

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RUBENS HESS MARINS DE SOUZA

A PERSPECTIVA RETÓRICA DA DECISÃO JUDICIAL

CURITIBA

2012

RUBENS HESS MARINS DE SOUZA

A PERSPECTIVA RETÓRICA DA DECISÃO JUDICIAL

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Mestre, pelo Programa de
Pós-Graduação em Direito da Universidade
Federal do Paraná
Orientador: Prof. Doutor Cesar Antonio Serbena.

CURITIBA

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

RUBENS HESS MARINS DE SOUZA

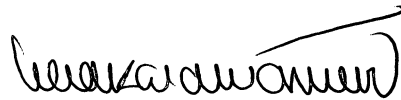
A PERSPECTIVA RETÓRICA DA DECISÃO JUDICIAL

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



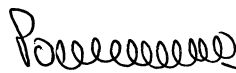
Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena

Orientador – Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Dra. Vera Karam de Chueiri

Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR.



Prof. Dr. Pablo Navarro

Departamento de Derecho, Universidad Nacional de Cordoba

Curitiba, 16 de ABRIL, 2012.

RESUMO

Diante do déficit de legitimidade das instituições, em especial, do Poder Legislativo e dos partidos políticos, o Poder Judiciário se tornou o principal recurso para correção do déficit de legitimidade dos demais poderes. O enfoque no Poder Judiciário levantou questões sobre a legitimidade e a razoabilidade das decisões judiciais, questões essas que merecem reflexão a partir de uma perspectiva retórica. O presente estudo apresentou a visão do discurso jurídico decisório a partir de uma perspectiva retórica neoaristotélica no contexto do Estado Democrático de Direito. Para tanto, em um primeiro momento, apresentou-se a caracterização da retórica no âmbito jurídico, seguida pela apresentação de uma classificação ordenante dos gêneros do discurso retórico, e pela descrição das funções e dos elementos do discurso retórico, partindo-se sempre de uma visão geral e, posteriormente, examinando a retórica com roupagem jurídica. Os conceitos são ilustrados por exemplos, ora textos normativos, ora decisões judiciais, ora construções hipotéticas. Em um segundo momento, descreveu-se como funciona o processo retórico segundo Perelman e, foi apresentada uma versão alternativa não linear de processo retórico, inspirado no modelo clássico greco-romano, sempre que possível ilustrado com exemplos. Por último foram apresentadas críticas à perspectiva adotada e as potencialidades da retórica na análise do discurso decisório judicial. A abordagem metodológica partiu de uma revisão bibliográfica sobre o tema, utilizando-se também de documentos legislativos e decisões judiciais para qualificação jurídica da retórica. Como resultado, verificou-se que a perspectiva retórica oferece uma integração e ampliação das noções de legitimidade e razoabilidade empregadas pelas teorias da argumentação jurídica e, permite uma interação maior com outros ramos do conhecimento.

Palavras-chave: Retórica – Decisão judicial – Discurso decisório – Argumentação jurídica – Estado Democrático de Direito

ABSTRACT

Given the legitimacy deficit of institutions, in particular, Legislative Branch and Executive Branch, the Judicial Branch has become the leading instrument in order to correct the deficit of legitimacy of the other branches. The focus on the Judicial Branch raised questions about the legitimacy and reasonableness of judgments, questions that deserve to be examined from a rhetorical perspective. This study presented the vision of legal discourse from a neoaristotelian rhetorical perspective in the context of the democratic rule of law. At first, it was presented the characterization of rhetoric in the legal field, followed by the presentation of a classification of genres of rhetoric discourse, and the description of the functions and elements of the rhetoric discourse, starting from a overview and then examining the rhetoric on legal clothes. The concepts are illustrated by examples: normative texts, judicial, decisions or hypothetical constructs. In a second step, it was described how the Perelman's rhetorical process works, and, then, it was presented an alternative version of a nonlinear rhetorical process, modeled on classical Greco-Roman, whenever was possible illustrated with examples. Finally, were presented reviews on the rhetoric perspective and the potential of rhetoric in judicial decision-making discourse analysis. The methodological approach was based on a literature review on the subject, also using legislative documents and judicial decisions for the qualification of legal rhetoric. As a result, it was found that the rhetorical perspective provides integration and expansion of notions of legitimacy and reasonableness employed by the argumentations theories, and allows greater interaction with other branches of knowledge.

Keywords: Rhetoric – Judicial decisions – Decision-making discourse – Legal reasoning – Democratic rule of law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	RETÓRICA: CARACTERIZAÇÃO	11
2.1	ACEPÇÃO DE RETÓRICA	11
2.1.1	Caracterização da retórica jurídica	12
2.2	GÊNEROS DO DISCURSO RETÓRICO	22
2.2.1	Os gêneros retóricos e o discurso judicial decisório	24
2.3	FUNÇÕES DO DISCURSO RETÓRICO	26
2.3.1	Os auditórios perelmanianos	28
2.3.2	Os auditórios normativos do discurso judicial decisório	31
2.4	ELEMENTOS DO DISCURSO RETÓRICO	39
2.4.1	Os elementos retóricos no discurso judicial decisório	41
2.4.1.1	O <i>ethos</i> na relação retórico-jurídico-decisória	43
2.4.1.2	O <i>pathos</i> na relação retórico-jurídico-decisória	49
2.4.1.3	O <i>logos</i> na relação retórico-jurídico-decisória	69
3	DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO RETÓRICO	80
3.1	PROCESSO RETÓRICO DE PERELMAN	80
3.2	PLANO-TIPO DA RETÓRICA JUDICIAL	85
3.2.1	Invenção	86
3.2.2	Disposição	88
3.2.3	Elocução	90
3.2.4	Ação	91
4	CRÍTICAS E POSSIBILIDADES DA PERSPECTIVA RETÓRICA	93
4.1	CRÍTICAS À PERSPECTIVA RETÓRICA	93
4.1.1	Críticas de Posner à perspectiva retórica	93
4.1.1.1	Retórica como um conjunto de mecanismos de persuasão	93
4.1.1.2	Retórica como raciocínio	96
4.1.2	Críticas à nova-retórica	98
4.1.2.1	A crítica conceitual	99
4.1.2.2	A crítica ideológica	104
4.1.2.3	A crítica de concepção de raciocínio jurídico	107
4.2	POSSIBILIDADES DA PERSPECTIVA RETÓRICA	107

5 CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113

1 INTRODUÇÃO

A conjuntura contemporânea aponta para um déficit de legitimidade das instituições, em especial, do Poder Legislativo e dos partidos políticos¹. Ante essa conjuntura, o Poder Judiciário se tornou o principal recurso para correção do déficit de legitimidade dos demais poderes. Todavia, a independência do Poder Judiciário aliada à ausência de participação direta do povo para a sua composição gera o questionamento a respeito dos limites dos poderes de seus membros.

Questionamento esse abraçado pelas teorias pós-positivistas emergentes, diante do fenômeno da constitucionalização² e do paradigma neoconstitucionalista³

¹ Cf. Dados de pesquisa patrocinada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – Barômetro de confiança nas instituições brasileiras / Ipespe/ junho 2008 – indicam o a desconfiança dos brasileiros em relação aos partidos políticos (72%); Câmara dos Deputados (68%); Câmara de Vereadores (68%); Senado (61%); Assembléia Legislativa (54%); Prefeitura (48%); Governo Estadual (44%); Governo Federal (42%). Ao passo que o Poder Judiciário tem índice de desconfiança igual a 37% dos entrevistados. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/barometro.pdf>. Acesso em: 15/06/2010.

² Trata-se “de um processo ao término do qual o Direito é impregnado, saturado, embebido pela Constituição: um Direito constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição invasiva, que condiciona a legislação, a jurisprudência, a doutrina e os comportamentos dos atores políticos”. Tradução do autor, no original “Se trata de un proceso al término del cual el Derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’, ‘embebido’ por la Constitución: un Derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos” (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. Trad. Miguel Carbonell. **Isonomia** .Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Nº 16, p. 89-112, abril 2002. p. 95. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/90250622101470717765679/isonomia16/isonomia16_06.pdf. Acesso em: 13/06/2010. p. 95). Ainda, Guastini apresenta as condições da constitucionalização do Direito: uma Constituição rígida; a garantia jurisdicional da Constituição; a força vinculante da constituição; a sobreinterpretação da Constituição; a aplicação direta das normas constitucionais; a interpretação conforme das leis; e a influência da Constituição sobre as relações políticas. As duas primeiras condições são condições necessárias da constitucionalização e as demais determinam o maior ou menor grau de constitucionalização do Direito em um determinado Estado (cf. GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Trad. Jose María Lujambio México: Universidad Autónoma de México, 2001.p. 155-163).

³ Barroso aponta três marcos fundamentais do neoconstitucionalismo brasileiro, histórico, filosófico e teórico. O marco histórico definido pela Constituição de 1988 e pelo processo de redemocratização, ao passo que na Europa tal marco se definiu pelo constitucionalismo no pós-guerra. O marco filosófico se dá pela superação ou sublimação do jusnaturalismo e do positivismo pelas chamadas correntes pós-positivistas, as quais buscam ir além da legalidade estrita; reaproximando o direito da moral, inspiradas por teorias da justiça. Também, no marco filosófico destaca-se a atribuição de normatividade aos princípios jurídicos, a reabilitação da razão prática, a construção de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais. O marco teórico envolve três transformações na concepção de direito: o reconhecimento da força normativa da constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março-maio de 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 13/11/2009.

no direito, dá-se primazia ao agir ativo do Poder Judiciário, favorecendo o protagonismo judicial.

O estudo da argumentação jurídica revela-se importante tendo em vista a necessidade de um instrumento de controle da arbitrariedade nas decisões judiciais e na re-legitimação das normas jurídicas pelos auditórios da decisão, uma vez que, assim, ter-se-ia a inclusão de um elemento democrático na tomada de decisão pelos órgãos judiciais.

Todavia, a perspectiva das teorias da argumentação não parece suficiente para a compreensão do discurso decisório judicial, razão pela qual uma perspectiva mais abrangente – a perspectiva retórica – pode oferecer novos caminhos de análise e de inter-relação entre os campos do conhecimento.

A retórica oferece uma perspectiva abrangente que compreende elementos éticos (*ethos*), lógicos (*logos*) e emocionais (*pathos*), tanto do orador, quanto do auditório, ou seja, a perspectiva aqui adotada incorporará o *ethos* e o *pathos* retórico ao *logos* argumentativo, incorporando o aspecto democrático da retórica ao aspecto procedimental da argumentação jurídica.

A carência de uma teoria geral da retórica contemporânea exigiu a adoção de uma linha teórica neoaristotélica, composta por autores – Perelman, Meyer e Nussbaum – que realizam uma releitura da retórica aristotélica, geralmente focada em um de seus elementos.

Dar-se-á especial ênfase aos elementos *ethos* e *pathos*, visto que as inúmeras pesquisas das teorias da argumentação aprofundaram o conhecimento do *logos* através de modelos de racionalidade, modelos esses compatíveis com a perspectiva retórica aqui apresentada.

Tendo em vista que se trata de trabalho preponderantemente de cunho teórico, o procedimento metodológico predominante é pesquisa bibliográfica, em especial das obras de Aristóteles, Perelman, Nussbaum e Meyer. E, a fim de especificar os contornos da retórica no sistema jurídico brasileiro foram selecionados documentos legislativos, em especial a Constituição da República, o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal, a Lei dos Juizados Especiais, a Lei dos Juizados Especiais Federais e o Código de Defesa do Consumidor.

O estudo se divide em três capítulos.

No primeiro capítulo são estabelecidos os pressupostos de uma retórica democrática, a delimitação do objeto de estudo, bem como a caracterização da retórica como uma arte democrática, normativa e persuasiva.

Ainda, são descritos os gêneros, funções e elementos da retórica, assim como a perspectiva jurídica de cada um deles.

No segundo capítulo são descritos dois modelos para o desenvolvimento da retórica judicial. O primeiro deles, com base em Perelman, de caráter geral. E o segundo deles, específico para o processo jurídico decisório, de inspiração clássica greco-romana.

Por fim, no terceiro capítulo, são apontadas as principais críticas à perspectiva retórica, bem como objeções a algumas dessas críticas e, por último, aventadas as possibilidades da utilização da retórica para verificação da legitimidade e razoabilidade da decisão judicial.

2 RETÓRICA: CARACTERIZAÇÃO

Um dos objetivos desse trabalho é investigar a retórica interna ao sistema jurídico, em especial a retórica do discurso jurídico decisório.

Trata-se da identificação das estruturas retóricas e a caracterização do direcionamento dado a essas estruturas pela retórica subjacente ao sistema jurídico, logo, estar-se-á contextualizando o estudo retórico no Estado democrático de direito.

Assim, necessário se faz a adoção de uma acepção de retórica e, posteriormente, sua caracterização no âmbito jurídico.

2.1 ACEPÇÃO DE RETÓRICA

O primeiro aspecto que merece destaque para a acepção de retórica, segundo os fins aqui propostos, implica a adoção de um modelo de retórica que não esteja limitada a uma *techné*, mas direcionado, sobretudo, para uma *dynamis*. Em outras palavras, a retórica não se limita a uma mera habilidade ou conjunto de técnicas, mas indica a própria constituição do ser humano como um ser falante, portanto como orador e a auditório⁴.

O segundo aspecto relevante implica o rompimento com a divisão estanque entre um discurso formal científico e um discurso informal e retórico, e o reconhecimento de que todo discurso é retórico.

Neste sentido, Nietzsche sustenta que o discurso nunca fornece um conhecimento exaustivo sobre seu objeto, tão somente revela uma perspectiva dele. Ou seja, o discurso não apresenta os objetos como são, mas apenas a maneira como nos relacionamos com eles. Desta forma, o discurso é retórico porque apenas transmite um *doxa* e não uma *episteme*.⁵

⁴ GADAMER, Hans-Georg. Entrevistado por Ansgar Kemmann. Heidegger as rhetor. (trad. Lawrence Kennedy Schmidt). In: GROSS, Daniel M. e KEMMANN, Ansgar (ed). **Heidegger and rhetoric**. Albany: State University of New York Press, 2005. p. 49.

⁵ NIETZSCHE, Friedrich. **Escritos sobre retórica**. trad. Luis Enrique de Santiago Guervós. Madrid: Trotta, 2001.p. 91-92.

Ainda, Nietzsche, com exatidão, afirma a existência de uma retórica subjacente em todo discurso.

No entanto, não é difícil de provar, com a clara luz do entendimento, que o que é chamado de retórica, como uma forma de arte consciente, tenha atuado como uma forma de arte inconsciente na linguagem e em seu desenvolvimento, e mesmo que a retórica é um aperfeiçoamento dos artifícios já presentes na linguagem. Não há nenhum caráter não-retórico da linguagem à qual se possa apelar: a linguagem em si é o resultado de artes puramente retóricas⁶.

Assim, imperativo se fez a adoção de uma acepção de retórica – uma forma de arte consciente – que se conforme aos aspectos elencados, a fim trazer à luz os principais elementos retóricos do discurso jurídico, especialmente o discurso jurídico decisório.

Dessa forma, adotamos a acepção de Meyer: “retórica é a negociação de distância entre os indivíduos a respeito de uma questão dada⁷”. Trata-se de uma acepção bastante genérica, mas que permite a identificação da retórica em toda a comunicação humana.

2.1.1 Caracterização da retórica jurídica

Na esfera jurídica a retórica ganhará contornos muito específicos, ou seja, essa negociação da distância entre os indivíduos será realizada dentro de certos limites.

Perelman foi o responsável pelo renascimento da retórica no campo jurídico, daí o interesse em tomá-lo como principal referencial teórico dessa investigação nesse campo. Isto implica a adoção de uma perspectiva bastante específica da

⁶ NIETZSCHE, Friedrich. Op cit. p. 91. Tradução do autor. No original: "Sin embargo, no es difícil probar con la luz clara del entendimiento, que lo que se llama retorico, como médio de un arte consciente, había sido activo como medio de un arte inconsciente em lenguaje y em su desarrollo, e incluso que la retórica es un perfeccionamiento de los artifícios presentes em le lenguaje, No hay ninguna naturalidad no retórica del lenguaje a la que se pueda apelar: el lenguaje mismo es el resultado de artes puramente retóricas".

⁷ Tradução do autor. No original: "La rhétorique est la négociation de la distance entre dès individus à propos d'une question donnée". MEYER, Michel **Principia rhetorica**: una théorie générale de l'argumentation.Paris : Fayard, 2009. p. 21.

retórica e conseqüentemente do discurso, visto tratar-se de uma retórica normativa, persuasiva e democrática.

A primeira característica do discurso jurídico decisório sob a perspectiva perelmaniana é o seu caráter normativo, ou seja, deve obedecer a um conjunto de critérios para que uma decisão possa ser considerada razoável.

A retórica jurídica é uma retórica regulamentada⁸, as normas jurídicas, processuais e materiais, delineiam todo o processo retórico do discurso decisório, definindo critérios éticos, patéticos e de razoabilidade da decisão⁹.

Com efeito, Perelman aponta alguns critérios de razoabilidade da decisão, tais como: a regra de justiça formal¹⁰ e o princípio da inércia¹¹.

Adicione-se a esses critérios, o incremento da força argumentativa de teses decorrentes de processos retóricos prévios – processo legislativo ou decisão judicial precedente –, apoiadas em argumentos garantidos por normas jurídicas arquitetadas sobre precedentes ou textos legais. Esse incremento da força argumentativa se deve a existência de um acordo preliminar sobre a razoabilidade dessas teses, o que gera um ônus argumentativo para as teses a elas contrapostas.

⁸ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 420. Em sentido semelhante: “O discurso jurídico é um caso especial, visto que a argumentação jurídica acontece no contexto de uma série de condições limitadoras, Aqui devem ser nomeados principalmente seu caráter de ligação com a lei, a consideração pelos precedentes, a inclusão da dogmática usada pela ciência do Direito, bem como – é claro que isso não vale para o discurso da ciência jurídica – sua sujeição às limitações impostas pelas regras de caráter processual” (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Editora Landy, 2001. p. 27). Também, “Quem ingressa numa situação de discurso assume deveres que, por sua vez, são de fácil compreensão pelo jurista prático. Pois ele conhece os deveres processuais que lhe são impostas como deveres de afirmação, justificação, defesa e explicação. Conhece o *onus probandi*, o ônus da prova, como uma das mais eficazes instituições processuais que acopla com sanções consideráveis a violação dos deveres comunicativos, que sempre surgem na situação de discurso, para evitar decisões *non-liquef*” (tradução do autor). No original: “Quien ingresa en una situación de discurso asume deberes que, a su vez, son vez, son fácilmente comprensibles por el jurista práctico. Pues él conoce sus deberes procesales que le están impuestos como deberes de aseveración, fundamentación, defensa y explicación. Conoce el *onus probandi*, la carga de la prueba, como una de las más eficaces instituciones procesales que vincula con sensibles sanciones la violación de los deberes comunicativos, que siempre surgen de la situación del discurso, a fin de evitar decisiones *non-liquef*” (VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.p. 183).

⁹ A título de exemplo, a necessidade de obediência ao devido processo legal (art. 5º LIV, CF/88), a vedação da prova ilícita (art. 5º, LVI, CF/88), o dever de fundamentação das decisões (art. 93, IX e X, CF/88 e artigo 131 do CPC); o dever do juiz de aplicar as normas legais (art. 126 e 128 do CPC e art. 35, I, da LOMAN – Lei complementar n.º 35 de 1979).

¹⁰ Trata-se de uma regra de justiça segundo a qual “os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma” (PERELMAN, Chaim. **O império retórico: retórica e argumentação**. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Gracio. 2. ed. Porto: Edições Asa, 1999. p. 84).

¹¹ O princípio da inércia dispõe que “julgamos ser razoável reagir da mesma forma que anteriormente, em situações análogas, se não tivermos de o lamentar” (Ibidem, p. 84).

Também, a necessidade de garantia ou prova, seja na construção da norma jurídica, quando se recorre às fontes do direito; seja na versão da narrativa fática apresentada tanto pelas partes quanto pelo juiz, quando se recorre aos meios de prova admitidos pelo direito em questão.

Convém salientar que a nova retórica não traz um rol exaustivo de critérios normativos, vez que concebida como uma teoria geral. Todavia, o próprio Perelman reconhece que quando aplicada ao direito a nova retórica sofrerá restrições específicas a cada sistema jurídico.

A segunda característica, o caráter persuasivo¹² da retórica jurídica, o qual deriva do próprio conceito de retórica adotado por Perelman, para quem a função primordial da retórica é o assentimento do auditório à tese apresentada pelo orador.

A nova retórica pode ser entendida como "*o estudo dos meios de argumentação, não pertencentes à lógica formal, que permitem obter ou aumentar a adesão de outrem às teses que se lhe propõem ao seu assentimento*"¹³ (itálico no original)".

Todavia, é importante ressaltar, que a persuasão aqui não é livre, mas limitada e regulada pelo próprio aspecto normativo da retórica jurídica. É possível verificar no processo inúmeras limitações aos argumentos de *ethos* e de *pathos* (por exemplo, as normas acerca da suspeição e de impedimento do juiz), buscando-se focar o discurso judicial em argumentos de *logos*, ou seja, na justificação razoável do discurso decisório¹⁴.

¹² Entende-se por "persuasivo" o discurso que objetiva "comunicar, explicar, legitimar e fazer compartilhar o ponto de vista que ali se exprime e as palavras que o dizem; ou então, ao contrário, de eliminar os discursos concorrentes para reinar soberano em seu domínio" (CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso**. Trad. Fabiana Komesu (coord). 2.ed. São Paulo: Contexto, 2006, p. 376).

¹³ PERELMAN, Chaim. **Retóricas**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 57.

¹⁴ Embora a persuasão seja limitada não se pode considerar que uma decisão racional seja apenas aquela fundada em argumentos de *logos*. Em maior ou menor grau, os argumentos de *ethos* e *pathos* estarão sempre presentes e, como dito, a retórica aqui não se confunde com mera técnica, mas faz parte da constituição do ser humano, como ser falante, portanto é equivocado extirpar parte dos elementos da relação retórica como essenciais para o que se entende que seja uma decisão racional. Assim, é criticável a dualidade apresentada por TARUFFO entre uma retórica persuasiva – não comprometida com a verdade – e uma retórica argumentativa – comprometida com argumentos razoáveis –, com privilégio para a segunda na formação de uma decisão racional. TARUFFO afirma: "Retórica como persuasão não tem muito espaço em uma concepção racional da decisão judicial. [...]". Pode-se dizer que às vezes o juiz tenta persuadir as partes, o tribunal superior, ou talvez até mesmo o público, e o faz quando justificar as suas decisões (não é relevante aqui, a exteriorização extrajudicial dos juízes). Isto conduz ao reconhecimento dos elementos significativos de persuasão em alguns aspectos do processo e da motivação das decisões judiciais, mas não diz muito sobre a natureza da decisão e do processo. Com efeito, se se entende o processo apenas como um jogo ou

Ainda, podem-se destacar quatro apontamentos que precisam o objeto da nova retórica.

Em primeiro lugar, "*a retórica procura persuadir por meio do discurso*"¹⁵ (itálico no original)". Assim, a lógica retórica ocupa-se apenas da adesão obtida por meios de argumentação, afastando de seu objeto o recurso à experiência (interna ou externa) e o procedimento de ação direta (afagos, tapas etc.)¹⁶.

Em segundo lugar, tem-se a observação que concerne "*à demonstração e às relações da lógica formal com a retórica*"¹⁷ (itálico no original). Sob esse aspecto enfatiza-se que o raciocínio utilizado pela lógica formal, onde a verdade das premissas vincula a verdade das conclusões, é relativizada, pois, o raciocínio só

de um diálogo no qual alguém tenta persuadir o outro de que está certo, arrisca-se a não compreender propriamente a estrutura e função do processo judicial. [...]. No mínimo, você acaba negligenciando a dimensão jurídica desses fenômenos e, é fato de que são fenômenos muito complexos e com uma variedade de funções. Resta a limitação fundamental de retórica como mera persuasão, por que é um fenômeno "de fato" que leva a um ato *ex post* e não um critério que permita o controle de validade de alguma coisa, por isso, muitas vezes acontece de alguém estar firmemente convencido da validade de argumentos descaradamente falso. Em qualquer caso, é óbvio que a função do juiz não é persuadir qualquer um de alguma coisa, mas tem a função de justificar a decisão por meio de argumentos racionais, válidos e verificáveis" (Tradução do autor). No original: "La retorica come persuasione non ha molto spazio in una concezione razionale della decisione giudiziaria [...]. Si può anche dire che talvolta il giudice tenta di persuadere le parti, i giudici superiori, o magari anche l'opinione pubblica, e che lo fa quando motiva i suoi provvedimenti (non essendo qui rilevanti le estemazioni stragiudiziali dei magistrati). Ciò porta a riconoscere resistenza di elementi significativi di persuasività in alcuni aspetti del processo e delle motivazioni delle decisioni, ma non dice molto sulla natura della decisione e del processo. In effetti, se si intende il processo soltanto come un gioco o un dialogo in cui qualcuno tenta di persuadere qualcun altro di aver ragione si rischia di non capire granché della struttura e della funzione del processo giurisdizionale. [...]. Come minimo si finisce col trascurare sia la dimensione giuridica di questi fenomeni, sia il fatto che essi sono assai complessi e svolgono una pluralità di funzioni. Rimane poi il limite fondamentale della retorica come mera persuasione, per cui essa è un fenomeno "di fatto" di cui si prende atto *ex post*, non un criterio che consenta di controllare la validità di alcunché, sicché accade spesso che taluno sia fermamente persuaso della fondatezza di cose clamorosamente false. In ogni caso va considerato che la funzione del giudice non è di persuadere retoricamente qualcuno di alcunché, ma di giustificare la decisione per mezzo di argomenti razionalmente validi e controllabili" (TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra lógica, retórica e dialettica. **Revista de processo**. ano 32. n. 143. Jan./2007.). Note-se que a adesão dos auditórios para Perelman – referencial utilizado por Taruffo – é essencial na caracterização da razoabilidade de uma decisão, visto que a exteriorização do discurso ao auditório que permitirá o embate de opiniões, embora se ressalve que há limitações normativas e uma filtragem dos argumentos juridicamente relevantes pela comunidade jurídica – auditório da decisão judicial.

¹⁵ PERELMAN, Chaim, **Lógica Jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 141.

¹⁶ Nesse sentido, "pressente-se no exercício prospectivo de uma solução jurídica que reivindica das partes litigantes uma atitude de reconhecimento recíproco, se não o reconhecimento da razoabilidade das razões do outro, pelo menos o da paridade ontológica, ou da idêntica condição de sujeitos de direito e de razão. É no reconhecimento do outro como sujeito jurídico, com direitos que sabemos estarem por vezes temporariamente limitados sob alguns aspectos, que podemos interromper o círculo vicioso da violência" (BORGES, Hermenegildo Ferreira. **Da epistemologia da decisão judiciária e sua função social**. p. 6. Disponível em: <http://bocc.ubi.pt/pag/borges-ferreira-epistemologia-decisao-judiciaria.pdf>. Acesso em: 10/7/2009).

¹⁷ PERELMAN, Chaim, **Lógica...**, p. 142.

será válido se as premissas forem aceitas pelos auditórios as quais o teórico se dirige¹⁸. Logo, a escolha dos argumentos e a adesão às premissas serão os pontos de contato entre a lógica formal e a retórica.

Em terceiro lugar, o apontamento de que "*a adesão a uma tese pode ter intensidade variável*"¹⁹ (itálico no original). Em face da intensidade variável "uma tese, uma vez admitida, pode não prevalecer contra outras teses que viriam a entrar em conflito com ela, se a intensidade da adesão for insuficiente, qualquer modificação dessa intensidade corresponderá, na consciência do indivíduo, uma nova hierarquização dos juízos"²⁰.

Em quarto lugar, enfatiza-se que a retórica "diz respeito mais à adesão do que à verdade"²¹. A retórica não está vinculada à verdade absoluta, impessoal, atemporal²² e imutável, mas sim ao verossímil²³, ao razoável. Ao contrário da impessoalidade da verdade decorrente da lógica formal, a lógica retórica preocupa-se com a adesão das pessoas às quais se quer convencer²⁴.

A terceira característica, o caráter democrático da retórica, tem raízes nas concepções gregas de *isegoria* – igual direito de fala – e *parrhesia*²⁵ — fala franca —.

¹⁸ Resta claro que este primeiro contato entre orador e auditório exige uma linguagem comum e o reconhecimento do outro como um igual, um interlocutor com liberdade em aderir ou não a uma tese. Perelman escreve: "O exercício eficaz da argumentação supõe um meio de comunicação, uma linguagem comum, sem a qual o contato de mentes é irrealizável. Essa linguagem é produto da tradição social, que será de feitio diferente no caso de uma linguagem natural ou de uma língua técnica, comum aos membros de uma disciplina ou de uma profissão, diferente no caso de uma língua comum e no de uma língua reservada apenas aos iniciados" (PERELMAN, Chaim. **Retóricas...**, p. 305).

¹⁹ PERELMAN, Chaim, **Lógica...**, p. 142.

²⁰ PERELMAN, Chaim. **Retóricas...**, p. 57.

²¹ PERELMAN, Chaim, **Lógica...**, p. 143.

²² Assim, o significado que se atinge com a argumentação "nunca é absoluto, mas simplesmente retórico, ele não é estático, pelo contrário, é dinâmico; não é metafísico, mas dialético; não é estabelecido de uma vez por todas, mas é sempre um estágio, uma fase num clamor interminável pelo esclarecimento" (MANELI, Mieczyslaw. **A nova retórica de Perelman: filosofia e metodologia para o século XXI.** Trad. Mauro Raposo de Mello. Barueri: Manole, 2004. p. 165).

²³ "O provável constitui um ótimo tijolo para construção, e sobre ele ergue-se o edifício da vida. Acrescente-se ainda que a probabilidade, diversamente da verdade, tem uma dimensão de intrínseca historicidade ou temporalidade: o que é provável, e pode ser 'seguido' hoje, já não o será amanhã, ou vice-versa, com a mudança das situações" (BARILLI, Renato. **Retórica.** Trad. Graça Marinho Dias. Lisboa: Editorial Presença, 1985, p. 44).

²⁴ Reboul, contudo, entende que a adesão do auditório não seria o diferencial da lógica informal, o diferencial seria o campo de conhecimento aos quais a lógica informal se aplica. Nesse sentido: "De fato, a verossimilhança não está ligada ao auditório [...]. O verossímil não decorre de ignorância, incompetência ou preconceitos do auditório, mas do próprio objeto. Quando se trata de questões jurídicas, econômicas, políticas, pedagógicas, talvez também éticas e filosóficas, não se lida com o 'verdadeiro' ou o 'falso', mas com o 'mais' ou 'menos verossímil'" (REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica.** Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 95).

²⁵ Foucault em sua palestra "Discurso e verdade: o significado da palavra *parrhesia*" deixa claro que falar com *parrhesia* implica um compromisso com a honestidade e com a verdade. O orador deve

Essas concepções serão os dois principais eixos da caracterização democrática da relação retórica²⁶.

A *isegoria* permitiria que qualquer cidadão pudesse falar e ouvir em Assembléia, exercendo papel ativo e não apenas passivo na tomada de decisões, legitimando a autoridade da voz do povo²⁷.

Arendt, tratando do conceito de *isegoria* afirma:

A liberdade de externar opinião, determinante para a organização da *polis*, distingue-se da liberdade característica do agir, do fazer um novo começo, porque numa medida muitíssimo maior não pode prescindir da presença de outros e do ser-confrontado com suas opiniões [...] Ela [a liberdade de falar] só é possível no trato com outros. [...] Trata-se aqui talvez da experiência de ninguém poder compreender por si, de maneira adequada, tudo que é objetivo em sua plenitude, porque a coisa só se mostra e se manifesta numa perspectiva, adequada e inerente à sua posição no mundo. Se alguém quiser ver e conhecer o mundo tal como ele é 'realmente', só poderá fazê-lo se entender o mundo como algo comum a muitos, que está entre eles, separando-os e unindo-os, que se mostra para cada um de maneira

deixar evidente e óbvia qual a sua opinião sobre determinada situação. Ainda que em diferentes palavras, para Foucault a *parrhesia* serviria como impeditivo para o uso de estratégias para persuasão de um auditório (retórica manipulatória) (FOUCAULT, Michel. **Discourse and truth: the meaning of the word parrhesia**. Lecture Transcription. Disponível em: <http://foucault.info/documents/parrhesia/foucault.DT1.wordParrhesia.en.html>. Acesso em 03/02/2010. Palestras em arquivos de áudio disponíveis em <http://www.lib.berkeley.edu/MRC/foucault/parrhesia.html>. Acesso em 03/02/2010.

²⁶ A relação entre *isegoria* e *parrhesia* aqui delineada se afasta da noção apresentada por BELAVUSAU, esse autor aponta um conflito entre *isegoria* e *parrhesia*: Tradução do autor. “Os dois modelos judiciais apontam para o conflito de democracia como a liberdade e de democracia como igualdade. Neste sentido, as noções de *parrhesia* e *isegoria* servem mais como ferramentas descritivas para ilustrar que a própria compreensão do conceito de liberdade [política] no continente europeu e no mundo anglo-saxão é essencialmente diferente. O primeiro tradicionalmente preza o conceito positivo da liberdade de expressão [liberdade de cumprir o seu / sua expressão sob controle próprio], enquanto o segundo vai para o conceito negativo [ausência de obstáculos, barreiras e restrições para o orador], em termos conceito negativo de Isaiah Berlin sobre a liberdade”. No original: “The two judicial models point to the conflict of democracy as liberty and democracy as equality. In this sense, the notions of *parrhesia* and *isegoria* serve rather as descriptive tools to illustrate that the very understanding of the concept of [political] freedom in continental European and the Anglo-Saxon world is essentially different. The former traditionally cherishes the positive concept of free expression (freedom to fulfill her/his expression under own control), whereas the latter goes for the “negative” one (absence of obstacles, barriers and constraints for the speaker), in terms of Isaiah Berlin’s negative concept of freedom” (BELAVUSAU, Uladzislau. Judicial epistemology of free speech through ancient lenses. **International Journal for the Semiotics of Law**, n. 23, 2010, p. 165–183. Disponível em: <http://www.springerlink.com/content/0952-8059>. Acesso em: 07/08/2011. p. 178) Contudo, dois apontamentos são necessários. Primeiro, no texto de Belavusau os conceitos são relacionados no contexto político e não no contexto processual jurídico, onde há outras características retóricas – normativa e persuasiva – que também afetam a significação desses conceitos no âmbito judicial. Segundo, a compreensão de *parrhesia* adotada por esse autor é bastante ampla, não abarcando as características de benevolência, comprometimento e responsabilidade aqui adotadas. Assim, no âmbito judicial esses conceitos serão complementares e não conflituosos.

²⁷ WERGAN, Keith. **Freedom of speech: a reference guide to the United States Constitution**. Westport: Praeger Publishers, 2004. p.28. Disponível em: http://books.google.com/books?id=DD7_JoZfWisC&printsec=frontcover&dq=Freedom+of+speech:+a+reference+guide&hl#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 03/02/2010.

diferente e, por conseguinte, só se torna compreensível na medida em que muitos falarem *sobre* ele e trocarem suas opiniões, suas perspectivas uns com os outros e uns contra os outros. Só na liberdade do falar um com o outro nasce o mundo sobre o qual se fala, em sua objetividade visível de todos os lados²⁸.

Note-se que no discurso judicial, a *isegoria* se perfaz especialmente no princípio do contraditório²⁹ e na necessidade de igual tratamento das partes pelo juiz.

Já a concepção de *parrhesia* está vinculada ao criticismo e a dizer a verdade. Discursar com *parrhesia* significaria dizer aquilo que vem a mente, sempre mantendo uma postura de honestidade. Neste sentido, a *parrhesia* permitiria um interlocutor capaz de avaliar e julgar uma situação com autonomia intelectual e honestidade, permitindo a contraposição de opiniões em busca do que é certo e melhor³⁰.

Foucault dedicou-se à elucidação das várias significações que o vocábulo *parrhesia* teve na Grécia Antiga.

A partir da noção ampla de *parrhesia* como franqueza, abertura do coração, abertura de palavra, abertura de linguagem, liberdade de palavra³¹, Foucault encontra uma relação entre falar com *parrhesia* e benevolência nos textos epicuristas.

Tal relação, aqui exemplificada pela situação do mestre e do aluno, significaria dizer que o mestre ao se utilizar do franco-falar estaria intensificando,

²⁸ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Trad. Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 58-59.

²⁹ Cf. Constituição da República de 1988. Art. 5º, inciso LV. “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Também, o artigo 125, I, do Código de Processo Civil – Lei 6.869/1973 – atualizada. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento”. E Código de Ética da Magistratura Nacional Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337. Art. 8º e 9º. “Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito. Art. 9º Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação. Parágrafo único. Não se considera tratamento discriminatório injustificado: I - a audiência concedida a apenas uma das partes ou seu advogado, contanto que se assegure igual direito à parte contrária, caso seja solicitado; II - o tratamento diferenciado resultante de lei.

³⁰ MONOSON, Susan Sara. **Plato's democratic entanglements: athenian politics and the practice of philosophy.** Chichester: Princeton University Press, 2000. p. 52-53.

³¹ FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito.** Trad. Marcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 327.

animando seus alunos em direção à benevolência recíproca³², vez que o franco-falar do mestre seria refletido pelo franco-falar dos alunos uns com os outros, aumentando o grau de amizade e benevolência entre eles³³.

Ora, obviamente, não se pode esperar tal grau de amizade no processo judicial, contudo, o franco-falar pode sim redundar no dever de lealdade e boa-fé que deve permear todo o agir processual, tanto do juiz, quanto das partes e seus procuradores³⁴.

Destarte, no processo judicial, há uma constante tensão entre competição e cooperação. Por um lado, as partes buscam seus próprios interesses, visando à adesão do julgador à tese que favorece sua causa. De outro lado, há o dever de cooperação, não apenas para o bom andamento processual, mas para garantir que

³² Cf. Código de Ética da Magistratura Nacional Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337. Art. 3º A atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando **assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas** (grifo nosso).

³³ FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica...**, p. 348-349.

³⁴ Cf. A guisa de exemplos da manifestação do dever de fala franca no Código de Processo Civil – Lei 6.869/1973 – atualizada. Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 2001) I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. [...]

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados. (Redação do caput e dos incisos I ao VI dada pela Lei nº 6.771, de 1980); VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. (Incluído pela Lei nº 9.668, de 1998)

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade

Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes. Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 1994)

o juiz tenha os melhores argumentos e suficiente conhecimento do contexto retórico para tomar uma decisão justa³⁵.

