursivo, essencial para a legitimidade da Corte máxima brasileira.

²⁸ Idem, p. 174-175.

²⁹ Idem, p. 195, 203-204.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 58. Andamento processual disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5526245>>. Acesso em 30 dez 2020.

Limites objetivos das ações

Na realidade, a decisão em epígrafe abrangeu quatro ações de controle concentrado de constitucionalidade sobre a mesma temática, a saber:

1) Primeiro foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5867), pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, ANAMATRA, em 20/12/2017, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade da expressão “com os mesmos índices de poupança” quanto aos depósitos judiciais trabalhistas (§ 4º do art. 899, da CLT) com a redação que lhe foi dada pela reforma trabalhista, que entrara em vigor em 11/11/2017 (Lei n. 13.467/2017).³¹

2) Em agosto de 2018 foi oposta, pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF, a ADC 58, discutindo o mesmo dispositivo acima quanto aos depósitos judiciais trabalhistas mas, em contrário à ação acima, pleiteando a declaração de sua *constitucionalidade*. Adicionalmente, requeria a declaração da *constitucionalidade do uso da TR como indexador dos débitos trabalhistas*, já que, no seu entender, visto em conjunto o “*bloco normativo*” que estabelecia a TR e juros de 12% ao ano, tal se afiguraria razoável para a preservação do direito de propriedade das partes. Pleiteava, assim a declaração de constitucionalidade conjunta dos arts. 879, §7º, da CLT (com redação pela Lei nº 13.467/2017) e art. 39, *caput* da Lei nº 8.177/91 (ambos os dispositivos fixando a TR como indexador dos débitos trabalhistas), e § 1º, do mesmo art. 39 (acrescidos

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5867. Andamento processual disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5335099>>. Acesso em 30 dez 2020. Na redação anterior do dispositivo, o depósito recursal se dava em “conta vinculada do empregado”, portanto, remunerada da mesma forma que os depósitos de FGTS, com atualização pela TR e juros capitalizados anualmente de 3% (art. 13 da Lei 8.036/90). Com a nova redação, o depósito se daria em conta judicial. Por tal razão, a ANAMATRA pleiteava equiparação à remuneração dos depósitos judiciais de créditos devidos à Fazenda Pública, remunerados pela SELIC - então 7% ao ano, enquanto que a correção “com os mesmos índices da poupança” (TR) já estava zerada desde meados de 2017.

juros de 1% ao mês desde o ajuizamento). Finalmente, caso rejeitada a declaração de constitucionalidade, requereu que “eventual inconstitucionalidade que seja declarada em relação ao *caput* do art. 39 da Lei nº 8.177, de 1991, também alcance o disposto no seu § 1º” – sem no entanto qualquer fundamentação para a invalidação dos juros legais trabalhistas. Esta última questão é justamente o que dá origem ao imbróglio objeto do presente estudo.

3) Poucos dias após, a Confederação Nacional da Tecnologia da Informação e Comunicação (CONTIC), Associação das Operadoras de Celulares (ACEL) e Associação Brasileira de Telesserviços (ABT) opuseram a ADC 59,³² com objeto e argumentos quase idênticos aos da ADC 58. Na ADC 59, entretanto, as entidades autoras não efetuaram o pedido sucessivo acima de invalidação dos juros. Na realidade, pugnaram que se acrescessem juros de mora de 1% ao mês para os depósitos judiciais trabalhistas, e não que fossem suprimidos dos débitos judiciais trabalhistas. Buscavam a isonomia entre de critério para os débitos judiciais e os depósitos, evitando que as empresas tivessem de complementar o valor depositado - quando do efetivo pagamento ao credor - por conta de maior atualização e juros incidentes sobre o *quantum debeatur* do que sobre os depósitos que os garantem.

4) Finalmente, no mês seguinte, em 17/09/2018, a ANAMATRA ajuizou a ADI 6021,³³ exclusivamente quanto à atualização monetária, requerendo a declaração de *inconstitucionalidade* da expressão “pela Taxa Referencial (TR)” contida no §7º do art. 879, da CLT (com redação pela Lei n. 13.467/2017), assim como do *caput* do art. 39 da Lei n. 8.177/91.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 59. Andamento processual disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5534144>>. Acesso em 30 dez 2020.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 6021. Andamento processual disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5548545>>. Acesso em 30 dez 2020.

