

Eduardo Scarparo (Org.)

Ensaio de **RETÓRICA FORENSE**



Prefácio de
Manuel Atienza

Autores:

Eduardo Scarparo
Isadora Formenton Vargas
Stefan Espirito Santo Hartmann
Guilherme Stefan
Alexandre Schmitt da Silva Mello
Laiza Rabaioli
Deborah Soares Dallemole
Haroldo A. da S. Teixeira Duarte
Márcin Barcellos Gawski
Rodrigo Baraldo Mendonça

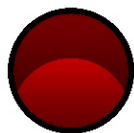


Resulta verdaderamente asombroso que puedan escribirse libros como estos Ensaïos de Retórica Forense, fruto de una experiencia universitaria que yo no imagino que pudiera darse en nuestras Facultades de Derecho. (...) Un ejemplo, sin duda, de que algunas universidades pueden seguir entendiéndose como instituciones capaces de acoger auténticas comunidades de profesores y estudiantes basadas -como escribe Scarparo en carta personal- “en el afecto mutuo y el aprecio por el conocimiento”. Precisamente, esa tendencia a unir lo emocional y lo intelectual o, si se quiere, a sostener un concepto amplio de razón que no deja fuera a las pasiones, a los sentimientos, es un rasgo característico de la retórica y que explica, yo creo, al menos en parte, la fuerte atracción que una cultura jurídica como la brasileña siente por esa manera de entender la argumentación.

Manuel Atienza



Ensaio de Retórica Forense



Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühring

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil

Ensaio de Retórica Forense

Organizador:
Eduardo Scarparo



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

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



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



Série Ciências Jurídicas & Sociais – 86

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SCARPARO, Eduardo (Org.)

Ensaio de retórica forense [recurso eletrônico] / Eduardo Scarparo (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

297 p.

ISBN - 978-85-5696-810-4

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

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

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Prefácio	9
Manuel Atienza	
1	19
Mas e a retórica? Sobre as demonstrações e argumentações	
Eduardo Scarparo	
2	56
Teoria retórica da argumentação jurídica: breves reflexões sobre o logos e a tópica em tempos de inteligência artificial	
Isadora Formenton Vargas	
3	77
Inferência para melhor explicação e standards probatórios: possibilidades e aproximações na formação do juízo de fato	
Stefan Hartmann	
4	109
Argumento de autoridade: uma discussão ilustrada	
Guilherme Stefan	
5	137
Ethos, argumento de autoridade e precedentes no processo civil brasileiro	
Alexandre Schmitt da Silva Mello	
6	157
A disposição como cartografia retórica: produção antecipada de provas e etapas do discurso no processo civil brasileiro	
Laiza Rabaioli	
7	178
A <i>dispositio</i> na fundamentação da sentença	
Deborah Soares Dallemole	

8	203
A elocução e sua função persuasiva retórica	
Haroldo Augusto da Silva Teixeira Duarte	
9	224
Desnaturalizando o disfuncional: fundamentos e disfunções das sustentações orais nos tribunais brasileiros	
Mártin Barcellos Gawski	
10	264
Consequencialismo no estado democrático de direito: retórica possível?	
Rodrigo Baraldo Mendonça	
Sobre os Autores	296

Prefácio

Manuel Atienza

Los juristas sabemos bien que la noción de “el espíritu de un pueblo” (o cualquier otra de significado más o menos sinónimo) constituye simplemente un mito; basta con recordar la célebre paradoja a la que se vio abocada la escuela histórica del Derecho -o, al menos, una parte de ella-: el Derecho -como se sabe- se definía por Savigny como la expresión del espíritu de un pueblo pero, curiosamente, el del pueblo alemán se expresaba con las mismas fórmulas que el de los juristas romanos de la época clásica: ¡extraordinaria y afortunada coincidencia! Pues bien, esa concepción esencialista, romántica y mágica de la cultura menos aun se puede predicar de un país como el Brasil: de dimensiones “continentales” - como les gusta decir a los brasileños- y sumamente heterogéneo desde casi todos los puntos de vista concebibles. No se me ocurre, por lo tanto, pensar que pueda haber algunos rasgos intrínsecos, esenciales, ligados a la manera de ser de los brasileños -al espíritu de ese pueblo- y que hayan conformado una forma peculiar de entender el Derecho o la filosofía del Derecho.

Pero una cosa es eso, y otra muy distinta pensar que no puedan identificarse algunas características que permitan contraponer la cultura jurídica (y iusfilosófica) brasileña a la de otros países con tradiciones -en ese aspecto- compartidas o por lo menos afines, como es el caso de la propia Latinoamérica o de España (en general, de Europa). Lo que quiero decir es que el complejo, abierto e indeterminado sistema de fuentes del Derecho brasileño (en el que, por ejemplo, a la jurisprudencia y al precedente judicial se le añade las sùmulas - de variada fuerza vinculante-), la circunstancia de que las deliberaciones de los tribunales superiores sean en abierto e incluso televisadas, o el gran predicamento de las concepciones hermenéuticas del

Derecho (quizás la orientación iusfilosófica dominante en el país) parecerían ir por el mismo lado, obedecer a un mismo sustrato cultural. Y creo que otro tanto cabe decir en relación con la tendencia a entender la argumentación jurídica fundamentalmente en términos retóricos o, por lo menos, a subrayar esa dimensión del razonamiento jurídico.

El libro para el que estoy escribiendo su *Prefacio* se inscribe, yo creo, en el marco de esa cultura jurídica que, para quienes la contemplamos desde un punto de vista externo - en mi caso, diría, tan sólo “relativamente externo”-, tiene rasgos verdaderamente asombrosos. Desde el ámbito de una cultura jurídica tan cerrada, tan alérgica al diálogo interdisciplinar y tan propensa al formalismo como, en términos generales, es hoy la española, resulta verdaderamente asombroso que puedan escribirse libros como estos *Ensaïos de Retórica Forense*, fruto de una experiencia universitaria que yo no imagino que pudiera darse en nuestras Facultades de Derecho. Aquí estamos lastrados desde hace ya bastantes años por lo que se suele llamar el “Plan Bolonia”, que ha supuesto un enorme empobrecimiento de la docencia, y por instituciones tan fatídicas como la ANECA (Agencia Nacional de la Calidad y Acreditación) que ha instaurado un sistema ferozmente burocrático (yo lo calificaría incluso de “burrocrático”) para la carrera académica y que, en muchas ocasiones, desincentiva la investigación que más merece la pena o, si se quiere decirlo de una manera más suave, anima al profesorado a centrarse en temas que no son los de mayor interés para su disciplina, pero que resultan “rentables” para medrar en la academia.