Uma segunda característica que decorre do falar com *parrhesia* assinalado por Foucault é o comprometimento daquele que fala, “constitui um certo pacto entre o sujeito da enunciação e o sujeito da conduta”³⁶, há o dever de fazer o que diz e a ser sujeito de uma conduta correspondente ao dito.

Uma terceira característica que constitui a *parrhesia* é o modo como se diz a verdade, o modo como se utiliza do franco-falar. Esse modo de exercício da *parrhesia* implica responsabilidade. O exemplo de Foucault é emblemático: “um homem se ergue diante de um tirano e lhe diz a verdade”³⁷. Discursar com *parrhesia* significa assumir o risco e as conseqüências oriundas do discurso realizado.

Em outras palavras, creio que, se queremos analisar o que é a *parresía*, não é nem do lado da estrutura interna do discurso, nem do lado da finalidade que o discurso verdadeiro procura atingir o interlocutor, mas do lado do locutor, ou antes, do lado do risco que o dizer-a-verdade abre para o próprio interlocutor. A *parresía* deve ser procurada do lado do efeito que seu próprio dizer-a-verdade pode produzir no locutor a partir do efeito que produz no interlocutor [...] é um abrir para quem diz a verdade um certo espaço de risco [...] é abrir um perigo em que a própria existência do locutor vai estar em jogo, e é isso que constitui a *parresía* [...] Os parresistas são os que, no limite, aceitam morrer por ter dito a verdade³⁸.

Na retórica judicial, o discurso com *parrhesia*, especialmente no discurso decisório, não chegará ao limite da existência do juiz, mas atuará como um elo de comprometimento do juiz com sua decisão e, a sua responsabilidade dele pelos efeitos que esse discurso decisório possa gerar.

Ou seja, o juiz ao decidir, deve atentar para as possíveis conseqüências que sua decisão possa causar, portanto, o papel e responsabilidade do juiz não se esgotam com a publicação do discurso decisório, mas envolvem ainda a execução e o controle das possíveis conseqüências que essa decisão poderá causar. E, nesse

³⁵KRABBE, Erik C. Cooperation and competition in argumentative exchanges. IN: RIBEIRO, Henrique Jales (Ed.) **Rhetoric and argumentation in the beginning of the XX1st century**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009. p. 111-126. p.112.

³⁶FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica...**, p. 365.

³⁷FOUCAULT, Michel. **O governo de si e dos outros**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 49.

³⁸FOUCAULT, Michel. **O governo de si...**, p. 55-56

sentido, o discurso inconseqüente do juiz, deverá ser penalizado com sua responsabilização³⁹.

Verifica-se que há uma relação íntima entre *isegoria* e *parrhesia*, evidentemente para discursar com *parrhesia* requer-se o direito de fala – isegoria⁴⁰ –, contudo, é o comprometimento e a responsabilidade que acompanham a *parrhesia* que, no discurso judicial decisório, sustentará, paralelamente ao aspecto normativo, a autoridade do juiz.

Assim, a retórica democrática se desenvolve em um espaço de contradições, promovendo o embate de opiniões e o pluralismo, mediado por um compromisso ético dos participantes da relação retórica.

Neste sentido a retórica objetiva a efetiva participação do interlocutor, um espaço de deliberação, o que a afasta daquilo que se denomina de retórica manipuladora⁴¹.

Exemplo histórico da relação entre retórica e democracia regressa a Cornélio Tácito. Na obra “Diálogo dos oradores”, Tácito contrapõe a retórica da República romana e a retórica do Império romano.

[...] Não falamos do sossego e da quietação, que repousa com a probidade e a modéstia; porém a grande, a notável eloquência é aluna da licença, que loucos chamavam liberdade, companheira das sedições, estímulo do povo desenfreado, sem respeito, sem sujeição, contumaz, temerário, arrogante, que não tem cabimento nas sociedades bem constituídas⁴².

[...] Para que há necessidade de longos discursos no Senado, sendo que os bons em breve estão concordes? Para que há necessidade de freqüentes

³⁹ Cf. Código de Ética da Magistratura Nacional Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337. Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, **atento às conseqüências que pode provocar** (grifo nosso).

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **O governo de si...**, p. 147.

⁴¹ Breton explicita o que seria uma retórica manipuladora: “O ato de convencer não é uma informação sobre o que o orador pensa, é uma elaboração com o intuito de transformar o ponto de vista do público, a tornar uma opinião aceitável, quando ela não o seria se fosse apresentada de maneira bruta. Nesse sentido, a manipulação procede como a argumentação. A diferença radical atém-se, no entanto, à forma como o público é tratado, conforme lhe seja deixada a maior liberdade possível para aderir ao que lhe é proposto, ou, pelo contrário, haja uma tentativa de obrigá-lo a fazê-lo. A manipulação é uma comunicação restritiva” (BRETON, Philippe. **A manipulação da palavra**. Trad. Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1999. p 60).

⁴² Atualizado pelo autor. No original “Não falamos do socego e da quietação, que folga com a probidade e a modestia; porem a grande, a notavel eloquencia é alumna da licença, que loucos chamavam liberdade, companheira das sedições, estímulo do povo desenfreado, sem respeito, sem sujeicao, contumaz, temeraria, arrogante, que não tem cabimento nas sociedades bem constituídas”. (TÁCITO, Caio Cornélio. **Diálogo dos oradores ou à cerca das causas da corrupção da eloquência**. Lisboa: Tipografia de Silva, 1852. p 93. Disponível em: <http://books.google.com/books?q=di%C3%A1logo+dos+oradores&hl=pt-BR>. Acesso em 21/12/2009)

debates ante o povo, sendo que não é o povo nem os imperitos que cuidam da administração pública, mas um só, e erudito?⁴³
 [...] Um período de longa calma, de infrangível repouso do povo e de tranqüilidade para o Senado, quando a perfeita disciplina do Imperador pacificou a eloquência, assim como tudo o mais⁴⁴.

Observe-se que o espaço de discussão se esvai a partir da domesticação da palavra pelo Imperador. A pacificação da retórica implica o fim do espaço democrático de deliberação, há um imperador-erudito, portador da verdade, que conhece a solução para todos os problemas, sendo desnecessária e até mesmo inoportuna a colocação do problema em debate público.

Em suma, será a partir da relação entre retórica e democracia que Nietzsche afirmará que a retórica “é uma arte essencialmente republicana, deve-se estar acostumado a suportar as opiniões e os pontos de vista mais diversos e inclusive sentir certo prazer na contradição; há de escutar com o mesmo bom grado como quando fala, e, como ouvinte há de ser capaz, mais ou menos, de apreciar a arte aplicada⁴⁵”.

2.2 GÊNEROS DO DISCURSO RETÓRICO

A classificação da retórica em gêneros não apresenta uma funcionalidade significativa na prática do discurso, vez que na retórica jurídica todos os gêneros estarão presentes em maior ou menor grau. Todavia, a classificação em gêneros é importante para ilustrar as funções do discurso da argumentação jurídica.

⁴³ Atualizado pelo autor. No original, “Para que se ha mister de longos discursos no Senado, sendo que os bons em breve estão concordes? Para que se ha mister de frequentes debates ante o povo, sendo que não é o povo nem os imperitos que curam da administração publica, mas um só, e esclarecidissimo?” (TÁCITO, Caio Cornélio. Op cit., p 95 e 97.

⁴⁴ Traduzido pelo autor. No original “[...] period of long rest, of unbroken repose for the people and tranquillity for the senate, when the emperor's perfect discipline had put its restraints on eloquence as well as on all else” (CHURCH, Alfred John; BRODRIBB, William. Jackson. (trad.) **The works of Tacitus**. 1864-1877. Disponível em: <http://www.sacred-texts.com/cla/tac/index.htm>. Acesso em: 21/12/2009).

⁴⁵ Tradução do autor. No original “[...] es un arte esencialmente republicano: uno tiene que estar acostumbrado a soportar las opiniones y los puntos de vista más estraños e incluso a sentir un cierto placer en la contradicción; hay que escuchar con el mismo bien agrado que cuando uno mismo habla, y como oyente hay que ser capaz, más o menos, de apreciar el arte aplicado”(NIETZSCHE, Friedrich. Op cit.,p. 81).

Perelman se ancora na classificação aristotélica de gêneros da retórica em três grandes grupos: o gênero deliberativo, o gênero judiciário e o gênero epidíctico (ou demonstrativo).

Numa deliberação aconselha-se ou desaconselha-se, quer se delibere sobre uma questão particular, quer se fale perante o povo acerca de questões de interesse público. Uma ação judiciária comporta a acusação e a defesa: necessariamente os que pleiteiam fazem uma destas duas coisas. O gênero demonstrativo comporta duas partes: o elogio e a censura⁴⁶.

Segundo Aristóteles cada uma das três categorias retóricas é direcionada a um auditório, a uma finalidade, a um tempo e através de determinado modelo de argumento⁴⁷.

Assim, o gênero deliberativo é caracterizado pelo discurso dirigido à assembléia, empregando como valores finais a utilidade / prejudicialidade de uma determinada ação futura e, como modelo de argumento tem-se o “exemplo⁴⁸”.

O gênero judiciário caracteriza-se pelo discurso dirigido ao juiz, empregando o binômio justo / injusto como valor final a respeito de uma determinada ação pretérita. O modelo de argumento dessa categoria é o “entinema⁴⁹”.

O gênero epidíctico (ou demonstrativo) caracteriza-se como um discurso dirigido a um público qualquer, valendo-se dos valores de beleza / fealdade para apreciar um acontecimento presente. Utiliza-se da “ampliação” como argumento modelo desse discurso.

Convém salientar que o gênero epidíctico não se resume “a um discurso ao qual ninguém se opunha, sobre matérias que não pareciam duvidosas e das quais não se via nenhuma consequência práticas⁵⁰”. Ocorre que o discurso epidíctico

⁴⁶ ARISTÓTELES. **Arte retórica e arte poética**. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Edições de ouro, 1969. p. 42.

⁴⁷ Cf. Ibidem, p. 146 e ss; p. 175 e ss; p. 201 e ss.

⁴⁸ “Ente as formas comuns a todos os discursos, a amplificação é, em geral, a que melhor se presta aos discursos demonstrativos, porque nela o orador toma os fatos por aceites e só lhe resta revesti-los de grandeza e de beleza. Em compensação, os exemplos acomodam-se mais ao gênero deliberativo, pois que nos servimos da conjecturas tomadas do passado para nos pronunciarmos sobre o porvir. Os entinemas convêm ao gênero judiciário; o que se passou, devido à obscuridade que o envolve, requer particular investigação da causa e da demonstração” (Ibidem. p. 78).

⁴⁹ “enthynema: entinema. Raciocínio quase-dedutivo, análogo por estrutura ao silogismo lógico, mas diferente deste por falta de necessidade lógica. Pode se apresentar como um silogismo cujas premissas são apenas verossímeis, em vez de verdadeiras” (PLEBE, Armando; EMANUELE, Pietro. **Manual de retórica**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 191).

⁵⁰ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 53.

objetiva também “confirmar uma situação pressuposta como constante”,⁵¹ em outras palavras, objetiva a manutenção dos efeitos da argumentação ao longo do tempo e não apenas a ação imediata do auditório.

Dessa forma,

A argumentação do discurso epidíctico se propõe a aumentar a intensidade da adesão a certos valores sobre os quais não pairam dúvidas quando considerados isoladamente, mas que, não obstante, poderiam não prevalecer contra valores que viessem a entrar em conflito com eles. O orador procura criar uma comunhão em torno de certos valores reconhecidos pelo auditório, valendo-se do conjunto de meios que a retórica dispõe para amplificar e valorizar⁵².

Enfim, a classificação aristotélica dos gêneros do discurso, embora limitada, permite a identificação das diversas funções retóricas preponderantes em cada modalidade de discurso.

2.2.1 Os gêneros retóricos e o discurso judicial decisório

O gênero judiciário ainda prepondera no discurso judicial decisório, em especial, defronte à ênfase no passado e à utilização do binômio justo e injusto como valor final de uma determinada ação.

A maior herança do gênero judiciário é a estrutura do discurso judicial desenvolvida especialmente no pensamento clássico romano.

Sobre o discurso judiciário, Quintiliano diz: “Ele se divide, segundo a grande maioria dos autores, em cinco partes: o exórdio, a narração, a prova, a refutação e a peroração⁵³”.

O exórdio é visto como uma introdução que objetiva tornar dócil o auditório aos argumentos do orador, através de ornamentos e engrandecimento do auditório. A narração constitui-se na narração dos fatos. A prova constitui-se do embasamento daquilo que pretende. A refutação objetiva apresentar as teses e refutar as possíveis

⁵¹ LAUSBERG, Heinrich. **Elementos de retórica literária**. Trad. R. M. Rosado Fernandes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 84.

⁵² PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado**..., p. 56.

⁵³ Tradução livre: No original, “Il se divise, suivant le plus grand nombre des auteurs, en cinq parties: l'exorde, la narration, la preuve, la réfutation, la péroraison” (QUINTILIANO, Marcus Fabius. **Oeuvres complètes de Quintilien**. T. 1. Paris: Garnier freres libraires-éditeurs, 1863. p.202).

teses adversárias. Por fim, a peroração caracterizava-se por uma pequena recapitulação, seguida do que se pretendia do auditório⁵⁴.

É evidente a semelhança do arcabouço apresentado por Quintiliano e a estrutura atual da petição inicial e das decisões judiciais⁵⁵.

Entretanto, convém ressaltar, que a decisão judicial não se limitará a dar uma resposta a um caso passado, em vinculação estrita ao gênero judiciário.

Há um crescente aumento de participação da carga deliberativa no discurso decisório. A sentença não deve apenas regular aquele caso passado, mas deve servir de exemplo para as decisões futuras de casos semelhantes.

Note-se que a decisão como exemplo para casos futuros terá força argumentativa diferente de acordo com a modalidade procedimental adotada e com o auditório alvo primordial dos efeitos da decisão.

Por exemplo, no processo civil ordinário, as decisões do juiz podem servir de exemplo para decisões futuras, possibilitando a imediata decisão de um caso novo, desde que a questão – exclusivamente de direito – já tenha sido enfrentada pelo mesmo juízo em casos anteriores, tendo decidido ele pela total improcedência do pedido⁵⁶. Neste caso, há uma força argumentativa pequena do precedente para casos futuros porque o auditório alvo primordial dos efeitos do precedente eram as partes do processo, logo, um auditório bastante restrito.

Ainda, as decisões em matéria constitucional do Supremo Tribunal Federal podem ganhar aplicabilidade a casos futuros mediante a aprovação de súmula com efeitos vinculantes, situação que obriga além do órgão prolator da decisão, todos os demais órgãos do poder Judiciário⁵⁷. Possibilidade esta cujo exemplo marcante se encontra na súmula vinculante n.º 11 a respeito do uso de algemas⁵⁸. Aqui, há uma

⁵⁴ QUINTILIANO, Marcus Fabius. **Oeuvres complètes de Quintilien**. T. 1..., p.308 e 330. QUINTILIANO, Marcus Fabius. **Oeuvres complètes de Quintilien**. T. 2. Paris: Garnier freres libraires-éditeurs, 1865. p.02 ; 80 ;86 e124.

⁵⁵ Conferir a título de exemplo artigos 165, 282, 458 e 514 do Código de Processo Civil (Lei n. 5869/73).

⁵⁶ Código de Processo Civil, Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

⁵⁷ Constituição da República, Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei

⁵⁸ STF - Súmula Vinculante n.º 11. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros,

grande força argumentativa do precedente para casos futuros, tendo em vista a decisão constitucional ter por auditório alvo primordial dos efeitos da decisão o povo como um todo.

Já em relação à presença do gênero epidíctico no discurso decisório, ressalta-se a função de consolidação do Estado Democrático de Direito, assim, pode-se dizer que cada decisão judicial implica a reafirmação da validade e eficácia do sistema jurídico.

Neste sentido, cada decisão judicial tem por função manter a ordem de valores prevista na Constituição da República, bem como sua força normativa⁵⁹.

Pressupondo uma leitura constitucional de todo o sistema jurídico, a decisão judicial ampliará a convicção nos ditames constitucionais já reconhecidos pelos auditórios normativos⁶⁰, isto significa uma permanente revalorização dos princípios e regras constitucionais pelo povo⁶¹.

2.3 FUNÇÕES DO DISCURSO RETÓRICO

justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (DJe nº 157, p. 1, em 22/8/2008. DOU de 22/8/2008, p. 1). Precedentes RHC 56465; HC 71195; HC 89429; HC 91952. O exame do texto evidencia tripla perspectiva da decisão judicial: além de resolver os casos passados (viés judicial), fixa-se o exemplo para casos futuros (viés deliberativo) e intensifica-se a força normativa da constituição, especialmente o devido processo legal, a integridade física do preso e a motivação das decisões (viés epidíctico).

⁵⁹ “Ela própria [a Constituição] converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição” (HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris editor, 1991. p.24).

⁶⁰ Por exemplo, uma decisão judicial qualquer, dentro de um viés de Constituição invasiva, sempre reafirma princípios como inafastabilidade da jurisdição; contraditório, ampla defesa; legalidade; publicidade etc, E, desta forma, garante-se uma presença constante desses princípios na vida e memória do povo, dificultando seu esquecimento e mantendo sua força normativa.

⁶¹ “[...] o epidíctico, tal como é representado pelo panegírico dos gregos e pela *Laudatio funebris* dos latinos, se refere ao elogio ou à censura, ao belo e ao feio; mas a que visará? [...] Os antigos só podiam achar que esse gênero se referia, não ao verdadeiro, mas aos juízos de valor aos quais as pessoas aderem com intensidade variável. Logo, sempre é importante confirmar a adesão, recriar uma comunhão sobre o valor admitido. Essa comunhão, embora não determine uma escolha imediata, determina contudo escolhas virtuais. O combate travado pelo orador epidíctico é um combate contra objeções futuras; é um esforço para manter o lugar de certos juízos de valor na hierarquia ou, eventualmente, conferir-lhes um estatuto superior” (PERELMAN, Chaim. **Retóricas...**, p. 67).

A partir da negociação da distância entre os indivíduos, pode-se vislumbrar duas funções que se estabelecem na relação retórica: "o **orador** (grifo nosso) - entendendo por esse termo qualquer um que apresenta uma argumentação, assim como chamaremos **auditório** (grifo nosso) àqueles a quem é destinada - se baseará em classificações aceitas e se esforçará para obter um efeito argumentativo a partir destas⁶²".

Convém ressaltar que as funções de orador e auditório não se confundem com os atores da argumentação – indivíduos concretos envolvidos na relação retórica –, ou seja, não há a fixação do ator da argumentação no papel de orador ou auditório. São possíveis e freqüentes as alterações dos papéis pelos atores, assim como é comum um mesmo ator exercer concomitantemente os dois papéis no decorrer do discurso⁶³.

Portanto, não se pode afirmar que a adesão a uma tese é um ato passivo. A constante troca de papéis pelos atores da argumentação permite uma relação dialógica através de um jogo de questões e respostas que se desenvolve em uma dupla perspectiva, de orador e de auditório.

Com base nisso, é preciso reconhecer que a adesão a uma tese ou a formação de um consenso deve partir da premissa de que os atores da relação retórica estão predispostos a alterar sua crença ou conduta, ou seja, a pessoa precisa estar disposta a correr os riscos envolvidos na escuta de argumentações dos outros, transcendendo os horizontes de suas próprias percepções, emoções e instintos, modificando a si mesmo⁶⁴.

Desta forma, um eventual consenso não se resume à vitória de uma parte sobre a outra, mas à superação das diferenças por meio do discurso, o que, poderá

⁶² Ibidem, p. 113.

⁶³ PLANTIN, Christian. **A argumentação**: história, teorias, perspectivas. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2008. p. 78. Em sentido semelhante, Bittar, "Deve-se dizer que ambas as funções descritas acima (função enunciativa [orador]; função cognitiva [auditório] se interpenetram na relação comunicativa, uma vez que uma atividade não se encontra absolutamente dissociada da outra. Em verdade, no lugar de posições estanques, a dialética comunicativa está a assinalar a *interação* (itálico no original) é muito menos uma troca de informações e muito mais um intercâmbio de *expectativas* (itálico no original) comunicativas. Estímulos correspondem respostas, mas toda resposta requer não só uma atitude passiva, mas também uma outra ativa de captação, recepção, descodificação, interpretação e construção de sentido" (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 18).

⁶⁴ JOHNSTONE JR., Henry W. Algumas reflexões sobre a argumentação. Trad. Rui A. Gracio e Stella Z de Azevedo. **Caderno de filosofias**: argumentação, retórica, racionalidades. Coimbra. N. 5. p. 39-53. Mar. 1992.p.42 e 43.

conduzir a uma resposta alternativa às teses apresentadas pelos interlocutores no início do debate.

Em sua nova retórica, Perelman estabelece a adesão dos auditórios a uma tese como critério de racionalidade e/ou legitimidade de uma tese. Tal critério estabelece graus ou patamares de legitimidade de acordo com a complexidade do auditório a que se dirige⁶⁵.

Por conseguinte, considerando que o interesse do orador é verificar a aceitabilidade de sua tese através do assentimento do auditório, Perelman coloca a função de orador em segundo plano, e dedica-se a descrever os principais tipos de auditórios.

Ainda que reconheça a existência de um número indeterminado de auditórios⁶⁶, Perelman confere especial destaque a três tipos de auditórios: a) a deliberação consigo mesmo; b) a deliberação com um único interlocutor; c) a deliberação com um auditório universal⁶⁷.

2.3.1 Os auditórios perelmanianos

Primeiro, o auditório constituído pelo próprio orador estabelece um juízo reflexivo sobre suas próprias ações, passadas ou vindouras.

⁶⁵ Neste sentido, “[...] o raciocínio retórico não é, pois, desprovido de critérios avaliatórios, só que seu critério não é rígido e desprovido de graus, como no caso da dicotomia verdadeiro-falso, mas sim um critério agonístico-hierárquico, que admite a possibilidade de uma contínua gradação de melhor ao pior” (PLEBE, Armando; EMANUELE, Pietro. Op. Cit., p. 22).

⁶⁶ “A diversidade de auditórios é imensa. Podem variar quantitativamente, indo do próprio orador, que se divide em dois na deliberação íntima, passando pelo ouvinte único do diálogo e por todos os auditórios particulares, até o conjunto dos seres capazes de razão, a saber, o auditório universal, que já não é uma realidade social concreta, mas uma construção do orador a partir de elementos de sua experiência. Podem variar de mil outras maneiras, conforme a idade, o sexo, o temperamento, a competência e toda espécie de critérios sociais o políticos. Pode variar, sobretudo, conforme as funções exercidas e mais particularmente, conforme o papel dos ouvintes seja o de chegar a uma decisão, qualquer que seja sua natureza, ou simplesmente de formar-se uma opinião, adquirir uma disposição para uma ação eventual e indeterminada” (PERELMAN, Chaim. **Retóricas...**, p. 304). Em sentido semelhante, “a razão dessa extrema dificuldade vem de que os princípios do prazer não são firmes e estáveis. Eles variam de homem para homem e para cada homem em particular com tal diversidade, que não há homem que seja mais diferente do outro que de si próprio nos mais variados tempos. Um homem tem prazeres diversos dos da mulher; um rico e um pobre têm-nos diferentes; um príncipe, um guerreiro, um comerciante, um burguês, um camponês, o velho, os jovens, os sadios, os doentes, todos variam: os menores acidentes os modificam” (PASCAL, Blaise. **Da arte de persuadir**. Trad. Renata Cordeiro. São Paulo: Editora Landy, 2005. p. 16).

⁶⁷ PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado...**, p. 33-34.

A deliberação consigo mesmo carrega a qualidade da sinceridade porque se dá em um lugar privilegiado de intimidade e segredo, o que favoreceria um juízo crítico de prós e contras a respeito da ação.

Perelman reconhece o papel da psicologia de que as razões aventadas na deliberação interior podem ser apenas racionalizações dos verdadeiros motivos do agir, não obstante, essas racionalizações formuladas são expressões de possibilidades argumentativas de justificação de um agir nas relações intersubjetivas, ou seja, possibilita uma transposição de auditórios, haja vista que os esboços de argumentos racionalizados poderão ser utilizados na defesa de um agir perante outros auditórios.

Segundo, o diálogo ou deliberação com um único interlocutor. A característica marcante do diálogo é a possibilidade de o interlocutor objetar e questionar o orador durante o seu discurso, o que é mais difícil de acontecer durante um discurso longo perante muitas pessoas.

Note-se que o diálogo aqui abrange tanto o uso de um engodo ou artifícios por parte do orador para persuadir o seu interlocutor (erística), na qual cada interlocutor defende o seu ponto de vista e destrói a tese adversária; quanto o diálogo que pressupõe a predisposição para a discussão entre dois sujeitos dotados de juízo⁶⁸, na qual mais que defender posições, os interlocutores procuram a verdade (heurística). Acrescente-se a estes dois tipos de diálogo, a conversa cotidiana ou habitual, no qual apenas se pretende “persuadir o auditório com o intuito de determinar uma ação imediata ou futura”⁶⁹.

Por fim, o auditório universal que, devido à necessidade de uma argumentação que vise à adesão de todo e qualquer auditório, transcenderia as limitações dos auditórios particulares, configurando-se como patamar máximo de racionalidade e legitimidade da nova retórica perelmaniana⁷⁰.

⁶⁸ “[...] dizer que alguém é capaz de juízo é afirmar sua capacidade de escolher ou de decidir de uma forma não-arbitrária, ou seja, de forma arrazoada, de preferência razoável, que não se oponha sem razão ao senso comum, que manifeste 'bom senso'” (PERELMAN, Chaim. **Ética...**, p. 542).

⁶⁹ PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado...**, p. 43.

⁷⁰ Que é a razão? Ela se define, a meu ver, pelo recurso ao auditório universal. Mas, então, que é esse auditório universal? Não é, evidentemente, um auditório efetivo; não passa de uma hipótese que corresponde à idéia de objetividade, mas é uma hipótese que é submetida ao controle de verificação [...] (PERELMAN, Chaim. **Ética...**, p. 137). “Argumentação objetiva ou racional é aquela que supomos ser válida para um auditório universal, composto de todos os seres humanos ou, pelo menos, de todos os seres dotados de razão. Porém nunca se pode estar seguro da adesão efetiva desse auditório, pois ele constitui apenas uma criação do nosso pensamento, apenas uma extrapolação do que nos é efetivamente dado. O objetivo, o válido, o racional só podem pretender a adesão desse

O auditório universal é aquele formado por todos os seres dotados de razão, contudo, esse auditório não é materialmente existente, é uma criação do orador com a finalidade de aumentar a força de seus argumentos, transcendendo a pretensão pela adesão de um auditório particular real⁷¹.

Deste modo,

O auditório universal tem a característica de nunca ser real, atualmente existente, de não estar, portanto, submetido às condições sociais ou psicológicas do meio próximo, de ser, antes, ideal, um produto da imaginação do autor e, para obter a adesão de semelhante auditório, só se pode valer-se de premissas aceitas por todos ou, pelo menos, por essa assembléia hipercrítica, independente das contingências de tempo e de lugar, à qual se supõe dirigir-se o orador. O próprio autor deve, aliás, ser incluído nesse auditório que só será convencido por uma argumentação que se baseia em fatos, no que é considerado verdadeiro, em valores universalmente aceitos. Argumentação que conferirá à sua exposição um cunho científico ou filosófico que as argumentações dirigidas a auditórios mais particulares não possuem⁷².

A fim de romper o aspecto eminentemente hipotético abstração do auditório universal, todavia sem abandonar a força do conjunto argumentativo, admite-se que este seja substituído pelo que Perelman denomina de *auditório de elite*⁷³, no qual a qualidade dos membros que o compõe prevalece à universalidade.

Tal auditório seria formado por seres normais, bons, sensatos, competentes e com conhecimento especial e abrangente acerca do objeto da discussão. Desta forma, um auditório de elite compartilharia tradições, premissas e provas aceites de um campo determinado no conhecimento⁷⁴ e, por conseguinte, a adesão desse

auditório universal. Mas, a própria medida em que tal adesão sempre só pode ser presumida, surge o problema das adesões efetivas que podem servir de base para a extrapolação, das quais, aliás, se sabe variaram no decurso da história" (PERELMAN, Chaim. **Retóricas...**, p. 272).

⁷¹ "Em suma, o auditório universal poderia ser apenas uma pretensão, ou mesmo um truque retórico. Mas achamos que ele pode ter função mais nobre, a do ideal argumentativo. O orador sabe bem que está tratando com um auditório particular, mas faz um discurso que tenta superá-lo, dirigindo a outros auditórios possíveis que estão além dele, considerando implicitamente todas as suas expectativas e todas as suas objeções. Então o auditório universal não é um engodo, mas um princípio de superação, e por ele se pode julgar da qualidade de uma argumentação" (REBOUL, Olivier. Op. cit., p. 93-94).

⁷² PERELMAN, Chaim. **Retóricas...**, p. 73. É preciso salientar que o fato de não estar sujeito "às condições sociais ou psicológicas" não significa dizer que é um conceito formal. Em verdade, como o auditório universal é criado pelo orador, fatores históricos, políticos, sociais, culturais, econômicos e psicológicos do orador irão afetar a construção do auditório universal. Esta proteção contra condições sociais e psicológicas se refere a condições externas que influenciariam os membros de um auditório real (Cf. Ibidem, p. 263).

⁷³ Ressalte-se que esta substituição somente será possível para "aqueles que lhe [auditório de elite] reconhecem o papel de vanguarda e de modelo. Para os outros, ao contrário, ele constituirá apenas um auditório particular" (PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie..., p. 33-38).

⁷⁴ PERELMAN, Chaim. **Retóricas...**, p. 273.

auditório a uma tese expressaria um alto grau de razoabilidade admitido pelos mais aptos e competentes naquele tema.

A partir da descrição de um dos auditórios, é possível distinguir características que salientam as noções constitutivas da nova retórica: o dizer franco e reflexivo na deliberação consigo mesmo; a problematização, a crítica e a refutação da deliberação com um único interlocutor; e a tendência à universalidade e a busca da racionalidade na argumentação perante o auditório universal.

2.3.2 Os auditórios normativos do discurso judicial decisório

Tratando-se a retórica jurídica de uma retórica regulamentada, o sistema jurídico determina quais são os auditórios relevantes do discurso decisório judicial. Estes auditórios normativamente qualificados denominam-se auditórios normativos.

Ressalte-se que, em regra, o discurso decisório será dirigido a uma pluralidade de auditórios normativos concomitantemente. Isto significa dizer que na retórica jurídica a noção de patamares de legitimidade deverá dar lugar a uma noção complexa de legitimidade formada pela adesão de auditórios plurais. ou uma composição de auditórios.

Em primeiro lugar, apresenta-se dentre o rol dos auditórios normativos a figura do próprio juiz.

O preceito do livre convencimento do juiz⁷⁵ em conjunto com os preceitos inafastabilidade do poder judiciário⁷⁶ e da motivação das decisões judiciais⁷⁷, norteiam a argumentação consigo mesmo do juiz singular, assim, há critérios legais que limitam esse processo de persuasão⁷⁸.

Devido ao caráter eminentemente intrínseco, um dos principais préstimos da deliberação consigo mesmo do juiz é permitir-lhe refletir e formar juízos críticos e

⁷⁵ Código de Processo Civil, artigos 131, 165 e 436; Código de Processo Penal, artigos 156, 157 e 181.

⁷⁶ Constituição da República, artigo 5º, XXXV; Código de Processo Civil, artigo 126.

⁷⁷ Constituição da República, artigo 93, IX; Código de Processo Civil, artigos 165; 131 e 458, II; Código de Processo Penal, artigo 381, III. Lei 9.099/95, artigos 38 e 81, § 3º.

⁷⁸ Dentre estes critérios destacam-se: a observância às leis e à experiência. Código de Processo Civil, artigo 335; Código de Processo Penal, artigos 158 e 167.

sinceros a respeito dos argumentos e informações trazidos ao processo, bem como formular racionalizações para externalizar e persuadir os demais auditórios.

Em segundo lugar, o auditório normativo formado pelos demais membros de um colegiado⁷⁹.

A argumentação perante um colegiado encerra ampla discussão e debate, vez que, além do voto no qual o orador manifesta sua tese e possíveis respostas a objeções, há ainda a deliberação com os demais membros, o que pode conduzir a questionamentos não antecipados pelo orador ou até mesmo à retificação ou à conformação da tese apresentada em razão de novos argumentos.

Destarte, o discurso exteriorizado não pode se resumir aos argumentos que convenceram o orador: impõe-se a exposição uma argumentação capaz de persuadir os demais membros do colegiado a adotar aquela tese com o especial fim de preservar a regra de justiça formal. Importante notar que verificabilidade da efetividade ou não da argumentação se dará pela adesão ou não dos membros do colegiado ao voto proferido.

Ressalte-se que, embora todos os membros de um colegiado estejam protegidos pelo preceito do livre convencimento, há uma disposição do sistema jurídico em buscar a convergência a respeito da tese aplicável a casos semelhantes⁸⁰, propiciando maior segurança, coerência e integridade na atuação do Poder Judiciário.

Em terceiro lugar, constituem um auditório normativo do discurso decisório judicial as partes do processo, visto que os efeitos da coisa julgada sobre a decisão afetarão seus interesses⁸¹.

Assinale-se que a relação entre o juiz e partes inclui ampla troca de informações e contínua formulação de acordos e teses provisórias.

Tanto as partes como o juiz contribuem para a composição da argumentação da narrativa fática e mesmo da argumentação da qualificação jurídica do processo decisório. Tal contribuição se dá em uma relação dialética, ou seja, a partir do embate das diversas argumentações são formulados acordos prévios⁸² e

⁷⁹ Por exemplo: Código de Processo Civil, artigo 555. Código de Processo Penal, artigo 609. Lei 9.099/95, artigos 41, § 1º, 82.

⁸⁰ Código de Processo Civil, artigos 476 até 479.

⁸¹ Código de Processo Civil, artigos 467 e ss.

⁸² Por exemplo, em um raciocínio a *contrario sensu*, tudo o que não se caracterizar como ponto controvertido poderia ser considerado objeto de acordo prévio.

teses provisórias que serão colocadas a prova conforme o processo se desenvolve, até que se elabore um discurso decisório⁸³.

Além disso, a adesão das partes à argumentação pode ser verificada pela formação de um acordo, ou, tacitamente, pela não-recorribilidade da decisão tomada⁸⁴.

Outro aspecto importante do auditório formado pela partes processuais é a amplitude variável e, conseqüentemente, grau de complexidade mutável, o que se deve, principalmente, às ações coletivas.

A argumentação dirigida a um auditório formado por apenas dois indivíduos, um ocupando o pólo passivo da relação processual e outro ocupando o pólo ativo da relação processual implica alcançar um determinado grau de complexidade. Ainda, a existência de litisconsórcio ativo e / ou passivo⁸⁵ configura uma ampliação do auditório formado pelas partes, o mesmo ocorre com as ações coletivas⁸⁶, nas quais o auditório das partes pode ser formado por um número indeterminado de pessoas; por um grupo, categoria ou classe; ou por uma pluralidade de pessoas com interesses decorrentes de origem comum. Assim, a adesão a uma tese formulada em um discurso decisório será mais representativa da legitimidade quanto mais complexa a composição dos pólos da relação processual.

As partes como auditório normativo ganham especial destaque nas tentativas de conciliação das partes, ocasiões em que o juiz pode argumentar com base em lugares-comuns, ao invés de lugares específicos, com o objetivo de costurar um acordo entre as partes⁸⁷.

Caso semelhante pode ser visualizado no procedimento dos Juizados Especiais Criminais, situação em que o ofendido / vítima passa a ser um auditório-normativo ao qual o orador irá se dirigir, em busca de um possível acordo⁸⁸.

Em quarto lugar, o auditório normativo formado pelo órgão recursal, fundado no preceito do duplo grau de jurisdição⁸⁹.

⁸³ Assim, fica claro que o processo retórico de decisão não se resume a uma justificação de uma decisão pré-concebida, o discurso decisório é resultado de um processo bastante amplo e complexo de discussão e cooperação com vistas a um consenso.

⁸⁴ Código de Processo Civil, artigo 503.

⁸⁵ Código de Processo Civil, art. 46 e ss.

⁸⁶ Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, artigos 81 e ss; Lei 7.347/85, artigo 1º; Constituição da República, artigo 5º, inciso LXX.

⁸⁷ Lei 9.099/95, artigos 21 a 26; Código de Processo Civil, artigos 125, inciso IV e 331.

⁸⁸ Lei 9.099/95, artigos 72 a 75; Lei 10.259/01, artigo 11, parágrafo único.

A submissão da argumentação a este auditório exerce um papel importante no processo retórico. Além de possibilitar às partes o reexame da questão por uma figura mais complexa de julgador (colegiado), também importa na uniformização dos julgados e na manutenção da coerência da atuação Poder Judiciário⁹⁰.

O órgão superior ou recursal também se caracteriza como um dos auditórios da argumentação da decisão judicial, tanto nos recursos voluntários, quanto nas remessas de ofício⁹¹. A argumentação dirigida ao órgão superior pode ocorrer em momentos diferentes, seja diante de um órgão recursal potencial – quando o juiz amplia o auditório de sua argumentação na sentença com a finalidade de persuadir os membros do tribunal em um possível recurso⁹² (e.g. apelação⁹³) –, seja diante de um órgão recursal real – por exemplo, sempre que o juiz é requisitado a fornecer informações quando interposto um agravo de instrumento⁹⁴.

A verificabilidade da adesão do auditório formado pelo órgão recursal (*ad quem*) ao discurso decisório judicial do orador dar-se-á pela manutenção ou não da decisão proferida pelo juízo *a quo*.

Em quinto lugar, o auditório normativo formado pelos grupos profissionais que exercem funções essenciais à justiça⁹⁵: representantes do ministério público; representantes da advocacia pública, advogados; e defensores públicos.

Trata-se de um auditório normativo formado por membros que compartilham com o orador tradições, código lingüístico, premissas e provas aceites no campo jurídico.

Este auditório exerce um duplo papel: além de dar voz aos demais auditórios (e.g. partes), traduzindo suas pretensões em linguagem jurídica, também auxilia na conexão entre o discurso do orador e a compreensão dos demais auditórios, visto que promove o trânsito de informações e questionamentos entre eles.

⁸⁹ Constituição da República, artigos 101, II e III; 105, II e III; 108, II. Decreto 592/92, que internalizou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Anexo, artigo 14, 5. Decreto 678/92, que internalizou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Anexo, artigo 8, 2, “h”.

⁹⁰ Constituição da República, artigo 102, §3º. Código de Processo Civil, artigo 518, §1º; artigo 543-A, § 1º; artigo 543-C, §1º.