Pleiteava, outrossim, a substituição do índice inconstitucional pelo IPCA ou INPC.

Contexto

Para melhor compreensão da argumentação, impõe-se uma síntese histórica da questão. A TR foi criada em 1991, num contexto de tentativa de desindexar a economia. Era calculada a partir da “remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais” (art. 1º da Lei n. 8177/91). Portanto não se destinava a medir o poder de compra da moeda, tradicionalmente feita pela colheita da variação efetiva de preços (INPC, IPCA, etc). Por tal razão, os créditos trabalhistas e outros créditos judiciais “atualizados” pela TR (art. 39, *caput*, da mesma lei), costumavam perder progressivamente valor efetivo, já que afetados pela política nacional de juros, e juros remuneratórios praticados pelo mercado.

Tal situação ganhou novos contornos, respectivamente, em 2013 (com o julgamento da ADI nº 4357 em 14/03/2013, declarando inconstitucional a TR para atualização dos precatórios³⁴), em 2015 (questão de ordem na mesma ADI, julgada em 25/03/2015, acórdão publicado em 06/08/2015, que definiu a modulação *ex nunc*, mantendo-se o uso da TR até 25/03/2015 e definindo o IPCA-E como substituto, aplicável desde então), e 2017 (quando julgado o RE 870.947, Tema 810 da Repercussão Geral - acórdão de 20/09/2017, publicado em 20/11/2017 - adotando a mesma decisão quanto às dívidas contra a Fazenda Pública

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4357. Acórdão de 14/03/2013 publicado em 26/09/2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=262782784&ext=.pdf>>. Acesso em 30 dez 2020.

ainda não inscritas em precatório³⁵). Em tais ações, a maioria do STF, vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, entendeu pela inconstitucionalidade da TR, já que

5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). (grifamos)³⁶

Diante de tais julgados, diversos tribunais trabalhistas, adotaram a mesma *ratio decidendi* para os créditos trabalhistas, notadamente o Tribunal Superior do Trabalho (TST), como exemplifica o recurso de revista em que suscitado o incidente plenário de inconstitucionalidade, ArgInc-479-60.2011.5.04.0231, julgado em 04/08/2015, declarando a inconstitucionalidade do art. 39, *caput*, da Lei 8.177/91, quanto à expressão “equivalentes à TRD”.³⁷ O uso do IPCA-E na Justiça do Trabalho ensejou o deferimento de inúmeras liminares em reclamações, - geralmente deferidas pelos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes (que haviam restado vencidos na ADI 4357) – mas ao final cassadas pelos respectivos colegiados.³⁸

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 870.947, Tema 810 da Repercussão Geral. Acórdão de 20/09/2017, publicado em 20/11/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313307256&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 30 dez 2020.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4357. Acórdão de 14/03/2013 publicado em 26/09/2014, p. 4-5. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=262782784&ext=.pdf>>. Acesso em 30 dez 2020.

³⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ArgInc-479-60.2011.5.04.0231, acórdão de 04/08/2015, publicado em 14/08 de 2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2012&numProcInt=118578&dtaPublicacaoStr=14/08/2015%2007:00:00&nia=6426501>>. Acesso em 30 dez. 2020.

³⁸ A questão foi tratada com mais profundidade em PRITSCH, Cesar Zucatti. O uso elástico da reclamação ao STF e o problema da correção monetária nas ações trabalhistas, antes e depois da reforma trabalhista. *Revista eletrônica*