La experiencia de la que el libro trae causa es un curso de Retórica forense del programa de posgrado de la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. La asignatura fue impartida con gran éxito, en el año 2019, por el profesor Dr. Eduardo Scarparo y estaba dirigida a presentar los elementos de la retórica clásica y a explorar de qué manera esas herramientas podían servir hoy para analizar diversos problemas que se plantean en el campo del Derecho procesal. El libro contiene, precisamente, un capítulo introductorio del propio Scarparo que, de alguna manera, establece el marco teórico en el que se desenvuelven los nueve restantes, cada uno de ellos a cargo de uno

de los estudiantes del curso. Un ejemplo, sin duda, de que algunas universidades pueden seguir entendiéndose como instituciones capaces de acoger auténticas comunidades de profesores y estudiantes basadas -como escribe Scarparo en carta personal- “en el afecto mutuo y el aprecio por el conocimiento”. Precisamente, esa tendencia a unir lo emocional y lo intelectual o, si se quiere, a sostener un concepto amplio de razón que no deja fuera a las pasiones, a los sentimientos, es un rasgo característico de la retórica y que explica, yo creo, al menos en parte, la fuerte atracción que una cultura jurídica como la brasileña siente por esa manera de entender la argumentación.

No pretendo aquí hacer una síntesis de lo que el lector puede encontrar en este interesante y sorprendente libro, pero sí quiero subrayar -con muchísima brevedad- algunas ideas que se pueden encontrar en las páginas que siguen, que a mí me han llamado la atención y que quizás puedan contribuir a abrir el apetito intelectual del lector.

En el primer capítulo, como decía, Eduardo Scarparo hace una presentación general y un elogio de la retórica (“Mas e a retórica? Sobre as demonstrações e argumentações”) basada en la contraposición - se inspira para ello, sobre todo, en Perelman- entre demostración y argumentación. Más exactamente, distingue cuatro tipos de discursos: demostración, argumentación universal, argumentación particular y manipulación. El primero, la demostración, supone el uso de herramientas lógicas (de lógica formal e informal); el último, la manipulación, se refiere a la formación de creencias o la estimulación de acciones utilizando las promesas, las amenazas, la violencia o la promoción de creencias falsas; y en la zona intermedia (la argumentación ante el auditorio universal o ante algún tipo de auditorio particular) nos encontramos con la retórica, dirigida a persuadir, pero no de cualquier manera. La argumentación se identifica entonces con la retórica, una forma abierta y flexible de razonamiento, que privilegia lo verosímil (frente a lo necesario, lo apodíctico), pone el énfasis en la variabilidad de las decisiones y en la importancia de tomar en cuenta siempre el contexto, y no excluye completamente la lógica, la demostración,

aunque Scarparo considera que “un modelo exclusivamente demostrativo invariablemente da lugar, en el Derecho, a un pensamiento autoritario”. El método del jurista y, por tanto, del procesalista - cabría entonces concluir- ha de ser esencialmente argumentativo, retórico.

Isadora Formenton Vargas plantea en su contribución (“Teoria retórica da argumentação jurídica: breves reflexões sobre o logos e a tópica em tempos de inteligência artificial”) un tema de gran interés, el papel que podrían jugar algunos elementos retóricos (tomados sobre todo de la *inventio*) en la aplicación de la inteligencia artificial al razonamiento jurídico. Como se sabe, en la retórica aristotélica las pruebas retóricas no son únicamente las lógicas (provenientes del *logos*), sino también las tomadas del *ethos* y del *pathos* (elementos que tienen que ver con las emociones). Los bancos de datos jurídicos podrían considerarse como tópicos y no como enunciados indiscutibles, apodícticos. Y el problema a plantear entonces (o uno de ellos) es el de si una máquina sería capaz de reproducir el tipo de razonamiento que recurre a todos esos instrumentos: de carácter emocional e indeterminado. Al comienzo de su trabajo, Formenton nos recuerda que, ya en 1996, la IBM generó un sistema capaz de vencer en el juego del ajedrez al mejor jugador del mundo. Pero que, sin embargo, en 2019, el hombre venció a la máquina en un debate de tipo deliberativo, en el que se discutía si se debería o no subsidiar la educación preescolar. Formenton sugiere que la explicación para esto último es la influencia que en ese tipo de debate tienen los elementos basados en el *ethos* y el *pathos*. Aunque también esto podría cambiar, o sea, no me parece que haya ninguna razón concluyente para pensar que una máquina no pueda “simular” también el comportamiento emocional. De hecho, parece existir ya un programa de inteligencia artificial (*Libratus*) que ha ganado a los campeones del mundo de póquer (un juego que incluye información imperfecta y la posibilidad de recurrir al engaño).

“Inferência para melhor explicação e standards probatórios: possibilidades e aproximações na formação do juízo de fato” es el título del capítulo tercero, a cargo de Stefan Hartmann. Se trata de un tema,

podríamos decir, de moda en los últimos tiempos, que Hartmann trata con claridad y buen sentido. Parte de una distinción entre cuatro tipos de inferencias lógicas: deducción, inducción, abducción o inferencia a la mejor explicación, y analogía; y desarrolla en particular la tercera de ellas, un tipo de inferencia que ha sido acogida últimamente con gran interés por parte de muchos juristas. En esa contribución hay pocas referencias explícitas a la retórica, pero seguramente pueda considerarse que hay una inspiración retórica en el énfasis que el autor pone en destacar la importancia de los estándares probatorios: a pesar de que Hartmann defiende que la inferencia a la mejor explicación “puede proporcionar mayor seguridad y racionalidad a la formación del juicio de hecho tanto en el proceso civil como el penal”, sin embargo, a renglón seguido añade que “los estándares probatorios siguen siendo insustituibles” e incluso que la mejor explicación “por sí sola no es capaz de fundamentar la formación del juicio de hecho, pero los estándares de prueba sí”. ¿Y no podríamos quizás considerar los estándares de prueba como un tipo de tópico?