⁹¹ Código de Processo Civil, artigo 474. Código de Processo Penal, artigo 574 e 746.

⁹² Todavia, não apenas em recursos, abrange qualquer revisão do discurso decisório judicial externalizado na sentença por outro órgão judicial, por exemplo: correição parcial, ação rescisória, ação anulatória, mandado de segurança, *habeas corpus* etc.

⁹³ Código de Processo Civil, artigo 505 e 513. Ressalte-se que a

⁹⁴ Código de Processo Civil, artigo 527, IV.

⁹⁵ Constituição da República, artigos 127 até 135.

Em sexto lugar, o auditório normativo formado pelo povo, normativamente considerado.

É do povo que emana todo o poder do Estado⁹⁶, dessa forma, “também para o poder do Estado o povo é o ponto de partida de legitimação e simultaneamente a instância perante a qual esse poder se deve responsabilizar permanentemente⁹⁷”. Logo, o juiz-orador deve persuadir o povo a respeito da razoabilidade de sua decisão.

Para tanto, três dimensões do conceito de povo são analisadas: “como povo ativo⁹⁸⁹⁹”; “como instância global de atribuição de legitimidade¹⁰⁰”; e “como destinatário de prestações civilizatórias do Estado¹⁰¹”.

O povo como instância de atribuição está restrito aos titulares de nacionalidade, de forma mais ou menos clara nos textos constitucionais; o povo ativo está definido ainda mais estreitamente pelo direito positivo (textos de normas sobre direito a eleições e votações, inclusive a possibilidade de ser eleito para diversos cargos públicos). Por fim, ninguém está legitimamente excluído do povo destinatário¹⁰².

Assim,

[...] a espécie de legitimidade, que se venha a inferir do poder constituinte do povo, pode ser formulada em gradações: a incorporação dessa pretensão ao texto da constituição tem por interlocutor o povo enquanto instância de atribuição; o procedimento democrático de pôr em vigor a constituição dirige-se ao povo ativo; e a preservação de um cerne

⁹⁶ Constituição da República, preâmbulo e artigo 1º, parágrafo único.

⁹⁷ MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 60.

⁹⁸ Povo ativo seria aquele que atua como sujeito de dominação [elaboração e promulgação da constituição e da legislação] por meio da eleição de uma assembléia constituinte ou votação em eleições. “Entretanto só se pode falar enfaticamente de povo ativo quando vigem, se praticam e são respeitados os direitos fundamentais individuais e, por igual, também os direitos fundamentais políticos. Direitos fundamentais não são ‘valores’, ‘privilégios’, ‘exceções’ do poder de Estado ou ‘lacunas’ nesse mesmo poder. [...] Eles são normas, direitos iguais, habilitação dos homens, i. é, dos cidadãos, a uma participação ativa. No que lhes diz respeito, fundamentam juridicamente uma sociedade libertária, um estado democrático”(MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003 p. 63).

⁹⁹ Importante salientar que o povo como “povo ativo” também pode ser compreendido como auditório normativo no ajuizamento da ação popular (Constituição da República, artigo 5º, inciso LXXIII; Lei 4.717/65), procedimento judicial que exige a qualidade de cidadão – representante do povo ativo – para que a pessoa possa figurar legitimamente no processo.

¹⁰⁰ O povo como instância global de legitimidade é aquele em nome de quem os representantes implementam as funções estatais. Cf. *Ibidem*, p. 59 e ss.

¹⁰¹ O povo destinatário é formado por todos aqueles que são atingidos pelos efeitos dos atos estatais Cf. *Ibidem*, p. 75 e ss.

¹⁰² *Ibidem*, p. 79.

constitucional na duração do tempo investe o povo destinatário de seus direitos¹⁰³.

O povo que interessa à argumentação jurídica como auditório normativo é o povo destinatário, ou seja, o povo “como totalidade dos efetivamente atingidos pelo direito vigente e pelos atos decisórios do poder estatal¹⁰⁴”, incluindo as minorias, os excluídos e os marginalizados¹⁰⁵.

Nessa perspectiva o julgador, ao submeter sua argumentação ao povo, reforça o caráter democrático do poder judiciário¹⁰⁶, possibilitando a proteção de grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao processo político, por estarem sub-representados ou não-representados nos processos legislativos.

Para a caracterização do povo como auditório normativo é preciso torná-lo operacional, ou seja, é preciso que o povo represente mais que um mero ícone ideológico¹⁰⁷. O povo como auditório normativo é qualificado juridicamente pela constituição da república e, como norma constitucional deve ser tratado¹⁰⁸. Também, assim como a constituição qualifica juridicamente o povo, igualmente fornece o critério de aferição necessário à adesão do povo a uma determinada tese, nos termos do artigo 60, § 4º, da Constituição da República¹⁰⁹.

¹⁰³ Ibidem. p. 108.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 76.

¹⁰⁵ “Tocamos num ponto mais sensível do sentido de autodeterminação quando encaramos o fato de que, em vez de ‘o povo’, existem na realidade minorias e minorias. Problema permanente da sociedade democrática é tornar efetivo o governo da minoria. [...] Por outras palavras, uma democracia é uma sociedade em que a maioria se conforma com valores como aqueles que estão incorporados no Bill of Rights, em que efetivamente a maioria se abstém de praticar certos atos em relação às minorias e se atém aos métodos jurídico-políticos de caráter democrático para a solução de problemas sociais” (HALL, Jerome. **Democracia e direito**. Trad. Arnaldo Wald e Carly Silva. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1958. p. 79).

¹⁰⁶ “Assim o Estado é legítimo enquanto exercer o seu poder com base em uma Constituição que contém um determinado estoque nuclear de ‘princípios’ da família constitucional” (MÜLLER, Friedrich..., p. 104)

¹⁰⁷ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Quem...**, p.65 e ss.; MÜLLER, Friedrich. Fundamentos atuais da democracia: cidadania e participação. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (16: 1996: Fortaleza). **Anais da XVI conferência nacional dos advogados**. Brasília: OAB, conselho federal, 1996. P. 57-67

¹⁰⁸ “Aqui é importante que o ‘poder constituinte’ [do povo] não represente apenas, como texto de norma constitucional, um acontecimento temporalmente definido ou o processo de preparação da constituição, de sua deliberação e de realização da votação sobre o seu anteprojeto, mas que ele atue como *norma para um critério de aferição*, perdurante no tempo, fundamentadora da legitimidade da Constituição segundo a sua pretensão: legitimação por meio da permanência na práxis constitucional no ‘cerne material’”. (MÜLLER, Friedrich. **Fragmento...**, p. 53).

¹⁰⁹ Constituição da República, Artigo 60. [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

Desta forma, tanto os objetos prévios de acordo¹¹⁰ – premissas – quanto os critérios que determinam a viabilidade ou não de uma tese devem necessariamente conformar-se à proteção: da forma federativa do Estado; do voto direto, secreto, universal e periódico; da separação dos Poderes; e dos direitos e garantias individuais. Estas são as premissas e os critérios que o povo, como norma e auditório normativo, decidiu resguardar tanto para a geração presente quanto para as gerações futuras.

Assim, o povo como auditório normativo não se confunde com o povo real porque tem seus critérios e premissas filtrados pela Constituição.

A título de exemplo, ainda que o povo real, em razão de uma circunstância excepcional, concordasse com a aplicação de prisão perpétua a um criminoso (pressupondo que essa aceitação fosse aferível), o juiz ao submeter o caso a análise deveria afastar a tese da prisão perpétua porque violaria a premissa aceita

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais

¹¹⁰ Esta intensificação da adesão do povo a teses já admitidas fortalece a efetividade do direito. Na verdade, este ato de reconhecimento ou de aceitação das normas jurídico-positivas por parte da maioria dos componentes da sociedade estatal é precisamente o que lhe dota de eficiência, de realidade. A norma jurídica - como as demais normas sociais - para que seja cumprida, para que se converta em força efetivamente configuradora das condutas requer um reconhecimento, a adesão da comunidade, ou seja, da maioria dos sujeitos que integram o grupo. Graças a este reconhecimento, a norma se incorpora à vida do grupo; e se transforma em convicção deste, no caso de antes não o ter sido. [...] Do ponto de vista da singularidade ou generalidade do reconhecimento, este pode ser de dois tipos: direto ou indireto. O reconhecimento direto se refere a uma norma particular [...]. O reconhecimento indireto é aquele que não se refere a uma determinada norma, mas um sistema de normas. Por exemplo, reconheço todas as regras de um sistema jurídico, em virtude de pertencer a ele, e, cuja legitimidade fundamental aceito. [...] Agora, o reconhecimento básico é o direto, pois se fundam os reconhecimentos indiretos. Com efeito, para que se possa dar o reconhecimento indireto de um conjunto indeterminado de normas é necessário que haja o reconhecimento direto de uma norma ao menos, a dizer, daquela norma sobre a qual se fundam ou deveriam se fundar as demais. (tradução livre). No original: "En efecto, ese hecho de reconocimiento o de aceptación de las normas jurídico-positivas por parte de la mayoría de los componentes de la sociedad estatal es precisamente lo que dota a ella de eficiencia, de realidad. La norma jurídica - al igual que las demás normas sociales - para que sea cumplida, para que se convierta en fuerza efectivamente configuradora de las conductas requiere un reconocimiento, una adhesión de la comunidad, es decir, de la mayor parte de los sujetos que integrab el grupo. Gracias a ese reconocimiento, la norma se incorpora a la vida del grupo; y se transforma en convicción de éste, en el caso de que ya antes no lo hubiera sido. [...] Desde el punto de vista de la singularidad o generalidad del reconocimiento, éste puede ser de dos clases: directo o indirecto. El reconocimiento directo es el que se refiere a una norma determinada [...]. El reconocimiento indirecto es aquel que se refiere no a una norma determinada, sino a un complejo de normas. Por ejmplo: reconozco todas las normas de un sistema jurídico, por virtud de pertenecer a éste, cuya legitimidad fundamental acepto. [...] Ahora bien,, el reconicineto básico es el directo, pues sobre él se fundam los reconociminetos indirectos. En efecto, para que pueda darse el reconocimiento indirecto de un conjunto indeterminado de normas, es necesario que haya el reconocimineto directo de una norma por lo menos, es decirm de aquella norma sobre la cual se fundam o de cual derivan las demás. (RECASENS SICHES, Luis. **Tratado general de sociología**. 6. ed. Mexico: Editorial Purrua, 1964, p. 616-617)

pelo povo normativo de que no Brasil não se admite penas de caráter perpétuo (CF, artigo 5º, XLVII, “b”).

Também, é importante notar que o povo como norma não possui um sentido imutável durante todo o processo retórico. No processo judicial, o juiz receberá dos auditórios normativos aportes de fragmentos de realidade que possibilitarão a resignificação do povo a cada novo momento do processo retórico. Tais aportes de fragmentos de realidade incluem não apenas as informações decorrentes das relações com os demais auditórios normativos, mas também mecanismos¹¹¹ específicos de participação do povo real, a fim de melhor determinar o perfil do povo nas situações em que este se torna o principal auditório do discurso decisório judicial.

Aqui, a exigência da publicidade¹¹²¹¹³ das decisões é fundamental devido à possibilidade de o povo real conhecer e avaliar a decisão do juiz e, se for o caso, prosseguir com a discussão no espaço de fala do político¹¹⁴.

Além disso, ressalte-se que o povo é adotado como auditório em todos os discursos decisórios judiciais, contudo, terá complexidade variável de acordo com os

¹¹¹ Por exemplo, audiências públicas, requisição de informações, *amicus curiae*. Lei 9868/99, artigos 7º, §2º; 9º §§ 1º ao 3º; 20 §§ 1º ao 3º. Lei 9882/99, artigo 6º, §§ 1º e 2º.

¹¹² Constituição da República, artigos 5º, LX e 93, IX.

¹¹³ “Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicitar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões de suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países, como a Itália. Essa praxe bem se pode considerar como um contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões, embora na verdade ultrapasse freqüentemente sua finalidade, por ter a pretensão de apresentar as decisões judiciais como fruto de mera lógica, como puras ‘declarações’ de direito. De qualquer modo, mantém o seu valor enquanto tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis ao ‘sentimento de equidade e justiça da comunidade’. Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de ‘exposição’ ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais ‘responsáveis’ perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização continuada do público” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999. p. 98).

¹¹⁴ “Os conteúdos de que o discurso retórico se ocupa são comuns, assim também o é o público a que ele é destinado, precisamente porque as questões tratadas interessam a todos os membros da comunidade em que estamos inseridos; todos têm por conseguinte o direito de participar na discussão, de conseguir compreendê-la, de entender os termos, de extrair dela também, possivelmente, um prazer, e finalmente de ser os seus juízes aqueles que permeiam ou não com o seu assentimento o discurso do orador. Trata-se de uma concepção radicalmente democrática, mesmo no terreno epistemológico, na medida em que é precisamente a comunidade, o *demos*, a estabelecer em última instância se o discurso retórico é crível, provável, isto é, se pode ser aprovado ou não [...] O direito final de estabelecer o grau de proximidade ao verdadeiro, dirá respeito ao *demos*, à comunidade, à assembléia de homens políticos, de juízes, de participantes de uma reunião, de um debate” (BARILLI, Renato. Op cit., p. 9)

destinatários diretos de determinada questão, pois, será o modelo de pleito que determinará o fluxo de fragmentos de realidade no processo retórico

Por fim, frise-se que, por meio do recurso do povo como auditório normativo, tem-se a manutenção da supremacia e força da constituição¹¹⁵ e a relegitimação¹¹⁶ constante do sistema jurídico a cada ato de jurisdição.

2.4 ELEMENTOS DO DISCURSO RETÓRICO

A partir das funções da relação retórica, pode-se identificar três elementos do discurso retórico: o *ethos*, o *pathos* e o *logos*¹¹⁷. O *ethos* é ligado à figura do orador¹¹⁸, o *pathos* à do auditório¹¹⁹ e o *logos* é ligado à linguagem e à mensagem objeto da argumentação.

Assim, o *ethos* “é o caráter que o orador deve assumir para inspirar confiança no auditório, pois, sejam quais forem seus argumentos lógicos, eles nada obtêm sem essa confiança¹²⁰”. Trata-se da “qualidade do orador que nos faz

¹¹⁵ A intensificação da adesão do povo à tese da supremacia da constituição e a manutenção do cerne constitucional como premissa da argumentação sustenta a força normativa ativa da Constituição e reforça o que se denomina vontade da Constituição. “Essa vontade da Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade” (HESSE, Konrad. Op. cit., p. 19).

¹¹⁶ Sob este prisma vale lembrar a lição de Paine “Basta um mínimo de perspicácia para se perceber que, embora leis feitas numa geração muitas vezes continuem em vigor nas gerações seguinte, elas continuam a tirar sua força do consentimento dos vivos. Uma lei não-revogada continua em vigor não porque ela não possa ser revogada, mas porque ela não foi revogada; e a não-revogação passa pelo consentimento” (PAINE, Thomas. **Os direitos do homem**. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 37).

¹¹⁷ Elementos esses já identificados por Aristóteles: “Com efeito, um discurso comporta três elementos: a pessoa que fala, o assunto de que se fala e a pessoa a quem se fala” (ARISTÓTELES. **Arte retórica**..., p. 42).

¹¹⁸ “A confiança que os oradores inspiram provém de três causas, sem contar as demonstrações; e são as únicas que obtêm a nossa confiança. Ei-las: a prudência, a virtude e a benevolência. Os oradores, quando falam ou aconselham, atraíam a verdade por falta destas três qualidades ou de uma delas. Com efeito, por falta de prudência, suas opiniões são desprovidas de justeza; ou então, com opiniões justas, a maldade os impede de exprimir o que lhes afigura bom; ou então, sendo prudentes e honestos, falta-lhes a benevolência. (Ibidem, p. 116).

¹¹⁹ “Ora, as paixões são as causas que introduzem mudanças em nossos juízos, e são seguidas de pena e de prazer; tais são a cólera, a compaixão, o temor e tôdas as outras emoções semelhantes, bem como seus contrários” (Ibidem, p. 116).

¹²⁰ REBOUL, Olivier. Op. cit., p. 48.

acreditar nele, confiar no seu juízo, aceitar o que ele diz sem pôr em causa as respostas¹²¹”.

Entende-se por *pathos* o “conjunto de emoções, paixões e sentimentos que o orador deve suscitar no auditório com o seu discurso¹²²”, ao qual o orador tenta fornecer respostas através de seu discurso.

Em suma,

O *pathos* é precisamente a razão pela qual um indivíduo aceita ou recusa um argumento, uma idéia, uma mensagem. Os sentimentos que encarnam as diferenças, a diferença de cada um em relação ao outro, e são como que outras tantas maneiras de o exprimir, de se exprimir, de reagir aos outros e de os fazer saber isso¹²³.

O *ethos* e o *pathos* na argumentação jurídica implicam o reconhecimento da existência do outro no processo retórico.

Dessa forma o discurso retórico possibilita

[...] o encontro dos homens e da linguagem na exposição de suas diferenças e das suas identidades. Eles afirmam-se aí para se encontrarem, para se repelirem, para encontrarem um momento de comunhão ou, pelo contrário, para evocarem essa impossibilidade e verificarem o muro que os separa¹²⁴.

Por sua vez, o *logos* representa o conteúdo da argumentação, a mensagem que contém a tese dirigida ao auditório. O *logos* é o lugar privilegiado da argumentação racional, é o elemento em que se dá a colocação do problema e as justificativas ou metódicas explicativas de uma determinada resposta (e.g. silogismo, entinema, regra de ponderação, analogia).

É necessário enfatizar que no processo retórico os elementos do discurso não restam apartados, eles se combinam e se confundem.

[...] isso deriva do facto de os interlocutores, os utilizadores da linguagem, se apresentarem uns aos outros segundo uma distância variável que procuram negociar através de uma questão particular que indirectamente os

¹²¹ MEYER, Michael; CARRILHO, Manuel Maria e TIMMERMANS, Benoit. **História da retórica**. Trad. Maria Manuel Berjano. Lisboa: Temas e debates, 2002, p. 277.

¹²² REBOUL, Olivier. Op cit., p. 48.

¹²³ MEYER, Michel. **Questões de retórica**: linguagem, razão e sedução. Trad. António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 144.

¹²⁴ Ibidem, p. 26.

coloca eles mesmos em questão. A justificação é auto-justificação: assenta em valores, mas também sobre a procura de aprovação, o “reconhecimento”; e, para obterem isso, os homens procuram agradar e comover. *Pathos*, *logos* e *ethos* coincidem assim, e nem sempre conseguimos deslindá-los com precisão. Justificar-se implica argumentos (*logos*), mas também levar o outro em conta (*pathos*), para lhe agradarmos, para nos fazermos aceitar ou porque o queremos manipular (*ethos*)¹²⁵.

Deste modo, as subjetividades do orador e do auditório têm lugar importante no desenvolvimento da ação retórica porque compõem o próprio discurso (*logos*), tornando-o contextualizado¹²⁶.

2.4.1 Os elementos retóricos no discurso judicial decisório

A materialização da relação entre *ethos* e *pathos* no discurso decisório é verificável pela presença do preceito da identidade física do juiz¹²⁷, ou seja, aquele que primeiro conheceu a lide deverá julgá-la. Uma vez estabelecida a relação *ethos* e *pathos*, tem início o processo retórico de discussão, que culminará em uma decisão judicial.

Nesse processo retórico de discussão há uma interdependência entre os elementos da retórica jurídica, se algum desses elementos for corrompido em

¹²⁵ Ibidem, p. 33.

¹²⁶ Com base nos elementos retóricos, Barilli afirma a existência de três finalidades do discurso retórico. “Público comum, de homens ‘como todos nós’, que participam com a sua comum dotação humana de faculdades, sentimentos, impulsos, sobre os quais, por conseguinte, será oportuno intervir com uma instrumentação que seja, também ela, global e plurissignificativa. Eis a razão pela qual o discurso retórico deve perseguir simultaneamente, e procurar fundir entre si, três ordens de finalidades: o *docere*, ou seja, a transmissão de noções intelectuais; o *movere*, isto é, atingir os sentimentos, o ‘vivido’ emotivo; e finalmente ainda o *delectare*, ou seja, manter viva a atenção do auditório, estimulá-lo a seguir o fio do raciocínio, sem se deixar perturbar pelo aborrecimento, pela indiferença, pela distração; isto precisamente porque a comunicação retórica se dirige não a mentes superiores, a espíritos puros, mas a homens de carne e osso, sujeitos portanto ao cansaço e ao tédio, vulneráveis a raciocínios demasiado difíceis e ‘cerrados’, isto é, em que não é deixado lugar para a imaginação: em que tudo é tensão fervorosa, esforço intelectual, sem nunca permitir uma abertura oportuna para a dis-tensão, e ao seu resultado mais directo, a comicidade. [...] A retórica neste aspecto é *techne* de pleno direito, pois desenvolve uma operação não só cognoscitiva, mas também transformativa, prática; não se limita a transmitir noções neutras e assépticas (isso seria o *docere*), mas pretende também arrastar aqueles que as recebem, exercer uma acção sobre eles, plasmá-los, deixá-los diferentes, depois de terem sofrido sua influência. De resto, já o observamos, o *docere*, isto é, uma operação tipicamente teórica, funde-se com o *movere* e com o *delectare*, que por seu lado invadem a esfera da razão prática, tocando a vida afectiva, exercendo efeitos sobre o ‘vivido’” (BARILLI, Renato. Op cit., p. 9-11).

¹²⁷ Código de Processo Civil, artigo 132.

demasia, a legitimidade e a legalidade de uma decisão ou a própria autoridade do juiz podem ser questionadas.

O vício de *logos*, seja pela adoção de um discurso infundado, seja por um discurso não-fundado em fonte jurídica, prejudica todo o discurso retórico. Exemplo limite da conseqüência do vício do *logos* pode ser encontrado no artigo 5º do Código de Hamurabi:

Se um juiz dirige um processo e profere uma decisão e redige por escrito a sentença, se mais tarde o seu processo se demonstra errado e aquele juiz, no processo que dirigiu, é convencido de ser causa do erro, ele deverá então pagar doze vezes a pena que era estabelecida naquele processo, e se deverá publicamente expulsá-lo de sua cadeira de juiz. Nem deverá ele voltar a funcionar de novo como juiz em um processo¹²⁸.

Nesse exemplo, o juiz que comprovadamente errou em seu raciocínio (*logos*) e reconheceu tal erro, terá prejudicado de tal forma sua posição que terá sua própria autoridade questionada, além de se ver obrigado a assumir as conseqüências de seu ato.

O vício de *pathos*, na perspectiva jurídica, geralmente se dá pela parcialidade do juiz, motivada por alguma “paixão” (sentimento ou emoção). Um exemplo do vício de *pathos* se encontra nas algumas das causas de impedimento e suspeição do juiz, e.g., o artigo 134, V, do Código de Processo Civil.

Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:
V - quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

Ora, há uma presunção de que um juiz é afetado pelas suas “paixões” ao atuar em um processo que envolva seu cônjuge, afetando sua imparcialidade, ou seja, a carga do *pathos* se sobreporia aos demais elementos da relação retórica, comprometendo todo o discurso. Em razão disso, o sistema jurídico possibilita que uma decisão assim tomada seja rescindida.

O vício do *ethos* é um tema que assume relevância cada vez maior na perspectiva jurídica, isso porque o *ethos* na retórica jurídico-democrática também tem influência bastante relevante no que se considera uma decisão jurídica razoável e legítima. Um exemplo do vício de *ethos* a ponto de minar a autoridade e

¹²⁸ Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 07/08/2011.

legitimidade de seu titular pode ser encontrado em decisão recente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹²⁹ que teria demitido um magistrado por: a) procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções¹³⁰; b) manter conduta irrepreensível na vida pública e particular^{131 132}.

Nesse caso, o prejuízo ao *ethos* do juiz foi tão relevante que afetaria o próprio *ethos* da instituição que ele representa, os danos para sua autoridade e legitimidade foram grandes o suficiente para provocar seu desligamento da magistratura.

Os exemplos de vícios de *ethos*, *logos* e *pathos* servem de auxílio para a compreensão da interdependência que existe entre esses elementos e como, com maior ou menor participação, todos são relevantes na determinação de uma decisão dotada de razoabilidade e legitimidade.

2.4.1.1 O *ethos* na relação retórico-jurídico-decisória

O *ethos* já foi explicitado anteriormente, agora se faz necessário identificar a maneira como o *ethos* se expressa na retórica jurídico-democrática, com ênfase no papel do juiz.

Saliente-se que o *ethos* do juiz também possui caráter normativo, visto que o sistema jurídico brasileiro adota um modelo específico de *ethos*¹³³ para o julgador. O juiz, na função de orador, precisa zelar por um modelo de *ethos* que lhe reforce a imagem de autoridade legítima responsável pela jurisdição.

Outrossim, o comprometimento do *ethos*, além de afetar a própria imagem do magistrado, afeta a credibilidade do Poder Judiciário como um todo, implicando o desligamento daquele magistrado da jurisdição¹³⁴.

¹²⁹ Boletim n.º 032/2011 – DMOJ. Diário da Justiça n. 4.539, p. 2, de 10 de março de 2011.

¹³⁰ Resolução 30/2007 do CNJ, art. 11, III.

¹³¹ Lei complementar 35/79, art. 35, VIII.

¹³² O juiz no caso teria feito elogios impróprios a proprietária de uma sorveteria, além de outros eventos pelos quais era acusado por conduta inconveniente. Fonte: TJRS. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/#.../system/modules/com.br.workroom.tjrs/elements/noticias_controller.jsp?acao=ler&idNoticia=135417. Acesso em: 07/08/2011.

¹³³ O delineamento mais completo do *ethos* no sistema jurídico brasileiro se encontra no Código de Ética da Magistratura Nacional, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça.

¹³⁴ No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça tem, recentemente, se destacado na função de proteger o *ethos* do juiz. Todavia, algumas discussões ainda suscitam maiores análises, por exemplo:

O *ethos* do juiz está vinculado em primeiro lugar às concepções de *isegoria* e *parrhesia* já analisados. Significa dizer que o juiz deve transparecer uma conduta imparcial e franca em relação às partes do processo, possibilitando o embate de opiniões pautado pela boa-fé processual¹³⁵.

O juiz ideal mostraria que escutou contra o qual ele decidiu e que avaliou a força dos argumentos de ambas as partes [*isegoria*]. O direito realizado dessa maneira comportaria duas vozes opostas, as vozes das partes interessadas, em um trabalho feito por outro, pelo juiz que escutou a ambos e enfrentou o conflito entre eles de uma maneira honesta [*parrhesia*]. Neste sentido o trabalho mais importante do juiz é a definição de sua própria voz, o caráter que ele constrói para si mesmo enquanto ele atua um caso¹³⁶

uma decisão que “aposenta compulsoriamente” (sanção) um juiz por atos incompatíveis com a magistratura geraria quais efeitos para as decisões pretéritas desse juiz? Em casos graves, como suborno do juiz, é possível utilizar a ação rescisória (Art. 485, I, CPC). Em outros, como a venda de sentenças no âmbito criminal, ainda não há posição definida. De toda sorte, o comprometimento do *ethos* do juiz pode implicar o fim de sua credibilidade perante a comunidade, ocasionando inclusive seu afastamento. A título de exemplo, Processo Administrativo Disciplinar. Magistrado. Procedimento de Controle Disciplinar. Competência concorrente do Conselho Nacional de Justiça. Violação aos deveres previstos nos artigos 35, incisos VII e VIII, e 56, II, da LOMAN. Falta de alta gravidade. Aposentação compulsória, nos termos do art. 28, c/c o art. 42, inciso V, da mesma Lei Complementar e art. 5º, incisos I e II, da Resolução 30/CNJ. O Conselho Nacional de Justiça possui competência concorrente com os Tribunais para o exercício do Controle Disciplinar dos Magistrados, nos termos do art. 103-B, § 4º, III, da Constituição Federal. A facilitação de Magistrado à percepção irregular, por seus filhos, de vencimentos pagos pelo Tribunal sem a devida contraprestação do serviço constitui infração disciplinar de alta gravidade, caracterizada pelo descumprimento dos deveres descritos nos art. 35, VII e VIII, e 56, II, da LOMAN, e que enseja a aplicação de pena de aposentadoria compulsória, nos termos do art. 28, c/c o art. 42, inciso V, da LOMAN e art. 5º, incisos I e II, da Resolução nº 30 do Conselho Nacional de Justiça. Comprovada a procedência das imputações, a aplicação da pena de aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, torna-se impositiva. (CNJ - PAD 200910000022613 – Rel. Cons. Milton Augusto de Brito Nobre – 101ª Sessão – j. 23/03/2010 – DJ - e nº 56/2010 em 25/03/2010 p.07). Sindicância. Desembargador. Atuação desidiosa. Inadequação de conduta. Parcialidade no julgamento. Violação dos deveres funcionais. Indícios. Aprofundamento das investigações. Necessidade. Instauração de Processo Administrativo Disciplinar. 1) Viola os deveres da Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN, art. 35, I, II e III) o Magistrado que apresenta atuação desidiosa nos autos de processo judicial, ao não incluir o feito em pauta para julgamento em prazo razoável, e, uma vez o tendo incluído e deparando-se com a impossibilidade de realizar o julgamento, determinar diversos adiamentos, causando prejuízo e desconforto às partes e aos Advogados. 2) Resta violado o dever de imparcialidade quando o Magistrado profere decisão sob influência de Advogado, ex-Desembargador. 3) Viola o dever de manter conduta irrepreensível na vida pública e particular, nos termos do art. 35, VIII da LOMAN, o Magistrado que se omite quando podia evitar o crime, ou incentiva e colabora com a exploração sexual de adolescente. 4) Havendo indicativo de violação dos deveres funcionais praticada por Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, com a adoção de postura incompatível com o exercício da Magistratura, consubstanciando, em tese, violação à Lei Complementar nº 35/79 – LOMAN, mostra-se necessária a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, a fim de que sejam esclarecidos os fatos e aplicada a penalidade eventualmente cabível. (CNJ – SIND 0007512-49.2009.2.00.0000 – Rel. Min. Eliana Calmon Alves – 115ª Sessão – j. 19/10/2010 – DJ - e nº 194/2010 em 21/10/2010 p.20).

¹³⁵ Código de Processo Civil, artigos 16, 17, 129.

¹³⁶ Tradução do autor. No original: ““The ideal judge would show that he had listened to the side he had voted against and that he felt the pull of arguments both ways. The law that was made that way would comprise two opposing voices, those of the parties, in a work made by another, by the judge Who had listened to both and had faced the conflict between them in na honest way. In this sense the judge’s most important work is the definition of his own voice, the character He makes for himself as

Além de elemento da relação retórica, o *ethos* possui um importante papel argumentativo, dele emana a autoridade do juiz e nele atua a reputação do juiz. O ideal de *ethos* do juiz deve exteriorizar um homem dotado de virtude, competente para solucionar conflitos de forma justa, em outras palavras, “o *ethos*, para operar plenamente como força argumentativa, deve inspirar a comunidade, seus sentimentos, tendo por motor a reciprocidade, que vai da admiração pelo outro à vontade de agir como ele ou de tomá-lo como modelo”¹³⁷.

O *ethos* do juiz tem caráter complexo. É complexo porque é formado pela relação de vários *ethoi*: o *ethos* institucional – vinculado à autoridade judicial – e os *ethos* projetivo e efetivo – vinculado à reputação do juiz.

Por *ethos* institucional entendemos aquelas atitudes de matriz normativa que se exige do juiz no seu agir. Trata-se, portanto, de um *ethos* prévio, que antecede em significação a própria presença física do juiz, mas que o acompanha porque é a imagem que a própria instituição quer transmitir à comunidade.

Esse *ethos* pré-discursivo faz parte da bagagem dóxica dos interlocutores e é necessariamente mobilizado pelo enunciado em situação. Um nome, uma assinatura são suficientes para evocar uma representação estereotipada que é levada em conta no jogo especular da troca verbal. O *ethos* prévio ou pré-discursivo pode ser confirmado [...] ou modificado [...] No interior de uma dada cena genérica, o locutor procede à instalação de uma imagem de si que corresponde a uma distribuição dos papéis preexistente e se funda nos lugares comuns do auditório ou, ao menos, nos que o locutor os atribui¹³⁸

Pretende-se com a figura do *ethos* institucional conferir uma imagem que acompanha a própria função de ser juiz, independentemente da pessoa que ocupa o cargo.

Mais que isso, o *ethos* institucional compreende a autoridade do juiz. Autoridade, nessa perspectiva, é a manifestação do poder político já instituído, decorrente de uma instância de poder que já possui o assentimento do povo¹³⁹, no

he works through a case”. (WHITE, James Boyd. **Herakles’Bow**: essays on the rhetoric and poetics of Law. Madison: The University of Wisconsin Press, 1985.p.47).

¹³⁷ Tradução do autor. No original: “L’*ethos*, pour opérer à plein comme force argumentative, doit inspirer la communauté, ses sentiments, avec pour moteur la réciprocité, qui va de l’admiration pour l’autre à la volonté de faire comme lui ou de le prendre pour modele” (MEYER, Michel. **Principia rhetorica**..., p. 154).

¹³⁸ AMOSSY, Ruth. O *ethos* na intersecção das disciplinas: retórica, pragmática, sociologia dos campos. In. _____ (org.). **Imagens de si no discurso**: a construção do *ethos*. São Paulo: Contexto, 2008. p. 137.

¹³⁹ ADVERSE, Helton. **Maquiavel**: política e retórica. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 225.

caso, decorrente da Constituição da República. Nesse sentido, possuir autoridade “quer dizer aparecer de um certo modo, representar algo ao juízo dos homens”¹⁴⁰ e, esse algo é justamente essa significação prévia do juiz dada pelo *ethos* institucional.

É evidente que quanto menor a distância entre o *ethos* do indivíduo e o *ethos* institucional, maior será a força argumentativa que o *ethos* judicial irá assumir e maior a aceitação da autoridade da decisão.

O *ethos* institucional é um modelo constituído pelas regras jurídicas que norteiam o agir do juiz no mundo. São características desse *ethos*: o atuar com independência, imparcialidade, prudência, conhecimento e capacitação, serenidade, exatidão, celeridade, urbanidade, cortesia, pontualidade, assiduidade, diligência, transparência, conduta irrepreensível na vida pública e particular, integridade profissional e pessoal, respeito ao segredo profissional, dignidade, honra e decoro, prevenindo ou reprimindo qualquer ato contrário à dignidade da Justiça¹⁴¹.

Ao assumir este *ethos* institucional normativo o juiz firma um compromisso ético, que redundará em um princípio da responsabilidade¹⁴².

O princípio da responsabilidade introduz o elemento humano e moral na obra científica e filosófica. É o homem, em última instância, que é o juiz de sua escolha, os outros homens, seus colaboradores e seus adversários, julgam ao mesmo tempo essa escolha e o homem que a escolheu.¹⁴³

É providencial a afirmação de Quintiliano que caracteriza a retórica como “a ciência do bem dizer, pois abrange de uma só vez todas as perfeições do discurso e

¹⁴⁰ Ibidem. p. 226.

¹⁴¹ Constituição da República, artigos 5º LV, LVI, LX, LXXVIII; 93, IX; 95, parágrafo único e incisos. Lei complementar 35/79 – lei orgânica da magistratura nacional – artigos 35 e 36. Código de Processo Civil, artigos 125 e 129. Código de Ética da Magistratura Nacional, artigos 1º ao 39.

¹⁴² O princípio da responsabilidade é o principal elemento diferenciador da nova retórica em relação à dialética erística. Enquanto aquela é pautada por um elemento ético e objetiva o consenso, a harmonização; esta “é a arte de disputar, mais precisamente a arte de disputar de maneira tal que se fique com a razão, portanto, *per fas et nefas* (com meios lícitos e ilícitos). De fato, é possível ter razão objetiva na questão em si e, no entanto, aos olhos dos presentes, por vezes mesmo aos próprios olhos, não ter razão. Isso ocorre quando o adversário refuta minha argumentação e vale como se tivesse refutado a própria afirmação, para a qual, porém, podem ser dadas outras provas; nesse caso, naturalmente, a relação é inversa para o adversário: ele fica com a razão, não a tendo objetivamente. Portanto a verdade objetiva de uma proposição e sua validade na aprovação dos litigantes e ouvintes são duas coisas distintas (A segunda está direcionada a dialética)” (SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão**. Trad. Alexandre Krug e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.p. 3). Ou, ainda, a dialética erística caracteriza-se como “pura técnica de disputa, da indiferente manifestação pró ou contra determinada tese, mera ginástica mental” (BARILLI, Renato. Op. cit., p. 20).

¹⁴³ PERELMAN, Chaim. **Retóricas...**, p. 142-143.

a própria moralidade do orador, vez que não se pode bem falar sem ser um homem de bem”.¹⁴⁴

Ressalte-se que uma vez violado o princípio da responsabilidade, o orador estará sujeito a comprometer sua imagem e confiabilidade perante o auditório, enfraquecendo sua argumentação.

Em direta relação com o *ethos* institucional há o *ethos* projetivo e o *ethos* efetivo do juiz.

Tanto o *ethos* projetivo quanto o *ethos* efetivo dependem da figura do juiz na função de orador, ou seja, dependem da atuação efetiva do juiz.

O *ethos* efetivo caracteriza-se como a imagem exteriorizada que o orador tem de si mesmo. Ao passo que o *ethos* projetivo é a imagem que o auditório alvo daquele discurso teve do orador.

Nem sempre há a identidade entre esses dois *ethos*, “quando se produz uma defasagem entre o *ethos* projetivo e o *ethos* efetivo, isso resulta do fato de o orador não levar em consideração a diferença entre o que é para si mesmo e o que é para o outro¹⁴⁵”. E, quanto maior a diferença entre eles, menor será a possibilidade de adesão à tese proposta pelo orador, vez que o *ethos* projetivo parte sempre da pré-compreensão do *ethos* institucional.

Em outras palavras, o auditório parte, na configuração do *ethos* projetivo, das características do *ethos* institucional, é o juiz virtuoso (franco, imparcial, independente, prudente etc) que a comunidade espera ver em ação. Se o juiz-orador não corresponde ou se distânciava demasiadamente dessa imagem, terá seu *ethos* comprometido, exigindo-se dele no decorrer de seu agir a percepção dessa diferença entre *ethos* efetivo e projetivo, retomando o laço com a comunidade-auditório ao qual se dirige.

Tendo em vista que o auditório tem uma pré-compreensão do *ethos* do orador, qual mecanismo deverá atuar para modificar essa compreensão prévia e diminuir a distância entre o *ethos* projetivo e efetivo? Esse será um dos papéis da reputação.