O exemplo mais notório foi a Reclamação (Rcl) nº 22.012, na qual o Min. Toffoli deferiu liminar em 14/10/2015 para suspender os efeitos de decisão do TST (nos mesmos autos 0000479-60.2011.5.04.0231) que determinava a alteração da “tabela única” de atualização, editada pelo CSJT, de TR para IPCA-E. A maioria da 2ª Turma do STF (Ministros Fachin, Lewandowski e Celso de Mello), vencidos os Ministros Toffoli e Gilmar Mendes, julgou *improcedente* a reclamação porque a inconstitucionalidade da TR na correção monetária de débitos trabalhistas “não foi objeto de deliberação... no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357/DF e 4.425/DF, *não possuindo*, portanto, a *aderência estrita com os arestos tidos por desrespeitados*”. No entanto, a 2ª Turma deixou claro que, ainda assim, “o decisum ora impugnado está em consonância com a ratio decidendi da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte”.³⁹

Em fins de 2017 sobreveio a chamada Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), que reiterou o uso da TR para a correção dos débitos e depósitos judiciais trabalhistas - agora no próprio corpo da CLT (alterando os art. 879, §7º, e 899, §4º, da mesma) - e, logo a seguir, foram ajuizadas as ações objeto deste estudo. Para o Supremo Tribunal Federal, houve unanimidade quanto à inconstitucionalidade da TR no contexto de dívidas trabalhistas e respectivos depósitos judiciais - até mesmo o Relator, Ministro Gilmar Mendes, sabedor da posição da maioria, aderiu à TR.

O imbróglgio neste caso, entretanto, não estava na inconstitucionalidade da TR, mas sim no índice que a subsistiria, afetando *todos* os processos trabalhistas no país, com um impacto econômico bilionário. A Corte se dividiu. Na sessão de 26/08, votou apenas o relator, propondo solução além

do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 7, n. 70, p. 206-233, 2018. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/146932>>. Acesso em 30 dez. 2020.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 22.012. Acórdão de 05/12/2017, Publicado em 27/02/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313753688&ext=.pdf>>. Acesso em 30 dez 2020.

do próprio pedido, substituindo a TR, considerada nociva para o direito de propriedade do credor, pela SELIC, com o descarte dos juros legais moratórios trabalhistas. Na sessão de 27/08, os Ministros Alexandre de Moraes, Barroso e Carmen Lúcia lhe acompanharam, enquanto que os Ministros Fachin, Rosa Weber, Lewandowski e Marco Aurélio votaram pela substituição pelo IPCA-E, nos moldes que o TST já vinha praticando – empatando a votação e ensejando um suspense digno de *thriller* cinematográfico. Na última sessão antes do recesso, todavia, votaram com o relator os Ministros Dias Toffoli e Nunes Marques, desempatando em favor do uso da SELIC e derrogação reflexa dos juros legais trabalhistas.⁴⁰

Contradições e impacto retórico

Em que pese ainda não publicado o respectivo acórdão, foram disponibilizados no *site* Consultor Jurídico (CONJUR) os votos escritos do Relator, Ministro Gilmar Mendes⁴¹ e do Ministro Dias Toffoli⁴² (que ainda podem ser alterados até a publicação do acórdão) bem como foram resumidos todos os votos oralmente, pelos próprios Ministros, com transmissão pela TV Justiça, nos dias 26 e 27/08/2020 (os oito primeiros votos) e 18/12/2020 (votos dos Ministros Dias Toffoli e Nunes Marques, bem como a proclamação do resultado).⁴³ Nos deteremos na análise do voto do relator,⁴⁴ acolhido pela maioria.

⁴⁰ TV JUSTIÇA. Sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal dos dias 26/08/2020, 27/08/2020 e 18/12/2020. Disponíveis, respectivamente, em <<https://www.youtube.com/watch?v=OQ197wRn1H8>>, <<https://www.youtube.com/watch?v=sEnUtMEM2sQ>> e <<https://youtu.be/6E7mXuoSiEA?t=966>>. Acesso em 30 dez. 2020.

⁴¹ MENDES, Gilmar. Voto na ADC 58 (não publicado). Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-acoes-correcao-trabalhista.pdf>>. Acesso em 30 dez. 2020.

⁴² TOFFOLI, Dias. Voto na ADC 58 (não publicado). Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/toffoli-voto-vista-dividas-trabalhistas.pdf>>. Acesso em 30 dez. 2020.