En el capítulo cuarto (“Argumento de autoridade: uma discussão ilustrada”), Guilherme Stefan centra su atención en el papel que las imágenes pueden jugar en el discurso, lo que se conecta con la manifiesta importancia que tiene la imagen en la cultura contemporánea (el paso del *homo sapiens* al *homo videns* del que hablaba Sartori) y con un elemento fundamental de la tradición retórica: el *ethos* o carácter del orador, sobre el que se construye en buena medida el argumento de autoridad. La autoridad teórica y práctica hoy depende efectivamente, en muy buena medida, de la imagen que tengamos de la persona a la que se reconoce autoridad, de manera que ese elemento visual no puede quedar tampoco fuera de la argumentación. Pero es que -no sé si se puede decir, sorprendentemente- eso estaba ya de alguna manera en la tradición retórica. Permítaseme que cite con cierta amplitud un fragmento de las *Institutionis oratoriae* de Quintiliano, referido a la conmoción de los afectos mediante el *ethos* y el *pathos* (libro VI, cap. 2, 29-30): “Pero ¿cómo será posible conmovernos? ¡Porque es claro que no somos dueños de nuestras emociones! Intentaré

hablar también de este problema. Lo que los griegos denominan *phantasías* - llamémoslas nosotros *visiones*, imaginaciones-, por cuyo medio se hacen tan vivas en nuestro espíritu las representaciones de cosas ausentes, que parece las estamos percibiendo con nuestros ojos y tenerlas como realmente ante nosotros: si alguien, digo, las llegare a captar perfectamente, tendrá potencia suma en las manifestaciones de sus afectos”.

Alexandre Schmitt da Silva Mello (“*Ethos*, argumento de autoridade e precedentes no processo civil brasileiro”) expone con una claridad inusual la diferencia entre jurisprudencia, precedentes y súmulas (una institución, esta última, característica de la cultura jurídica brasileña, aunque en otros países latinoamericanos -como México- existe una figura equivalente) al igual que otros conceptos de gran interés para los teóricos del Derecho, como la contraposición entre proceso y procedimiento. La clasificación de las fuentes del Derecho atendiendo a su fuerza vinculante (algo que muchas veces se pasa por alto) es de gran importancia práctica (y, por ello, también teórica) y enlaza con el elemento más característico de la retórica, la persuasión, y con uno de los instrumentos para lograrla: el *ethos*. La perspectiva retórica, efectivamente, suministra herramientas de gran utilidad para comprender el funcionamiento del precedente y para poder usarlo de manera conveniente.

Laíza Rabaioli (“A disposição como cartografia retórica: produção antecipada de provas e etapas do discurso no processo civil brasileiro”) pasa a ocuparse, en el capítulo 6 del libro, de un elemento distinto de la retórica: la *dispositio* u ordenación del discurso. La disposición, efectivamente, puede considerarse como una especie de “cartografía” del discurso argumentativo. Y los problemas de orden alcanzan una particular relevancia en el caso de las pruebas anticipadas porque aquí “el encaje de los planos propios del discurso se vuelve menos obvio y más complejo al tratarse de un procedimiento que anticipa la invención -la recogida de pruebas-“. Si bien parece importante no perder de vista que, de todas formas, el proceso no es únicamente un discurso, sino una actividad compleja que incluye ingredientes de tipo muy variado (no solamente lingüísticos).

La disposición es también el elemento retórico tomado en consideración en el siguiente capítulo, el 7: “A *dispositio* na fundamentação da sentença”. Deborah Soares Dallemole muestra que, incluso cuando la legislación procesal predetermina una estructura para la sentencia (como ocurre en el Código procesal civil brasileño de 2015, con la distinción entre relatorio, motivación y dispositivo), el conocimiento de la doctrina retórica tradicional sobre el orden del discurso sigue jugando un papel relevante para lograr la persuasión. Eso tiene que ver, efectivamente, con el hecho de que la argumentación judicial contiene necesariamente elementos emocionales, y no sólo lógicos. Pero quizás no convenga olvidar que una de las ventajas de la lógica es el orden que procura al discurso; por poner un ejemplo, conocer la estructura lógica del argumento por reducción al absurdo contribuye manifiestamente a la utilización clara y ordenada de ese tipo de argumento.

En el capítulo 8 (“A *elocução* e sua função persuasiva retórica) se pasa a otra de las partes de la retórica; recuérdese que el esquema clásico distinguía estas cinco: *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *memoria* y *actio*. Haroldo Augusto da Silva Duarte muestra de manera muy plástica la importancia que tiene ese elemento recordando lo que sobre la elocución decía Quintiliano: sin ella, el discurso es como una espada sin desenfundar. Y subraya muy oportunamente lo decisivo que resulta la adecuación como elemento central de la elocución. Aún más que la claridad, puesto que pueden existir situaciones en las que lo “adecuado” sea crear confusión: Cicerón se jactaba de su capacidad para echar arena a los ojos de los jueces e impedir así que vieran los aspectos de la realidad contrarios a los intereses de la causa que a él le tocaba defender. La contraposición que Da Silva Duarte presenta entre la ciencia (en la que los elementos personales deben ocultarse en beneficio del método) y el arte, en particular, la poesía en donde parece ocurrir lo contrario (el yo se hace visible para que el método creador se oculte) resulta muy sugestiva e invita a considerar a la retórica como un tipo de actividad que viene a ocupar, en cierto sentido, un lugar intermedio. Pero me parece que eso no ocurre exclusivamente en virtud de la *elocutio* y puede

decirse no sólo de la retórica, sino también (aunque con matices distintos) del Derecho.