¹⁴⁴ Tradução do autor. No original “la science de bien dire, car cela embrasse à la fois toutes les perfections du discours et la moralité même de l’orateur, puisqu’on NE peut véritablement bien parler sans être homme de bien” (QUINTILIANO, Marcus Fabius. **Oeuvres complètes de Quintilien**. T.1..., p. 180).

¹⁴⁵ MEYER, Michel. **A retórica**. trad. Marly N. Peres. São Paulo: Ática, 2007. p. 55.

A reputação “é uma espécie de admiração e, como tal, é desperta por atos que dão mostras de virtù¹⁴⁶”, é o agir virtuoso exteriorizado pelo juiz que lhe conferirá reputação e, como reflexo, a reputação reforçará a credibilidade e assentimento às leis e instituições políticas que ele representa, fazendo uma espécie de ponte entre a imagem e o poder.

Portanto, a reputação

[...] se fundamenta na ação e como tal é objeto de juízo do povo. A ação é o que mostra, o que se dá a ver e, por essa qualidade, está na origem dos sinais que, em um discurso retórico, podem levar o povo a atribuir ou retirar o poder de um ator político [...] Por um lado *doxa*, por outro, o próprio poder, a *riputazione* é o que permite a passagem de uma a outro¹⁴⁷.

A relação imbricada que existe entre o *ethos* institucional, projetivo e efetivo se reflete também na relação entre autoridade e reputação.

Deter *autorità* [autoridade] é se encontrar em condições de agir, de dar vida ao mecanismo de poder. A *riputazione* [reputação] é pilar sem o qual nenhuma *autorità* pode ser erigida. Talvez a *autorità*, no entanto, seja mais do que o edifício suportado pelo alicerce. A metáfora arquitetônica deixa escapar algo mais peculiar na relação entre os termos: a *autorità* é aquilo para que tende a *reputazione* (itálico no original)¹⁴⁸.

Em última análise, será manutenção deste modelo complexo de *ethos* que possibilitará ao juiz por fim à questão em discussão¹⁴⁹ e estabilizar o processo mesmo diante do dissenso entre as partes. Em casos-limite, a autoridade da decisão se baseará menos no *logos* e mais no *ethos* do magistrado diante da comunidade, ou seja, na compreensão da comunidade de que o magistrado, conquanto não tenha atingido um consenso, agiu com franqueza, imparcialidade, senso de justiça, benevolência, virtude e prudência.

¹⁴⁶ ADVERSE, Helton. Op. cit., p. 225.

¹⁴⁷ Ibidem. p. 221.

¹⁴⁸ Ibidem. p. 227.

¹⁴⁹ Ressalte-se que se trata de uma solução precária sobre a questão objeto de discussão. A decisão judicial, em qualquer instância, apenas soluciona a questão no espaço de fala do judiciário e, na maioria das vezes, solução essa restrita a um determinado caso. Todavia, a argumentação pode se prolongar no espaço de fala do político. Com efeito, este prolongamento da argumentação em outros espaços de fala é cada vez mais comum em razão da: a) publicidade dos julgamentos e decisões em novas mídias; b) da publicação do voto vencido; c) e da utilização de mecanismos que possibilitam maior contato do povo com as questões discutidas no judiciário (e.g. audiências públicas, a figura do *amicus curiae*).

2.4.1.2 O *pathos* na relação retórico-jurídico-decisória

As paixões ou emoções¹⁵⁰ ocupam um papel relevante no Direito¹⁵¹, seja na formulação das leis¹⁵², seja no estado emocional dos participantes do processo, seja como base para argumentos no discurso decisório.

Para a melhor compreensão do *pathos* na retórica jurídica exige-se uma especificação do papel desempenhado pela emoção na compreensão humana.

Com o objetivo de manter a integridade do trabalho, e, partindo da matriz aristotélica¹⁵³, está-se a falar de uma teoria cognitiva da emoção¹⁵⁴, “e isso não

¹⁵⁰ Os termos emoção e paixão serão utilizados como sinônimos.

¹⁵¹ Nussbaum ilustra a relação entre paixão e direito com uma analogia: Se imaginarmos os deuses gregos tais como descritos nas lendas – criaturas onipotentes, capazes de tudo ver, que não precisam de comida e cujos corpos nunca podem ser feridos – nós veremos que o direito não teria sentido em suas vidas. [...] Nós, humanos, precisamos do direito porque somos vulneráveis a danos e prejuízos das mais inúmeras formas. [...] Se pensarmos em nós mesmos como deuses autossuficientes, nós fracassaremos em compreender os laços que nos unem aos nossos semelhantes humanos. [...] Emoções de compaixão, tristeza, medo e raiva são, neste sentido, lembretes valiosos de nossa condição humana comum” (Tradução do autor). No original: “if we imagine the Greek gods as depicted in legend – all-powerful, all-seeing creatures who need no food whose bodies never suffer damage – we will see that law would have no point in their lives. [...] We humans need law precisely because we are vulnerable to harm and damage in many ways” [...] “If we think of ourselves as like self-sufficient gods, we fail to understand the ties that join us to our fellow humans. [...] Emotions of compassion, grief, fear, and anger are in that sense essential and valuable reminders of our common humanity” (NUSSBAUM, Martha C. **Hiding from humanity**: disgust, shame, and the Law. Princeton. Princeton University Press, 2004. p.6-7). Também, Cf. POSNER, Richard A.. **Fronteiras da teoria do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 281-282.

¹⁵² A título de exemplo, a emoção de “aversão” – violação do indivíduo ao código moral da sociedade – é considerada o principal motivo ou um motivo forte para a criminalização de certas condutas, tais como: proibição de urinar, ficar nu ou masturbar-se em público; vedação à poligamia, ao bestialismo, ao incesto, a certos comportamentos sexuais; regras contra a prostituição, o consumo de certas substâncias, os jogos de azar (POSNER, Richard A.. **Fronteiras...**, p. 306. Também, BANDES, Susan A. Introduction. In. _____ (Ed). **The passions of Law**. New York. New York University Press, 1999. p. 1-15. p.5. Também, NUSSBAUM, Martha C. **Hiding...**, p.3).

¹⁵³ “A aparência sob a qual se mostra o orador é, pois, mais útil para as deliberações, enquanto a maneira como se dispõe o ouvinte importa mais aos processos, com efeito, para as pessoas que amam, as coisas não parecem ser as mesmas para que aquelas que odeiam, nem, para os dominados pela cólera, as mesmas que para os tranquilos; mas elas são ou totalmente diferentes ou de importância diferente” (ARISTÓTELES. **Retórica das paixões**. Trad. Isis Borges B. da Fonseca. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 3)”. Esse trecho da obra aristotélica exemplifica o papel das emoções no próprio processo humano de compreensão; a significação de um evento, uma pessoa ou uma situação se altera de acordo com a prevalência de uma ou outra emoção, daí o aspecto cognitivo de sua teoria das paixões.

¹⁵⁴ Cognitive theories focus on what I have called the informational content of emotions. This takes two forms. The more mundane emphasizes that the perception of the object of an emotion is an essential element of the emotion itself. In this sense, the objects and properties perceived are ordinary ones: to fear the lion that is coming to me, I must first detect it. But though perception in ordinary sense can ground an emotion, it cannot be the emotion. The second informational element takes as its object not just the presence of the lion, but its fearfulness. The emotion of fear could be the perception of that” (SOUSA, Ronald de. **The rationality of emotion**. Cambridge: MIT Press, 1987. p.40). Tradução do

apenas no sentido óbvio de que as reações emocionais geralmente são deflagradas por informações, mas também no sentido de que um sentimento expressa uma avaliação da informação”¹⁵⁵.

Procura-se dessa maneira afastar a relação absoluta entre emoção e irracionalidade¹⁵⁶.

autor: “As teorias cognitivas focam-se no que tenho chamado de conteúdo informacional das emoções. Conteúdo esse que assume duas formas. O mais mundano enfatiza que a percepção do objeto de uma emoção é um elemento essencial da própria emoção. Neste sentido, os objetos e propriedades percebidas são aquelas comuns: para temer o leão que está chegando até mim, eu preciso primeiro detectá-lo. Mas embora a percepção, nesse sentido comum, possa fundamentar uma emoção, ela não pode ser a emoção. O segundo elemento de informacional tem como objeto não apenas a presença do leão, mas o aspecto de ter medo. A emoção do medo pode ser a percepção desses aspectos”.

¹⁵⁵POSNER, Richard A.. **Fronteiras...**, p. 283-284

¹⁵⁶ Nussbaum coloca e problematiza a questão da racionalidade ou irracionalidade das emoções. Ao elencar as objeções à racionalidade das emoções a autora cita: a) uma visão de emoção indexada a forças cegas que nada teriam a ver com o raciocínio, tratar-se-iam de forças que empurrariam o sujeito para uma direção qualquer e, esse tipo de fenômeno apenas tornaria caótica a disposição para um juízo de razoabilidade e mesmo para o desempenho da cidadania; b) as emoções caracterizam a vida humana como algo incompleto e vulnerável, o que contraria o conceito de homem racional como uma pessoa estável, perfeita e virtuosa; c) as emoções focam-se nos elos e nos vínculos atuais da pessoa, especialmente com objetos concretos e pessoas próximas a ela, dessa forma, visualizando essa coisa ou pessoa como algo especial e não abstratamente considerada, configurando uma perspectiva centrada na primeira pessoa, sem o necessário desligamento da situação. Em resposta às objeções, a autora defende: a) é preciso distinguir emoções de impulsos fisiológicos, as emoções são direcionadas a um objeto, e esse objeto é visto sob uma descrição intencional: e.g. a raiva não se resume apenas ao “sangue fervendo”, ela é direcionada a alguém (considerado como alguém que agiu de forma errada comigo) e a maneira como eu percebo essa pessoa ou objeto é intrínseca à natureza da minha emoção (eu vejo o objeto investido com valor ou importância). Em suma as emoções são maneiras de compreender. Também, as emoções, segundo as teorias cognitivas, estão estritamente conectadas às opiniões ou crenças a respeito de seu objeto, portanto, não podem ser tachadas previamente de irracionais, a verdade ou falsidade (a percepção da situação é faticamente correta ou incorreta), bem como a racionalidade ou irracionalidade (razoabilidade da emoção a partir de seu fundamento em “boa” ou “má” evidência ou prova) das emoções deverão ser determinadas a partir dos juízos e opiniões. As emoções não são vistas como forças cegas, mas como parte da subjetividade da pessoa, cabendo à pessoa modificar suas emoções para torná-las partes da subjetividade de uma pessoa razoável, em suma, os julgamentos e opiniões permitem que o ser humano estabeleça para si uma escala de valores; b) a noção de incompletude da vida humana caracterizada pelas emoções é necessária para uma visão ética completa, pois será a partir da incompletude do indivíduo que se dará valor e importância para aquilo que está fora de si mesmo, possibilitando a criação de elos e vínculos com outros a fim de tornar a vida humana mais completa; c) embora a proximidade e a perspectiva em primeira pessoa possam conduzir a julgamentos desarrazoados, as respostas emocionais permitem considerar cada vida humana como algo único e irrepetível, o que, embora, possa não conduzir à solução dos problemas, pode servir para problematizar uma determinada situação que precisa ser resolvida. Além disso, na vida política, há mecanismos para filtragem das emoções desarrazoadas (o diálogo, o espectador judicioso, normas sociais). (NUSSBAUM, Martha C. **Poetic justice: the literary imagination and public life**. Boston: Beacon Press, 1995.p. 60-64. Também, NUSSBAUM, Martha C. **Hiding...**, p. 24-25 e 29-35. E, NUSSBAUM, Martha C. **Upheavals of thought: the intelligence of emotions**. Cambridge, Cambridge University Press, 2001. P. 27-30.). Em sentido semelhante Cf. ELSTER, Jon. **Alchemies of the mind: Rationality and the emotions**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 283-327.

[Ora, as emoções] são ligadas ao pensar e ao juízo, incluindo juízos dos mais relevantes no mundo. Nossas próprias emoções incorporam juízos e pensamentos, por vezes muito complexos, sobre pessoas e coisas que nos são caras. [...] Se eu ataco uma pessoa que acabou de violentar meu filho, minha raiva, uma vez mais, não será um impulso irracional. Envolve um pensamento, um juízo, sobre o terrível dano que meu filho acabou de sofrer e sobre a ilicitude do ato do ofensor¹⁵⁷.

A racionalidade das emoções assumirá um caráter relativo em relação às emoções: dir-se-á que uma emoção é irracional quando não fundada em boa evidência ou autoridade.

A partir destas premissas, uma noção de emoção – compatível com uma teoria cognitiva das emoções – compreende a seguinte estrutura: a) as emoções possuem um objeto; b) esse é um objeto intencional, ou seja, seu papel na emoção depende da maneira como ele é visto e interpretado pela pessoa que apresenta aquela emoção; c) as emoções encarnam não apenas um modo de ver o objeto, mas opiniões, crenças e juízos sobre esse objeto, ou seja, há um vínculo intrínseco entre a emoção e um conjunto de opiniões, crenças e juízos sobre esse objeto – e.g. a raiva envolve uma crença sobre um dano injustamente causado –; d) todas as emoções envolvem apreciações e avaliações, ou seja, as emoções veem o objeto como investido de um valor ou importância que faz referência ao próprio bem estar da pessoa¹⁵⁸.

No contexto da retórica jurídico-democrática do discurso decisório, as emoções manifestam-se no elemento *pathos*

¹⁵⁷ NUSSBAUM, Martha C. **Hiding...**, p.10. Tradução do autor. No original: “very much bound up with though, including thoughts about what matters most to us in the world. [...] Our own emotions incorporate thoughts, sometimes very complicated, about people and things we care about. [...] If I attack a person who has just raped my child, my anger, again, is not just a mindless impulse. It involves a thought about the terrible damage my child has just suffered and the wrongfulness of the offender’s act”

¹⁵⁸ Noção baseada na concepção de Nussbaum (NUSSBAUM, Martha C. **Upheavals...**, p. 27-30. e; NUSSBAUM, Martha C. **Hiding...**, p.24, 25, 27 e 29). Note-se também que se trata de uma concepção aprimorada da noção aristotélica de emoção, cito: “As paixões são todos aqueles sentimentos [causas] que, [fazem alterar] causando mudanças nas [nos juízos das] pessoas, fazem variar seus julgamentos, e são seguidos de tristeza [dor] e prazer, como a cólera, a piedade, o temor, e todas as paixões análogas, assim como seus contrários. Devem-se distinguir, relativamente a cada uma, três pontos de vista, quero dizer, a respeito da cólera por exemplo, em que disposição estão as pessoas em cólera, contra quem habitualmente se encolerizam, e por quais motivos” (ARISTÓTELES. Op cit., p.116). Em sentido semelhante, Elster determina seis características das emoções: a) excitação fisiológica; a) objeto intencional; c) antecedente cognitivo – antes de agir emocionalmente a uma situação, nós a processamos cognitivamente (e.g. é preciso decidir se o sujeito que pisa no meu pé o fez intencionalmente)–; d) valência – algumas emoções tendem a ser consideradas positivas (e.g. amor) outras negativas (ódio); e) tendência a ação – e.g. a propensa ação da vergonha é esconder-se ou desaparecer; f) expressão fisiológica visível – e.g. ficar ruborizado, no caso da vergonha) (ELSTER, Jon. Rationality and emotions. **The Economic Journal**. V. 6. N. 438, sep. 1996, p. 1386-1397, p. 1388..

[...] *pathos* designa a expressão ou articulação desses sentimentos [emoções] e também, o que mais interessa como sentido retórico, indica uma qualidade do discurso, que consiste em despertar no ouvinte os mesmos sentimentos [emoções] que o orador deseja transmitir. Aí está o ponto mais importante: o *pathos* que desperta o *pathos* por artes da retórica. Essa transmissibilidade patética do discurso se dá quando o orador consegue uma disposição contrária àquilo que quer atacar (indignação, *deeiinosis*, *indignatio*) ou adesão àquilo que quer defender (compaixão, comiseração, *eleeinologia*, *miseratio*)¹⁵⁹

Assim como acontece com o *ethos*, o *pathos* também assume um caráter relacional complexo, pois envolve os chamados *pathos* projetivo e *pathos* efetivo.

O *pathos* projetivo é aquele conjunto de emoções que o orador imagina despertar no auditório com o seu discurso, ou seja, trata-se de uma projeção do orador das emoções que ele acredita despertar no auditório. O *pathos* efetivo é o verdadeiro conjunto de emoções despertadas no auditório, auditório esse “movido por emoções e crenças muito suas, e não unicamente pela preocupação de ser persuadido pelo outro passivamente”¹⁶⁰.

A aproximação do *pathos* projetivo e do *pathos* efetivo que possibilitará a transmissão patética do discurso, ou seja, o despertar de uma emoção no outro.

Para que essa redução das diferenças entre o *pathos* efetivo e o projetivo ocorra, requer-se que o orador se projete no olhar do outro (empatia) e atente as reações do auditório ao seu discurso¹⁶¹.

Com efeito, as manifestações do *pathos* que permitirão ao juiz – na função de orador –: dimensionar a distância que o separa do auditório, reduzir as diferenças entre ele e a comunidade e a refletir sobre suas ações através do olhar do outro¹⁶²

¹⁵⁹ ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para estudo do direito. **Revista Sequência**, n.56, p. 55-82, jun. 2008. p. 62.

¹⁶⁰ MEYER, Michel. **A retórica...**, p. 56.

¹⁶¹ “Para se convencer alguém é preciso comovê-lo e, sendo assim, conhecer as suas paixões, ou seja, as suas inclinações, gostos, desejos, crenças, as disposições de espírito que o caracterizam. Prefigurações do indivíduo, as paixões são os signos das diferenças, da diversidade humana, com que temos que contar para podermos viver em conjunto. São também aquilo através do qual se manifestam as oposições; traduzem-nas, comunicam-nas. Pense-se, por exemplo, na cólera. Em suma, a paixão é aquilo que, alguns séculos mais tarde, se chamará de consciência (de si), na medida em que exprime uma reacção face a outrem, uma imagem de si como visto pelo outro, uma reflexividade, um espectáculo, uma consciência observante” (MEYER, Michel . **O filósofo e as paixões: esboço de uma história da natureza humana**. Trad. Sandra Fitas. Porto: Asa, 1994. p.11-12).

¹⁶² “A paixão é decerto uma confusão, mas é antes de tudo um estado de alma móvel, reversível, sempre suscetível de ser contrariado, invertido, uma representação sensível do outro, uma reacção à imagem que ele cria em nós, uma espécie de consciência social inata, que reflete nossa identidade tal como esta se exprime na relação incessante com outrem. Reequilíbrio que assegura a constância na variação multiforme que o Outro assume em sociedade, a paixão é a resposta, julgamento, reflexão sobre o que somos porque o Outro é, pelo exame de que o Outro é para nós. Lugar em que

(o juízo crítico do orador sobre o *logos* por ele apresentado depende do outro – do *pathos* não domesticado pelo *logos*).

Por esse *pathos*, pela paixão, sai-se da identidade do sujeito, e não somente do em-si, em benefício do humano. A paixão escapa ao *logos*, centrado no caráter apodítico proveniente da identidade redutora do sujeito; assim se compreende o caráter ameaçador e irracional da paixão por um *logos* definido apenas pela apoditicidade. [...] [O *pathos*] é, por isso mesmo, o lugar do outro, da possibilidade diferente do que somos afinal, o individual por oposição ao universal indiferenciado. A paixão é, portanto, relação com o outro e a representação interiorizada da diferença entre nós e esse outro¹⁶³.

Neste sentido, o *pathos* serve à resignificação do sujeito-orador e, principalmente ao questionamento do discurso apresentado até então como não-problemático. Trata-se de expressar o olhar do outro sobre o discurso do orador, permitindo, no discurso judicial, a readequação do discurso no desenvolvimento do processo retórico.

O papel do *pathos*, negligenciado pelas teorias da argumentação, é justamente o de problematizar o discurso. O *pathos* não se resume a um elemento irracional na relação retórica, pelo contrário, cabe a ele tornar problemática uma tese até então aceita de forma passiva, possibilitando, por exemplo, a correção do direito pelas teorias da justiça¹⁶⁴.

[...] tomamos consciência de que as emoções têm um componente racional: em certas situações, pelo menos, nós precisamos das emoções, a fim de agir razoavelmente. Esta escola também nos lembrou que a teoria de Aristóteles sobre as emoções, enunciados na *Retórica*, é profundamente cognitiva, e que na *Ética*, Aristóteles afirma, como deveria, que as emoções são centrais para a ética: existem algumas situações diante das quais devemos estar com raiva. Pode ser considerado racional manter nossa serenidade quando o que nós prezamos é insultado e difamado, ou quando os culpados saem livre, e os inocentes são chacinados?¹⁶⁵

se aventuram a identidade e a diferença, a paixão se presta a negociar uma pela outra; ela é o momento retórico por excelência. Resposta ao Outro, a paixão é, por definição, a própria variação, o que no mais profundo do nosso ser exprime o problemático (Ibidem. p XXXIX-XL)

¹⁶³ Ibidem. p. XXXV.

¹⁶⁴ No campo político, podemos citar os recentes levantes da população no Egito contra o governo constituído. Trata-se de uma manifestação dominada pelo *pathos* e, nem por isso, pode ser considerada desarrazoada. (Cf. <http://g1.globo.com/crise-no-egito/noticia/2011/02/entenda-crise-no-egito.html>. Acesso em: 07/08/2011.)

¹⁶⁵ Tradução do autor. No original: “we have become aware that the emotions have a rational component: in certain situations at least, we require the emotions in order to act reasonably. This scholarship has also reminded us that Aristotle’s theory of the emotions, enunciated in the *Rhetoric*, is deeply cognitive, and that in the *Ethics* Aristotle asserts, as he should, that the emotions are central to ethics: there are some things at which we ought to be angry. Can it be rational to maintain our equanimity when what we hold dear is insulted and traduced, or when the guilty go free, and the

Nessa linha, podemos dizer que diante de situações de extrema injustiça, caberá ao *pathos* tornar problemática a resposta padrão dada por argumentos puros de *logos*. “De um sentimento de piedade, diante de um fato lamentável, pode-se, por exemplo, saltar para o conceito de justiça/injustiça, com base nas representações que se tem a esse respeito, na dependência de das diversas culturas implicadas”¹⁶⁶.

Embora importante, o *pathos* não pode ser superdimensionado na retórica jurídico-democrática. Assim, a fim de preservar a integridade do modelo de *ethos*, o sistema jurídico limita o apelo a argumentos patéticos, privilegiando o papel do *logos* e do *ethos* no discurso decisório¹⁶⁷.

Portanto, surge a questão: como evitar o superdimensionamento do *pathos* na retórica do discurso decisório? Necessário se faz adotar alguns mecanismos de filtragem das emoções: a construção teórica do juiz literato em conjunção com o espectador judicioso (NUSSBAUM) e a noção de índole judicial (POSNER) são mecanismos propostos a exercerem essa função.

O juiz literato é uma construção teórica segundo a qual o juiz adotaria “o leitor de um romance” (narrativa em prosa literária) como modelo de perspectiva a ser empregada na análise de uma situação em discussão.

O principal atributo do juiz literato é a utilização da imaginação metafórica (*fancy*), que se caracteriza como a habilidade de imaginar¹⁶⁸ possibilidades não-existentes, de ver algo como algo diferente, de ver alguma coisa em outra coisa, compreendendo a vida humana como uma vida rica e complexa. Dessa forma, o juiz se coloca para fora e além de si mesmo, capaz de perceber o visível e o que não

innocent are slaughtered?” (GROSS, Alan G; DEARIN, Ray D. **Chaim Perelman**. Albany. State University of New York Press, 2003. p. X).

¹⁶⁶ MOSCA, Lineide Salvador. A teoria perelmaniana e a questão da afetividade. In: OLIVEIRA, Eduardo Chagas (org.). **Chaim Perelman**: direito, retórica e teoria da argumentação. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2004. p. 131.

¹⁶⁷ Exemplo já apontado da restrição ao superdimensionamento do *pathos* são as causas de impedimento e suspeição que, a fim de evitar o comprometimento do *ethos*, vedam determinadas situações que podem conduzir a um discurso demasiadamente contaminado por paixões (e.g. amigo/inimigo; amor/ódio), em detrimento dos argumentos racionais.

¹⁶⁸ Em sentido semelhante: “A imaginação tem precisamente por função, diz Aristóteles, manter presentes no espírito essas sensações, depois de se terem produzido. As paixões têm uma função intelectual epistêmica: operam como imagens mentais: informam-me sobre mim e sobre o outro tal como ela age em mim (prazer / sofrimento)”(MEYER, Michel. Prefácio. In. ARISTÓTELES. **Retórica das paixões**...., p. XLII).

está ali, possibilitando o rompimento de fronteiras de tempo, espaço, cultura, classe, grupo étnico e religião¹⁶⁹.

Esse modelo possibilita ao juiz, tal como na leitura de um romance, compreender uma realidade diferente da sua, partilhando certas expectativas, medos e interesses com os outros atores da relação retórica (à semelhança dos personagens de um romance) e, dessa forma, construir laços de identificação e empatia com eles¹⁷⁰¹⁷¹.

Assim, o juiz literato qualifica a vida humana de forma diferente, não se vincula a uma abstração, mas a um contexto específico, a uma situação concreta e única¹⁷², compreendendo que cada ator da relação retórico-jurídica (em especial as partes do processo judicial) tem sua própria e complexa história e, portanto, reconhecendo diferenças qualitativas entre as pessoas e as situações¹⁷³.

Outro aspecto do juiz literato que colabora para uma retórica jurídico-democrática é o caráter dialógico que ele propicia. Isso se dá porque, tal como o leitor de um romance, o juiz literato está predisposto a ouvir e a comparar as leituras alternativas daquela situação - realizadas pelos demais leitores (atores da relação retórica) - e, por meio da conversação, permitir-se questionar ou suplementar suas próprias percepções a respeito daquela situação¹⁷⁴.

Esse enlace emocional entre o juiz literato e os demais atores da relação retórica pode conduzir a uma percepção confiável ou não-confiável. Com o objetivo de filtrar as percepções confiáveis o juiz literato deve ser interpretado em conformidade com a construção do espectador judicioso¹⁷⁵.

¹⁶⁹ NUSSBAUM, Martha C. **Poetic**..., p.4; 36; 43 e 45.

¹⁷⁰ Ibidem. p.7.

¹⁷¹ Um exemplo de Nussbaum, baseado na obra *Hard Times* de Dickens, é bastante esclarecedor: Um professor diz para a aluna que, em um dado período de tempo, centenas de milhares de pessoas perpetraram viagens marítimas e apenas quinhentas se afogaram – demonstrando satisfação pelos números tão reduzidos de baixas. A aluna responde que essa porcentagem reduzida de baixas nada significa para aqueles parentes e amigos das pessoas mortas. A análise puramente numérica cria uma distância confortável da realidade, ausente de sensação de significado da morte de uma pessoa, ausência essa que é suprida pela resposta emocional, que concede valor à morte, dignificando a humanidade (Ibidem. p.68).

¹⁷² Com base nessa premissa pode-se dizer que os textos normativos são vistos como guias para a solução dos casos, ou seja, o juiz deverá atentar para os detalhes do caso e não poderá admitir que o texto normativo é uma norma jurídica antecipada que abranja completamente a situação em apreço (Ibidem. p.86)

¹⁷³ Ibidem. p.45.

¹⁷⁴ Ibidem. p.8-9.

¹⁷⁵ Nussbaum se vale da construção de Adam Smith em "The theory of moral sentiments" adaptada a uma teoria das emoções cognitiva e à construção do juiz literato. (Ibidem. p.73).

O espectador judicioso é um "espectador", quer-se dizer que não está pessoalmente envolvido nos eventos ou situações que está presenciando, mas ele se preocupa com os demais como se fosse um "amigo atencioso". Dessa forma, ele não estará contaminado por emoções e pensamentos relacionados à sua própria felicidade ou segurança, o que lhe garante um afastamento do evento ou da situação que se apresenta diante dele.

Contudo, esse afastamento não significa que se está a falar de um juiz sem emoções, pelo contrário, a conjunção com a figura do juiz literato incentiva o poder de imaginar-se como se estivesse na situação de outra pessoa, levando em consideração todas as circunstâncias, emoções (empatia, compaixão, medo, pesar, raiva, esperança, amor etc.) e mínimos detalhes que a afetam¹⁷⁶¹⁷⁷.

Como elaborado anteriormente, essas emoções são essenciais para a nossa compreensão a respeito da situação ou evento em discussão. Contudo, nem todas as emoções servem a esse propósito, caberá ao espectador judicioso cultivar as emoções apropriadas à sua função de julgar.

O espectador é qualificado como judicioso justamente porque é prudente, sensato, razoável. Dessa maneira, para servir de guia razoável de ação a emoção deve

[...] em primeiro lugar, ser informada por uma visão verdadeira do que está acontecendo - dos fatos do caso, da significação dos fatos para os atores na situação, e de qualquer dimensão de seu sentido ou importância que possam resultar evasivas ou distorcidas na consciência do próprio ator. Em segundo lugar, a emoção deve ser a emoção de um espectador, não um participante. Isso significa não apenas que devemos realizar uma avaliação reflexiva da situação para descobrir se os participantes a compreenderam corretamente e reagiram razoavelmente, significa também que devemos omitir a parte da emoção que deriva do nosso interesse pessoal do nosso próprio bem-estar. O artifício do espectador judicioso visa sobretudo a filtrar a porção de raiva, medo, e assim por diante, que incide sobre si¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Ibidem. p.73 e 99.

¹⁷⁷ Ressalte-se que o poder de imaginar-se como se fosse o outro é controlado por uma perspectiva de acesso externo, ou seja, ao imaginar um caso no qual um acidente causou a uma pessoa a perda do uso de suas razões, o espectador judicioso não se colocará apenas no lugar de alguém que não compreende a angústia que está sofrendo, mas se colocará também externamente diante daquela situação ou dilema (Ibidem. p.74).

¹⁷⁸ Tradução do autor. No original: "[To be a good guide the emotion must], first of all, be informed by a true view of what is going on – of the facts of the case, of their significance for the actors in the situation, and of any dimension of their true significance that may elude or be distorted in the actor's own consciousness. Second, the emotion must be the emotion of a spectator, not a participant. This means not only that we must perform a reflective assessment of his situation to figure out whether the participants have understood it correctly and reacted reasonably; it means, as well, that we must omit that portion of the emotion that derives from our personal interest in our own well-being. The device of

Além disso, o aspecto dialógico também tem papel importante na construção do espectador judicioso, visto que para formar uma visão verdadeira do que está acontecendo, deverá ele fazer uso de informações decorrentes de leituras feitas por outros atores da relação retórica, devidamente filtradas de preconceitos e opiniões tendenciosas pela perspectiva do espectador judicioso¹⁷⁹.

A noção de índole judicial é a construção de Posner para o controle do que ele denomina emocionalismo¹⁸⁰ (superdimensionamento das emoções na cognição).

Na esteira de Aristóteles, a construção da índole judicial parte da premissa de que uma emoção expressa a avaliação de uma informação, constituindo uma forma integrante de raciocínio¹⁸¹. Destarte, a emoção

[...] passa por cima da razão, concebida como um processo consciente e articulado de deliberação, cálculo, análise ou reflexão. Às vezes, isso é bastante positivo, pois a emoção aumenta a concentração, clarifica a avaliação e nos leva a agir em circunstâncias nas quais a reflexão seria interminável, inconsistente e inconclusiva¹⁸².

Contudo, a emoção pode ser eficiente em certos casos e ineficiente em outros, em outras palavras, por vezes há o excesso de emoção¹⁸³ ou de um tipo de emoção que pode conduzir a uma decisão inferior àquela obtida por uma reflexão

the judicious spectator is aimed above all at filtering out the portion of anger, fear, and so on, that focused on the self" (Idem).

¹⁷⁹ Ibidem. p.75.

¹⁸⁰ Emocionalismo pode ser "entendido como a atribuição de importância excessiva a um aspecto mais saliente de uma situação complexa". "deu uma ênfase indevida a uma das características de uma situação e ao estímulo emocional a esta associado, negligenciando outras características importantes" (POSNER, Richard A.. **Fronteiras...**, p.286).

¹⁸¹ Ibidem. p.283-284.

¹⁸² Ibidem.. p.285. Em sentido semelhante, Elster discorre sobre as teorias revisionistas da emoção, segundo as quais, as emoções nos ajudariam a tomar decisões por atuarem na resolução de impasses em casos de indeterminação, por exemplo, quando duas opções são igualmente e maximamente boas ou quando dentre duas opções preferidas dentre um conjunto de opções, nenhuma das duas se sobrepõe à outra (ELSTER, Jon. **Alchemies...**, p. 284 e 288).

¹⁸³ Alguns tipos de emoções que muitas vezes prejudicam o processo de tomada de decisão do juiz são bem destacados por Posner no seguinte trecho: "Não obstante, algumas das mais fortes emoções, como a raiva, a repulsa, a indignação e o amor, não teriam lugar nesse caso. Elas não somente interfeririam no processo de solução de problemas (em vez de apresentarem atalhos eficientes) como também introduziriam distorções substanciais no direito ao privarem as pessoas de remédios judiciais aos quais estas teriam direito por uma questão jurídica. O amor por um dos litigantes de um caso pode impedir que o juiz designado para julgá-lo reflita corretamente sobre os problemas em pauta; ou então pode levá-lo, por mais lúcido que seja, a tomar uma decisão injusta [...] Este é um dos motivos que levaram à criação das normas destinadas a limitar o envolvimento do juiz nos casos que julga, como aquela que o proíbe de participar de um caso no qual um parente seu também participe como uma das partes ou como advogado no qual ele tenha algum interesse financeiro" (POSNER, Richard A.. **Fronteiras...**, p.305-306)

críteriosa e sequencial – note-se que mesmo na reflexão racional há o espaço da emoção, contudo, temperado ou moldado pelo raciocínio formal ¹⁸⁴–.

Destaca-se dentre as emoções que assumem papel relevante na tomada de decisão a empatia – que “consiste na reconstituição imaginativa da situação de outra pessoa, enquanto seu elemento afetivo”¹⁸⁵.

Isso não significa dizer que o juiz deverá ser parcial em relação a qualquer um dos atores da relação retórica, pelo contrário, a empatia aqui deve assumir o viés de índole judicial, combatendo a heurística da disponibilidade¹⁸⁶.

Dessa forma, a índole judicial se caracteriza por uma empatia em relação às partes ausentes do processo, criando certo distanciamento dos atores diretos do processo judicial. Nesse sentido, a índole judicial permitirá ao juiz “comover-se ao pensar ou ler sobre as consequências do litígio para os indivíduos que dele não participam (estes em geral são totalmente desconhecidos ou nem sequer nasceram ainda) e que serão afetados por sua decisão”¹⁸⁷.

No contexto da retórica jurídico-democrática, a índole judicial implica a projeção dos interesses e emoções dos outros auditórios normativos – em especial, o povo –. Assim sendo, qualquer pessoa que potencialmente esteja sujeita às consequências da decisão tomada terá seus interesses e direitos levados em consideração.

Em suma, a utilização destes mecanismos de filtragem de emoções – juiz literato, espectador judicioso e índole judicial – sugere um necessário enlace emocional entre o juiz e os demais atores da relação retórica, para que a situação em apreço não corresponda a uma massa indiferenciada e sem rosto, mas a um ser humano único e individual¹⁸⁸.

Também, permite o estabelecimento de uma identificação empática entre do juiz com membros marginalizados ou grupos oprimidos de nossa sociedade, permitindo-lhe, temporariamente, observar o mundo pelos seus olhos¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Ibidem. p.285.

¹⁸⁵ Ibidem. p.307.

¹⁸⁶ A heurística da disponibilidade pode ser “[...] definida como a tendência [...] a atribuir excessiva importância às impressões vívidas e imediatas (como àquilo que se vê em detrimento daquilo que se narra) e, desse modo, dar atenção demasiada aos sentimentos, aos interesses e à qualidade humana das partes presentes no tribunal e muito pouca às pessoas ausentes suscetíveis de serem afetadas pela decisão” (Ibidem. p.307-308)

¹⁸⁷ Ibidem. p.309.

¹⁸⁸ NUSSBAUM, Martha C. **Poetic...**, p.78.

¹⁸⁹ Ibidem. p.92-93.

Some-se a isso o caráter dialógico desses mecanismos que permitem que os juízos e respostas sejam compartilhados entre os diversos atores da relação retórica, em vista de uma resposta que seja razoável não apenas ao próprio juiz, mas que possa ser defendida perante e/ou com o apoio de outros membros da comunidade¹⁹⁰.

Além disso, embora o juiz se projete no outro e se mantenha próximo à realidade social, preserva-se a imparcialidade de seu juízo, seja porque assume o caráter de espectador judicioso – não vinculado a emoções desarrazoadas¹⁹¹ –, seja porque projeta os interesses e emoções dos ausentes potencialmente afetados por sua decisão¹⁹².

Por fim, convém explicitar que, embora o direito reconheça o papel das emoções no juízo decisório, o apelo às emoções – o *pathos* – é apenas um dos aspectos do raciocínio do juiz da vida real¹⁹³. E por se tratar de apenas um dos aspectos, o *pathos* sofrerá limitações institucionais de outros conhecimentos necessários ao bom julgamento, em especial do raciocínio técnico-jurídico, afinal, são as normas jurídicas que traçarão os limites para o uso da imaginação metafórica, bem como determinarão quais emoções terão papel relevante em uma situação específica¹⁹⁴.

Com o escopo de melhor visualizar a especificação do papel das emoções pelas normas jurídicas, recorre-se a análise de alguns exemplos¹⁹⁵.

Primeiro, a emoção da indignação¹⁹⁶ é o elemento chave para a caracterização da exclusão da capacidade sucessória por indignidade¹⁹⁷. O sucesso imerecido – causa da indignação –, por exemplo, obter a vantagem econômica (herança ou legado) após participar de homicídio doloso contra a pessoa de cuja sucessão se tratar¹⁹⁸, exige do juiz a projeção da indignação na análise da situação,

¹⁹⁰ Ibidem. p.83-84.

¹⁹¹ Ibidem. p.89-90.

¹⁹² POSNER, Richard A. **Fronteiras...**, p.309.

¹⁹³ NUSSBAUM, Martha C. **Poetic...**, p.82 e 99.

¹⁹⁴ POSNER, Richard A. **Fronteiras...**, p.289.

¹⁹⁵ Note-se que o *pathos* – o despertar do componente emocional – estará sempre presente na formação do juízo decisório. Os exemplos apenas apresentam situações em que o *pathos* se manifesta de forma mais visível.

¹⁹⁶ Segundo Aristóteles a indignação se caracteriza pelo “pesar pelo sucesso imerecido [...] De fato, é injusto o que acontece contrariamente ao mérito e, por isso mesmo, atribuímos aos deuses a indignação” (ARISTÓTELES. **Retórica...**, p.59).