⁴³ TV JUSTIÇA. Sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal dos dias 26/08/2020, 27/08/2020 e 18/12/2020. Disponíveis, respectivamente, em <<https://www.youtube.com/watch?v=OQ197wRn1H8>>, <<https://www.youtube.com/watch?v=sEnUtMEM2sQ>> e <<https://youtu.be/6E7mXuoSiEA?t=966>>. Acesso em 30 dez. 2020.

⁴⁴ MENDES, Gilmar. Voto na ADC 58 (não publicado). Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-acoes-correcao-trabalhista.pdf>>. Acesso em 30 dez. 2020.

Em um voto de 59 laudas, o Relator enfrenta, inicialmente, temas preliminares, como a legitimidade das entidades para a propositura de ações de controle concentrado, e a efetiva existência de controvérsia constitucional sobre os dispositivos em tela (p. 1-10). Na *dispositio* da parte principal do voto, destinada ao mérito, inicia com a apresentação das teses antagônicas, mas dedicando mais espaço e uma linguagem mais fluida e persuasiva à tese do “bloco normativo” de atualização e juro (p. 10). A escolha de linguagem e ênfase mais favorável a uma das teses insinua, de antemão, que esta será sua conclusão, buscando colocar a audiência em uma posição simpática - ou ao menos neutra - em relação a tal argumento “inovador” (ou “heterodoxo”, termo usualmente utilizado pelo Ministro), talvez antevendo a natural resistência da comunidade jurídica, ante a tradicional distinção conceitual, funcional e normativa entre juro e atualização monetária. Em contraste, a apresentação da tese contrária é mais lacônica, incompleta, quase incompreensível, omitindo o principal argumento - de que o STF estaria vinculado por seus próprios precedentes a aplicar a mesma solução da ADI 4357 e do Tema 810 da Repercussão Geral (p. 10).

Seu voto, então, adentra em 17 laudas sobre “o histórico inflacionário brasileiro, a Constituição de 1988 e a política de desindexação da economia” (p. 11-17). Talvez a longa exposição histórica se tenha dado para demonstrar o conhecimento e erudição do autor, construindo seu *ethos* discursivo através da percepção de *phronesis* – prudência, razão e conhecimento práticos. Ou, possivelmente, para apelar à memória do auditório – já que muitos viveram a luta contra a espiral hiperinflacionária, nos anos 80 e início dos 90 – buscando sua *integração* fazendo o leitor se sentir parte, afetivamente, da questão, estabelecendo vínculo e identidade – portanto, trabalhando a persuasão tanto pela credibilidade do orador (*ethos*) quanto pela emoção do auditório (*pathos*).

Trata-se, ainda, de uma maneira de desarmar o auditório, prepará-lo para aceitar a ideia - à primeira vista, antipática - de imolar os tradicionais juros legais trabalhistas de 12% ao ano, como parte de um sacrifício insinuado como necessário para salvar a economia. Em outras palavras, seria necessário sacrificar uma atualização efetiva e juros moratórios, substituindo-os por uma amálgama de juros e atualização determinados por fontes governamentais, atualmente irrisórios. Tal sugestão é ainda cumulada com outra insinuação, ligando a atualização monetária, *ad terrorem*, ao caos hiperinflacionário vivenciado na década de 80.

Ao contrário do sistema americano, no sistema brasileiro, o voto do relator é geralmente circulado entre os pares antes da sessão de julgamento, razão pela qual o primeiro auditório que o Ministro Gilmar Mendes pretendia persuadir eram seus pares. Considerando que a argumentação deve estar harmônica com as crenças do auditório (*identificação*, desdobramento do *ethos*), presume-se que o Relator levou em conta que vários Ministros são afeitos à análise econômica do Direito e sensíveis a argumentos econômicos. Sua construção de seu argumento foi evidentemente eficaz entre seus pares, já que sobreveio um placar de 6 votos a 4 para um resultado ainda melhor (segundo o viés econômico defendido pelo Relator) do que a mera declaração da constitucionalidade da TR (que não afetaria os juros de 12% ao ano).