Mártin Barcellos Gawski (en “Desnaturalizando o disfuncional: fundamentos e disfunções das sustentações orais nos tribunais brasileiros”) aborda un tema de gran relevancia práctica y sobre el cual la retórica clásica tiene mucho que decir puesto que, por razones obvias, la retórica tradicional fue básicamente retórica oral. Barcellos Gawski se ocupa en este capítulo de la oralidad en el proceso civil en el Brasil y pone de manifiesto que opera más bien como un ritual que casi no juega ningún papel en cuanto instrumento de persuasión frente a los magistrados. Esa función persuasiva la desempeña más bien en la práctica una figura atípica, las audiencias privadas entre los magistrados y los abogados, lo que conlleva riesgos considerables (por ejemplo, para la imparcialidad de los jueces). Y de ahí que él proponga un modelo distinto a los dos anteriores. En relación con la argumentación oral en general, y teniendo en cuenta la tendencia a mitificarla que parece existir en los últimos tiempos, quizás no esté de más recordar que el nombre de “nueva retórica” que Perelman y Olbrecht-Tyteca le pusieron a su concepción de la argumentación se debió a su deseo de separarse de la “antigua retórica”, cuyo descrédito estaría en buena medida ligado al predominio de la oralidad. En definitiva, la argumentación oral (y la oralidad en el proceso) tiene ciertas ventajas, pero también inconvenientes, el mayor de los cuales es la mayor facilidad (frente al discurso escrito) para persuadir de manera injustificada (lo que Scarparo llamaba manipulación).

Finalmente, el último capítulo del libro (“Consequencialismo no Estado democrático de direito: retórica possível”) está dedicado a un tipo de argumento que, ciertamente, juega un papel muy destacado en el razonamiento judicial de carácter justificativo. Más exactamente, el tomar en cuenta las consecuencias de las decisiones judiciales es, como se sabe, un aspecto central en la crítica dirigida al formalismo jurídico, como teoría de la interpretación y aplicación del Derecho, y también como forma de entender la dogmática jurídica; recuérdese, por ejemplo, la aversión de

Luhmann hacia ese tipo de razonamiento, en su defensa del modelo tradicional de dogmática jurídica. Rodrigo Baraldo Mendonca hace muy bien en seguir en su contribución los planteamientos al respecto de MacCormick, pero conviene quizás no pasar por alto la inexactitud del título que MacCormick le dio a uno de sus últimos trabajos (*Rhetoric and the rule of law*). Como alguna vez me comentó, ese título quería ser un homenaje a Perelman, pero sugiere una manera de entender la argumentación jurídica que no es realmente la suya, en la que el silogismo judicial (lo que suele llamarse la “justificación interna”) desempeña un papel de gran relevancia (mucho mayor que el que atribuye Perelman a la lógica formal). En todo caso, Baraldo Mendonca tiene, a mi juicio, razón en considerar que las consecuencias que un juez debe tomar en cuenta son esencialmente las de carácter “sistemático” (referidas al sistema jurídico); o sea, un juez no puede orientarse fundamentalmente por las consecuencias que su decisión vaya a tener en el sistema social (aunque también aquí puedan darse situaciones excepcionales: por ejemplo, cuando se trata de evitar alguna consecuencia muy negativa).

Comentaba al principio que algunos de los rasgos típicos de la cultura jurídica brasileña se expresaban en la existencia de un sistema de fuentes sumamente abierto, en haber prescindido del secreto en las deliberaciones judiciales, o en la tendencia a asumir una concepción hermenéutica del Derecho y a privilegiar el elemento retórico en la argumentación jurídica. Todas esas instituciones y tendencias (y muchas otras en las que quizás el lector de este *Prefacio* esté pensando) conforman un tipo de mentalidad – de cultura- jurídica que es un tanto distinta a la española y a la de otros países latinoamericanos y europeos.

A mí me atrae particularmente la apertura mental de los juristas brasileños, su fértil imaginación y su disposición a aprender y a incorporar nuevas instituciones al ordenamiento jurídico de ese país. Pero quizás existan también en esa forma de entender y de manejar el Derecho algunos peligros que convendría evitar. Por ejemplo, un sistema de fuentes excesivamente abierto pone sin duda en peligro la seguridad jurídica, que es

un valor central del Derecho, y no sólo propio de los juristas conservadores. Prescindir del secreto de las deliberaciones lleva consigo muchas disfunciones y no es, por tanto, una garantía de que la deliberación vaya a tener una mayor calidad. La llamada iusfilosofía hermenéutica es, en no pocas ocasiones, una fuente de oscuridad y un obstáculo para el análisis en profundidad (y conviene recordar que profundidad y claridad no son términos antitéticos) de los conceptos jurídicos. Y privilegiar los enfoques puramente retóricos de la argumentación jurídica (aunque se trate de una retórica bien entendida) supone inevitablemente incurrir en un cierto reduccionismo, simplemente porque el razonamiento jurídico tiene otras dimensiones, aparte de la retórica.

Con las afirmaciones anteriores no pretendo, por supuesto, dirigir ninguna crítica a los autores de este libro. Todos ellos defienden posturas notablemente equilibradas sobre los problemas que abordan y que a mí me parecen perfectamente compartibles. Pero al mismo tiempo creo que es importante subrayar el papel insustituible de la lógica en la justificación de las decisiones judiciales, la relevancia de manejar la argumentación de tipo dialéctico (que en mi opinión no es - como pretendía Perelman- un caso peculiar de argumentación retórica) o - quizás lo más importante de toda- la necesidad de contar con una teoría de las buenas razones (jurídicas o judiciales) que no siempre coinciden con las que resultan ser más persuasivas. En suma, la teoría de la argumentación jurídica, a mi juicio, debería ser capaz de articular en un todo coherente la dimensión formal o lógica, la dimensión material y la pragmática en su doble aspecto: dialéctico y retórico. Y este libro bien puede considerarse como una contribución en esa dirección.