¹⁹⁷ Cf. Código Civil – Lei n.º 10.406/2002 – Arts. 1.814 – 1816.

¹⁹⁸ No caso concreto: “Sucessão. Exclusão por indignidade. Cabimento. Comprovação de que o réu concorreu para a morte do pai. Inocorrência de dupla penalidade, pois esta tem natureza civil e a

ou seja, o discurso decisório precisará despertar nos auditórios normativos essa emoção.

Segundo, a emoção compaixão¹⁹⁹ também possui papel relevante no sistema jurídico. Por exemplo, o furto famélico, aquele praticado “por pessoa que, em extrema miséria e impelida pela fome e pela inadiável necessidade de se alimentar, acaba por cometer a conduta típica do furto”²⁰⁰, casos em que se entende que a pessoa já atravessa uma situação muito penosa e que não mereceria uma sanção que atingisse ainda mais sua dignidade. Situação semelhante ocorre na concessão do perdão judicial²⁰¹ em benefício da pessoa responsável pelo homicídio culposo de um ente querido; casos em que se entende que a dor e o sofrimento causados pela morte de um parente são suficientes, dispensando-se a necessidade de sanção institucional²⁰².

medida sócio-educativa disciplinar. Decisão mantida. Recurso desprovido” (TJSP – 6ª Câmara de direito privado – Apelação Cível n.º 184.738-4/6-00 – Rel. Reis Kuntz – São Roque – voto n.º15.691 – Data do julgamento: 14/04/2005).

¹⁹⁹ Aristóteles caracteriza a compaixão da seguinte forma: “certo pesar por um mal que se mostra destrutivo ou penoso, e atinge quem não o merece, mal que poderia esperar sofrer a própria pessoa ou um de seus parentes”. Dentre esses males, Aristóteles destaca: as mortes, os maus tratos, as doenças e a fome. E acrescenta: “Sente-se compaixão se se pensa que há pessoas honestas, pois quem crê não existir ninguém assim achará que todos merecem seu infortúnio” (ARISTÓTELES. **Retórica...**, p.53 e 55, respectivamente).

²⁰⁰ “PENAL. PENAL. FURTO. TENTATIVA. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA A MATERIALIDADE E A AUTORIA. PROCEDÊNCIA DA TESE DEFENSIVA DE FURTO FAMÉLICO. A figura do “furto famélico”, também chamado “furto necessitado”, é praticada por pessoa que, em extrema miséria e impelida pela fome e pela inadiável necessidade de se alimentar, acaba por cometer a conduta típica do furto. O furto famélico só é admitido para afastar a ilicitude do fato, quando resulta demonstrado que o agente agiu em estado de necessidade, no qual não se podia exigir dele conduta diversa” (TRF4, ACR 5023543-86.2010.404.7100, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 20/06/2011). Em sentido semelhante: “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. BISCOITOS, LEITE, PÃES E BOLOS. CRIME FAMÉLICO. ÍNFIMO VALOR DOS BENS. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO DAS VÍTIMAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. O princípio da insignificância em matéria penal deve ser aplicado excepcionalmente, nos casos em que, não obstante a conduta, a vítima não tenha sofrido prejuízo relevante em seu patrimônio, de maneira a não configurar ofensa expressiva ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Assim, para afastar a tipicidade pela aplicação do referido princípio, o desvalor do resultado ou o desvalor da ação, ou seja, a lesão ao bem jurídico ou a conduta do agente, devem ser ínfimos. 2. In casu, conquanto o presente recurso não tenha sido instruído com o laudo de avaliação das mercadorias, tem-se que o valor total dos bens furtados pelo recorrente - pacotes de biscoito, leite, pães e bolos -, além de ser ínfimo, não afetou de forma expressiva o patrimônio das vítimas, razão pela qual incide na espécie o princípio da insignificância, reconhecendo-se a inexistência do crime de furto pela exclusão da ilicitude. Precedentes desta Corte. 3. Recurso provido, em conformidade com o parecer ministerial, para conceder a liberdade ao recorrente, se por outro motivo não estiver preso, e trancar a ação penal por falta de justa causa” (STJ - RHC 23.376/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 28/08/2008, Dje 20/10/2008).

²⁰¹ Cf. Código Penal – Decreto-lei n.º 2848/1940 - art. 107, IX e 121, §5º; 129, §8º; 140, §1º, I e II.

²⁰² “APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ART. 302, DA LEI Nº. 9.503/97. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. INVIABILIDADE DE ABSOLVIÇÃO. PERDÃO JUDICIAL. CONCESSÃO. UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA ENTRE O

Terceiro, o temor²⁰³ ou medo. Tratando-se de temor, dois exemplos requerem tratamento especial: o primeiro, uma construção doutrinária, a legítima defesa antecipada; o segundo, um tipo penal, o crime de cobardia, previsto no código penal militar²⁰⁴.

A legítima defesa antecipada é uma construção doutrinária²⁰⁵ em que o elemento “iminente” do conceito de legítima defesa²⁰⁶ é relativizado, ou seja, a antecipação da defesa se dá porque não mias vinculada a uma injusta agressão em um futuro imediato, mas abrange um tempo futuro mais remoto. Por exemplo, suponha-se a seguinte situação: uma mulher que sofreu abuso sexual na infância – cometido pelo próprio pai – e, quando adulta, passou a viver maritalmente com ele, e, após perceber que o pai também assediava uma de suas filhas-netas, encomenda-lhe a morte, executada por terceiros²⁰⁷. Pode-se dizer que o temor por

RÉU E A VÍTIMA. RECURSO PROVIDO PARA CONCEDER O PERDÃO JUDICIAL” (TJPR - Apelação Crime nº. 566.804-0, Rel. Macedo Pacheco, 1ª Câmara Criminal, julgado em 16/07/2009, Dj 07/08/2009). Cito o trecho do voto do relator: “A previsão legal do perdão judicial existe para aqueles que já foram penalizados pelo fato, cujo resultado cause um sofrimento incomensurável, buscando o legislador, através deste instituto, impedir que o agente venha a sofrer dupla punição. As dores de carregar esse peso e responsabilidade pelo resto da vida suprem as funções retributivas e preventivas da pena” [...] Sendo, pois, inegável o sofrimento do apelante que, culposamente, causou a morte de sua própria companheira, cujos laços afetivos são presumidos. Em razão disso, o réu é merecedor do perdão judicial, pois penalizado de forma natural pelo sofrimento e sentimento de culpa, impedindo-se, assim, verdadeiro bis in idem.

²⁰³ Aristóteles caracteriza o temor como “certo desgosto ou preocupação resultantes da suposição de uma iminente, ou danoso ou penoso” (ARISTÓTELES..., p.31).

²⁰⁴ Código Penal Militar – Decreto-lei n.º 1001/1969 – arts. 363, 364 e 365.

Art. 363. Subtrair-se ou tentar subtrair-se o militar, por temor, em presença do inimigo, ao cumprimento do dever militar: Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Art. 364. Provocar o militar, por temor, em presença do inimigo, a debandada de tropa ou guarnição; impedir a reunião de uma ou outra, ou causar alarme com o fim de nelas produzir confusão, desalento ou desordem: Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Art. 365. Fugir o militar, ou incitar à fuga, em presença do inimigo: Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

²⁰⁵ No direito comparado, Nussbaum, citando o caso Judy Norman, afirma que o conceito de direito de autodefesa foi questionado diante da situação das mulheres agredidas que afirmam um medo insuportável e inevitável (uma vida de abusos e de fuga impossível), criando um clima de constante ameaça, mesmo quando no momento a ameaça não pareça iminente (o agressor está dormindo, por exemplo) (NUSSBAUM, Martha C. **Hiding...**, p.13 e 20).

²⁰⁶ Código Penal – Decreto-lei n.º 2448/1940 atual. – Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

²⁰⁷ A hipótese é baseada em um caso real, ocorrido em Pernambuco e amplamente noticiado pela mídia, que culminou na absolvição da acusada por coação moral irresistível. Vide notícias abaixo: Acesso em: 30/09/2011. <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/965271-mulher-manda-matar-o-pai-que-a-estuprava-e-e-absolvida-em-recife.shtml>; <http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI5312881-EI5030,00-mulher+que+mandou+matar+pai+que+a+abusava+e+absolvida+no+Recife.html>; http://www.correiadoestado.com.br/noticias/minha-mae-me-levou-para-ele-conta-mulher-abusada-pelo-pai-em_122669/.

um mal futuro, assume ares de certeza, a ponto de a mulher ter como certa e irremediável a agressão a si e à sua filha²⁰⁸.

Já o crime de cobardia²⁰⁹ (art. 363 do CPM), revela-se importante não tanto pelas ocorrências no mundo da vida, mas por trazer em seu cerne a necessária configuração de uma emoção específica – o temor – para considerar a conduta como típica²¹⁰. A questão que se coloca é: como descobrir se uma conduta foi motivada pelo temor, vez que as emoções não possuem indicadores somáticos únicos que possam servir como evidências de sua presença²¹¹? O que acontece se o indicador somático – “pernas bambas” – não corresponde à emoção interiorizada – coragem de seguir em frente –? Não há uma resposta ainda, contudo, a hipótese serve de alerta para os cuidados que o direito precisa tomar ao incorporar certas emoções nos textos normativos.

Quarto, a vergonha²¹², valorada pelo direito tanto pela sua relação com a moral, quanto pela sua relação com a dignidade da pessoa.

Ora, o direito reconhece que a suscitação de vergonha é causa de dano moral. Por exemplo, a mulher que, por um erro do cartório, casou-se com um homem não-divorciado (apenas separado), implicando ainda a anulação do casamento, assim, gerando ao cartório dever de indenizar o dano moral causado face “o sofrimento decorrente de tais fatos e a humilhação a que a autora fora submetida diante de seus amigos e conhecidos, além da vergonha perante seus pais e parentes”²¹³.

²⁰⁸ Argumento semelhante foi utilizado no caso de uma mãe que matou o marido – que se encontrava dormindo - após contínuas ameaças de morte e ofensas a ela e aos filhos. Embora inocentada no primeiro julgamento, o Tribunal de Justiça determinou a realização de novo júri. No segundo julgamento, a acusada foi condenada. (TJPR - Apelação Crime n.º 507.563-0, Rel. Mário Helton Jorge, 1ª Câmara Criminal, julgado em 13/11/2008, Dj 19/12/2008)

²⁰⁹ No direito comparado, Miller aponta uma estranha escala de valores na tipificação dessa conduta, pois considera a coragem em um patamar superior a valores como prudência e misericórdia. (MILLER, William Ian. *Fear, weak legs, and running away: a soldier's story*. In. BANDES, Susan A. (Ed). **The passions of Law**. New York. New York University Press, 1999. p. 247-264. p.242).

²¹⁰ Miller destaca que o temor aqui ocupa lugar atípico – como aspecto substantivo de uma conduta – ,ao contrário do temor típico – que ampara toda norma coercitiva, seja o temor da sanção, seja o temor de ser taxado como violador da lei.(Idem).

²¹¹ Ibidem. p. 247-264. p.245-246.

²¹² Aristóteles caracteriza a vergonha como “uma representação concernente à má reputação, por causa desta mesma e não de suas consequências, e como ninguém se preocupa com a opinião a não ser por causa dos que a estabelecem, necessariamente se sente vergonha com respeito àqueles por quem se tem consideração” (ARISTÓTELES. **Retórica...**, p.41 e 43..

²¹³ TJPR - Apelação Cível n.º 755.183-3, Rel. D'Artagnan Serpa Sa, 9ª Câmara Cível, julgado em 11/08/2011. Em sentido semelhante: TJPR - Apelação Cível n.º 786540-1, Rel. Luis Carlos Xavier, 13ª Câmara Cível, julgado em 16/11/2011 que trata da vergonha oriunda da inscrição indevida no cadastro de proteção ao crédito e seus reflexos na esfera moral e jurídica; TJPR - Apelação Cível n.º

Também, reflexo do olhar jurídico sobre essa emoção se encontra na vedação das penas de envergonhamento²¹⁴. Por exemplo, considera-se vergonhoso e proibido condenar o réu: a publicar em *outdoors* a uma mensagem assinada com os seguintes dizeres: “Eu estou colaborando para redução da poluição sonora em minha cidade”²¹⁵; ou a distribuir panfletos com a mensagem:

Senhor motorista: No mês de novembro de 2001, quando trafegava pela rodovia TO-080, sentido Palmas e Paraíso do Tocantins, envolvi-me em acidente de trânsito, oportunidade em que uma pessoa perdeu a vida. Por sentença transitada em julgado, o Juízo Criminal desta Comarca de Paraíso do Tocantins, determinou-me a distribuição desta mensagem aos transeuntes, com a recomendação aos senhores motoristas de que observem as regras estabelecidas no Código de Trânsito Brasileiro, quando estiverem ao volante de veículo automotor, com o lembrete de que na infeliz hipótese de se envolverem em acidente de trânsito, devem prestar imediato socorro à vítima²¹⁶.

800.428-4, Rel. Fernando César Zeni, 1ª Câmara Cível, julgado em 30/08/2011 que versa sobre a vergonha decorrente do constrangimento ilegal configurado na prisão sem justa causa efetuada por policiais militares.

²¹⁴ NUSSBAUM, Martha C. **Hiding**...., p. 227-250.

²¹⁵ STJ – HC n.º 39.576/BA – Rel. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª Turma, julgado em 24/02/2005. *HABEAS CORPUS*. CRIME AMBIENTAL. SUSPENSÃO ONDACIONAL DO PROCESSO. APLICABILIDADE DOS INCISOS II, III E IV DO ARTIGO 89 DA LEI 9.099/95. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 28, INCISO III, DA LEI 9.605/98. ARGUMENTO DE NULIDADE DO PACTO ACORDADO. INEXISTÊNCIA. CONDIÇÃO VIOLADORA DA DIGNIDADE HUMANA. PROCEDÊNCIA. EXPOSIÇÃO DESNECESSÁRIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ARTIGO 1º, III). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA 1. As condições listadas no art. 89 da Lei 9.099/95, referentes à aplicação do *sursis* processual, podem ser aplicadas às hipóteses de prática de crime ambiental, uma vez que o artigo 28, III, da Lei 9.605/98, só afasta a aplicação das condições previstas nos incisos II, III e IV do §1º do artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais durante a prorrogação do período de prova da suspensão condicional do processo; 2. "(...) a condição imposta ao ora Paciente de tornar ostensivo através da mídia local, que colabora para a redução da poluição sonora de Itabuna/BA, inclusive, obrigado a veicular seu próprio nome em *outdoors* expostos naquela Cidade, termina, sem dúvida, por expô-lo publicamente, submetendo-o a condição vexatória e capaz, em tese, de vir perdurar por tempo superior ao prazo de 15 (quinze) dias estipulado no acordo. Desse modo, por certo, a mencionada exigência revela-se evidada de inconstitucionalidade, por configurar hipótese clara de ofensa ao princípio da dignidade humano, alçado como fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III)."; 3. Ordem parcialmente concedida.

²¹⁶ TJTO – Apelação Criminal n.º 3.706/08. Rel. Bernardino Luz. 1ª Câmara Criminal. Julgado em 31/03/2009. *APELAÇÃO CRIMINAL*. HOMICÍDIO CULPOSO NA IREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR MAJORADO PELA OMISSÃO DE SOCORRO. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS E CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÃO DE SOCORRO CARACTERIZADA, POR SER O CRIME, DE MERA CONDUTA. ADMISSIBILIDADE DE ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO NÃO FERRE A TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES PENAS PÚBLICAS INCONDICIONADAS. SUSPENSÃO OBRIGATÓRIA DA CARTEIRA DE HABILITAÇÃO, ART 302 DO CTB. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL A APLICAÇÃO DE PENAS VEXATÓRIAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1- Depreende-se dos autos provas suficientes para demonstrar a conduta culposa concorrente do apelante, na produção do resultado, além da falta de previsibilidade subjetiva, elemento imprescindível para configurar o fato típico culposo. 2- Por se tratar de crime omissivo próprio, espécie dos crimes de mera conduta, a consumação é caracterizada no momento do "deixar de agir", independente do fato do socorro ser ou não eficiente, para amenizar as consequências do fato antecedente, mesmo por que, in casu, a possibilidade de represália era uma mera expectativa e não uma situação concreta, não acarretando justificativa plausível para não socorrer a vítima. 3- A admissibilidade do Assistente de Acusação não

Com efeito, as penas de envergonhamento ofendem a dignidade de pessoa; conduzem à do monopólio estatal na aplicação da pena, tendo em vista que a punição em si é aplicada pela coletividade; podem transcender a pessoa do condenado, atingindo seus filhos e familiares; podem causar transtornos e traumas, desproporcionais a quaisquer crimes que porventura a pessoa tenha cometido; não funciona como substitutivo da prisão, pois, em regra, as penas vexatórias são aplicadas nos casos em que existe a possibilidade de medidas alternativas não-vexatórias²¹⁷. Em suma, por essas e outras razões, a vergonha não parece ser um guia razoável para a formação de um juízo judicial decisório²¹⁸.

Quinto, o ódio²¹⁹, emoção presente em crimes como o racismo, no qual se evidencia um rancor contra toda uma raça²²⁰. Diante da proximidade de emoções

fere o princípio constitucional da titularidade da ação penal pelo Ministério Público, pois não é ele parte na relação processual, mas tão somente assiste, ajuda, auxilia o autor da ação penal. 4- De acordo com o Art. 302 do CTB a suspensão da habilitação para dirigir é obrigatória, não deixando o legislador, nenhuma margem de discricionariedade ao magistrado. 5- A sentença originária, apesar de visar conscientizar os motoristas da necessidade de se observar e obedecer as normas de trânsito, evitando acidente e a perda de vidas humanas, sem sombra de dúvida expõe publicamente o reeducando, ferindo, por isso, o princípio constitucional que proíbe a aplicação de pena vexatória. 6- Recurso parcialmente provido.

²¹⁷ NUSSBAUM, Martha C. **Hiding...**, p. 227-237.

²¹⁸ O que não significa dizer que não possa servir como guia para juízos vinculados a outras normas sociais, por exemplo: o medo de se sentir envergonhado ou humilhado pode induzir as pessoas a tomar conta de seus filhos e de seus pais idosos (ELSTER, Jon. Rationality and emotions. **The Economic Journal...**, p. 1390).

²¹⁹ Aristóteles distingue a cólera do ódio da seguinte forma: “A cólera, pois, provém daquilo que nos toca pessoalmente, enquanto o ódio surge mesmo sem nenhuma ligação pessoal; de fato, se supomos que uma pessoa tem tal ou tal caráter, nós a odiamos. Além disso, a cólera volta-se sempre para o individual, por exemplo para Cálidas ou Sócrates, mas o ódio volta-se também para as classes de pessoas, pois todo homem odeia o ladrão e o sicofanta. A primeira pode ser curada com o tempo, mas o outro é incurável. A cólera é o desejo de causar desgosto, mas o ódio, o de fazer o mal, visto que o colérico quer notar o desgosto causado, enquanto ao que odeia nada importa” (ARISTÓTELES. **Retórica...**, p.29).

²²⁰ Cf. APELAÇÃO CRIMINAL PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELOS CRIMES DESCRITOS NOS ARTIGOS 306 DA LEI 9.503/97 E 331 DO CÓDIGO PENAL - PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE RACISMO PARA O CRIME DE INJÚRIA (ART. 140, "CAPUT" DO CP)- APELO IMPROVIDO. Restou devidamente comprovada por provas materiais e testemunhais a prática dos crimes dispostos nos artigos 306 da Lei 9.503/97 e o crime disposto no artigo 331 do Código Penal, não havendo que se falar em absolvição. Não é possível a desclassificação, pois o crime de racismo, previsto no artigo 20, da Lei nº 7.716/89, não se confunde com o crime de injúria preconceituosa (artigo 140, 3º do CP), haja vista que aquele diz respeito a um sentimento em relação a toda uma coletividade, e este a uma forma de se sobrepor à pessoa em razão de sua cor. Apelo improvido. (TJES – Apelação Criminal n.º 35050139696. – Rel. Adalberto Dias Tristão – 2ª Câmara Criminal – julgado em 13/08/2008. Dj: 12/09/2008). Também, APELAÇÃO CRIME – ART 20, § 2º, DA LEI Nº 7.716/89 – CRIME DE RACISMO VIA INTERNET – PEDIDO PRINCIPAL DE ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA OU FALTA DE PROVAS – NÃO ACOLHIMENTO – ÂNIMO OFENSIVO PATENTE – VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS – REJEIÇÃO DA TESE DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO – AUSÊNCIA DE HIERARQUIA DE PRINCÍPIOS – OUTROSSIM, PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE INJÚRIA QUALIFICADA E CONSEQUENTE DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA –

como cólera e ódio – a primeira dirigida a um indivíduo e a segunda a uma classe de pessoas – a utilização dos mecanismos de filtragem é essencial, não apenas para compreender a perspectiva do réu (se se trata de crime de injúria racial²²¹ ou crime de racismo²²²), mas também para evitar a própria contaminação do juízo decisório do juiz em relação ao réu.

Quanto à perspectiva do réu nos crimes de ódio, o exemplo do caso Ellwanger²²³ é oportuno, visto que possibilita uma análise interessante a respeito dos mecanismos de filtragem das emoções.

Alguns extratos dos votos na decisão do caso são elucidativos:

Começo, então, pelo exame do próprio livro que o condenado-paciente escreveu, editou e pôs à venda: "Holocausto Judeu ou Alemão? - nos bastidores da MENTIRA DO SÉCULO", que li em sua primeira e em sua última edição (a de no 29). E o faço para dizer que, na visão do próprio Siegfried enquanto escritor, o livro em causa é uma obra de pesquisa histórica (Voto do Ministro Carlos Ayres Britto).

Por óbvio, a obra defende uma idéia que causaria repúdio imediato a muitos, e poderia até dizer que encontraria alguns seguidores, mas a defesa de uma ideologia não é crime e, por não pode ser apenada. O fato de alguém escrever um livro e outros concordarem com as idéias ali expostas não quer dizer que isso irá causar uma revolução nacional. Mesmo porque, infelizmente, o brasileiro médio não tem sequer o hábito de ler (Voto do Ministro Marco Aurélio).

Acoplados trechos como esses [trata-se de uma descrição de uma foto de um campo de extermínio com centenas de corpos espalhados pelo chão, no qual o condenado afirma se tratar de uma montagem norte-americana para servir de propaganda anti-alemã], de que o livro é fértil, à conclusão que o Tribunal de mérito extraiu dos autos, de um propósito de proselitismo da publicação, não posso entendê-lo como tentativa subjetivamente séria de revisão histórica de coisa alguma (Voto do Ministro Sepúlveda Pertence).

Há sem dúvida uma predisposição dos ministros do STF em observar a situação pelo olhar do condenado. Os dois primeiros extratos, votos dos ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio (ambos votaram pela concessão do *habeas*

DESCABIMENTO – DELITO QUE ATINGE A COLETIVIDADE E NÃO A UMA PESSOA ESPECÍFICA – CRIME IMPRESCRITÍVEL NOS TERMOS DO ARTIGO 5º, XLII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS. (TJPR – Apelação crime n.º 664.486-6 – Rel. Luiz Osório Moraes Panza - 2ª Câmara Criminal - julgado em 24/03/2011).

²²¹Código Penal – Decreto-Lei n.º 2848/1940 – art. 140, § 3º.

²²² Lei n.º 7.716/89 – Art. 20.

²²³ *Habeas corpus* que buscava a liberdade de Sigfried Ellwanger, autor e editor de livros, condenado pelo crime de racismo contra a comunidade judaica, por incitar e defender, por meio de publicação impressa (livros), opiniões discriminatórias contra o povo judeu, e, teve, por maioria, a ordem denegada pelo STF, mantendo-se a condenação (STF – HC 82424/RS – Rel Originário. Moreira Alves. Ementário n.º 2144-3 – DJ. 19/03/2004).

corpus) apontam que pelo olhar do acusado não se teria configurado o crime de racismo, mas uma versão histórica alternativa resguardada pelo direito à liberdade de expressão. O terceiro trecho, voto do ministro Sepulveda Pertence (votou pela denegação), também reflete esse olhar do acusado, contudo, aqui o julgador entende que a versão do acusado como perspectiva histórica seria irracional porque os juízos formados em relação aos judeus seriam fundados em má evidência ou em motivos de autoridade questionável.

Ainda, um último extrato de voto constante da decisão:

Torna-se imperioso, pois, a partir da consciência universal que se forjou no espírito de todos em torno do valor essencial dos direitos fundamentais da pessoa humana, reagir contra essas situações de opressão, degradação, discriminação, exclusão e humilhação que provocam a injusta marginalização, dentre outros, de grupos étnicos, nacionais e confessionais (Voto do Ministro Celso de Mello).

O voto do Ministro Celso de Mello (que votou pela denegação da ordem) indica o zelo com o interesse dos ausentes – o auditório normativo povo, cujo interesse abarca a proteção dos direitos fundamentais de todos os atingidos de alguma forma pela decisão – caracteriza a noção de índole judicial, criando o distanciamento necessário para a análise do olhar da situação pelo viés do acusado.

Independentemente do resultado do julgamento, o que se nota é utilização, em maior ou menor grau, dos mecanismos de filtragem das emoções – no caso, raiva ou ódio – na configuração do *pathos* na relação jurídico-retórica pelos membros do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Sexto e último exemplo, o amor²²⁴, emoção que ocupa lugar importante especialmente no direito de família. Trata-se de uma emoção cuja importância e força são suficientes para desafiar a autoridade do texto normativo, explicitando o papel questionador do *pathos*. Decisões judiciais recentes corroboram a influência do amor na releitura de certos institutos jurídicos: a paternidade sócio-afetiva²²⁵ e a união homoafetiva.

²²⁴ Aristóteles afirma “seja amar o querer para alguém o que se julga bom, para ele e não para nós, e também ser capaz de realizá-lo na medida do possível” (ARISTÓTELES. **Retórica**..., p.23).

²²⁵ Cf. RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. - Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. - O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo

A paternidade sócio-afetiva “apresenta-se então [...] como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico, reside antes no serviço e amor que na procriação”²²⁶.

Exemplo típico da paternidade sócio-afetiva são as adoções à brasileira: “casos em que terceiros registram a criança como se filho biológico fosse, por assim entenderem ser do melhor interesse dela, destinando-lhe afeto, educação e cuidados comuns e inerentes à relação entre pais e filhos, ainda que não possuam laços sanguíneos”²²⁷. Fica evidente a influência de um argumento de *pathos* no questionamento do instituto da paternidade – antes vinculada ao aspecto puramente biológico – e na redefinição dele pela presença de uma relação emocional.

As uniões homoafetivas, por sua vez, tiveram na emoção do amor romântico²²⁸ um forte argumento para o reconhecimento jurídico desse instituto²²⁹.

entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A *contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido. (STJ – Recurso Especial Nº 878.941/DF – Rel. Nancy Andrighi - Terceira Turma – Julgado em 21/08/2007).

²²⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade relação biológica e afetiva**, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 37.

²²⁷ Trecho do voto da relatora no acórdão: “DECISÃO: ACORDAM os Julgadores integrantes da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso de Apelação, para, tão somente, declarar a existência do vínculo biológico entre C. T. D. B. e A. C. B., sem o reconhecimento dos reflexos sucessórios, mantendo o registro civil em todos os seus termos, face ao reconhecimento de paternidade sócio afetiva atribuída a O. B., nos termos da fundamentação”. (TJPR - 11ª C.Cível - AC 642806-4 - Londrina - Rel.: Vilma Régia Ramos de Rezende - Unânime - J. 20.10.2010).

²²⁸ O amor romântico alia o amor aristotélico de querer para alguém o que se entende bom para ele (elemento emocional) e tentar realizá-lo na medida do possível (elemento comportamental) e uma significação construída socialmente. Assim “o amor romântico transforma o desejo sexual de um impulso primitivo socialmente disruptivo em uma expressão de um ideal relacional de perfeita unidade. O amor romântico também transforma a teologia do sexo de uma mera gratificação corporal em comprometimento de convivência, paternidade e vida familiar. Portanto, o amor romântico forja a conexão entre sexualidade, casamento e procriação” (Trad. do autor). No original: “Romantic love transforms sexual desire from a primitive, socially disruptive drive into an expression of the relational ideal of perfect unity. Romantic love also transforms the teleology of sex from mere bodily gratification to committed coupledness, parenting, and family life. Is thus romantic love that forges the connection between sexuality, marriage, and procreation (CALHOUN, Cheshire. Making up emotional people: the case of romantic love. In. BANDES, Susan A. (Ed). **The passions of Law**. New York. New York University Press, 1999. p. 217-240. p.218).

²²⁹ No direito comparado americano, CALHOUN traça uma evolução da construção social de amor romântico. O amor romântico encarna um ideal de perfeita conexão e complementaridade entre duas pessoas, implicando uma vida de companheirismo, compartilhamento, respeito mútuo, felicidade, responsabilidades parentais e construção de uma vida em comum. Com foco no século XX, até o fim dos anos 60, essa conexão apenas era considerada perfeita na medida em que envolvesse um

Em decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema²³⁰, o Ministro relator Ayres Britto afirmou sobre as uniões hetero e homoafetivas:

Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados.

Na mesma decisão, o Ministro Luiz Fux, ao entender a união homoafetiva uma espécie de família, afirmou:

O que faz uma família é, sobretudo, o amor - não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocas entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional. [...] Pois bem. O que distingue, do ponto de vista ontológico, as uniões estáveis, heteroafetivas, das uniões homoafetivas? [...] A resposta a essas questões é uma só: **Nada as distingue** (negrito no original).

Em sentido semelhante, o Ministro Marco Aurélio:

Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito "das famílias", isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do

homem e uma mulher (enobrecimento das relações heterossexuais), o envolvimento entre pessoas do mesmo sexo era considerado um desvio de comportamento ou uma forma de obsessão sexual. Esta discriminação se baseava não apenas na carga cultural – filmes, livros etc, nos quais o amor romântico é prescrito e incentivado apenas aos heterossexuais – mas também pela literatura psicanalítica que, nos anos 50 e 60, sustentava ser inconcebível a gays e lésbicas experimentar o amor romântico, pois sua subjetividade emocional seria dominada por emoções como ansiedade, medo, hostilidade, raiva e ciúme; e seus desejos sexuais seriam resultado de um desvio, uma obsessão sexual. Dessa forma, a obsessão sexual, combinada com a hostilidade entre o casal tornaria inviável um relacionamento estável de parceria mútua. Este cenário se altera nos anos 70: No campo do conhecimento psicanalítico a homossexualidade perde o caráter de uma desordem psicológica sociopática ou de desvio sexual, assumindo um caráter natural de orientação sexual. No campo sociocultural, o conhecimento de que os casamentos heterossexuais são altamente instáveis; de que havia uma desigualdade de gênero entre o homem e a mulher na vida de casados; do desvelamento da ocorrência de estupros maritais; da exposição dos abusos infantis; e de que ciúmes e inseguranças eram rotineiros no casamento; colocaram em xeque o ideal de perfeição do união heterossexual. A partir de então, inexistente um argumento de autoridade razoável a contestar a competência dos casais do mesmo sexo e experimentar o amor romântico, abriu-se as portas para seu reconhecimento jurídico e social. (Ibidem. p.222, 228,229,234 e 235).

²³⁰ STF – ADPF 132/RJ e ADIN 4277 – Rel. Ayres Britto – DJ:13/10/2011.

patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar.

O que se verifica é um olhar baseado no *pathos*, no amor romântico como cerne da entidade familiar e, não existindo qualquer distinção ontológica entre uniões heteroafetivas e homoafetivas, deve a união homoafetiva ser reconhecida como entidade familiar pelo direito. Assim, realçando o papel problematizante das emoções na retórica jurídica.

2.4.1.3 O *logos* na relação retórico-jurídico-decisória

A exemplo do *ethos* e do *pathos*, o *logos* também recebe especial roupagem pelo sistema jurídico,²³¹ de forma a estabelecer os “meios racionais de competência²³²” (e.g. modelos dedutivos, modelos indutivos, modelos abduativos) e parâmetros de análise da força dos argumentos.

O *logos* da retórica jurídica é definido pela Carta Magna que, ao determinar o compromisso do presidente do Supremo Tribunal Federal de defender e cumprir a

²³¹ Sobre os critérios de racionalidade do *logos* Atienza explica: “[...] Juristas estariam de acordo em aceitar que as exigências que norteiam a racionalidade prática na tomada de decisões jurídicas poderiam reduzir-se ao respeito aos seguintes princípios: o princípio da universalidade ou de justiça formal que estabelece que os casos iguais devam ser tratados da mesma maneira; o princípio da consistência, segundo o qual as decisões não de basear-se em premissas normativas e fácticas que não entrem em contradição com normas validamente estabelecidas ou com a informação fáctica disponível; e o princípio da coerência, segundo o qual as normas devem poder subsumir-se a princípios gerais ou valores que resultem aceitáveis, no sentido de que configurem uma forma de vida satisfatória (coerência normativa), enquanto que os fatos não comprovados devem resultar compatíveis com os fatos aceitos como comprovados, e devem poder explicar-se de acordo com os princípios e leis que regem o mundo fenomênico (coerência narrativa)” (tradução do autor). No original: “[...] juristas estarían de acuerdo en aceptar que las exigencias que plantea la racionalidad práctica en la toma de decisiones jurídicas podrían reducirse al respecto de los siguientes principios: el principio de universalidad o de justicia formal que establece que los casos iguales han de tratarse de la misma manera; el principio de consistencia, según el cual las decisiones han de basarse en premisas normativas y fácticas que no entren en contradicción con normas válidamente establecidas o con la información fáctica disponible; y el principio de coherencia, según el cual las normas deben poder subsumirse bajo principios generales o valores que resulten aceptables, en el sentido de que configuren una forma de vida satisfactoria (coherencia normativa), mientras que los hechos no comprobados mediante prueba directa deben resultar compatibles con los otros hechos aceptados como probados, y deben poder explicarse de acuerdo con los principios y leyes que rigen en el mundo fenoménico (coherencia narrativa)”. (ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: sobre la justificación de las decisiones judiciales. Isonomia – Revista de teoría y filosofía Del derecho*. n. 1, out.1994. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/hemeroteca.shtml>. Acesso em 12/7/2008 .p. 9).

²³² CUNHA, Paulo Ferreira da; MALATO, Maria Luísa. **Manual de retórica & direito**. Lisboa, Quid Juris, 2007. p. 73.

Constituição²³³ em nome de toda a magistratura, guiará a relação entre *ethos* e *logos* do processo retórico e do discurso decisório.

Decorre deste compromisso o delineamento do *logos*, com especial ênfase nos preceitos da legalidade e do devido processo legal²³⁴.

Assim, o critério de racionalidade e a força de uma tese estão diretamente relacionados ao respeito à Constituição da República e às leis do país²³⁵ e, garantia desse critério é o dever de fundamentação das decisões judiciais^{236 237}.

Com efeito, as normas jurídicas de caráter material e processual possuem grande força no conjunto argumentativo em razão de uma adesão prévia que decorre do processo retórico no espaço político, no qual as normas são consideradas razoáveis por um auditório representativo do povo. Desta forma, as teses garantidas por normas jurídicas impõem um grande ônus argumentativo às teses a elas opostas.

Ainda, destaque-se a regra de justiça formal e o princípio da inércia, reflexos do preceito da igualdade.

²³³ Constituição da República, artigo 1º das Disposições Finais e Transitórias. "O Presidente da República, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e os membros do Congresso Nacional prestarão o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, no ato e na data de sua promulgação".

²³⁴ Constituição da República, artigo 5º, II e LIV.

²³⁵ Código de Processo Civil, artigo 126. Código de Processo Penal, artigo 251. Lei Complementar nº 35/79 (Lei orgânica da magistratura nacional), artigo 35, I. Código de Ética da Magistratura Nacional/CNJ, artigo 2º.

²³⁶ Constituição da República, artigo 93, IX.

²³⁷ Nesse sentido, uma decisão que não é fundamentada padece pela falta de *logos*, decorrendo daí sua nulidade. AÇÃO PENAL. Funcionário público. Defesa preliminar. Oferecimento. Denúncia. Recebimento. **Decisão não motivada. Nulidade.** Ocorrência. Habeas corpus concedido para anular o processo desde o recebimento da denúncia. Oferecida defesa preliminar, é nula a decisão que, ao receber a denúncia, desconsidera as alegações apresentadas (grifo nosso). (STF – HC 84919/SP – Rel. Cezar Peluso – 2ª Turma – Julgado em 02/02/2010). Também, SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. Nula é a sentença que não expõe as razões pelas quais acolhe o pedido inicial (TJSC – Agravo em Apelação Cível n. 2011.025225-6/0001.00 – Rel. Maria do Rocio Luz Santa Ritta – 3ª Câmara Cível – julgado em 07/06/2011). Cito um trecho do voto da relatora: "A sentença tece comentários sobre o cumprimento de tutela antecipada concedida ao apelado, mas, na parte em que deveria examinar a questão de fundo (legalidade, ou não, da revisão procedida pela ré e o respectivo desconto unilateral), limita-se a dispor que 'Entendo, ainda, que tais quantias [as postuladas pelo acionante] são devidas e que a complementação do valor deverá se dar por liquidação de sentença, levando-se em conta os parâmetros quando do pagamento anterior' (fl. 651). Com o devido respeito, é evidente que a decisão não pode apenas afirmar que concorda ou discorda do pleito formulado, sendo mister que, como parte do silogismo, apresente as razões e os fundamentos pelos quais entende de um jeito ou de outro. Do contrário a sentença converte-se em petição de princípio, ultrapassa um problema sem antes resolvê-lo, furta-se à apresentação do caminho lógico e cognitivo que a levou a rejeitar ou acolher o pedido inicial e sonega ao jurisdicionado, em última análise, o pleno exercício da crítica (substancial e não meramente formal) à prestação jurisdicional".

A regra de justiça formal determina o tratamento igualitário entre os seres pertencentes a uma mesma categoria essencial,²³⁸ e, objetiva a estabilidade da argumentação, garantindo-se a previsibilidade da cadeia argumentativa apresentada pelo orador, evitando-se o tratamento diferenciado de sujeitos de uma mesma categoria essencial.

Entretanto, convém ressaltar que o pressuposto tem nítido caráter argumentativo, vez que a definição do que seria essencial implica o julgamento de valor,²³⁹ donde se conclui que o pressuposto tem função preponderantemente negativa, ou seja, afasta de plano as teses notadamente desarrazoadas.

O princípio da inércia é responsável pela construção de uma tradição jurídica através do reconhecimento de uma tendência de mesma solução para questões análogas, tendência essa que só pode ser mudada pelo rompimento motivado com a tradição anterior.