A seguir, o Ministro Gilmar Mendes discute “a jurisprudência do STF sobre a TR” (p. 27-37). Alguém poderia se perguntar qual a utilidade de dedicar 10 laudas precipuamente para mostrar que tais julgados rejeitavam a TR apenas “em determinadas situações” (p. 27), diversas das situações de créditos trabalhistas, quando ao final concede que “o entendimento majoritário da Corte tem indicado ou sinalizado a impossibilidade de utilização da TR como índice de correção monetária”

(p. 38), aderindo ao mesmo. Sob um primeiro olhar, poderíamos pensar que a única intenção do Relator seria resguardar o seu *ethos*, evitando contradizer frontalmente o que sustentara monocraticamente em 27/06/2020, quando deferira liminar para suspender o “julgamento de todos os processos em curso no âmbito da Justiça do Trabalho que envolvam a aplicação dos arts. 879, §7, e 899, § 4º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017, e o art. 39, caput e § 1º, da Lei 8.177/91”.⁴⁵ Em tal decisão monocrática, para fundamentar o *fumus boni juris*, sustentou haver *distinguishing* em relação ao Tema 810:

a especificidade dos débitos trabalhistas, em que pese a existência de princípios como hipossuficiência do trabalhador, a *meu sentir*, teria o condão de estabelecer uma distinção que aparta o caso concreto da controvérsia tratada no Tema 810, tornando inviável apenas se considerar débito trabalhista como “relação jurídica não tributária”.⁴⁶

No entanto, a principal intenção não parece ser evitar a contradição com suas próprias afirmações anteriores quanto à TR, mas sim, dado que estaria vencido nesta parte, persuadir a audiência de que haveria situação distinta em tais julgados a ponto de não se aplicar a mesma consequência jurídica – a substituição da TR pelo IPCA-E - no contexto trabalhista.

O Relator ironiza a aplicação, pelo TST, da *ratio* dos precedentes exarados pelo STF num contexto de Fazenda Pública num contexto de crédito trabalhista. Diz que “que o TST realizou uma verdadeira

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 58. Decisão liminar de 27/06/2020, publicada em 01/07/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343616097&ext=.pdf>>. Acesso em 30 dez 2020.

⁴⁶ Idem. Tal decisão constituiu um grande choque para os tribunais e advogados trabalhistas, já que, se seguida literalmente, suspenderia todos os processos trabalhistas no país. Ver, e.g. PRITSCH, Cesar Zucatti. ADC 58 e suspensão de ações trabalhistas. *Consultor Jurídico (CONJUR)*, 6 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-06/cesar-pritsch-adc-58-suspensao-acoes-trabalhistas>>. Acesso em 30 dez. 2020. GASPAR, Danilo Gonçalves; FERNANDEZ, Leandro. ADC 58: Lockdown na Justiça do Trabalho? *Instituto Trabalho em Debate*, 28 jun. 2020. Disponível em <<http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/adc-58-lockdown-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em 30 dez. 2020.

interpretação autêntica da jurisprudência do STF” (p. 27). “Interpretação autêntica” geralmente indica a interpretação efetuada pelo próprio legislador através de uma lei subsequente, que esclareça algum dispositivo de lei anterior – ou, conotativamente, uma corte reinterpretando a sua própria jurisprudência. Assim, tal associação visa atingir o *ethos* do TST, implicando que este estaria *usurpando* função que não seria sua. No entanto, a premissa que ampara tal insinuação está equivocada, já que a doutrina estrangeira e pátria é unânime no sentido de que a atividade hermenêutica do julgador abrange a interpretação tanto de texto legislado quanto de direito precedencial, o mesmo decorrendo do sistema maturado pelo CPC 2015.⁴⁷ Negar a possibilidade de o juiz natural do novo caso interpretar o precedente que aplica seria, ao mesmo tempo, negar a hermenêutica e independência funcional, assim como negar a própria eficácia precedencial da *ratio* das decisões de controle concentrado de constitucionalidade a casos suficientemente similares (art. 927, I, do CPC), restringindo estes à eficácia *erga omnes* daquilo que expresso no dispositivo da decisão. Trata-se de *logos* não íntegro, por *deslocamento de responsabilidade*, negando que o TST tenha uma atribuição que, juridicamente, possui.