Jun/2020

Mas e a retórica?

Sobre as demonstrações e argumentações

Eduardo Scarparo

1. Introdução

Buscar-se-á distinguir dois diferentes modelos para alcance de conclusões racionais: demonstração e argumentação. Além de apresentá-los, far-se-á ponderações sobre a adequação de cada um, relacionando a questão a partir das perspectivas do cotidiano forense. Com isso, espera-se abrir caminho e compreensões para operação do direito com parâmetros de argumentação e, conseqüentemente, viabilizar entender a atuação da retórica no jurídico contemporâneo.

2. O espaço de operação da retórica

O tema demonstração-argumentação traz ao exame formas de fixação e validação de conclusões, o que importa atentar a parâmetros para a idoneidade e limites de um dado sistema de crenças. No curso da história da filosofia, a oposição já fortemente presente em Platão entre *doxa* e *episteme* – opinião e conhecimento – foi reformulada também em outras inúmeras dualidades.

Para se compreender o âmbito de incidência das demonstrações ou argumentações e a adequação dos meios lógicos e retóricos, uma tratativa muito usual está em distinguir semanticamente os verbos convencer e

persuadir. Não é incomum ver o primeiro termo designar um discurso racional voltado a instigar alguém a crer em uma alegação verdadeira e o segundo ser explicado como um expediente que se vale de afetos e, por isso, de caráter total ou, ao menos, parcialmente irracional, para fins de instigar alguém a promover uma ação.

Apartar o discurso racional de um lado e o irracional ou afetivo de outro é uma proposta bastante comum na literatura filosófica ¹. A própria história da retórica traz exemplos reiterados de sua conjugação e afastamento. Entre os Séculos XV e XVI, quando se extirpou a razão da retórica, deixando-a apenas nos campos da dialética e da lógica, remanesceu à retórica o estilo, as figuras de linguagem e a infâmia de vil persuasão que obscurece, engana e perturba a razão. Nesse sentido, em dado momento, convencionou-se o uso do verbo “convencer” para a formação de crenças a partir da razão e a elocução “persuadir” como forma de produzir ações a partir dos afetos ².

Quanto à finalidade do discurso, foi proposto que a persuasão busca a disposição para comportamentos do persuadido; já quando o interesse se vincula à prova da verdade, então ter-se-ia o momento do convencimento. Assim, quando o resultado está em voga, persuadir seria mais que convencer, já que convencer não conduz diretamente à ação, mas quando o objetivo é a racionalidade discursiva, convencer seria mais do que persuadir ³.

O discurso persuasivo teria, assim, vínculo pragmático e, possivelmente, emotivo-valorativo para uma adesão do auditório a uma tese apresentada em um contexto, sendo apenas eventualmente racional. O convincente, por sua vez, teria por escopo a verdade e, nesse caminho,

¹ Exemplificativamente, essa distinção aparece claramente na filosofia estoíca, com a consideração das doenças das emoções, e uma das mais ferrenhas críticas a esse isolamento racional é apresentada por Friederich Nietzsche, como ilustra ao contrapor os mundos apolíneo (verdade, beleza, razão) e dionísio (loucura, emoção, destemperamento). Como refere o filósofo alemão, entre eles haveria uma luta incessante com periódicas reconciliações. Em dado momento do texto, refere “Apolo não poderia viver sem Dionísio! O ‘titânico’ e o ‘bárbaro’ eram, no fim das contas, uma necessidade tal qual como o apolíneo”. NIETZSCHE, Friedrich. **O nascimento da tragédia**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 19.

² “Os critérios pelos quais se julga poder separar convicção e persuasão são sempre fundamentados numa decisão que pretende isolar de um conjunto – conjunto de procedimentos, conjunto de faculdades – certos elementos considerados racionais”. PERELMAN, Chäim e LUCIE OLBRECHTS-TYTECA. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 30.

³ *Ibid.*, p. 30.

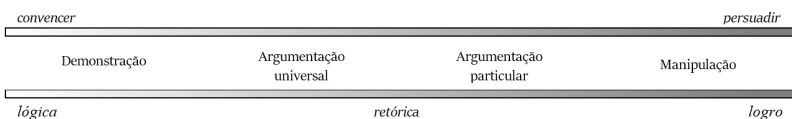
seria objetivo, não imediatamente pragmático e indiferente aos valores e às contingências.

Em qualquer das formulações, “convencer” designa vínculo forte com a razão (*logos*). Já “persuadir” exige também outros elementos, como interferências na emotividade do auditório (*pathos*), ou a credibilidade do orador (*ethos*). Nesse sentido, em termos bastante gerais, é usual na literatura relacionar convencer com o aspecto racional e persuadir com o afetivo. Independentemente do critério eleito para etiquetar uma tratativa como convincente ou persuasiva, um discurso busca influenciar alguém a acreditar ou a compreender algo de determinada maneira, podendo ou não servir para fomentar uma dada conduta.

Com fins ilustrativos, a seguir apresenta-se uma explicitação visual de uma sequência gradativa para apontar diferentes modalidades de discurso comunicativo influente, tendente à formação de crenças e/ou ao direcionamento de ações. Considerando a progressão no sentido convencimento-persuasão e valendo-se de alguns critérios presentes na tradição e nos estudos mais recentes de retórica, apurou-se quatro categorias discursivas: demonstração, argumentação universal, argumentação particular e manipulação. Também se atribuíram ferramentas adequadas a cada uma das categorias. A primeira é a lógica (formal e informal), seguida pela retórica e, finalmente, quando se intenta obter ações a partir da promessa, da ameaça, da violência ou pela promoção de falsas crenças, tem-se o logro.