Seja qual for a origem da regra aplicada, tenha ela origem num ato do poder legislativo, no costume ou nos precedentes judiciais, uma decisão regular é satisfatória para a mente por causa da inércia mental, que acha normal e racional que o que foi decidido num caso o seja também em casos semelhantes (*stare decisis*). Resulte a decisão da aplicação a um caso particular de uma regra prévia, ou de precedentes fornecidos por sentenças anteriores, que formam um esquema de raciocínio aplicável ao caso presente, a justiça e a razão exigem que a mesma atitude seja adotada em situações essencialmente idênticas. A mudança deve ser justificada.²⁴⁰

Portanto, qualquer inovação deve ser plenamente justificada conforme o contexto em que a nova tese surge, ou seja, a partir de novos objetos de acordo ou novos argumentos decorrentes destes, harmonizados à nova realidade social e fornecendo argumentos que tenham maior predisposição de aceitação pelo auditório alvo da argumentação.²⁴¹

Também, a fim de possibilitar a verificabilidade da argumentação, há o dever de motivação aliado ao dever de prova. Trata-se, em última análise, da

²³⁸ PERELMAN, Chaim. **Ética...**, p. 67.

²³⁹ Importante salientar que a muitas vezes a constituição e os subsistemas normativos (e.g. direito do trabalho e direito do consumidor) conferem carga substancial à regra de justiça, que ganha contornos próprios, específicos para determinadas relações jurídicas.

²⁴⁰ PERELMAN, Chaim. **Ética...**, p. 70.

²⁴¹ PERELMAN, Chaim. **Retóricas...**, p. 384.

apresentação de elementos que garantam a tese narrativa e normativa sustentadas pelo juiz²⁴².

Note-se que o dever de prova é composto também pelas limitações e exceções impostas pelas presunções²⁴³ e ficções jurídicas.

As presunções ora impõem um ônus argumentativo para a tese oposta (*juris tantum*²⁴⁴), e ora obstam a possibilidade de se questionar uma determinada situação (*jure et de jure*²⁴⁵), em ambos os casos com o escopo de proteger um estado de coisas existente, considerado legítimo pelo legislador.²⁴⁶

As ficções²⁴⁷ são mecanismos excepcionais que evitam a aplicação de uma lei incompatível com a situação concreta e suas conseqüências.²⁴⁸ A partir do recurso à ficção jurídica aplica-se ou restringe-se a significação de uma norma jurídica, evitando uma decisão iníqua²⁴⁹ ou desarrazoada.

²⁴² O dever de prova também é requisito essencial para uma retórica democrática de caráter dialógico e, configura-se por um imbricamento entre *logos ethos* e *pathos*. A apresentação de justificativa da tese é essencial para o prosseguimento do debate, pois possibilita a superação de teses inconsistentes, entretanto, concomitantemente, exige-se um dever de boa-fé e licitude, preservando a integridade do *ethos* e *pathos* normativos. Com bem observa Viehweg “Em síntese: quem fala tem de poder justificar sua fala. Só o preenchimento dos deveres discursivos, especialmente a observação dos deveres de defesa e de esclarecimento, garante suficientemente afirmações confiáveis, nas quais existe indubitavelmente um interesse geral. Só desse modo permanece um diálogo racional em andamento, o qual possibilita a justificação de afirmações teóricas e práticas numa medida considerada ótima” (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 107). O dever de prova é extraído do direito positivo, especialmente: Constituição Federal, artigo 5º, LVI e 93, IX. Código de Processo Civil, artigo 131. Código de Processo Penal, art. 155.

²⁴³ Por exemplo, não requerem prova no processo civil os fatos notórios, incontestes ou presumidos (art. 334 do Código de Processo Civil).

²⁴⁴ “As presunções *juris tantum*, que admitem a prova contrária, regem todo o campo do procedimento judiciário. Elas limitam-se, comumente, a presumir o que, efetivamente, ocorre o mais das vezes na sociedade regida pelo direito que as impõe, mas podem igualmente visar a proteger, conquanto de forma menos radical, as situações estabelecidas, encarregando do ônus da prova - que sempre é uma prova contrária à presunção - aquele que pretende subvertê-las” (PERELMAN, Chaim. **Ética...**, p. 588).

²⁴⁵ “As presunções *jure et de jure*, que impedem a prova contrária, visam garantir contra a contestação de certas situações que o legislador não deseja ver perturbadas. Elas formam um dique que as protegerá contra ataques de litigante impenitentes. A maior parte do tempo, os direitos, que tais presunções protegem, serão fundamentados em fatos incontestes, mas é essencial que possam ser protegidos contra qualquer contestação possível. A segurança jurídica que resulta dessa proteção foi julgada mais importante para a ordem social do que a não conformidade, a bem dizer, excepcional, dessas presunções com a realidade objetiva, aliás sempre difícil de conhecer de uma forma indubitável” (Idem).

²⁴⁶ Ibidem. p. 586-587.

²⁴⁷ Entende-se por ficção “[...] uma qualificação contrária aos fatos, mas que é a única técnica de que dispõe para chegar ao resultado sem modificar os termos da lei” (Ibidem. p. 496).

²⁴⁸ Exemplo mais marcante do recurso à ficção jurídica é a modulação dos efeitos das sentenças declaratórias de inconstitucionalidade. Lei n.º 9868/99, artigo 27. Lei n.º 9882/99, artigo 11.

²⁴⁹ PERELMAN, Chaim, **Lógica...**, p. 198.

Por fim, constitui o *logos* retórico do discurso decisório a vedação à contradição, entendida como a vedação em afirmar e negar concomitantemente um mesmo predicado ou qualidade a um mesmo sujeito em um mesmo contexto.

Esse pressuposto ganha especial relevo no sistema jurídico na formulação do discurso decisório judicial²⁵⁰. O magistrado não pode admitir teses opostas em uma mesma decisão, além disso, as suas conclusões devem ser sustentadas pelas argumentações constantes da fundamentação da sentença, ou seja, deve haver uma estreita relação entre os argumentos apresentados e a tese acatada pelo juiz.

Convém destacar os dois modelos de *logos* mais em voga no âmbito jurídico: a regra da ponderação de princípios^{251 252} (ALEXY) e o princípio da coerência (DWORKIN²⁵³ e GUNTHER²⁵⁴).

²⁵⁰ Vide art. 535 e seguintes do Código de Processo Civil; Código de Processo Penal, artigos 382 e 619; Lei 9.099/95, artigos 48, 49, 50 e 83;

²⁵¹ Ressalte-se que a regra da ponderação de Alexy, pressupõe uma teoria de argumentação jurídica racional que, além de trazer requisitos de *ethos* (e.g. “todo orador só pode afirmar aquilo em que de fato acredita”) e requisitos de *logos* semelhantes aos já vistos (regra da inércia; princípio de justiça formal; vedação à contradição; etc.). Para tanto, Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação...**, p. 187 e 293.

²⁵² Alexy constrói a regra da ponderação (proporcionalidade) – como mecanismo de solução de embate entre princípios – como decorrência direta da sua definição de princípio “Princípios como comandos de otimização exigem a realização tanto quanto seja possível, relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Uma relativização na direção das possibilidades reais conduz aos princípios da adequação e da necessidade, Imaginemos uma medida *M*, que invada a liberdade de comércio, ocupação ou profissão (P1), a fim de promover a proteção dos consumidores (P2), mas que não é apropriada para a promoção de P2, de qualquer modo que seja. É possível abandonar *M* sem causar danos à P2, proteção do consumidor. A otimização de P1 e P2, exige, então, que *M* não seja usada. Este é exatamente o conteúdo do princípio da adequação. O princípio da necessidade diz que uma medida *M1*, é proibida em relação a P1 e P2, se há uma medida *M2* alternativa, que promova P2, aproximadamente tão bem quanto *M1* mas invada menos intensamente P2. Assumamos que P2, significa, novamente, proteção do consumidor, particularmente proteção do consumidor contra a compra de produtos que eles de fato não desejam. Assumamos também que *M1*, é uma proibição absoluta de produtos que pareçam chocolate mas não sejam chocolate. *M2* significa, neste caso, a obrigação de designar claramente a natureza do produto. Esta obrigação, chamada *M2*, invade obviamente menos intensamente a liberdade de comércio, ocupação ou profissão (P1) do que uma proibição absoluta (*M1*), e serve à proteção do consumidor mais ou menos tão bem quanto; desta forma, a proibição absoluta (*M1*) é proibida em relação a P1 e P2 como um meio desnecessário (BVcrfGE, vol53, p. 135, 145 e ss). Os princípios da adequação e da necessidade originam-se da obrigação de uma realização tão extensa quanto possível relativamente às possibilidades reais. Elas expressam a idéia de ‘otimidade de Pareto’ (Pareto-optimality.). O princípio da proporcionalidade em sentido estrito origina-se da obrigação de uma realização tão extensa quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas, isto é, relativamente, no geral, a princípios que se contracomparam. Aqui nós estamos tratando de balanceamento ou sopesamento num sentido estrito e verdadeiro. Isto é necessário sempre que o cumprimento de um princípio conduza ao não cumprimento de outro, portanto sempre que um princípio somente seja realizável à custa de outro. Para este tipo de caso, a seguinte lei de ponderação pode ser formulada: Quanto mais intensa interferência em um princípio, mais importante é a realização do outro princípio (Alexy, 1996, p 146)” (ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. **Revista internacional de direito tributário**. V.3. p.155-167, jan/jun 2005. P. 160).

²⁵³ Dworkin adota um modelo de *ethos* consubstanciado no conceito de juiz-Hércules e um modelo de *logos* consubstanciado na concepção de integridade e *chain novel*. “Para esse fim, eu inventei um

jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 165). “Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade” DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 287). “Dworkin aproxima a interpretação jurídica e a interpretação literária, estabelecendo um paralelo entre o escrever uma novela em que cada capítulo tem um autor diferente (*chain novel*) e a ‘construção’ do sentido das normas através das suas sucessivas concretizações. A acumulação dos capítulos precedentes estreita a margem de escolha do participante. A metáfora da novela por capítulos (*chain novel*) e a concepção do Direito como ‘cadeia’ (*the chain of law*) evoca uma idéia de coerência e racionalidade proposicional, que reintegra o sentido dos episódios anteriores e ajuda, assim, à construção do ‘texto’” (LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 257). “[...] a integridade no direito tem várias dimensões. Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político [...] Em segundo lugar [...] a integridade se afirma verticalmente: ao afirmar que uma determinada liberdade é fundamental, o juiz deve mostrar que sua afirmação é compatível com os precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se afirma horizontalmente: um juiz que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas (DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 204). Sobre a coerência: “Qualquer um que participe da criação do direito deve preocupar-se com a coerência de estratégia. Ele deve cuidar para que as novas regras estabelecidas se ajustem suficientemente bem às regras estabelecidas por outros, ou venham a ser estabelecidas no futuro, de tal modo que todo o conjunto funcione como um conjunto e torne a situação melhor, em vez de tomar a direção contrária e piorar as coisas” [...]. “A coerência de princípio é outra questão. Exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente no sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça. Um juiz que vise a coerência de princípios se preocuparia [...] com os princípios que seria preciso compreender para justificar leis e precedentes do passado [...] O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado” (DWORKIN, Ronald. **O império**...., 163-164).

²⁵⁴ Gunther, assim como Alexy, parte de uma concepção habermasiana de discurso. Daí poder-se dizer que também pressupõe certos requisitos de *ethos* (e.g. a pretensão de verdade, veracidade e correção) e de *logos* (e.g. a situação ideal de discurso). Todavia, parte para uma acepção discursiva de coerência normativa. Gunther adota uma teoria discursiva em que a imparcialidade – assentimento de todos os envolvidos – se divide em dois momentos: justificação e aplicação. A justificação conecta-se com a validade: “uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um individualmente” (GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito de na moral**: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p.67). Contudo, limitações de tempo e conhecimento limitado pelo “horizonte de nossa experiência sobre nós mesmos e sobre o mundo” (Ibidem. p.69), exigem um discurso de adequação que se dará no momento da aplicação. “Discursos de aplicação combinam a pretensão de validade de uma norma com o contexto determinado, dentro do qual, em dada situação uma norma é aplicada” (Ibidem. p.79). O autor aponta o critério de coerência que permite o embasamento da norma adequada: “Uma norma (Nx) é adequadamente aplicável em (Sx) se ela for compatível com todas as normas aplicáveis em (Sx) que fazem parte de um modo de vida (Lx) e passíveis de justificação em um discurso de fundamentação” (Ibidem. p.355). Assim, “se uma norma válida requer um complemento coerente com todas as outras normas que podem ser aplicadas *prima facie* à situação, então o significado da norma está se alterando em cada uma das situações. Dessa maneira, dependemos da história, cada momento que encaramos uma situação que não poderíamos prever e que nos força a alternar a nossa interpretação de todas as normas que aceitamos como válidas”. (GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Trad. Leonel Cesarino Pessôa. **Cadernos de filosofia alemã**. São Paulo, n. 6, p.87-102, 2000. p. 97). Cf. o seguinte julgado do

Em primeiro lugar, a regra da ponderação, mecanismo construído para a solução de conflitos entre princípios e, cujo emprego pode ser dividido em três passos:

No primeiro passo é avaliado o grau de não satisfação ou afetação de u dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não-satisfação do outro princípio²⁵⁵.

Exemplo da aplicação da regra de ponderação encontra-se no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Intervenção Federal nº. 2915-5²⁵⁶, especialmente no voto do ministro Gilmar Mendes.

Este julgado envolve o pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo em razão do não cumprimento de decisões judiciais que determinam os pagamentos de créditos alimentares por precatórios dentro do prazo legal (art.78 da ADCT).

O voto parte das seguintes premissas: a) há obrigação constitucional quanto aos precatórios relativos a créditos alimentícios; b) o descumprimento dessa obrigação pode conduzir à intervenção federal; c) o Estado de São Paulo tem limitações econômico-financeiras, pois precisa atender outras obrigações de idêntica hierarquia que também podem conduzir à intervenção federal (gastos obrigatórios com saúde, educação e continuidade dos serviços públicos; d) O Estado tem sido

Superior Tribunal de Justiça, no qual o relator reconhece a aplicabilidade de várias normas *prima facie* aplicáveis (boa-fé, segurança jurídica, legalidade), mas considerando todas as circunstâncias, reconstrói a ordem jurídica de maneira adequada. RECURSO ORDINÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DIREITO À APOSENTADORIA ANTERIOR A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20. BOA-FÉ. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS. INOCORRÊNCIA. I - Transitada em julgado ação declaratória que julgou procedente pedido do autor, retroagem os efeitos desta para a data do nascimento do direito. Direito à aposentadoria anterior a publicação da EC n.20/98. II - A EC nº 20/98, em seu art. 11, excluiu da vedação de acumular proventos e remuneração a situação dos servidores inativos que tenham ingressado novamente no serviço público por concurso de provas e títulos, até a dada de sua publicação. III - Recurso ordinário provido. (STJ – RMS n.º 19.433/RN – Rel. Felix Fischer – 5ª Turma – Julgado em 07/02/2006).

²⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 594.

²⁵⁶ INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido. (STF – IF 2915-5/SP – Rel. Marco Aurélio – Julgado em 02/03/2003).

zeloso quanto às obrigações constitucionais; e) não se vislumbra dolo do governante em não efetuar o pagamento, pelo contrário, há conduta que indica o intuito de honrar as dívidas; f) há evidente conflito entre os princípios da intervenção (indiretamente, os direitos subjetivos dos titulares dos créditos alimentícios) e da autonomia do Estado (indiretamente, de não se ver prejudicada a continuidade da prestação de serviços públicas essenciais, como educação e saúde).

Diante disso o Ministro Gilmar Mendes aplica a regra da ponderação:

Diante de tais circunstâncias, cumpre indagar se a medida extrema da intervenção atende, no caso, às três máximas parciais da proporcionalidade.

É duvidosa, de imediato, a adequação da medida de intervenção. O eventual interventor, evidentemente, estará sujeito aquelas mesmas limitações factuais e normativas a que está sujeita a Administração Pública do Estado. Poderá o interventor, em nome do cumprimento do art. 78 do ADCT, ignorar as demais obrigações constitucionais do Estado? Evidente que não. Por outro lado, é inegável que as disponibilidades financeiras do regime de intervenção não serão muito diferentes das condições atuais. ' Enfim, resta evidente que a intervenção, no caso, sequer consegue ultrapassar o exame de adequação, o que bastaria para demonstrar sua ausência de proporcionalidade.

Também é duvidoso que o regime de intervenção seja necessário, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Manter a condução da Administração estadual sob o comando de um Governador democraticamente eleito, com a ressalva de que esteja o mesmo atuando com boa-fé e com o inequívoco propósito de superar o quadro de inadimplência, é inegavelmente medida menos gravosa que a ruptura na condução administrativa do Estado.

Pode-se presumir, ademais, que preservar a chefia do Estado será igualmente eficaz eventual administração por um interventor, ou, ao menos, não se poderia afirmar, com segurança, que a administração de um interventor, sujeito às inúmeras condicionantes já apontadas, será mais eficaz que a atuação do Governador do Estado. A intervenção não atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja o adimplemento de obrigações de natureza alimentícia, e O ônus imposto ao atingido que, no caso, não é apenas o Estado, mas também a própria sociedade. Não se contesta, por certo, a especial relevância conferida pelo constituinte aos créditos de natureza alimentícia. Todavia, é inegável que há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de uma intervenção pautada por um objetivo de aplicação literal e irrestrita das normas que determinam o pagamento imediato daqueles créditos.

Note-se que a regra de ponderação apresenta-se como uma estrutura de *logos*, ou seja, como um modelo de racionalidade capaz de encontrar uma solução razoável a partir do estabelecimento de certas premissas fático-jurídicas.

Em segundo lugar, o princípio de coerência, entendido como a reconstrução do direito conforme “princípios jurídicos e determinações de objetivos políticos do legislador, [...] a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica concreta, de tal modo que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares, como se fossem componentes coerentes”²⁵⁷.

A aplicação do princípio da coerência é bem salientado no julgamento do Recurso de Revista n.º 831/2008-074-03-00.7²⁵⁸ pelo Tribunal Superior do Trabalho, especialmente no voto de lavra da relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.

O julgado trata da possibilidade ou não de extensão aos empregados domésticos do direito dos demais trabalhadores à dobra legal pela concessão das férias após o prazo (Art. 137 da CLT) e à proporcionalidade.

Assim se posicionou a relatora:

Assim, é necessário encontrar uma coerência sistêmica que leve em consideração tanto os princípios mais fundamentais aplicáveis ao caso quanto a história institucional, refletida tanto na jurisprudência quanto na legislação.

A partir desses pressupostos, entende-se que o direito à proporcionalidade e à dobra legal previsto no art. 137 da CLT é extensivo aos trabalhadores domésticos, em razão do princípio da isonomia.

A Constituição da República, ao estabelecer o rol dos direitos trabalhistas com status constitucional, assegurou aos empregados domésticos o direito

²⁵⁷ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. V. 1. Trad. Flavio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.263.

²⁵⁸ RECURSO DE REVISTA – EMPREGADO DO-MÉSTICO – FÉRIAS - PROPORCIONALIDADE - DOBRA LEGAL – APLICABILIDADE – PRINCÍPIO DA IGUALDADE 1. A Constituição da República, ao estabelecer o rol dos direitos trabalhistas com status constitucional, assegurou aos empregados domésticos o direito à fruição das férias, com o respectivo adicional, em igualdade com os demais trabalhadores. Nota-se, assim, o intuito do poder constituinte originário de melhor amparar os trabalhadores domésticos. 2. Recentes modificações legislativas autorizam a conclusão de que há um movimento histórico que revela a tendência normativa de tornar cada vez mais eqüitativos os direitos dos trabalhadores domésticos em relação aos direitos usufruídos pelos demais empregados. 3. Com efeito, a Lei nº 11.324/2006 alterou o art. 3º da Lei nº 5.859/72, ampliando o período de férias dos empregados domésticos para 30 dias, em paridade com os demais trabalhadores. A mesma lei estendeu às empregadas domésticas gestantes o direito à estabilidade desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A Lei nº 10.208/2001, por sua vez, acrescentou o art. 3º-A à lei de regência do empregado doméstico, para autorizar a inclusão facultativa do empregado no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. 4. Essas alterações legislativas, lidas à luz do princípio da igualdade, autorizam a concluir que, cada vez mais, tem-se tornado insustentável a manutenção da desigualdade de direitos entre os empregados domésticos e os demais trabalhadores. 5. Ressalte-se que, confirmando o acima disposto, o Decreto nº 71.885 (que regulamentou a Lei nº 5.859/72), já em 1973, reconheceu que, no tocante às férias – entre as quais se inclui a indenização por sua não concessão -, as disposições da CLT são aplicáveis também ao empregado doméstico. 6. Assim, é mera decorrência do princípio do igual tratamento o reconhecimento de que os empregados domésticos têm o direito à dobra legal pela concessão das férias após o prazo e à proporcionalidade. CONDENAÇÃO EM 1/12 DO 13º SALÁRIO DE 2008 – JULGAMENTO ULTRA PETITA O recurso encontra-se desfundamentado à luz do art. 896 da CLT. Recurso de Revista não conhecido. (TST – RR n.º 831/2008-074-03-00.7 – Rel. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – 8ª Turma – Julgado em 02/09/2009).

à fruição das férias, com o respectivo adicional, em igualdade com os demais trabalhadores. Nota-se, assim, o intuito do poder constituinte originário de melhor amparar os trabalhadores domésticos.

Ressalte-se ainda que recentes modificações legislativas autorizam a conclusão de que há um movimento histórico que revela a tendência normativa de tornar cada vez mais eqüitativos os direitos dos trabalhadores domésticos em relação aos direitos usufruídos pelos demais empregados. Com efeito, a Lei nº 11.324/2006 alterou o art. 3º da Lei nº 5.859/72, ampliando o período de férias dos empregados domésticos para 30 dias, em paridade com os demais trabalhadores. A mesma lei estendeu às empregadas domésticas gestantes o direito à estabilidade desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A Lei nº 10.208/2001, por sua vez, acrescentou o art. 3º-A à lei de regência do empregado doméstico, para autorizar a inclusão facultativa do empregado no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

Essas alterações legislativas, lidas à luz do princípio da igualdade, autorizam a concluir que, cada vez mais, tem se tornado insustentável a manutenção da desigualdade de direitos entre os empregados domésticos e os demais trabalhadores.

Ressalte-se que, confirmando o acima disposto, o Decreto nº 71.885 (que regulamentou a Lei nº 5.859/72), já em 1973, reconheceu que, no tocante às férias – entre as quais se inclui a indenização por sua não-concessão -, as disposições da CLT são aplicáveis também ao empregado doméstico.

Assim, é mera decorrência do princípio do igual tratamento o reconhecimento de que os empregados domésticos têm o direito à dobra legal pela concessão das férias após o prazo e à proporcionalidade.

Note-se que se trata de uma estrutura de *logos* vinculado a um modelo de racionalidade fundado na coerência²⁵⁹, contudo, nem por isso, menos apto à persuasão.

²⁵⁹ Em sentido semelhante: PREVIDENCIÁRIO. ABONO DE PERMANÊNCIA. RECEBIMENTO INDEVIDO APÓS APOSENTADORIA. ERRO ADMINISTRATIVO. MÉTODO DA MÁXIMA COERÊNCIA. INTEGRIDADE DO DIREITO. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, BOA-FÉ, IGUALDADE, JUSTIÇA E VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. NATUREZA ALIMENTAR DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. JURISPRUDÊNCIA. COERÊNCIA DO ESTADO-JUIZ. INEXIGIBILIDADE DOS VALORES. I - Em termos de um modelo prático, para solução de casos difíceis - que denominamos como "máxima coerência" - ver o direito como integridade implica não ver conflito entre os princípios, mas ver o caso difícil sendo abordado por duas possibilidades de solução (proposições jurídicas). II - Princípio da solidariedade, consagrado na Constituição Federal como objetivo da República (art. 3º, I: "construir uma sociedade livre, justa e solidária"), mas também implícito na convivência em comunidade, que implica o respeito ao próximo, o auxílio mútuo para reduzir o sofrimento do outro, o sentimento de união, a cooperação. III - A dignidade humana deve ser vislumbrada no tocante ao caráter sabidamente alimentar das prestações previdenciárias. IV - Resta inegável o status de princípio da boa-fé, com base constitucional, e passível de irradiação sobre todas as relações jurídicas, devendo sempre norteá-las. V - A igualdade exige, ainda, que o Estado trate a todos com os mesmos respeito e consideração, sendo isto devido aos seres humanos enquanto pessoas morais, livres e iguais. VI - O justo, na concepção de Aristóteles, é o equitativo, o meio-termo. De todas as virtudes, a justiça é a única que consiste no bem de um outro, "pois, de fato, ela se relaciona com o próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro [...]" VII - Diante disso, não seria possível se falar em arranhão ao princípio que veda o enriquecimento sem causa. Sendo evidente a máxima coerência da proposição com princípios tão basilares ao direito, entendemos que tal princípio não foi violado, uma vez que deve ser encarado, não isoladamente, mas em conjunto com todos os demais. VIII - Importância da jurisprudência e dos precedentes, uma vez que demonstram o entendimento adotado pelo Estado através de seus juízes, que buscaram as respostas corretas. Importante, portanto, é privilegiarmos o sólido posicionamento do Estado-juiz neste caso, ajudando a manter, dessa forma, sua coerência. Outrossim, a boa-fé do

beneficiário e a natureza alimentar das verbas previdenciárias dão ensejo à irrepetibilidade de valores recebidos indevidamente. IX - Não se trata, por isso mesmo, de mera alegação do caráter alimentar das verbas previdenciárias feita prima facie, de pronto, para afastar a lei. Trata-se, na verdade, de um raciocínio principiológico de interpretação do direito, que prima pela coerência das decisões judiciais, com fulcro, no caso em tela, na vasta jurisprudência do STJ. Imprescindível ressaltar, por fim, que com isso não se afasta a incidência dos dispositivos legais que disciplinam a repetição dos benefícios indevidos. X - Em suma, construindo o direito como integridade, nos termos do que foi dito acima, podemos concluir que, em havendo má-fé do beneficiário, maculada está a máxima coerência com os princípios e, por conseguinte, a irrepetibilidade, de modo que não se está declarando inconstitucionalidade dos artigos de lei, em perfeita observância à súmula vinculante nº 10 do STF. Havendo, por outro lado, boa-fé (cumulada, neste caso específico, com erro da previdência) esta coerência é alcançada e o entendimento esposado pelo Estado-juiz da irrepetibilidade das verbas previdenciárias por sua natureza alimentar é, mais uma vez, mantido. XI - Dessa maneira, chegamos à inegável conclusão de que a proposição que mantém a máxima coerência com os princípios é a que deve prevalecer. XII - Não existem, outrossim, motivos para reformar a r. sentença de parcial provimento que determina a inexigibilidade dos referidos valores. XIII - Apelação do INSS improvida. (TRF3 – APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004015-30.2009.4.03.6126/SP – Rel. DAVID DINIZ – 10ª Turma – Julgado em 26/07/2011).

3 DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO RETÓRICO

Uma vez caracterizadas as principais categorias retóricas imbuídas pelo aspecto normativo, convém descrever o desenvolvimento do processo retórico para Perelman, bem como descrever uma proposta de desenvolvimento retórico típica para o discurso decisório judicial.

3.1 PROCESSO RETÓRICO DE PERELMAN

Para Perelman o processo retórico tem início com o contato entre os espíritos dos interlocutores, ou seja, um contato intelectual que abrange a predisposição para o diálogo e o reconhecimento do outro como um igual²⁶⁰.

O processo retórico tem início a partir de premissas compartilhadas tanto pelo orador como pelo auditório. Desde estas premissas ou objetos de acordo o orador buscará obter ou ampliar a adesão às teses que submete ao auditório²⁶¹.

Perelman classifica os objetos de acordo em duas categorias, a primeira relacionada a acordos particulares e a segunda a acordos universais.

A primeira categoria é o acordo sobre o *real*²⁶², envolvendo os fatos, as verdades e as presunções.

Na categoria do *real* entende-se como uma noção de *fato* 'o que é comum a vários entes pensantes e poderia ser comum a todos'²⁶³, logo se trata de um acordo envolvendo toda a gama de seres racionais²⁶⁴ (auditório universal).

A noção de *verdade* aproxima-se da de *fato*, tendo em vista que a diferença entre eles resume-se na amplitude do objeto de acordo. Os *fatos* são "objetos de

²⁶⁰ PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado...**, p. 18-19.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 73.

²⁶² O *real* se caracteriza pela adesão do auditório universal, aqui entendido como um auditório imaginário, criado pelo orador, que compreende todos os homens dotados de razão.

²⁶³ POINCARÉ citado por PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado...**, p. 75.

²⁶⁴ Saliente-se, todavia, que embora referente ao auditório universal, o *fato* não tem caráter absoluto, podendo ser contestado, quando deixará de ser qualificado como *fato*.

acordo precisos, limitados; em contrapartida, designar-se-ão *verdades* sistemas mais complexos, relativos a ligações entre fatos²⁶⁵.

Os *fatos* e as *verdades* enquanto assim qualificados encontram-se provisoriamente fora do campo argumentativo, uma vez que aceitos pelo auditório universal não precisam ser intensificados ou justificados.

Por outra via, as *presunções*, enunciados acerca da verossimilhança e da normalidade, ainda que gozem da prerrogativa de aceitação pelo auditório universal, não possuem a adesão em nível máximo do auditório, possível e recomendável, portanto, a intensificação e a justificação por outros argumentos, formando um conjunto, uma teia de argumentos que se fortalecem reciprocamente.

A segunda categoria, o *preferível*²⁶⁶, envolve os valores, as hierarquias e os lugares.

Entende-se por acordo a respeito de *valores* "admitir que um objeto, um ser ou um ideal deve exercer sobre a ação e as disposições à ação uma influência determinada, que se pode alegar numa argumentação, sem considerar, porém, que esse ponto de vista se impõe a todos²⁶⁷".

Outra divisão do preferível engloba as *hierarquias*, relações de superioridade e inferioridade entre duas proposições. As *hierarquias* podem ser: a) concretas, concernentes a referenciais materiais ou; b) abstratas, concernentes a referenciais imateriais²⁶⁸.

Por último, apresentam-se os lugares do preferível: enunciados de preferência construídos ao longo do tempo²⁶⁹.

Perelman remete a Aristóteles para diferenciar os lugares comuns e os lugares específicos. Os primeiros são enunciados de ordem geral, utilizáveis em todos os campos do conhecimento como premissas. Já os lugares específicos são

²⁶⁵ Ibidem. p. 77.

²⁶⁶ O *preferível* se caracteriza pelo acordo com um auditório particular, efetivo e existente. O acordo terá validade e efetividade apenas em relação a este determinado auditório.

²⁶⁷ Ibidem. p. 84.

²⁶⁸ Como exemplo de hierarquia concreta temos a "superioridade dos homens sobre os animais", e, a título de ilustração da hierarquia abstrata a "superioridade do justo sobre o útil" (Ibidem, p. 90).

²⁶⁹ Perelman apresenta duas categorias de lugares derivadas dos lugares do preferível, baseados em preferências admitidas como tais pela tradição de uma sociedade. Os lugares da quantidade "que são todos os que afirmam que uma coisa vale mais que a outra por razões quantitativas". Por último, os lugares de qualidade que "afirmam a superioridade do único, do raro, do excepcional e do precário, do difícil, do original, com as noções correlativas de indivíduo, de fato, sendo este o que só ocorre uma vez, o que não pode ser definido apenas pela lei; com noções de heterogeneidade, de concreto, de história, de encontro" (PERELMAN, Chaim. **Retóricas**..., p. 188-189). Também, Cf. PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado**..., p. 90-105.

enunciados construídos pelos teóricos de um determinado campo do conhecimento e admitidos como premissas por um auditório específico²⁷⁰.

Enfim, este acordo inicial, seja fundado no real seja no preferível, conferirá estabilidade à argumentação enquanto não for contestado, servindo como um degrau para o movimento da argumentação.

Observe-se que todo o “movimento da argumentação consiste em transpor a adesão inicial que o auditório tem relativamente a uma opinião que lhe é comum para uma outra de que o orador quer convencer. Daí a importância [...] do conhecimento que o orador deve possuir do seu auditório, das suas opiniões, das suas crenças, enfim de tudo aquilo que ele tem por admitido”²⁷¹. Efetivamente, “a ação do orador é uma agressão, pois sempre tende a mudar algo, a transformar o ouvinte, mesmo quando visa fortalecer a ordem social estabelecida, ela abala a quietude daquele a quem se dirige e de quem se quer sustentar as crenças ameaçadas”²⁷².

Com efeito, Perelman considera o conhecimento do auditório²⁷³ pelo orador o mecanismo chave para o desenvolvimento do processo retórico, vez que apenas conhecendo os interesses, valores, tradições dos auditórios será possível graduar os argumentos ou conjuntos de argumentos como melhores ou piores em relação àquele interlocutor, fixando não apenas os objetos prévios de acordo²⁷⁴, mas cada elo do raciocínio apresentado²⁷⁵.

A cada passo do percurso o orador deverá apresentar argumentos para ampliar ou obter a adesão do auditório com relação a soluções para questões

²⁷⁰ Ibidem. p. 94.

²⁷¹ CUNHA, Tito Cardozo. **A Nova Retórica de Perelman**. p. 22. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/cunha_tito_nova_retorica_perelman.pdf. Acesso em: 02/03/2009.

²⁷² PERELMAN, Chaim. **Retóricas...**, p. 371.

²⁷³ Em sentido semelhante, Pascal “[...] seja o que for que se queira persuadir, é necessário que se leve em conta a pessoa a quem se visa, cujo espírito e coração é preciso conhecer, e quais os princípios que ela aceita, quais são as coisas que ela ama; e conseqüentemente considerar, no caso de que se trata quais são as relações que ela guarda com os princípios visados, ou com os objetivos deliciosos, pelos encantos que se lhe propiciam” (PASCAL, Blaise. Op cit.. p. 14).

²⁷⁴ O conhecimento do auditório pelo orador é essencial ao estabelecimento dos objetos prévios de acordo, pois “às vezes se pode cometer o erro que consiste em se apoiar em premissas não admitidas pelo interlocutor, e, com isso, incorre-se em petição de princípio, isto é, postula-se o que se quer provar. Mas a petição de princípio não é um erro de tipo lógico (uma dedução lógica sempre incorreria em petição de princípio, uma vez que a conclusão já está contida nas premissas), e sim um erro de argumentação, que consiste no mau uso do argumento *ad hominem*, toda argumentação é – em sentido amplo – *ad hominem*, pois depende do que o interlocutor esteja disposto a admitir, mas esse argumento é mal usado quando se supõe erroneamente que o interlocutor já aceitou uma tese que se pretende que ele admita” (ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3.ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 65).

²⁷⁵ PERELMAN, Chaim. **Retóricas...**, p. 57.

intermédias para, ao final, sustentar a tese com a qual pretenda persuadir o auditório.

Tomando por modelo a argumentação da decisão judicial, o juiz poderá se valer de inúmeras fontes de argumentos e contra-argumentos²⁷⁶ à tese que apresenta na motivação de sua decisão. Utilizar-se-á como fontes: os precedentes (jurisprudência); os escritos de especialistas do campo jurídico (doutrina); os argumentos das partes processuais; os argumentos apresentados pelo representante do Ministério Público; os depoimentos e testemunhos; as conclusões da perícia, as regras jurídicas, as presunções²⁷⁷, os princípios e valores resguardados pelo sistema jurídico etc.

Uma vez obtidos os argumentos será “essencial estabelecer os pontos de desacordo e reconduzir, a partir deles, os discursos a um plano em que as teses opostas possam ser comparadas, e no qual os argumentos alegados a favor da primeira solução se tornem objeções à segunda e vice-versa”²⁷⁸, determinando assim as questões que ainda serão objeto de discussão.

Ressalte-se que

O fato de o direito, tal como o concebemos, não poder menosprezar a segurança jurídica e dever, por esta razão, evitar a subjetividade e a arbitrariedade, o fato de constituir um empreendimento público - pois o juiz recebe sua autoridade do Estado, que lhe confere competência e poder - impede [sic] identificar, pura e simplesmente, o que é justo segundo o direito com o que parece justo a um indivíduo. De fato, não podemos perder de vista que todos os litígios, cuja solução depende de uma questão de direito, põem em oposição adversários que defendem, neste ponto, teses diametralmente opostas: a afirmação de que tal tese é preferível em direito supõe a existência de uma ordem jurídica, pois de outro modo seria impossível motivar de modo juridicamente válido, o dispositivo da sentença²⁷⁹.

²⁷⁶ Acerca das técnicas e classificações dos argumentos Cf. PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado**..., p.211-573.

²⁷⁷ "As presunções legais, em contrapartida, não fornecem elementos de prova, mas dispensam a prova aquele [sic] a quem elas aproveitam. Na ausência de prova contrária, as presunções *juris tantum* determinam os efeitos de uma dada situação, sempre dirão respeito a fatos qualificados [...]. A presunção legal *juris tantum*, ao admitir a prova contrária, permite o surgimento da verdade, mas levando igualmente em conta outros valores que não se podem desprezar [...] O papel das presunções *juris et de jure* é muito diferente: elas não e referem ao ônus da prova de uma fato passado, elas se esforçam, ao contrário, para exercer uma influência sobre os acontecimentos futuros, de maneira que se amoldem o mais possível à presunção estabelecida" (PERELMAN, Chaim. **Ética**..., p. 701-602)

²⁷⁸ PERELMAN, Chaim, **Lógica**..., p. 165.

²⁷⁹ PERELMAN, Chaim, **Lógica**..., p. 98.

Assim, considerando que este processo retórico se dá em um processo judicial regido por normas jurídicas, não há que se falar em arbitrariedade²⁸⁰. A atuação do juiz deverá seguir uma lógica própria²⁸¹ à decisão, sempre vinculada ao sistema jurídico²⁸². E, o juiz, ao fim de sua participação, deverá apresentar um discurso decisório nos moldes previstos pelo sistema jurídico, contendo a tese com a qual pretende por fim à questão, objetivando a adesão dos auditórios²⁸³.