Em relação aos “precedentes envolvendo a utilização da TR na correção de débitos da Fazenda Pública” (p. 29-34), 4.357, e RE 870.947 – tema 810 –, busca distinguir em relação à situação trabalhista, dizendo que tais precedentes, na realidade, se referiam a uma situação específica para a dívidas “da Fazenda Pública, critério esse diferente –e bem menos

⁴⁷ Ver, em geral, CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law* (1961). 4 ed., Oxford University Press, 1991; BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. In: *Interpreting Precedents*. Oxfordshire: Routledge, 2016; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação* (2015). São Paulo: Ed. RT, 3ª ed. revista e ampliada, 2018; ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes* (2015). 4ª ed. rev. e atual, Salvador: JusPodivm, 2019; e CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016; PRITSCH, Cesar. *Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

vantajoso – daquele utilizado para a correção das dívidas dos administrados, favorecendo indevidamente a Administração”. Aqui, trata-se de *deformação no sentido* (ou *ilusão de verdade*), já que na realidade, a falta de isonomia se referia à divergência de tratamento quanto aos *juros*, que não podem ser fundidos com instituto diverso, da *correção monetária* – para a qual o problema *não era de isonomia*, mas de “capturar a variação de preços da economia, sendo [a TR] inidônea a promover os fins a que se destina”, tendo “como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação”, sob pena de violar “o direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII)”⁴⁸ Aliás, nos trechos das ementas de tais arestos transcritos pelo próprio Relator (p. 31-32), a questão da isonomia diz respeito aos *juros*, não à atualização.

Adiante (p. 33), o Relator, sem qualquer justificativa (portanto falha de integridade discursiva por *recusa de justificação*), reitera a lacônica afirmação exarada na liminar de 27/06/2020,49 de que “A especificidade dos débitos trabalhistas, em que pese a existência de princípios como hipossuficiência do trabalhador, *a meu sentir, teria o condão de estabelecer uma distinção clara* que aparta as ações diretas em julgamento da controvérsia tratada nos precedentes envolvendo”. No entanto, se o fundamento determinante extraído de tais decisões, utilizado como base para o reconhecimento de sua inconstitucionalidade por violação do direito de propriedade, foi porque a TR é

⁴⁸ Conforme exemplifica a literalidade da ementa, no Tema 810, mas inexistente dúvida quanto a *rationes separadas* quanto a *juros* e quanto à correção monetária, no corpo do acórdão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 870.947, Tema 810 da Repercussão Geral. Acórdão de 20/09/2017, publicado em 20/11/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313307256&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 30 dez 2020.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 58. Decisão liminar de 27/06/2020, publicada em 01/07/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343616097&ext=.pdf>>. Acesso em 30 dez 2020.

5. ... **incapaz de preservar o valor real** do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se **insuscetível de captação apriorística (ex ante)**, de modo que o meio **escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo** a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período)...(grifamos) ⁵⁰

Então, o fato de o contexto de tal crédito ser perante a Fazenda Pública ou perante um devedor trabalhista (que, aliás, também pode ser a Fazenda Pública) é absolutamente irrelevante. Tivemos oportunidade de nos pronunciar sobre o tema no artigo intitulado “Correção monetária de débitos trabalhistas: análise da recente decisão monocrática do STF - ARE 1.247.402”, estudo citado no voto do Ministro Edson Fachin nesta ADC 58, em 27/08/2020.⁵¹

Finalmente, chama a atenção que, na conclusão (p. 52-57), o Relator milita contra a própria *ratio* que declara estar observando – declarando a inconstitucionalidade da TR por afronta à garantia de propriedade - colocando o credor trabalhista - destinatário de tal garantia, em situação muito pior que a anterior. Como dissemos acima, trata-se de grave falha de integridade discursiva, a chamada *ilusão de coerência* (firmar argumentos contraditórios com outros atos de fala, no caso, com a declarada intenção de proteger a garantia constitucional de propriedade do credor) e, talvez, *recusa de justificação* (afirmação quanto à eliminação dos juros trabalhistas insuficientemente justificada, à vista do

⁵⁰ Conforme literalidade do decidido no acórdão de 14/03/2013 na ADI 4357, e.g. na ementa, item 5 da ementa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4357. Acórdão de 14/03/2013 publicado em 26/09/2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=262782784&ext=.pdf>>. Acesso em 30 dez 2020.