Assim, portanto, a esquematização:

Formação de crenças e/ou estimulação de ações



O extremo do convencimento é ocupado pela demonstração a partir da lógica formal; e o da persuasão conduz à manipulação, que se vale do

logro. A argumentação e a retórica não tocam, assim, os finais ⁴. O espaço de operação da retórica é na argumentação, cujas fronteiras encontram-se difusas entre os extremos da lógica formal e do puro logro. Nesse particular, é conveniente assumir que a retórica como prática ética deve ser compreendida como uma ponte de entendimento que considera interações humanas ao mesmo tempo inacessíveis à lógica. Pelo outro extremo, também exige sejam excluídas da competência da retórica as práticas de manipulação ⁵.

As faixas de categorias apresentadas são difusas. Não há um ponto específico a partir do qual o cinza escuro passa a ser cinza claro, em que a demonstração passa a ser argumentação, ou em que a razão deixa de existir em favor dos afetos. Cada discurso com propósito prático vive em alguma região entre os extremos. Por isso não é possível sustentar a integral supremacia do *logos* ou, quiçá, o domínio dos afetos, para se dizer que a retórica serve para persuadir ou para convencer ⁶.

Na demonstração, que foi o modelo fundamental da formação da ciência moderna, preferivelmente se vale de uma linguagem artificial, como ocorre na matemática, provendo seu aplicador de um encadeamento de raciocínios, por dedução, capaz de conferir validade ao resultado empreendido. O discurso demonstrativo tem como propósito convencer o auditório acerca da verdade de uma proposição a partir do reconhecimento de validade da estrutura dedutiva. As demonstrações das

⁴ Nesse esquema é importante não relacionar o uso da lógica como algo bom e o logro como mau. Ele não se presta como uma valoração ética dos discursos, razão pela qual não serve para atribuir preferência à demonstração sobre a argumentação (e nem o contrário) ou da lógica sobre a retórica. Esse esclarecimento é relevante pois, visualmente o logro está mais distante da lógica do que da retórica, mas, com isso, não se está de maneira alguma afirmando que uma é mais perversa que outra, nem situando-as em qualquer escala de valor. Para contrapor a uma tal intuição maniqueísta, poder-se perceber que são problemas de ordem lógica o exame de grande número de falácia formais, que são conhecidas ferramentas para o logro. Claro que a lógica quer evitar tais vícios, porém, seu estudo possibilita conhecer de inúmeros desses artifícios. A retórica também irá trabalhar com as particularidades afetivas de um auditório, mas isso não faz dela um artifício necessariamente ardiloso.

⁵ Em semelhante direção: “A persuasão retórica consiste em levar a crer (1), sem redundar necessariamente no levar a fazer (2). Se, ao contrário, ela leva a fazer sem levar a crer, não é retórica”. REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. xv.

⁶ “O que dizer das figuras de estilo, aquelas famosas figuras a que alguns reduzem a retórica? A metáfora, a hipérbole, a antítese são oratórias por contribuírem para agradar ou comover, mas são também argumentativas no sentido de exprimirem um argumento condensando-o, tornando-o mais contundente”. REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. xvii.

versões mais emblemáticas do racionalismo – como o de Leibniz – pressupõem uma abstração tal que leve ao ponto de conceber todo o conhecimento subjugado ao cálculo ⁷.

A matemática, contudo, não tem mecanismos para se expressar com total resolutividade quando diante de questões contextuais. Isso quer dizer que, a partir do momento que se insere a contingência como um elemento epistêmico – como ocorre com a introdução da experiência ou de qualquer elemento empírico –, passa-se a avançar na direção da persuasão. Nesse caminho, o pensamento conecta-se à lógica informal ou “pragmática lógica” e encontra uma primeira abertura para a argumentação ⁸.

A lógica informal, antes de informal, é uma espécie de lógica, de modo que seu exame central recai às progressões inferenciais. Mesmo que se realize em um ambiente contextualizado e por meio da linguagem comum, o que conduz à relevância do conteúdo das premissas e proposições para esse modelo lógico – diferentemente da lógica formal –, a respectiva incidência é mais restrita do que a da retórica. No exame da lógica não há preocupação com a verdade das premissas, nem com a adequação do meio de transmissão e conexão com o auditório, mas apenas com a progressão inferencial. Por isso, como se trata de lógica, ela examina essencialmente a conexão entre as premissas e a conclusão ⁹.

⁷ Exemplificativamente, em famosa passagem de Leibniz “*Dum Deus calculat fit mundus*” (Dialogus, A VI, 4-A, 22), que tem tradução mais difundida como “quando Deus calcula, o mundo é criado”.

⁸ “A teoria lógica, então, se preocupa basicamente com as proposições que constituem o argumento. A pragmática lógica se interessa pelo uso racional dessas proposições num diálogo, tendo em vista um objetivo, como, por exemplo, construir ou refutar um raciocínio que apoie um dos lados de uma questão controversa no contexto dialógico. Ela se interessa pelo que é feito com essas proposições nesse contexto, pelo uso dado a elas para convencer o outro argumentador”. WALTON, Douglas. *Lógica informal*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 2.

⁹ Ilustrativa, a respeito, a apresentação de critérios por Susan Haack, para avaliação dos argumentos: “Os tipos de avaliação possíveis podem ser, de maneira geral, assim classificados: (i) lógica: há uma conexão do tipo apropriado entre as premissas e a conclusão? (ii) material: as premissas e a conclusão são verdadeiras? (iii) retórica: o argumento é persuasivo, atraente, interessante para a audiência?. (...) A categoria separada dada às considerações retóricas não visa sugerir que a validade de um argumento, ou a verdade de suas premissas, seja totalmente irrelevante para sua capacidade de persuasão. Ao contrário, visa levar em conta o fato de que, embora se as pessoas fossem completamente racionais, elas seriam persuadidas apenas por argumentos válidos com premissas verdadeiras, de fato, elas são muito frequentemente persuadidas por argumentos inválidos ou argumentos com falsas premissas, e não são persuadidas por argumentos corretos”. HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. 1ª ed. São Paulo: Editora UNESP, 2002, p. 37-38.