Note-se que, em razão da pluralidade de auditórios e da complexidade da questão, raramente será apresentado um único argumento como sustentáculo de uma tese. Na maioria dos casos será apresentada uma teia de argumentos²⁸⁴ que

²⁸⁰ Entende-se por arbitrária uma proposição ou tese insuscetível de justificação. Nesse sentido, Cf. PERELMAN, Chaim. **Ética...**, p. 56. Ao tratar da boa escolha nos problemas práticos, Perelman afirma que “pelo fato de que nossa existência estar localizada no espaço e no tempo, os nossos meios de ação são sempre limitados a muitos pontos de vista, não podemos agir sem escolha (p. 143-144) [...] Para que haja escolha, nossa decisão não deve ser nem necessária nem arbitrária. Que exista a possibilidade de agir forma diferente da qual agimos no final das contas, mas que existam, todavia, razões que justifiquem a decisão tomada [...] Se o problema da escolha é inconcebível sem um mínimo de liberdade, o problema da boa escolha supõe a existência de certas razões, alguns critérios, que permitam apreciar o valor da escolha e aqueles que escolheram (p.146) [...] cada escolha é um risco, uma opção que envolve a responsabilidade do homem que a escolheu (p.160)” (tradução livre). No original, “Par le fait que notre existence est située dans l’espace et dans le temps, que nos moyens d’action sont toujours limités à plusieurs points de vue, on ne peut pas agir sans choisir. (p.143-144) Pour qu’il y ait choix, il faut que notre décision ne soit ni nécessaire, ni arbitraire, que la possibilité existe d’agir autrement que l’on n’agira en fin de compte, mais qu’il y ait portant des raisons qui justifient la décision prise[...] Si le problème du choix ne se conçoit pas sans un minimum de liberté, celui du bon choix suppose l’existence de certaines raisons, certains critères, qui permettraient d’apprécier à la fois la valeur du choix et de celui qui a choisi (p. 146) [...]chaque choix constitue un risque, une option engageant la responsabilité de l’homme qui a choisi (p.160)” (PERELMAN, Chaim. *Le problème du bon choix*. In : PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Rhétorique et philosophie** : pour une théorie de l’argumentation en philosophie. Paris : Presses Universitaires de France, 1952. p.142-160).

²⁸¹ “A lógica se apresenta, assim, como um conjunto das técnicas de raciocínio que permitem o juiz conciliar, em cada caso específico, o respeito pelo direito com a aceitabilidade da solução encontrada” (PERELMAN, Chaim. **Ética...**, p.448).

²⁸² “[...] a interpretação da lei, para ser aplicada a um caso específico, deve ser considerada uma hipótese, que só será adotada se a solução concreta em que redundará afigurar-se aceitável. Somente levando em conta essa dupla exigência, que exige um vaivém da mente, da situação vivida à lei aplicável, compreenderemos a especificidade do pensamento jurídico” (PERELMAN, Chaim, **Lógica Jurídica...**, p. 115).

²⁸³ “Nunca se pode perder de vista que o juiz, ao redigir uma sentença, não tem de exprimir uma opinião estritamente pessoal. Se sua íntima convicção lhe permite considerar como estabelecidos os fatos, estando conforme as prescrições da lei o procedimento concernente aos meios de prova - mais ainda, é necessário que essa convicção não pareça ser desarrazoada -, a qualificação dos fatos e as consequências jurídicas que deles extrai devem corresponder a uma opinião comum, de fato ou de direito. É necessário que a motivação da decisão demonstre suficientemente que esta é conforme ao direito em vigor, tal como é entendido pelas instâncias superiores e pela opinião dos juristas qualificados. É para fazer que o tribunal admita que a tese por ele defendida corresponde melhor a essas exigências que deve tender a argumentação de cada uma das partes” (Ibidem. p. 220).

²⁸⁴ Ibidem. p. 180..

interagem continuamente, intensificando uns aos outros, apoiando uma tese considerada razoável²⁸⁵.

Por último, destaque-se que a adesão do auditório a uma tese não é imutável. O auditório manterá sua adesão a uma tese enquanto os argumentos contrários a ela não atingirem a confiança que o auditório deposita na razoabilidade dos argumentos que a fundamentam. Dessa forma, em face de novos argumentos mais razoáveis em relação aos das teses anteriormente admitidas, passa-se a defender a nova tese proposta²⁸⁶.

3.2 PLANO-TIPO DA RETÓRICA JUDICIAL

A nova retórica de Perelman se desenvolve de maneira linear, acompanhando o modelo do processo judicial. Porém, um processo retórico que possibilite sua revisibilidade interna e que leve em conta a participação do outro na discussão deve se apresentar de forma cíclica.

Diz-se um processo cíclico porque o julgador na função de orador irá repetir o processo de exame e disposição dos argumentos devido ao redesenho da questão decorrente dos novos aportes de argumentos – atinentes à narrativa ou à qualificação jurídica – sobrevivendo no transcorrer do processo judicial, implicando o

²⁸⁵ “Uma tese desarrazoada é uma tese sustentada por argumentos desarrazoados. Não creio que se possa falar da natureza razoável de uma tese *in abstracto*, sem a vincular aos argumentos[...]. Na área da argumentação pelo contrário, não há diferença de natureza entre o razoável e o desarrazoável, mas há diferença de graus. Mas, quando lhe digo que há uma diferença de graus, trata-se de uma diferença que importa, que, a meu ver, é essencial: isso quer dizer que não se deve crer que ao transformar a diferença de natureza em diferença de graus, eu a suprima, ao contrário, ela desempenhará o mesmo papel que a diferença de natureza desempenha na demonstração. Agora, de fato, um juiz que se vê diante de duas teses, uma forte e uma fraca, dará razão à mais forte e pronto” (PERELMAN, Chaim. **Ética**..., p. 116)

²⁸⁶ Nesse sentido: “Um discurso argumentativo será então eficaz se obtiver êxito num dos dois objectivos possíveis: ou conseguir do auditório um efeito puramente intelectual, ou seja, uma disposição para admitir a plausibilidade de uma tese (quando a tal se limite a intenção do orador) ou provocar uma acção a realizar imediata ou posteriormente. Logo, com base no critério da tendência para a acção, poderemos configurar o primeiro dos efeitos como “adesão passiva” e o segundo, como “adesão activa”. Num e noutro caso, porém, sempre está em causa a competência argumentativa do orador, os métodos e as técnicas retóricas a que recorre e, de um modo muito especial, o tipo de auditório sobre o qual quer agir” (SOUSA, Americo de. **Persuasão**: estratégias para uma comunicação influente. Disponível em: <http://bocc.ubi.pt/pag/sousa-americo-persuasao-2.html>. Acesso em 10/7/2008 p. 37).

fortalecimento de uma possível solução ou mesmo o abandono da tese anterior em benefício de outra mais adequada a solucionar o problema.

Outrossim, isto também significa dizer que o juiz precisa estar disposto a mudar seu posicionamento inicial em virtude de novos argumentos, ou seja, é preciso admitir que no decorrer do processo toda solução é apenas uma solução provisória.

Para explicitar este ciclo, será utilizado um plano-tipo de retórica judicial, com inspiração no modelo greco-romano clássico, com o fim didático de compreender o processo retórico.

Nos moldes do plano-tipo, o processo retórico divide-se em quatro partes: a invenção, a disposição, a elocução e a ação.

A retórica jurídica na perspectiva do julgador terá início com o problema ou questão apresentado pelo autor do pedido judicial, questão essa que será o fio condutor de sentido da compreensão do julgador e que guiará todo o processo retórico.

3.2.1 Invenção

A invenção caracteriza-se pela descoberta²⁸⁷ dos argumentos potencialmente relevantes para o discurso, ou seja, trata-se de encontrar, nos lugares da retórica (*topoi*), os argumentos ou premissas compartilhados entre os interlocutores com potencial para solucionar a questão. Em síntese, uma pessoa que deseje resolver um problema precisará de uma estrutura que a auxilie a caracterizar o problema e fornecer meios de abordá-lo, uma vez identificado²⁸⁸.

Os lugares podem ser classificados em lugares comuns e lugares específicos. Os primeiros são de aplicação universal, os últimos têm aplicação

²⁸⁷ “A *inventio* é mais uma descoberta (dos argumentos) do que uma invenção propriamente. Tudo já existe, é necessário apenas encontrá-lo. É uma noção mais ‘extrativa’. Esse fato é reforçado pela designação de um ‘lugar’ (tópica) do qual podemos extrair os argumentos e ao qual devemos referir-nos: a *inventio* é um caminho (*via argumentorum*)” (BARTHES, Roland. A retórica antiga. In: COHEN, Jean; BREMOND, Claude, GRUPE μ et alli. **Pesquisas sobre retórica**. Trad. Leda Pinto Mafra Iruzun. Petrópolis: Vozes, 1975 p. 183).

²⁸⁸ BALKIN, Jack M. **A Night in the Topics**: The Reason of Legal Rhetoric and the Rhetoric of Legal Reason. Disponível em: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/topics1.htm>. Acesso em: 07/06/2011.

restrita a um determinado ramo do conhecimento. Enfim, configuram-se como “um repertório de pontos de vista já preparados de antemão²⁸⁹”, cuja força decorre da adesão estabelecida no decorrer dos tempos, o que favorece o seu papel como premissas do processo retórico.

Assim, diz-se que os lugares comuns^{290 291} “são aplicáveis a todos os problemas apenas pensáveis e representam generalizações muito amplas, enquanto que os segundos servem para um determinado círculo de problemas²⁹²”.

Já os lugares específicos²⁹³ da argumentação jurídica são recursos fundados na tradição jurídica e considerados razoáveis por uma comunidade jurídica situada historicamente²⁹⁴, ou seja, os lugares da argumentação jurídica propiciam de forma preliminar um campo comum de entendimento que facilita o desenvolvimento da argumentação.

No âmbito dos lugares específicos, o pensamento jurídico merece especial destaque. As doutrinas jurídicas e as construções conceituais doutrinárias servem

²⁸⁹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência...**, p. 36.

²⁹⁰ Balkin apresenta um exemplo ilustrativo dos lugares comuns, no caso do lugar “parte e todo”: “Suponha que a alguém é pedido que se faça um discurso sobre um assunto em particular, digamos, elefantes. Pode-se aplicar o lugar comum a essa questão de várias maneiras. Primeiro, pode-se discutir as várias partes de um elefante e suas relações com o todo. Igualmente, pode-se discutir a relação do elefante com unidades maiores das quais ele é parte, por exemplo, uma manada, as espécies de elefante, a classe dos mamíferos, o reino dos animais e assim por diante, indefinidamente. Embora esse lugar não produza argumentos muito elaborados, ele pode atuar como um impulso para futuras descobertas, e fornece ao orador um número de direções nas quais poderá improvisar e analisar” (tradução do autor), No original. “Suppose one is asked to give a speech about a particular subject, say, elephants. One can apply the topic to this question in several ways. First, one can discuss the various parts of an elephant and their relationship to the whole. Conversely, one can discuss the relationship of the elephant to the larger units of which it might form a part, for example, a herd of elephants, the species of elephant, the category of all mammals, the class of all animals, and so on indefinitely. Although this particular topic does not produce very elaborate arguments, it may act as a spur to further invention, and it does give the speaker a number of directions in which to improvise and analyze. And this is the whole point of the topical approach-- to use topics to spur imagination and organize analysis (BALKIN, Jack M. Op cit.).

²⁹¹ Os lugares comuns também têm relevância jurídica, especialmente nos juízos com base na equidade (Código de Processo Civil, artigo 127; Lei 9099/95, artigo 25), assim como nas audiências de conciliação (Código de Processo Civil, artigo 277; Lei 9099/95, artigos 21 e 73), Nestas ocasiões, o magistrado ou árbitro ouve os argumentos das partes e os direciona, por meio de lugares comuns, com possíveis soluções para o problema, que atendam os anseios de todas as partes envolvidas no processo.

²⁹² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência...**, p. 37.

²⁹³ Nada impede que o juiz se utilize de argumentos retirados de lugares específicos diferentes do jurídico para sustentar uma tese no âmbito jurídico. De fato, argumentos retirados de lugares específicos da economia e da psicologia são comumente utilizados para defender teses jurídicas (e.g. argumentos conseqüencialistas do âmbito econômico – STF/RE 559882 – e; no âmbito da psicologia, as decisões sobre incapacidade do sujeito – STF/ HC 101930 –).

²⁹⁴ Trata-se do caráter situacional dos lugares, a utilização deles dependerá do problema ou tese objeto da argumentação, dessa forma, “à vista de cada problema aparecem como adequados ou inadequados, conforme um entendimento que nunca é absolutamente imutável. Devem ser entendidos como um modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento” (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência...**, p. 38).

como compartimentos para o enquadramento e a solução dos problemas jurídicos, em outras palavras, operam como adequados lugares específicos do direito²⁹⁵.

Saliente-se que na retórica judicial o espaço para criação de argumentos originais é limitado, tendo em vista que os lugares específicos do direito contêm os argumentos garantidos por normas jurídicas arquitetadas sobre precedentes ou textos legais ou construções doutrinárias, contudo, o julgador poderá criar argumentos derivados destes, seja através de antimodelos, seja através de interação de conceitos (ampliações/limitações), casos em que assumirá o ônus argumentativo de bem justificar sua decisão.

3.2.2 Disposição

A disposição versa sobre a ordenação do discurso, ou seja, como o discurso será organizado. Dessa forma, cria-se o *caminho* que o auditório irá percorrer para melhor atingir o fim a que se propõe o orador.

Com efeito, a disposição contém a introdução da questão ao auditório (*exordium*), a narração dos fatos (*narratio*;) o conjunto de argumentos e provas da tese defendida (*argumentatio*, composta pela *probatio* e *refutatio*), e uma síntese (*peroratio*), sempre tendo em conta as roupagens normativas do *ethos*, *pathos* e *logos*.

O *exordium* é a parte primeira do roteiro do discurso. A principal finalidade do exórdio é a apresentação da causa ao(s) auditório(s) e a obtenção de uma disposição favorável pelo auditório – tornar o auditório benévolo, dócil e atento ao discurso –. É comum o *exordium* também atuar como momento de transição para a *narratio*, nesse sentido, irá apresentar uma concisa enumeração dos temas e assuntos objeto da decisão^{296 297}.

²⁹⁵ BALKIN, Jack M. Op cit..

²⁹⁶ ALEXANDRE JÚNIOR, Manuel. **Hermenêutica retórica**: da retórica antiga à nova hermenêutica do texto literário. Lisboa: Alcalá, 2004. p. 39-40..

²⁹⁷ Exemplo do *exordium* no campo judicial pode ser extraído do voto da Ministra Hellen Gracie no caso Ellwanger (STF – HC 82424/RS – Rel Originário. Moreira Alves. Ementário n.º 2144-3 – DJ. 19/03/2004). “Sr. Presidente, se V. Ex. me permite, e se o Colega Ayres Britto também permitir, gostaria de adiantar minha posição. Por isso, peço-lhe licença para também me manifestar. Sr. Presidente, ouvi com atenção os votos proferidos no julgamento desta causa. Pouco teria a acrescentar ao rigor técnico e à agudeza de análise com que a questão foi enfrentada. Gostaria, no

A *narratio* é segunda parte do roteiro do discurso, e se caracteriza como “a exposição dos factos que constituem a causa, a fim de dar ao ouvinte um conhecimento global dos mesmos, e preparar o ambiente para a argumentação”²⁹⁸.

Contudo, engana-se quem entende a *narratio* como uma descrição desinteressada dos fatos. Pelo contrário, no discurso decisório judicial, a *narratio* é uma narração persuasiva do que aconteceu, o seu propósito não se resume a instruir o ouvinte, mas a, desde logo, dispô-lo para a ação (adesão)²⁹⁹. Trata-se, portanto, de uma específica leitura e exposição dos fatos.

Presta-se não só para apresentar o assunto na sua essência e introduzir o argumento nas suas grandes linhas, mas também para influenciar o[s] juiz [auditórios]. O raciocínio lógico vem sobretudo depois, ao descontextualizar o que a narração contextualiza, mas já está nela presente enquanto prova contínua³⁰⁰.

O arranjo da narrativa será tanto melhor quanto maior o grau de satisfação de três pretensões narrativas: a brevidade; a clareza; e a veracidade³⁰¹. Tais pretensões objetivam a correta troca comunicativa entre orador e auditório, permitindo um debate honesto e franco acerca do objeto do discurso.

A *argumentatio*, terceira parte do roteiro do discurso, “tem por função levar a cabo a prova³⁰²”. Prova aqui assume um carácter bastante amplo, abrange não apenas as provas a respeito da narrativa fática, mas também o recurso às provas éticas, patéticas e de logos (regras, princípios, licenças de inferência).

Dessa forma, a *argumentatio* também encarna os três elementos da relação retórica³⁰³: o orador deve buscar diminuir as distâncias entre o *ethos* projetivo e

entanto de agregar algumas considerações que o tema enseja. A propósito deste julgamento, fui revisar alguns trabalhos antigos, e outros, nem tanto, mas incompletos e interrompidos pela escassez do tempo [...]”. O reconhecimento do conhecimento dos pares que ela aos quais ela se dirige e os pronomes de tratamento caracterizam essa busca por uma disposição favorável do auditório que se pretende com o *exordium*.

²⁹⁸ ALEXANDRE JÚNIOR, Manuel. Op. cit. p. 42.

²⁹⁹ Ibidem. 43.

³⁰⁰ Idem.

³⁰¹ “A brevidade consiste em não referir mais do que o necessário para a causa, evitando a prolixidade e servindo tanto a boa disposição do público como a memória.[...] A clareza conceptual está ao serviço da *cognitio* e assegura a fácil compreensão do assunto. Consegue-se mediante a ordem, a brevidade e a eficácia incisiva das ideias. [...] A veracidade ou credibilidade da narração tem por fim convencer o público da realidade do conteúdo da narração. Há, por isso, que apresentá-lo de forma convincente” (Ibidem. p. 45).

³⁰² LAUSBERG, Heinrich. Op cit.. p. 92.

³⁰³ Nesse sentido “*Ethos* significa carácter e pode definir-se como a credibilidade que o autor ou orador é capaz de estabelecer na sua obra. O ouvinte é induzido a crer no que ele diz, porque crê nele como homem de bem ou como pessoa qualificada no assunto. O *pathos* diz respeito ao ouvinte

efetivo com a mediação do *ethos* institucional, de igual forma, buscar diminuir as distâncias entre o *pathos* projetivo e efetivo, estabelecendo um vínculo emocional com o auditório, garantindo-lhe credibilidade e confiança ao auditório na estrutura de *logos* a ele apresentado.

Outrossim, é preciso destacar que não basta ao orador sustentar seus argumentos (*probatio*), é necessário também refutar os argumentos opostos (*refutatio*), refutação essa que se transforma em verdadeiro dever quando há o ônus argumentativo em relação àquele determinado argumento (e.g. argumentar contra um dado precedente ou negando a aplicabilidade de um texto normativo).

A *peroratio*, última parte do roteiro do discurso, corresponde a uma conclusão. Objetiva recapitular os principais pontos do discurso, agrupando-os, reforçando a compreensão global do discurso e a veracidade da tese proposta³⁰⁴.

3.2.3 Elocução

Por elocução³⁰⁵ entende-se a expressão e o estilo do discurso. O estilo deve ser simples (inteligível pelos auditórios) e, ao mesmo tempo, de expressão clara e precisa. O discurso jurídico não é formado apenas pela linguagem ordinária, mas também por uma linguagem jurídica específica, de forma que a precisão da terminologia jurídica empregada é relevante para a garantia de futura segurança jurídica.

e pode definir-se como as reações emocionais do ouvinte À forma como o orador os toca. *Logos* refere-se ao argumento lógico desenvolvido no discurso – normalmente tido como argumento provável e não como certeza lógica” ALEXANDRE JÚNIOR, Manuel. Op. cit. p. 47).

³⁰⁴ LAUSBERG, Heinrich. Op. cit. p. 93.

³⁰⁵ A elocução possibilita também a escolha de topos (figuras) que melhor clarifiquem um argumento ou mesmo que enfatizem determinado elemento (*ethos*, *pathos*, *logos*) de um argumento, com o propósito de melhor alcançar a compreensão pelo auditório (e.g. as fábulas e as parábolas bíblicas). Exemplos da utilização de figuras com ênfase no *pathos*, com o condão de causar o abalo e o estranhamento, foram utilizados por ativistas políticos e artistas que denunciaram os absurdos do preconceito racial. Cito a anáfora “Eu tive um sonho” (I have a dream) de Luther King, que substitui a expressão “Eu acho que”, por uma construção mais rica, imbuída de esperança, fantasia e utopia. De igual forma, a canção-poema “Strange Fruit” – escrito por Abel Meeropol, mas que ganhou voz quando cantada por Billie Holiday – abusa de contrastes e figuras que impregnam com carga depreciativa palavras lúdicas, com o objetivo de provocar um choque de realidade no seu auditório (e.g. fruto estranho na árvore que representa o corpo de um enforcado balançando na árvore).

3.2.4 Ação

A ação trata da materialização e exteriorização do discurso, seja em decisões judiciais orais ou escritas.

Em decisões orais abrange a pronúncia e a gestualidade de que se vale o orador para intensificar a força do discurso, assim como o próprio ato de discursar, possibilitando ao interlocutor questionar ou manifestar a adesão ao discurso apresentado.

Nas decisões escritas, o efeito persuasivo é dado pela linguagem empregada, pela utilização de figuras (de palavras; de construção; de pensamento), da pontuação, do tempo e modo verbal etc. E, de igual forma, a exteriorização do discurso possibilitará a verificabilidade da adesão pelos auditórios à tese apresentada.

Neste sentido, a ação será a grande responsável pelo caráter cíclico do processo retórico. A cada exteriorização de discurso, seja por parte dos auditórios normativos, seja por parte do julgador, abrir-se-á espaço para a discussão e apresentação de argumentos, possibilitando a submissão das possíveis respostas ou teses ao juízo intersubjetivo. Como decorrência desse juízo intersubjetivo pode-se chegar a um consenso ou à resignificação do problema, que provocará um novo ciclo retórico.

Obviamente, o processo judicial não pode se desenvolver indefinidamente, logo, ao final, deverá o juiz prolatar sentença com a solução para a questão, conferindo estabilidade, ainda que provisória, naquela relação argumentativa.

Essa solução ou discurso decisório deverá conter os argumentos que persuadiram o juiz e o povo normativo a aderir à tese proposta, bem como os argumentos dirigidos aos demais auditórios normativos, potenciais ou efetivos.

E, uma vez exteriorizada, servirá de marco para verificabilidade da adesão dos demais auditórios. Por exemplo, se não houver recurso pelas partes, entender-se-á pela adesão delas à solução do julgador. Outro exemplo, se em face de remessa obrigatória a decisão for mantida pelo órgão recursal, entender-se-á que auditório formado pelo órgão recursal aderiu à tese proposta pelo orador.

Por derradeiro, uma vez mais, enfatize-se que nenhuma solução judicial, seja do juiz singular em primeiro grau, seja do pleno do Supremo Tribunal Federal,

provocará o fim do debate, visto que, mesmo se exaurido no âmbito jurídico, a publicidade das decisões possibilita a continuidade do processo retórico no âmbito político, ou seja, há uma permanente revisibilidade acerca das soluções encontradas.

4 CRÍTICAS E POSSIBILIDADES DA PERSPECTIVA RETÓRICA

Apresentados os principais elementos da nova retórica, faz-se necessária uma análise crítica de suas limitações e possibilidades.

4.1 CRÍTICAS À PERSPECTIVA RETÓRICA

As críticas à perspectiva retórica serão tratadas em duas frentes. Em primeiro lugar, a crítica de Posner à retórica, especialmente, à retórica aristotélica. Em segundo lugar, as críticas à nova retórica de Perelman, visto que foi um dos referenciais teóricos adotados nessa pesquisa.

4.1.1 Críticas de Posner à perspectiva retórica

As críticas de Posner atacam a retórica em dois sentidos: a) como um conjunto de mecanismos de persuasão; b) como uma forma de raciocínio.

4.1.1.1 Retórica como um conjunto de mecanismos de persuasão

Inicialmente, é imperativo ressaltar que Posner trata da retórica com foco no contexto jurídico norte-americano; concentrado mais nos discursos dos advogados e menos no discurso decisório do juiz.

Em um primeiro momento, Posner adota o sentido de retórica como um conjunto de mecanismos de persuasão. Neste sentido “persuadir uma pessoa significa fazer com que ela adote nossa opinião sobre determinado assunto, sem

pagar-lhe nada nem coagi-la”³⁰⁶, seja mediante a comunicação de informações – verdadeiras ou falsas – seja mediante um apelo às emoções.

Para melhor explicitar suas análises, Posner recorre a uma visão econômica da retórica, pressuposta em uma relação de custos e benefícios, com base na crença.

Um orador é capaz de influenciar de duas formas as crenças de sua plateia. Uma delas é pelo fornecimento de informações, entendidas em sentido amplo, que abrange tanto as informações falsas, quanto as verdadeiras, além das deduções, inferências, e demais mecanismos de manipulação lógica ou indutiva dos fatos, que sirvam como provas para mente racional, bem como os dados subjacentes com os quais trabalha. Outra maneira com que um orador pode influenciar as crenças de um público é através da utilização de quaisquer tipos de sinais que aumentem a credibilidade de seus argumentos. [...] Este caminho é, temporariamente, o primeiro, pois o orador deve despertar no público um espírito receptivo, antes de ter qualquer esperança de alterar suas crenças através da informação³⁰⁷.

Um orador, nessa perspectiva, fixaria uma meta, e escolheria os mecanismos retóricos que possibilitariam atingir a meta, com o menor custo e a maior probabilidade³⁰⁸.

A escolha dos mecanismos retóricos deve levar em consideração a probabilidade da alteração do sistema de crenças do auditório.

Há um determinado grau de tenacidade do auditório em relação ao sistema de crenças, em outras palavras, há uma relutância de uma pessoa em abandonar um sistema de crenças, quanto maior essa relutância, maior difícil será alterar seu sistema de crenças. Dessa forma, um orador que pretenda alterar o sistema de crenças de seu auditório terá maior probabilidade de sucesso se fizer pontes entre uma crença aceita pelo auditório e a aquela que ele deseja fazê-lo adotar³⁰⁹.

Outro aspecto destacado pelo autor é o custo da aquisição e do processamento da informação (absorção da informação).

Um típico relatório científico é menos “retórico”, no sentido perfeitamente inteligível da palavra que o discurso político ou as alegações finais de acusação e da defesa perante o júri. Isso ocorre porque o custo de informação é muito menor para o público especializado de um relatório científico que, por exemplo, para o público leigo do discurso de um político

³⁰⁶ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 524.

³⁰⁷ Ibidem. p. 525..

³⁰⁸ Ibidem. p. 525.

³⁰⁹ Ibidem. p. 526.

sobre macroeconomia ou relações exteriores. Quanto maior for o custo de absorção de informação para um determinado público, mais o orador recorrerá a formas de persuasão que evitem sobrecarregar o poder de absorção desse público, minimizando assim seu custo. É mais fácil o público entender que um cientista tem boa reputação, que compreender os detalhes da teoria dele³¹⁰.

A partir dessa concepção de custo de absorção³¹¹, Posner assinala que a disseminação da informação; a universalização da educação formal; o avanço das tecnologias de informação e comunicação; o prestígio do conhecimento e dos métodos científicos; e o desenvolvimento das mais diversas instituições, teria reduzido os domínios da retórica³¹².

No âmbito jurídico, normas probatórias e outras inovações institucionais do direito processual configuram-se como instrumentos aptos para a redução da utilização de métodos retóricos na resolução de disputas judiciais, aliados ao preparo emocional e intelectual do júri³¹³.

Outro aspecto salientado pelo autor decorre do exame comparativo da retórica aristotélica e da retórica platônica.

Após apontar as falhas nas críticas Platão à retórica, Posner caracteriza a retórica aristotélica como centrada na racionalidade do entinema, embora também admita apelos éticos e patéticos – cuja aplicação não se resume a obscurecer a compreensão, mas também de clarificá-la –. E, em razão do próprio objeto da retórica, o qual se atrela mais a aproximações probabilísticas que à verdade³¹⁴.

Ainda derivado deste exame comparativo, Posner assinala a diferença da avaliação do público da retórica para Platão e Aristóteles. Platão, defensor do governante filósofo, abdicaria da importância de um público não-instruído e, “provavelmente aprovaria o tipo de judiciário profissional que encontramos hoje na

³¹⁰ Ibidem. p. 528..

³¹¹ “O custo de absorção de informações para um determinado público é diretamente proporcional à complexidade do tema em concurso e inversamente proporcional à familiaridade desse público com o tema (ou conhecimento especializado deste), à educação geral de seus integrantes, bem como à inteligência e racionalidade destes. Quanto menos inteligentes e bem informados os ouvintes e quanto mais intrinsecamente complexo o sistema em debate, mais longe da verdade tendem a estar suas crenças anteriores. Mais altos, portanto, serão os custos de absorção para eles e, conseqüentemente, mais provável será que os oradores recorram a apelos emotivos [...], sinais enganadores e informações falsas; mais provável será, ainda, que o público forme, como resultado do esforço dos oradores, outra crença falsa” POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 540)..

³¹² Ibidem. p. 524.

³¹³ Ibidem. p. 541 e 542.

³¹⁴ Ibidem. p. 533 e 541.

Europa, do qual o júri foi, em grande medida, banido”³¹⁵. Já Aristóteles, embora considere que, por vezes, os ouvintes não possuam instrução, o seu papel não seria desprezível, pois, embora, lhes falte conhecimento especializado no assunto, os ouvintes seriam inteligentes, atentos e imparciais, o que impediria o orador de ultrapassar os limites da argumentação racional.

A leitura econômica de Posner é bastante precisa na tradução de elementos de *logos* em identificadores econômicos. Todavia, em relação aos elementos de *ethos* e *pathos*, onde essa mensuração econômica não se aplica, as críticas do autor são menos convincentes, ao menos se considerarmos o contexto jurídico brasileiro.

Ao considerar a retórica como um conjunto de mecanismo de persuasão, ainda que limitado por algumas normas jurídicas, Posner recorre a uma retórica erística, sem comprometimento ético. E, assim, se posicionando, qualquer argumento que não se caracterize preponderantemente como de *logos*, é caracterizado como uma espécie de embuste.

Ora, como visto no decorrer desse trabalho, o *ethos* e o *pathos* também possuem componentes normativos, ou seja, são basilares para a composição de um juízo decisório razoável.

O que Posner caracteriza como retórico na sua análise são as situações em que há o superdimensionamento do *ethos* e do *pathos*. Contudo, essa situação não é mais nem menos retórica do que aquela em que há uma prevalência do *logos*, situações nos quais há, ainda assim, elementos de *ethos* e de *pathos* subjacentes no discurso.

4.1.1.2 Retórica como raciocínio

Em um segundo momento, Posner aborda a retórica como raciocínio, tratando especialmente da analogia e da metáfora.

³¹⁵ Ibidem. p. 541.

Quanto à analogia, Posner critica o chamado uso criativo da analogia, “no qual a noção vaga de afinidade serve para identificar teorias possivelmente utilizáveis como recurso para a decisão sem precedentes”³¹⁶.

Por outro lado, o autor reconhece o papel crítico da analogia, capaz de “fixar as fronteiras de uma norma ou da doutrina jurídica”³¹⁷. Nesses casos, a analogia é utilizada para a formulação de casos hipotéticos para testar os limites de uma teoria ou norma jurídica. O exemplo de Posner é esclarecedor:

De modo semelhante, poderíamos ter uma “norma” segundo a qual a Constituição protege todo tipo de discurso político. Isso implicaria que uma ameaça de morte dirigida ao Presidente da República, por este ter violado a concepção de separação de poderes de Montesquieu, gozaria de imunidade. Mas sabemos que ameaças de morte não gozam de imunidade. Isso significa que a norma não é válida da maneira abrangente como a enunciamos, precisamos, portanto, enunciá-la de outra forma³¹⁸.

A crítica à analogia, em verdade, só abrange uma de suas modalidades. Com razão Posner ao desmerecer o recurso à analogia desprovida de justificção razoável, ou seja, que apenas considera pontos de semelhança das situações, abstendo-se de considerar as diferenças entre essas situações, o que poderia conduzir à sua qualificação em uma categoria jurídica diferenciada.

Trata-se de uma situação semelhante a que ocorre com o a citação de decisões de casos anteriores para fundamentação de uma decisão, privando-se de justificar os pontos de aproximação entre as decisões ou mesmo não apontando as razões de decidir do caso pretérito^{319 320}.

³¹⁶ Ibidem. p. 548.

³¹⁷ Ibidem. p. 546.

³¹⁸ Ibidem. p. 547.

³¹⁹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 124..

³²⁰ Nesse sentido, HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ACÓRDÃO QUE ADOTA COMO RAZÕES DE DECIDIR MOTIVAÇÃO CONTIDA NA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU E EM PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. EIVA RELATIVA À AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO RECONHECIDA. PEDIDO REMANESCENTE PREJUDICADO. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Não se desconhece a existência de inúmeros julgados, tanto desta Corte Superior, quanto do Supremo Tribunal Federal, que afastam a alegação de nulidade pela suposta ofensa ao artigo 93, inciso X, da Constituição Federal, quando a autoridade judiciária, ao fundamentar sua decisão, reporta-se à sentença ou ao parecer ministerial. 2. Contudo, conquanto se admita que o magistrado reenvie a fundamentação de seu decisum a outra peça constante do processo, e ainda que se permita que a motivação dos julgados seja sucinta, deve-se garantir, tanto às partes do processo, quanto à sociedade em geral, a possibilidade de ter acesso e de compreender as razões pelas quais determinada decisão foi tomada. 3. Na hipótese dos autos, o julgado colegiado não atende ao comando constitucional, porquanto não apresenta de forma mínima os fundamentos que ensejam a negativa de provimento do apelo interposto pela defesa do paciente, de modo que o

Quanto à metáfora, Posner afirma que “desempenha um papel cognitivo bastante útil, de lançar uma pessoa para fora de seu atual quadro de referências, levando-a a olhar para determinada coisa de uma maneira nova, talvez mais esclarecedora”³²¹, contudo, muito frequentemente, assume uma forma equivocada e indisciplinada.

A crítica de Posner é um tanto deficiente, visto que não caracteriza o que ele entende por metáfora, se mera figura de estilo ou se um *tropo* com caráter argumentativo.

De qualquer forma, o uso da metáfora pode ter valência positiva. Por exemplo, no discurso decisório judicial, o juiz pode se socorrer de uma metáfora para ilustrar um argumento jurídico, tornando seu discurso apreensível não apenas ao auditório formado por especialistas, mas também ao auditório formado por leigos.

Em suma, as críticas de Posner à retórica como raciocínio se dirige especialmente para o raciocínio não-fundamentado ou desarrazoado, o que não compromete de maneira completa a o raciocínio retórico-jurídico.

4.1.2 Críticas à nova-retórica

Tendo em vista que Perelman é um dos principais referenciais teóricos dessa pesquisa, é mister apontar as principais críticas à sua concepção de retórica, e, quando possível, a resposta a essas críticas.

As principais críticas à nova retórica são relacionadas por Atienza em três frentes: uma crítica conceitual; uma crítica ideológica; e uma crítica da concepção de direito e do raciocínio jurídico³²².

reconhecimento de sua nulidade é medida que se impõe. 4. Reconhecida a eiva do acórdão impugnado, resta prejudicado o pedido remanescente constante da impetração, referente à suposta fixação de regime mais gravoso como o inicial para o resgate da reprimenda corporal, já que o julgamento do apelo defensivo deverá ser refeito, com a efetiva exposição dos fundamentos da decisão. 5. Ordem concedida para, reconhecendo a nulidade do acórdão por falta de motivação, determinar que seja realizado novo julgamento da apelação interposta pelo paciente, promovendo-se a devida fundamentação do decisum. (STJ –HC 176238/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 01/06/2011)

³²¹ POSNER, Richard A. **Para além...**, p. 550.

³²² ATIENZA, Manuel. **As Razões...**, p. 77 a 90.

4.1.2.1 A crítica conceitual

A crítica conceitual envolve a imprecisão dos conceitos da nova retórica, bem como o critério de classificação dos argumentos.

Embora o presente estudo não tenha enfatizado a classificação dos argumentos de Perelman, fato é que não há um critério determinante que possibilite identificar um argumento como de um tipo ou outro. A formulação de Perelman sofre das mesmas deficiências apontadas por Barthes³²³ a respeito das tipologias de figuras, ou seja, embora possibilite a compreensão do que é um argumento de transitividade ou reciprocidade, não permite o caminho inverso, em outras palavras, não possibilita que de uma frase se encontre o tipo de argumento.

Quanto às imprecisões conceituais, as críticas atingem três pontos em especial: a força dos argumentos, a noção de auditório universal³²⁴ e o caráter intersubjetivo da retórica³²⁵.

Em primeiro lugar, a noção de força dos argumentos, conceito esse pouco explicitado por Perelman, devido principalmente ao caráter geral de sua teoria da argumentação.

Com efeito, Apostel aponta quatro fatores dos quais depende a força dos argumentos na nova retórica: o grau de aceitação das premissas pelo auditório; a pertinência ou relevância para os propósitos do orador e do auditório; o grau de compartilhamento das crenças; o grau de validade que a audiência confere ao argumento³²⁶.

Com base nestes fatores, Atienza salienta que a nova retórica carece: de um critério referente à estrutura do argumento (relação entre premissa e conclusão); de uma regra que determine como combinar os critérios; e, de uma metodologia capaz de enfrentar a inconstância desses critérios no decorrer da argumentação, vez que a adesão a uma ou outra premissa pelo auditório é variável conforme cada um de seus membros³²⁷.

³²³ BARTHES, Roland. Op cit., p. 215.

³²⁴ ATIENZA, Manuel. **As Razões...**, p. 79 e 81.

³²⁵ MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Temas de filosofia do direito**: decisão, argumentação e ensino. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 170.

³²⁶ APOSTEL, Léo. What is the force of an argument. **Revue Internationale de Philosophie**, Bruxelles, a.33, n. 127-128, p. 99-109, jan/jun, 1979. p. 99.

³²⁷ ATIENZA, Manuel. **As Razões...**, p. 80.

Ainda que precisas, as críticas de Apostel e Atienza objetivam critérios *a priori* para determinação da força do argumento. Perelman objetiva justamente o oposto, não há um critério único para determinar a força dos argumentos porque esta força não se resume ao âmbito racional da argumentação – *logos* – abrange também o *ethos* e o *pathos*.

Neste sentido, a força de um argumento não se verifica *a priori*, no mais das vezes há mera potencialidade de força argumentativa em razão da tradição na qual ocorre o discurso e na qualidade especial deste discurso, no caso em estudo, o discurso jurídico. Assim, a real força de um argumento, ou mesmo da teses por ele sustentada só será verificável pela adesão do auditório.

Em segundo lugar, a noção de auditório universal, aquele formado por todos os seres dotados de razão.

De acordo com Aarnio, o auditório universal conteria elementos ideais e, ao mesmo tempo, estaria situado histórica e culturalmente, constituindo uma ambigüidade³²⁸.