⁵¹ PRITSCH, Cesar Zucatti; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. Correção monetária de débitos trabalhistas: análise da recente decisão monocrática do STF - ARE 1.247.402. Revista Migalhas, 6 de março de 2020. Disponível em: < www.migalhas.com.br/depeso/321322/correcao-monetaria-de-debitos-trabalhistas-analise-da-recente-decisao-monocratica-do-STF-are-1247402>. Acesso em 30 dez. 2020.

embasamento na proteção à garantia de propriedade e da ausência de pedido quanto à constitucionalidade dos juros legais trabalhistas).

Considerações finais

O milenar estudo da retórica nos propicia poderosas ferramentas de análise e construção do argumento jurídico. Apresentamos aqui alguns conceitos relativos à persuasão retórica pelo *ethos*, em seu momento discursivo, abordando ainda a análise de seus fatores do ponto de vista clássico e contemporâneo, bem como suas relações com outras provas retóricas, o *logos* e o *pathos*. Após, analisamos seu desdobramento em decisões judiciais, notadamente o recente julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da complexa questão da atualização monetária trabalhista, de elevado ônus argumentativo, à vista de precedentes da corte que sinalizavam vetor contrário ao que acabou sendo adotado pela maioria da Corte. Examinamos algumas das falhas de integridade discursiva apresentadas, que, embora pareçam não ter afetado o auditório imediato (cinco outros Ministros foram persuadidos pela inusitada solução proposta pelo Relator) – causaram espanto na comunidade jurídica. Em que pese o Supremo Tribunal Federal exercer a natural autoridade de corte de vértice, ainda assim não pode ser desprezada a necessidade de uma positiva percepção de seu *ethos*, para legitimidade e credibilidade de todo Judiciário. Quiçá ainda haja oportunidade para esclarecimentos ou correções, até a publicação oficial do acórdão, ou em sede de embargos de declaração, dada a importância e impacto da temática.

Referências

ADEODATO, João Maurício Leitão. Tópica, argumentação e Direito dogmaticamente organizado. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 10, n. 2, p. 128-137, 2018.

- ARAÚJO, Carlos Henrique Teixeira. Textos motivadores do ENEM da FUVEST e do Mackenzie uma análise retórica das propostas de redação. Dissertação de Mestrado em Letras, 2020. Disponível em: < <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/4403/5/Carlos%20Henrique%20Teixeira%20ode%20Ara%C3%BAjo.pdf>>. Acesso em 30 dez. 2020.
- ARISTÓTELES. *Aristotle on rhetoric: a theory of civic discourse*. (George A. Kennedy ed. & trans.), Oxford: Oxford University Press, 1991.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. 2ª ed. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.
- ARISTÓTELES. *Rhétorique*. Trad. M. Dufour. Paris: Les Belles-lettres, 1967.
- BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: *Interpreting Precedents*. Oxfordshire: Routledge, 2016.
- BEN-ZE'EV, Aaron. The thing called emotion. In: GOLDIE (Ed.). *The Oxford Handbook of Philosophy of emotion*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p.41-62.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 58. Andamento processual disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5526245>>. Acesso em 30 dez 2020.
- CAMBI, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. *Revista de Processo*, v. 201, São Paulo: RT, 2011, p. 59-100.
- CAMPBELL, Karlyn Kohrs; HUXMAN Susan Schultz; BURKHOLDER, Thomas R. *Atos de Retórica: para pensar, falar e escrever criticamente* (tradução Marilene Santana dos Santos Garcia). São Paulo: Cengage Learning, 2015.
- CHRISTMANN, Ursula; SCHREIER, Margrit; GROEBEN, Norbert. War das Absicht? Indikatoren subjektiver Intentionalitätszustände bei der ethischen Bewertung von Argumentationsbeiträgen. *Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik*, v. 26.1, Springer, 1996, p. 70-113.
- CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016.
- CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law* (1961). 4 ed., Oxford University Press, 1991.