As diferenças entre a retórica e a lógica informal são encontradas especialmente se consideradas as diferentes funções de que essas disciplinas buscam dar conta. Enquanto a lógica informal tem como propósito a validação do raciocínio, a retórica é expediente que serve (a) para formação de crenças no auditório e/ou para o direcionamento a determinada ação, (b) para a interpretação e compreensão das proposições, dando conta de uma função hermenêutica, especialmente por meio da análise retórica e, (c) para a invenção de soluções em um universo inverossímil, clamando por uma função heurística ¹⁰.

A defesa da retórica exige o dever ético de se valer de discursos comprometidos com a verdade (ainda que apenas verossímeis) e da correção de um raciocínio lógico (ainda que informal). Portanto, entende-se a retórica como disciplina voltada à influência argumentada, o que pressupõe (a) o respeito à correta progressão inferencial, (b) a relevância da verdade dos conteúdos e (c) a adequação do ato discursivo para fins de persuadir o auditório. Assim estabelecido, exclui-se expedientes de manipulação e violência de seu âmbito de incidência.

A retórica não é uma equivalente da dialética, mas a pressupõe, pois as regras de progressão dos discursos devem ser obedecidas para se fazer valer um discurso racional e propenso ao alcance da verdade, ainda que meramente provável. Porém, diferentemente da lógica, a retórica pressupõe igualmente a psicologia dos afetos, assim entendidas as emoções, a atenção às particularidades do auditório e ao caráter do orador. Exige, também, adequação estilística, correção no texto escrito e oral, técnicas de pronúncia e oratória. Trata-se de campo de estudo amplo, voltado à persuasão em favor da verdade, mas não a ponto de demonstrá-la, já que lida precipuamente com aquilo que é verossímil.

Atua, portanto, no foro das argumentações.

¹⁰ Com algumas adaptações, essas funções aparecem também em REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. xvii-xxi. Especificamente, merce transcrição a defesa de uma função heurística à retórica: “Num mundo sem evidência, sem demonstração, sem previsão certa, em nosso mundo humano, o papel da retórica, ao defender esta ou aquela causa, é esclarecer aquele que deve dar a palavra final. Contribui – onde não há decisão previamente escrita – para inventar uma solução. E faz isso instaurando um debate contraditório, só possível graças a seus ‘procedimentos’” (p. xxi).

“A dialética de Aristóteles é apenas a arte do diálogo ordenado. O que a distingue da demonstração filosófica e científica é raciocinar a partir do provável. O que a distingue da erística sofista é raciocinar de modo rigoroso, respeitando estritamente as regras do jogo”¹¹.

O valor de uma argumentação é sempre relativo, pois ela lida com linguagem comum, falta de informações, hierarquias de valores e com a contextualização do discurso em face de um auditório majoritariamente particular. São indispensáveis, quando diante de questões sujeitas à opinião, se quer-se encontrar e avaliar alternativas viáveis para a melhor solução de um problema que nos é alcançado sob uma conclusão aparentemente verdadeira. As circunstâncias de raciocínio são bastante distintas, assim, das demonstrações¹².

O projeto de renovação da retórica foi conduzido a partir de um propósito de racionalização da argumentação, intentado pela criação de um expediente fictício: o auditório universal¹³. Ocorre que, mesmo que se queira garantir isolamento racional por meio da projeção de um tal auditório, ele terá elementos afetivos e contingentes. Quanto aos primeiros, basta considerar que os afetos são integrantes da própria qualidade humana: as pessoas têm emoções em comum, ainda que com variações particulares de intensidade. Em outras palavras, um auditório universal dos humanos não pode excluir os afetos que são próprios da condição humana. Além disso, quanto às contingências, poder-se-ia considerar que o paradigma de racionalidade não é historicamente indiferente. Aceitar uma universalidade da razão pressupõe a

¹¹ *Ibid.*, p. 28.

¹² “Assim, quem demonstra: a) revela a única e necessária via; b) afirma a voz a da razão; c) admite apenas a verdade; d) dá valor apenas à certeza; e) tem a dúvida como inimiga. Por sua vez, quem argumenta: a) revela a via preferível, ou mais razoável; b) afirma a voz da fé; c) admite também o verossímil; d) dá valor também à opinião; e) tem a dúvida como aliada”. GASPARG, Alfredo. **Instituições da Retórica Forense**. 1ª ed. Coimbra: Minerva, 1998, p. 26-27.

¹³ Trata-se de expediente de criação de um parâmetro ideal de auditório, por meio do qual se poderia sustentar razões universalizáveis, com finalidade de fomentar objetividade nas questões argumentadas. “Uma argumentação dirigida a um auditório universal deve convencer o leitor do caráter coercitivo das razões fornecidas, de sua evidência, de sua validade intertemporal e absoluta, independente das contingências locais ou históricas”. PERELMAN, Châim e LUCIE OLBRECHTS-TYTECA. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 34-39.

contextualização prévia sobre o que seria a universalização da racionalidade. O auditório universal é, assim, invariavelmente uma ficção, com propósito de fornecer um parâmetro argumentativo para projetar maior racionalidade discursiva ¹⁴.

Mesmo sendo o auditório universal inegavelmente útil como ideal argumentativo, é preciso reconhecer que, concretamente, todos os atos retóricos são destinados a auditórios particulares. O próprio Tratado da Argumentação ¹⁵ tem como público pessoas com determinado grau de instrução, com interesses acadêmicos comuns e conviventes em um período histórico relativamente situado. Embora argumentado à universalidade, o texto é entregue e vivido apenas pelos particulares, de modo que nunca se saberá se o auditório universal seria ou não convencido pelas proposições que são a ele, em tese, destinadas.

No plano não ficcional das práticas retóricas, o orador se defronta com auditórios particulares. Esses determinam não só uma adaptação formal do discurso, mas também é a partir deles que se concebe a diferença de força dos argumentos em razão de distintas hierarquias de valores. Nesse passo, há um mergulho na contingência e a tomada de consciência de que a persuasão ocorre em um contexto no qual a razão coabita com valores, emoções e preferências particulares.