Aarnio aponta quatro tipos de auditórios: o auditório universal e concreto; o auditório particular e concreto; o auditório universal e ideal; e o auditório particular e ideal³²⁹.

O auditório universal e concreto abrangeria todos os seres humanos viventes em um dado momento histórico, noção essa cuja limitação envolve a impossibilidade de o orador ganhar a atenção de todos os membros do auditório, assim como a impossibilidade de se ganhar a adesão de todos os membros de um auditório tão heterogêneo³³⁰.

Quanto ao auditório particular e concreto, Aarnio afirma ser aquele formado por pessoas realmente existentes e individualizáveis. Para o autor não há como se falar em aceitabilidade racional de um auditório como este, vez que o orador pode ou não utilizar critérios racionais para obter a adesão do auditório, não há impedimentos para que ele se valha tão somente de argumentos não-rationais em seu discurso³³¹.

³²⁸ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p 281.

³²⁹ Ibidem. p 281-284.

³³⁰ Ibidem. p 281.

³³¹ Ibidem. p 282.

O auditório universal e ideal é o modelo ao qual Aarnio submete o auditório universal de Perelman. Trata-se de um auditório formado por todas as pessoas racionais, todos capazes de participar de um discurso racional³³². Segundo o autor, “se aceitarmos a concepção de que é possível justificar as valorações através de um discurso racional para que você possa chegar a um acordo com o auditório, chegamos a uma espécie de teoria cognitivista axiológica [...] Isto significa que em um auditório universal, as posições de dois membros que originalmente tinha pontos de vista diferentes podem ser conciliadas com a introdução da evidência³³³”.

O auditório particular e ideal constitui o modelo de racionalidade de Aarnio. Os componentes desse auditório obrigariam por si mesmos a seguir as regras do discurso racional (caráter ideal), sempre tendo em vista a adoção de valores comuns vinculada a uma determinada forma de vida (caráter particular)³³⁴. Este auditório se distinguiria do auditório universal porque “[...] não supõe por detrás dele a existência de valores universais (objetivos) subjacentes. Por outro lado, satisfaz outra condição estabelecida por Perelman: uma audiência particular está cultural e socialmente determinada³³⁵”.

Em poucas palavras, a crítica de Aarnio enfrenta a possibilidade de a teoria perelmaniana guiar a argumentação para uma escala de valores imposta pelo orador e, não fruto de uma comunhão de valores contextualizados cultural e socialmente.

Alexy reconhece dois sentidos de auditório universal. O primeiro sentido considera o auditório universal uma criação do indivíduo situado no espaço, tempo e em uma cultura, ou seja, “uma audiência só é universal para aqueles que a reconhecerem como tal”³³⁶, o que limitaria seu papel normativo. O segundo sentido, de inspiração kantiana, considera o auditório universal como aquele formado por todos os homens razoáveis, de forma que uma argumentação dirigida a esse auditório deveria ser capaz de fornecer uma tese válida para todos os homens³³⁷.

³³² Ibidem. p 283.

³³³ Tradução do autor. No original. “Si aceptamos la concepción según la cual también es posible justificar las valoraciones a través del discurso racional de forma tal que se puede llegar a un acuerdo en la audiencia, llegamos a una especie de teoría axiológica cognoscitivista [...] Esto significa que en una audiencia universal, las posiciones de dos miembros que originariamente tenían puntos de vista diferentes pueden ser concilladas con la introducción de la evidencia” (Idem).

³³⁴ Ibidem. p 284.

³³⁵ Tradução do autor. No original: “[...] no se supone que detrás de ella [audiencia] hay valores universales (objetivos) subyacentes. Por el contrario, satisface otra condición establecida por Perelman. Una audiencia particular ideal está cultural y socialmente determinada” (Idem).

³³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação**..., p.133.

³³⁷ Idem.

Note-se que Alexy reconhece a possibilidade de congruência entre estas duas acepções. Um orador enquanto não tiver contato com um auditório concreto ficaria refém de sua compreensão individual de auditório universal e, somente a partir de um intercâmbio de argumentos com um auditório concreto, seria capaz de um juízo crítico de sua própria compreensão em direção da formulação de um auditório universal formado por todos os seres razoáveis³³⁸.

Além disso, Alexy aponta com razão que o conceito de auditório universal com sentido dúplice não pode servir como padrão de avaliação de argumentos, reduzindo o seu papel a um critério para universalização de uma determinada tese.

Grácio, por sua vez, reconhece a influência kantiana de imperativo categórico³³⁹ na formulação de auditório universal, todavia, esclarece que a noção perlmiana se diferencia daquela porque se trata de uma noção situacional de universalidade:

O auditório universal é, em primeiro lugar, uma construção ideal elaborada em função de um discurso que aspira ao consenso de todos os homens racionais sobre o que, nesse discurso, é dito. Mais do que uma idéia, ele é um ideal, ou, para utilizar, como Perelman faz regularmente, a terminologia kantiana, uma idéia reguladora. A construção do que se denomina “auditório universal” é, essencialmente, uma construção imaginária do orador. Não é, contudo, nem uma construção fixa ou rígida, nem puramente abstracta. Pelo contrário, a idéia que se tem de auditório universal é variável de acordo com as épocas e com as crenças de cada momento histórico, das concepções do que seja a razão, depende delas, e, por isso, se pode afirmar que o auditório universal é, como todos os outros, um auditório concreto³⁴⁰.

Ainda, para Grácio a universalidade resultante da submissão de um argumento ao auditório universal, não se resumiria à uma pretensão de universalidade da tese, mas a uma argumentação racional universalmente reconhecida³⁴¹. “Mas este reconhecimento não é uma *imposição* da própria razão, nem é uma evidência *a priori*; é um reconhecimento que precisa ser promovido através da persuasão convincente que deverá fazer com que haja uma adesão às teses propostas”³⁴².

³³⁸ Ibidem. p. 135.

³³⁹ “O imperativo categórico [...] pode ser exprimido pela seguinte fórmula: Aja de acordo com uma máxima que pode ser válida, ao mesmo tempo, como uma lei universal” (KANT, Immanuel. Primeiros princípios metafísicos da doutrina do direito. In: MORRIS, Clarence (org.). **Grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 239.

³⁴⁰ GRÁCIO, Rui Alexandre. **Racionalidade argumentativa**. Porto: Edições Asa, 1993. p. 91-92.

³⁴¹ Ibidem. p. 92.

³⁴² Idem.

Em que pese a afirmação de Grácio de que se trata de uma universalidade situacional, o privilégio que goza o auditório universal em representar o patamar máximo de racionalidade e legitimidade de uma tese é problemático, vez que sobrepõe uma consciência individual às formas dialogais de argumentação.

Lampereur afirma:

Essencialmente, em Perelman, o juiz representa na filosofia do direito aquilo que ele denomina de "audiência universal" em sua teoria da argumentação, o juiz e o auditório universal são capazes de deliberar, com disposição psicológica a mais crítica e a mais desinteressada, sobre todos os assuntos todos os assuntos que dizem respeito ao homem e que suscitam debates. Ao isolar, na retórica o auditório universal, entre os diversos auditórios, e, ao isolar o juiz dentre os diversos atores do jogo judiciário, Perelman recai no proposicionalismo. Ele se confere, sem maiores justificativas, a faculdade de escolher entre as alternativas que a retórica deixara abertas. É uma maneira de adiar o pluralismo e a problematicidade inextirpável, em nome da necessidade de uma resposta única, e, de postular a univocidade proposicional, de limitar a retórica [...]³⁴³.

Neste sentido, a adoção do auditório universal no discurso jurídico como patamar máximo de racionalidade e legitimidade de uma tese, ou seja, um auditório superior aos auditórios particulares, e não concorrente e amoldado por eles, conduz a uma suspensão da intersubjetividade em nome de uma consciência individual que, a partir de si mesmo, estabelece uma pretensão de objetividade³⁴⁴ de uma tese, restringindo dessa forma o pluralismo tão caro a Perelman.

Em terceiro lugar, questiona-se a intersubjetividade na nova retórica. Monteiro afirma que “o objetivo do orador de Perelman é a obtenção da adesão mediante o consenso e não a cooperação intersubjetiva comunicativamente mediada habermasiana, por exemplo”³⁴⁵.

³⁴³ Tradução do autor. No original “Dans le fond, chez Perelman, le juge représente en philosophie du droit ce qu’il nomme « auditoire universel » dans sa théorie de l’argumentation ; le juge et l’auditoire universel sont capables de délibérer, dans l’état d’esprit le plus critique et le plus désintéressé, sur tous les sujets que touchent à l’homme et qui suscitent des débats. En isolant, dans la rhétorique l’auditoire universel, parmi divers auditoires, et en isolant le juge parmi différents actants du jeu judiciaire, Perelman retombe dans le propositionnalisme. Il se donne sans plus de justification le moyen de trancher les alternatives que la rhétorique laisserait ouverte. C’est une manière de renvoyer à plus tard le pluralisme, la problematicité inextirpable, au nom de la nécessité d’une réponse unique, et de postuler l’univocité porpositionnelle, de restreindre la rhétorique, alors que sa renaissance venait d’avoir lieu sans exclusive”. (LEMPEREUR, Alain. *Problématologie du droit*. In : LEMPEREUR, Alain. **L’homme et la rhétorique**. Paris : Méridiens Klincksiek, 1990. p. 221).

³⁴⁴ Cf. KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 154-155.

³⁴⁵ MONTEIRO, Cláudia Servilha. Op. cit., p. 170.

A questão está intimamente vinculada à crítica anterior. De fato, se o auditório universal for utilizado como patamar máximo de racionalidade e legitimidade, a intersubjetividade mediante o diálogo restará comprometida.

Assim, no âmbito jurídico, uma releitura de Perelman exigiria uma concorrência para formação de juízo de legitimidade de um auditório ideal e dos auditórios particulares, superando o escalonamento entre auditórios particulares e o auditório universal.

Em relação à adesão propriamente dita, a crítica fundamenta-se, sobretudo, na indistinção com que Perelman utiliza as noções de funções e de atores da argumentação.

Destarte, se considerarmos a função de orador e o ator como figuras indistintas não há como atribuir um papel ativo ao auditório. Restaria à pessoa que encarna a função de auditório aderir ou não, de forma passiva e desinteressada, à tese apresentada pelo orador.

Conquanto este tipo de argumentação dirigida a um auditório passivo seja possível, a exemplo da argumentação perante o tribunal do júri, Perelman não parece tomar como base de sua teoria esta modalidade de discurso judicial.

Com efeito, se consideradas distintas as noções de ator e de função, estabelecendo a possibilidade de intercambialidade de função entre os atores, a exemplo do que Perelman atribui ao diálogo, pode-se afirmar a existência de uma cooperação intersubjetiva no seio da nova retórica, vez que permitirá a reformulação de premissas e argumentos motivada pelo olhar e juízo do outro sobre a tese apresentada.

4.1.2.2 A crítica ideológica

A segunda frente de críticas é a denominada crítica ideológica. Tal crítica considera a nova retórica extremamente conservadora, tendo em vista que seus critérios de razoabilidade tendem à manutenção da ordem estabelecida³⁴⁶.

³⁴⁶ ATIENZA, Manuel. **As Razões...**, p. 84.

De fato, o apego à tradição é presença constante na nova retórica. Além da regra de justiça e do princípio da inércia como critérios de razoabilidade, Perelman enfatiza o papel do gênero epidictico – de aumento de intensidade de adesão – em toda sua teorização a respeito da argumentação, reduzindo as potencialidades emancipatórias da nova retórica.

Embora compreensível o conservadorismo no discurso judiciário, em nome do preceito da segurança jurídica, o mesmo conservadorismo não pode ser aplicado a outras modalidades de discursos, como o artístico e o político, por exemplo.

Conquanto criticável, o posicionamento de Perelman não traz grandes prejuízos à sua leitura no âmbito jurídico, ainda mais se considerados o pressuposto de que a nova retórica exige um Estado democrático de direito, fundado no pluralismo e na dignidade da pessoa humana.

A terceira frente de críticas direciona-se à concepção de direito e de raciocínio jurídico adotados por Perelman.

Em primeiro lugar, a respeito da relação entre tópica e nova retórica, Atienza assevera que a adoção do modelo da tópica por Perelman implica um raciocínio jurídico conservador, em razão do processo lento de formação dos tópicos e sua caracterização como opiniões compartilhadas. Acrescenta ainda que a tópica teria uma papel limitado aos ramos jurídicos mais tradicionais (civilistas), onde a mudança é lenta, sendo pouco efetiva em ramos do direito com mudanças mais intensas³⁴⁷.

A crítica de Atienza utiliza um sentido restrito demais a respeito da tópica. Os tópicos não possuem toda a força da tradição que Atienza parece atribuir a eles. Na verdade, os tópicos caracterizam-se como possíveis pontos de partida para solução de um problema, não são respostas prontas para um problema³⁴⁸.

A tópica, neste sentido, reconhece que o processo de descoberta de argumentos não é sempre um processo inédito, no mais das vezes recorre-se a pontos de vista já aceitos para enfrentar todas as nuances da questão. Assim, o recurso aos tópicos não esgota o caráter problematológico da retórica, pelo contrário, o reforça, vez que possibilita a análise do problema por mais de uma perspectiva a fim de encontrar a resposta mais adequada ao problema.

³⁴⁷ Ibidem, p. 87.

³⁴⁸ Aparentemente Perelman adota o viés de tópicos como pontos de partida para formulação de argumentos, afastando em alguma medida a confusão terminológica contida na teorização de Viehweg. Também, Perelman não atribui tamanha oposição entre a tópica e o sistema jurídico (como teria feito Viehweg), pelo contrário, a tópica jurídica em sua perspectiva se desenvolve dentro de uma concepção aberta de sistema. .

Em segundo lugar, Atienza relativiza o peso do elemento retórico no discurso jurídico. Para o autor, Perelman enfatiza o discurso judicial como centro de gravidade do discurso jurídico, o que leva a uma visão artificiosa do direito, tendo em vista que “o Direito do Estado Moderno se caracteriza por tender a apresentar um nível mais elevado de institucionalização da função jurídica e instrumentos de coação mais poderosos, com o que o discurso jurídico ocupa, em suma, um espaço jurídico menor”³⁴⁹.

É fato que a nova retórica privilegia o discurso judicial, ou seja, o discurso decisório dos julgadores. Todavia, conforme o próprio Atienza reconhece, existe uma tendência para revalorização da retórica e da oralidade no processo judicial³⁵⁰.

Adicione-se a isto o avanço do paradigma neoconstitucionalista que se caracteriza pela judicialização da política e das relações sociais, ampliando a atuação do Poder Judiciário e, em especial, das Cortes Constitucionais, que passam a intervir de forma mais ativa e profunda na realização de direitos^{351 352}.

³⁴⁹ ATIENZA, Manuel. **As Razões...**, p. 87.

³⁵⁰ Idem.

³⁵¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____ (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 113-146. p. 114 e 131.

³⁵² Sarmiento explicita o neoconstitucionalismo por meio de um panorama histórico. “Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como fonte principal – quase como a fonte exclusiva – do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. [...] Depois da Segunda Guerra [...] assistiu-se uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera com o nazismo alemão, levou a nas novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. [...] [Portanto], As Constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais [...], mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas [...] Muitas delas [constituições], ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais deu origem ao fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou as influências das constituições sobre todo o ordenamento jurídico, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito. Como boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas – são, em grande parte, princípios e não regras – a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da já tradicional subsunção. [...] E a busca de legitimidade para estas decisões [envolvendo colisão de princípios], no marco das sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica. [...] Neste contexto, cresceu muito a importância do Poder Judiciário, [sobretudo das cortes constitucionais] A principal matéria-prima dos estudos que se identificam como neoconstitucionalismo relaciona-se às mudanças da cultura jurídica acima descritas. [...] As teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade”. (Ibidem. p. 116-119) “Assim, o neoconstitucionalismo envolve o endosso a uma teoria da democracia mais substantiva, bem como o: “reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância no processo de aplicação do Direito; rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos [...]; constitucionalização do

Nestes termos, a retórica perelmaniana ganha novo fôlego, especialmente no papel de legitimação das decisões judiciais, vez que através da submissão da decisão aos auditórios normativos objetiva-se evitar um governo arbitrário dos juízes.

4.1.2.3 A crítica de concepção de raciocínio jurídico

Em terceiro lugar, questiona-se o lugar da retórica geral e da retórica jurídica em Perelman. Não é claro se o auditório universal é também auditório da retórica jurídica ou se está restrito ao discurso filosófico³⁵³.

Atienza observa que Perelman por vezes considera que a noção de auditório universal também se aplica ao discurso jurídico e, outras vezes, considera que o discurso jurídico deve levar em consideração tão somente a comunidade na qual o juiz está inserido³⁵⁴.

De fato, a confusão está presente nos escritos de Perelman. Parece mais correto afastar o auditório universal da retórica jurídica, limitando esta aos auditórios previstos em cada sistema jurídico, ao invés de determiná-los em abstrato.

4.2 POSSIBILIDADES DA PERSPECTIVA RETÓRICA

A generalidade da perspectiva retórica permite um intercâmbio bastante frutífero com outras teorias, especialmente aquelas voltadas para a análise da argumentação jurídica com ênfase no elemento do *logos*.

Outro contributo a ser assinalado é a descrição das relações entre *ethos*, *pathos* e *logos*, relações essas bastante negligenciadas pelas teorias da argumentação. Ora, existe um liame entre o orador e o auditório que fundamenta

Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento jurídico; reaproximação entre o Direito e a Moral [...]; e judicialização da política e das relações sociais, com o significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário".(Ibidem. p. 113).

³⁵³ ATIENZA, Manuel. **As Razões...**, p. 88

³⁵⁴ Idem..

qualquer argumentação racional, e tal liame ainda precisa ser mais bem estudado, não apenas no âmbito retórico, mas também sociológico e psicológico.

Com efeito, as teorias da argumentação – inclusive a perelmaniana – voltam-se aos argumentos do *logos* (perspectiva lógica racional), contudo, a nova retórica ao menos reconhece a relevância do *ethos* e *pathos* no processo retórico.

Neste sentido, Adeodato é certo ao afirmar que

[...] apesar de constituir o núcleo central da persuasão, o entinema não é a única via. A retórica não se ocupa apenas do entinema, o qual refere-se à parte técnica e emocionalmente neutra da argumentação. A retórica ainda ocupa-se da credibilidade do orador e da relação de afeto entre orador e ouvinte, as outras duas vias mais importantes da persuasão, separadas da perspectiva lógica e silogística da teoria do entinema. [...] Assim, muitas das questões éticas e políticas fazem parte da retórica³⁵⁵

Com efeito, a retórica permite a compreensão do papel das emoções e da reputação do juiz na construção do discurso jurídico decisório, o que possibilita um intercâmbio entre as teorias da argumentação e outros ramos do saber, tais como: a antropologia e a psicologia.

Nesta mesma linha, Ballweg afirma – a partir da concepção da retórica em três níveis: material³⁵⁶, prático³⁵⁷ e analítico³⁵⁸ – que uma retórica prática – como a

³⁵⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 265.

³⁵⁶ A retórica material é aquela que se encontra na própria linguagem “No processo de condensação da linguagem comum em direção às linguagens de controle (e científicas) do direito, do dinheiro, do poder, do amor, dos mitos e religiões encontram-se as retóricas materiais, com as quais preenchemos as funções básicas da vida comum, tais como a orientação e ordenação, regularidade e vinculação duradoura, posicionamento e relacionamento [...] Estas retóricas materiais do direito, da religião, da moral, etc atuam de maneira que a imanência lingüística dos sinais de linguagem é transcendida. Elas criam as realidades em que vivemos, Esta transcendência da linguagem permite-nos então experimentar o direito, a moral, o amor, o dinheiro, etc. como realidades. Ela fundamenta, através da confiança na linguagem – que enquanto tal não é consciente –, a confiança no direito e em outros mitos, entre os quais, o mito da razão” (BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. **Revista brasileira de filosofia**, São Paulo, v. XXXIX, n. 163, p. 175-184, jul./set.1991. p. 177-178).

³⁵⁷ As retóricas práticas “ensinam como proceder diante da retórica material, as técnicas e experiências eficientes para agir: PI seja: compreender, argumentar, persuadir, decidir, em suma, viver no mundo e nele influir estrategicamente” (ADEODATO, João Maurício. **Ética...**, p. 268). Também, essas retóricas “na medida em que procuram chamar atenção para a dependência da situação e para o auditório, deveriam, enquanto conhecem a ambigüidade da língua, garantir um trânsito efetivo e bem sucedido no trato com as retóricas materiais (BALLWEG, Ottmar. Op. cit.. p. 178).

³⁵⁸ “A retórica analítica diferencia-se das retóricas práticas e material por não estar submetida aos constrangimentos destas, quais sejam: a obrigatoriedade de estabelecer normas, a obrigatoriedade de decidir, a obrigatoriedade de fundamentar, e a obrigatoriedade de interpretar. Isto significa apenas que a retórica analítica se submete a constrangimentos inteiramente diferentes, desde que lhe baste a exigência de averiguabilidade de seus resultados: a limitação a enunciados formais; a consideração permanente de que tais resultados podem vir a se tornar empíricos; a necessidade de sua

perspectiva aqui apresentada – teria suas potencialidades otimizadas se a seu lado fosse construída uma retórica analítica³⁵⁹, que permita “sistematizar e compreenderas relações entre as retóricas materiais e práticas”³⁶⁰.

Em certa medida, as teorias da argumentação de Alexy e Gunther voltam-se a esta perspectiva analítica da retórica, entretanto, ainda limitados à abordagem analítica do *logos*. Portanto, ainda há a necessidade de uma abordagem analítica da retórica voltada para o *ethos* e o *pathos*.

Por fim, a principal possibilidade da retórica, com a roupagem normativa aqui proposta, seria a verificação da legitimidade da decisão judicial, tendo por base os auditórios normativamente relevantes em um dado sistema jurídico.

No juízo de legitimidade de uma decisão se localiza a intersecção entre hermenêutica e retórica. Como salienta Grácio a questão “de uma racionalidade competente no domínio dos valores (em que é preciso escolher, decidir deliberar), isto é, exercida no trânsito do dado para o preferível, não pertence, primordialmente ao campo do problema hermenêutico, mas, [...] ao domínio retórico. É aqui, de facto, que problema gadameriano da legitimidade das interpretações aparece mais claramente tributário e associado aos problemas da argumentação e da retórica”³⁶¹.

A busca pela legitimidade da decisão, incorporando um aspecto democrático ao discurso decisório, é vital na contemporaneidade, haja vista o crescente papel do judiciário de concretização da Constituição.

Em suma, a perspectiva retórica contribui para a incorporação do elemento democrático na decisão judicial ao submetê-la ao juízo do auditório. Além de

complementação através de outros princípios analíticos; a possibilidade de controle das proposições teóricas e sua compatibilidade com outras teorias analíticas; o caráter parcial das análises e de seus resultados, assim como a possibilidade de reprodução, acumulação e generalização dos mesmos. [...] Para satisfazer essas exigências de análise e averiguabilidade paga-se um alto preço: a renúncia completa a proposições normativas dotada de conteúdo. Por outro lado, é também certo que os resultados analíticos servem indiretamente à práxis e podem otimizá-la na efetivação de seus objetivos, ainda que este não seja o tema aqui (Ibidem. p. 179).

³⁵⁹ Idem. p. 179.

³⁶⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética...**, p. 268. Sobre a aplicabilidade da retórica como metódica, como veículo de tolerância e a retórica do direito subjetivo, Cf. ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011 e; ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁶¹ GRÁCIO, Rui Alexandre. **Conseqüências da retórica**: para uma revalorização do múltiplo e do controverso. Coimbra: Pé de Página, 1998. p. 64-65. Em sentido semelhante Kaufmann “Só quando o intérprete aborda o texto com uma ‘pré-compreensão’ (Josef Esser) ou ‘pré-juízo’ (Hans Geor Gadamer) [...] poderá começar a falar do texto; só com quando ele – com toda a tradição de que é portador – entra no horizonte de compreensão, poderá fundamentar argumentativamente o que ele havia previamente antecipado como resultado ‘provisório’ (‘círculo’ ou ‘espiral hermenêutica’). A hermenêutica não é teoria da argumentação, mas exige-a” (KAUFMANN, Arthur. Op. cit.. p. 151-152)

considerar elementos éticos e patéticos do juiz como relevantes na tomada de decisão. Todavia, os critérios para averiguação da legitimidade pela retórica não excluem outros critérios de diferentes perspectivas, pelo contrário, tendo em vista o pressuposto de que parte – Estado democrático de direito – a retórica exige para sua otimização o acesso à justiça o mais abrangente possível, uma hermenêutica constitucional aberta à intersubjetividade, enfim, mecanismos que possibilitem a troca franca e igual de opiniões;

5 CONCLUSÃO

Pressupondo um Estado democrático de direito, a retórica interna ao sistema jurídico contribui de maneira decisiva para a legitimação da decisão judicial.

As teorias da argumentação firmaram as bases dos modelos de racionalidade da decisão judicial, modelos esses compatíveis com a perspectiva retórica aqui apresentada.

Todavia, as teorias da argumentação, porque focadas no *logos*, são deficientes em explicar a legitimidade do discurso jurídico decisório.

A perspectiva retórica, que acopla o *ethos* e *pathos* ao *logos* argumentativo, focando-se na *parrhesia* e na *isegoria*, é capaz de assumir um importante papel de verificação de legitimidade das decisões, uma vez que os destinatários da decisão são chamados a participar do processo decisório.

A divisão em gêneros de discurso, embora apenas didática, permite a visualização da complexidade da decisão judicial em diferentes perspectivas. Distinguem-se três perspectivas: o passado, pela solução do caso; o presente, pela intensificação da força normativa do sistema jurídico; o futuro, pela adoção do precedente ou pela formulação de uma súmula aplicável a casos semelhantes ao julgado.

Os elementos do discurso retórico possibilitam a visualização das relações entre *ethos*, *pathos* e *logos*. Estas relações implicam a necessidade de algo além de um critério racionalidade do discurso – atrelado ao *logos* –, requer-se um comprometimento ético que fundamente e legitime as relações entre orador e auditório, com fundamento nos conceitos de *isegoria* – igual direito de fala – e *parrhesia* — fala franca

Também, através da distinção entre funções e atores da argumentação, torna-se factível uma retórica com ênfase na intersubjetividade. Ainda que em relação às partes do processo, não se vislumbre uma cooperação propriamente dita. Cabe ao julgador transpor a rivalidade das partes em direção a um modo cooperativo de argumentação, objetivando o consenso expresso ou tácito de sua decisão.

Ainda, a identificação dos auditórios normativos da decisão possibilita a verificação da legitimidade da decisão sob múltiplas óticas. O mais importante

desses auditórios, o povo, permite a superação dos interesses individuais das partes, bem como do raciocínio monista do juiz, pela adesão de um auditório complexo composto por elementos normativos e fáticos. Dessa forma, o povo não se resume à opinião pública do momento, mas configura um permanente repensar do direito e da proteção aos direitos fundamentais.

Por fim, os modelos de desenvolvimento da retórica, embora ainda germinais, têm o condão de permitir a fluidez do pensamento retórico que, por meio de um processo cíclico, promove o debate e resignificação de teses.

E, para esta revisão e resignificação, o auditório tem papel fundamental, porque não se resume a aderir ou não a uma tese, mas a questioná-la e, se precária, contribuir com argumentos em vista a uma tese que obtenha seu consentimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Retórica como metódica para estudo do direito. **Revista Seqüência**, n.56, p. 55-82, jun. 2008

_____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

_____. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009

ADVERSE, Helton. **Maquiavel**: política e retórica. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

ALEXANDRE JÚNIOR, Manuel. **Hermenêutica retórica**: da retórica antiga à nova hermenêutica do texto literário. Lisboa: Alcalá, 2004

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Editora Landy, 2001.

_____. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. **Revista internacional de direito tributário**. V.3. p.155-167, jan/jun 2005.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

AMOSSY, Ruth. O *ethos* na intersecção das disciplinas: retórica, pragmática, sociologia dos campos. In. AMOSY, Ruth (org.). **Imagens de si no discurso**: a construção do *ethos*. São Paulo: Contexto, 2008.

APOSTEL, Lèo. What is the force of an argument. **Revue Internationale de Philosophie**, Bruxelles, a.33, n. 127-128, p. 99-109, jan/jun, 1979.

ARENDDT, Hannah. **O que é política?** Trad. Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

ARISTÓTELES. **Arte retórica e arte poética.** Trad. Antonio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Edições de ouro, 1969.

_____. **Retórica das paixões.** Trad. Isis Borges B. da Fonseca. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito.** Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3.ed. São Paulo: Landy, 2003.

_____. Las razones del derecho: sobre la justificación de las decisiones judiciales. **Isonomia – Revista de teoria y filosofía Del derecho.** n. 1, out.1994. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/hemeroteca.shtml>. Acesso em 12/7/2008.

BALKIN, Jack M. **A Night in the Topics:** The Reason of Legal Rhetoric and the Rhetoric of Legal Reason. Disponível em: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/topics1.htm>. Acesso em: 07/06/2011

BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. **Revista brasileira de filosofia,** São Paulo, v. XXXIX, n. 163, p. 175-184, jul./set.1991

BANDES, Susan A. Introduction. In. BANDES, Susan A. (Ed). **The passions of Law.** New York. New York University Press, 1999. p. 1-15.

BARILLI, Renato. **Retórica.** Trad. Graça Marinho Dias. Lisboa: Editorial Presença, 1985.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE,** Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março-maio de 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 13/11/2009

BARTHES, Roland. A retórica antiga. In: COHEN, Jean; BREMOND, Claude, GRUPE μ et alli. **Pesquisas sobre retórica.** Trad. Leda Pinto Mafra Iruzun. Petrópolis: Vozes, 1975, p.147-221.

BELAVUSAU, Uladzislau. Judicial epistemology of free speech through ancient lenses. **International Journal for the Semiotics of Law**, n. 23, 2010, p. 165–183. Disponível em: <http://www.springerlink.com/content/0952-8059>. Acesso em: 07/08/2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BORGES, Hermenegildo Ferreira. **Da epistemologia da decisão judiciária e sua função social**. Disponível em: <http://bocc.ubi.pt/pag/borges-ferreira-epistemologia-decisao-judiciaria.pdf>. Acesso em: 10/7/2009.

BRETON, Philippe. **A manipulação da palavra**. Trad. Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1999.

CALHOUN, Cheshire. Making up emotional people: the case of romantic love. In: BANDES, Susan A. (Ed). **The passions of Law**. New York. New York University Press, 1999. p. 217-240.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso**. Trad. Fabiana Komesu (coord). 2.ed. São Paulo: Contexto, 2006.

CHURCH, Alfred John; BRODRIBB, William. Jackson. (trad.) **The works of Tacitus**. 1864-1877. Disponível em: <http://www.sacred-texts.com/cla/tac/index.htm>. Acesso em: 21/12/2009.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. Trad. Miguel Carbonell. **Isonomia** .Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Nº 16, p. 89-112, abril 2002. p. 95. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/90250622101470717765679/isonomia16/isonomia16_06.pdf. Acesso em: 13/06/2010

CUNHA, Paulo Ferreira da; MALATO, Maria Luísa. **Manual de retórica & direito**. Lisboa, Quid Juris, 2007

CUNHA, Tito Cardozo. **A Nova Retórica de Perelman**. p. 22. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/cunha_tito_nova_retorica_perelman.pdf. Acesso em: 02/03/2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003

_____. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004

ELSTER, Jon. **Alchemies of the mind: Rationality and the emotions**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999

_____. Rationality and emotions. **The Economic Journal**. V. 6. N. 438, sep. 1996, p. 1386-1397

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade relação biológica e afetiva**, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Discourse and truth: the meaning of the word *parrheisa***. <http://foucault.info/documents/parrhesia/foucault.DT1.wordParrhesia.en.html>. Acesso em 03/02/2010. Palestras em arquivos de áudio disponíveis em <http://www.lib.berkeley.edu/MRC/foucault/parrhesia.html>. Acesso em 03/02/2010.

_____. **A hermenêutica do sujeito**. Trad. Marcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p

_____. **O governo de si e dos outros**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. Entrevistado por Ansgar Kemmann. Heidegger as rhetor. (trad. Lawrence Kennedy Schmidt). In: GROSS, Daniel M. e KEMMANN, Ansgar (ed). **Heidegger and rhetoric**. Albany: Sate University of New York Press, 2005.

GRÁCIO, Rui Alexandre. **Racionalidade argumentativa**. Porto: Edições Asa, 1993.

_____. **Conseqüências da retórica**: para uma revalorização do múltiplo e do controverso. Coimbra: Pé de Página, 1998

GROSS, Alan G; DEARIN, Ray D. **Chaim Perelman**. Albany. State University of New York Press, 2003.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Trad. Jose María Lujambio México: Universidad Autónoma de México, 2001

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito de na moral**: justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004

_____. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Trad. Leonel Cesarino Pessôa. **Cadernos de filosofia alemã**. São Paulo, n. 6, p.87-102, 2000

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. V. 1. Trad. Flavio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

HALL, Jerome. **Democracia e direito**. Trad. Arnaldo Wald e Carly Silva. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1958.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris editor, 1991.

JOHNSTONE JR., Henry W. Algumas reflexões sobre a argumentação. Trad. Rui A. Gracio e Stella Z de Azevedo. **Caderno de filosofias**: argumentação, retórica, racionalidades. Coimbra. N. 5. p. 39-53. Mar. 1992

KANT, Immanuel. Primeiros princípios metafísicos da doutrina do direito. In: MORRIS, Clarence (org.). **Grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002

KRABBE, Erik C. Cooperation and competition in argumentative exchanges. IN: RIBEIRO, Henrique Jales (Ed.) **Rhetoric and argumentation in the begining of the XXIst century**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009. p. 111-126

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009

LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LAUSBERG, Heinrich. **Elementos de retórica literária**. Trad. R. M. Rosado Fernandes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993

LEMPEREUR, Alain. Problématologie du droit. In : LEMPEREUR, Alain. **L'homme et la rhétorique**. Paris : Méridiens Klincksiek, 1990

MANELI, Mieczyslaw. **A nova retórica de Perelman**: filosofia e metodologia para o século XXI. Trad. Mauro Raposo de Mello. Barueri: Manole, 2004.

MEYER, Michael; CARRILHO, Manuel Maria e TIMMERMANS, Benoit. **História da retórica**. Trad. Maria Manuel Berjano. Lisboa: Temas e debates, 2002.

MEYER, Michel **Principia rhetorica** : una théorie générale de l'argumentation. Paris : Fayard, 2009.

_____. **A retórica**. trad. Marly N. Peres. São Paulo: Ática, 2007..

_____. Prefácio. In. ARISTÓTELES. **Retórica das paixões**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O filósofo e as paixões**: esboço de uma história da natureza humana. Trad. Sandra Fitas. Porto: Asa, 1994

_____. **Questões de retórica**: linguagem, razão e sedução. Trad. António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998.

MILLER, William Ian. Fear, weak legs, and running away: a soldier's story. In. BANDES, Susan A. (Ed). **The passions of Law**. New York. New York University Press, 1999. p. 247-264

MONOSON, Susan Sara. **Plato's democratic entanglements**: athenian politics and the practice of philosophy. Chichester: Princeton University Press, 2000.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Temas de filosofia do direito**: decisão, argumentação e ensino. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

MOSCA, Lineide Salvador. A teoria perelmaniana e a questão da afetividade. In: OLIVEIRA, Eduardo Chagas (org.). **Chaim Perelman**: direito, retórica e teoria da argumentação. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Quem é o povo?** Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Fundamentos atuais da democracia: cidadania e participação. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (16: 1996: Fortaleza). **Anais da XVI conferência nacional dos advogados**. Brasília: OAB, conselho federal, 1996. p. 57-67.

NIETZSCHE, Friedrich. **Escritos sobre retórica**. trad. Luis Enrique de Santiago Guervós. Madrid: Trotta, 2001.

NUSSBAUM, Martha C. **Hiding from humanity**: disgust, shame, and the Law. Princeton. Princeton University Press, 2004.

_____. **Poetic justice**: the literary imagination and public life. Boston: Beacon Press, 1995

_____. **Upheavals of thought**: the intelligence of emotions. Cambridge, Cambridge University Press, 2001

PAINE, Thomas. **Os direitos do homem**. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1988.

PASCAL, Blaise. **Da arte de persuadir**. Trad. Renata Cordeiro. São Paulo: Editora Landy, 2005.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O império retórico**: retórica e argumentação. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Gracio. 2. ed. Porto: Edições Asa, 1999.

_____. **Retóricas**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Lógica Jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaim. Le problème du bon choix. In: PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Rhétorique et philosophie** : pour une théorie de l'argumentation en philosophie. Paris : Presses Universitaires de France, 1952. p.142-160.

PLANTIN, Christian. **A argumentação**: história, teorias, perspectivas. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2008.

PLEBE, Armando; EMANUELE, Pietro. **Manual de retórica**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

POSNER, Richard A.. **Fronteiras da teoria do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva (rev.). São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009

_____. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007

QUINTILIANO, Marcus Fabius. **Oeuvres completes de Quintilien**. T. 1 Paris: Garnier freres libraires-éditeurs, 1863.

QUINTILIANO, Marcus Fabius. **Oeuvres completes de Quintilien**. T. 2 Paris: Garnier freres libraires-éditeurs, 1865

REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

RECASENS SICHES, Luis. **Tratado general de sociología**. 6. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1964.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____ (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 113-146.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão**. Trad. Alexandre Krug e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SOUSA, Americo de. **Persuasão: estratégias para uma comunicação influente**. Disponível em: <http://bocc.ubi.pt/pag/sousa-americo-persuasao-2.html>. Acesso em 10/7/2008.

SOUSA, Ronald de. **The rationality of emotion**. Cambridge: MIT Press, 1987

TÁCITO, Caio Cornélio. **Diálogo dos oradores ou à cerca das causas da corrupção da eloquência**. Lisboa: Tipografia de Silva, 1852. p 93. Disponível em: <http://books.google.com/books?q=di%C3%A1logo+dos+oradores&hl=pt-BR>. Acesso em 21/12/2009.

TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra lógica, retórica e dialettica. **Revista de processo**. ano 32. n. 143. Jan./2007

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

_____. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997

WERGAN, Keith. **Freedom of speech: a reference guide to the United States Constitution**. Westport: Praeger Publishers, 2004. p.28. Disponível em:

http://books.google.com/books?id=DD7_JoZfWisC&printsec=frontcover&dq=Freedom+of+speech:+a+reference+guide&hl#v=onepage&q&f=false . Acesso em: 03/02/2010.

WHITE, James Boyd. **Herakles' Bow**: essays on the rhetoric and poetics of Law. Madison: The University of Wisconsin Press, 1985.