- DUCROT, Oswald. El decir y lo Dicho. Trad. espanhola Sara Vassallo. Buenos Aires: Hachete,, 1984.
- EGGS, Ekkehard. Ethos aristotélico, convicção e pragmática moderna. In: AMOSSY, R. (org.). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. Trad. Dilson Ferreira da Cruz, Fabiana Komesu e Sírio Possenti. São Paulo: Contexto, 2016, p.29-56.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 567 (1996) (Scalia, J., *dissenting*). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/518/515/>>. Acesso em 30 dez. 2020.
- FORZA, Antonio; MENEGON, Giulia; RUMIATI, Rino. *Il giudice emotivo: la decisione tra ragione ed emozione*. Bologna: Il mulino, 2017.
- FROST, Michael. Ethos, Pathos and Legal Audience. In: *Introduction to Classical Legal Rhetoric*. Routledge, 2017.
- FROST, Michael. Justice Scalia's Rhetoric of Dissent: A Greco-Roman Analysis of Scalia's Advocacy in the VMI Case. *Kentucky Law Journal*, vol. 91, nº 1 (2002-2003), pp. 167-204. Disponível em <<https://heinonline.org/>>. Acesso em 30 dez. 2020.
- GALINARI, Melliandro Mendes. Logos, ethos e pathos: "três lados" de uma mesma moeda. *Alfa: Revista de Linguística*, v. 58, n. 2, p. 257-286. São José do Rio Preto, 2014.
- GALINARI, Melliandro Mendes. Sobre Ethos e AD: tour teórico, críticas, terminologias. *DELTA – Documentação de Estudos em Linguística Teórica e Aplicada*, São Paulo, v.28, n.1, p.51-68, 2012.
- GASPAR, Danilo Gonçalves; FERNANDEZ, Leandro. ADC 58: Lockdown na Justiça do Trabalho? *Instituto Trabalho em Debate*, 28 jun. 2020. Disponível em <<http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/adc-58-lockdown-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em 30 dez. 2020.
- MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do Ethos (1968), tradução de Luciana Salgado. In: MOTTA, Ana Raquel; SALGADO, Luciana (org.) *Ethos discursivo*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2015, p.11-29.
- MARONEY, Terry A. Judges and their emotions. *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 64, nº. 1, 2013, p. 11-24.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. (2016) 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PRITSCH, Cesar Zucatti. ADC 58 e suspensão de ações trabalhistas. *Consultor Jurídico (CONJUR)*, 6 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-06/cesar-pritsch-adc-58-suspensao-aco-es-trabalhistas>>. Acesso em 30 dez. 2020.

PRITSCH, Cesar. *Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

PRITSCH, Cesar Zucatti. O uso elástico da reclamação ao STF e o problema da correção monetária nas ações trabalhistas, antes e depois da reforma trabalhista. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 7, n. 70, p. 206-233, 2018. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/146932>>. Acesso em 30 dez. 2020.

PRITSCH, Cesar Zucatti; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. Correção monetária de débitos trabalhistas: análise da recente decisão monocrática do STF - ARE 1.247.402. *Revista Migalhas*, 6 de março de 2020. Disponível em: <www.migalhas.com.br/depeso/321322/correcao-monetaria-de-debitos-trabalhistas-analise-da-recente-decisao-monocratica-do-stf-are-1247402>. Acesso em 30 dez. 2020.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal* (2002). 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SCARPARO, Eduardo (Org.). *Ensaios de retórica forense [recurso eletrônico]*. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

SCHARFFS, Brett G. The Character of Legal Reasoning. *Washington & Lee Law Review*, v. 61, 2004, p. 733 e ss.

ZANETI JUNIOR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes (2015). 4ª ed. rev. e atual, Salvador: JusPodivm, 2019

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org

contato@editorafi.org