Os auditórios particulares são, ora mais, ora menos numerosos, podendo compreender, por exemplo, toda a comunidade de juristas brasileiros ou, especificamente, o juiz que sentenciará o caso na 4ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre. Considerar as idiosincrasias do auditório é um expediente indispensável para o êxito do ato retórico. Também, como relevante estratégia de heurística argumentativa, se pode considerar auditórios particulares fictícios, como o de um genial e ferrenho

¹⁴ Aqui, leia-se baixinho, em nota de rodapé, como se o autor deste ensaio estivesse a contar um segredo: o auditório universal é um auditório particular tentando se esconder.

¹⁵ PERELMAN, Chaim e LUCIE OLBRECHTS-TYTECA. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

opositor, para se antecipar às eventuais objeções ou, ainda, ser o próprio orador um auditório a persuadir ¹⁶.

Já fora do campo da retórica, ainda no caso extremo de uso da violência, também se pode encontrar alguma racionalidade. Se alguém aponta uma arma a outrem e anuncia “é um assalto” é possível justificar racionalmente a força da ameaça e ponderar a conveniência das reações. Como é recomendável se ter maior apreço à vida que à carteira, então enfrentar o assaltante importa assumir um risco no qual o ganho pode não compensar a chance da perda. Em outros termos: é racional entregar a carteira. É óbvio que nenhuma pessoa vítima de um assalto é alheia a emoções quando é confrontada com a violência. Contudo, interessa reconhecer que, mesmo nessas situações extremas, é possível ver a razão agir, ao menos em alguma medida. Na sedução igualmente há racionalidade. Exemplo disso se vê em discursos publicitários como as propagandas de perfumes. Embora ditos reclames sejam largamente estruturados em criar um espírito afetivo no público consumidor, há implícito um juízo lógico de que aquelas sensações são similares às produzidas pela fragrância, operando um argumento implícito a partir da analogia. Embora o *pathos* domine esse jogo, observa-se que não há dispensa do *logos*.

A distinção entre convencer-persuadir não pode ser reduzida a duas faixas bem definidas, mas importa uma dinâmica bastante viva, na medida que integra certo grau de razão e de afetos, bem como de tolerância à dúvida, para a formação de crenças ou mobilização para a ação. Por conseguinte, há infinitas subcategorias entre as posições de um convencimento puramente racional e de persuasão exclusivamente afetiva.

A retórica, historicamente, foi associada à demagogia ou à manipulação, em contraste com a argumentação cuja condução seria lógica e sempre tomada de boas intenções. Contudo, não se contrapõe argumentação e retórica como se fossem opostos em boas ou más

¹⁶ A respeito da deliberação consigo mesmo, ver PERELMAN, Chaim e LUCIE OLBRECHTS-TYTECA. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 45-50.

intenções. Esse, como outros maniqueísmos simplistas, se multiplicam nesse campo, tendentes a polarizar uma como influência benigna (argumentação) e outra como maligna (retórica) ¹⁷. Voltando à tradição, em Aristóteles, na primeira frase do Livro I da obra *Retórica*, encontra-se: “a retórica é a contraparte da dialética” ¹⁸. Note-se que a característica de contraparte não significa aqui um antônimo, mas de um complemento ¹⁹.

Não se ignora que diversos autores negaram diferenciação entre a retórica e a argumentação ou entre os significados de persuadir e convencer ^{20 - 21}. Curiosamente, mesmo Perelman e Olbrechts-Tyteca, que refutaram essas dicotomias, as utilizam como critérios demarcatórios da nova retórica proposta, sendo expressiva a referência ao próprio *Tratado da Argumentação* ²².

Quanto mais se afasta da abstração e da lógica formal, mais espaço se tem para a influência afetiva e para a adoção de conclusões meramente prováveis. Mas isso não quer dizer que se deve preferir às

¹⁷ Alguns exemplos: “convencer x persuadir, razão x emoção, lógica x retórica, não falacioso x falacioso, argumento válido x não válido, boa retórica x má retórica, objetividade x subjetividade, logos x ethos/pathos etc.”. GALLINARI, Mellindro Mendes. *Logos, Ethos e Pathos: “Três lados” da mesma moeda*. *Alfa*, v. 58 (2), p. 257-258, 2014 2014, p. 261

¹⁸ ARISTÓTELES. *Retórica*. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2013, p. 39 (1.354a1).

¹⁹ Isso quer dizer que ambas procedem a partir de ideias admitidas e não absolutamente verdadeiras. “A retórica é para a fala pública aquilo que a dialética é para a fala privada de característica mais conversacional. A dialética incide sobre teses de ordem filosófica; a retórica se interessa por questões particulares, de ordem social ou política. Por fim, enquanto a dialética é uma técnica da discussão entre dois parceiros, procedendo por (breves) perguntas e respostas, a retórica tem por objeto o discurso longo e contínuo. O essencial permanece sendo o fato de que as duas artes do discurso utilizam os mesmos fundamentos de inferência, os *topoi*, aplicados a enunciados plausíveis, as *endoxa*”. PLANTIN, Christian. *A Argumentação: história, teorias, perspectivas*. 1ª ed. São Paulo: Parábola Editorial, 2008, p. 10-11.

²⁰ “Alguns distinguem rigorosamente ‘persuadir’ e ‘convencer’, consistindo esse último não em fazer crer, mas em fazer compreender. A nosso ver essa distinção repousa sobre uma filosofia – até mesmo uma ideologia – excessivamente dualista, visto que opõe no homem o ser de crença e sentimento ao ser de inteligência e razão, e postula ademais que o segundo pode afirmar-se sem o primeiro, ou mesmo contra o primeiro. Até segunda ordem renunciaremos a essa distinção entre convencer e persuadir”. REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. xv.

²¹ “Pode-se arriscar a dizer que argumentação e retórica não possuem nenhuma diferenciação, e referem-se indistintamente a todos e quaisquer procedimentos discursivos aptos a produzir intensidades de adesão variadas numa situação específica. Como consequência, desfazem-se, aqui, as demais oposições, dentre elas a renomada dupla: “convencer x persuadir”. GALLINARI, Mellindro Mendes. *Logos, Ethos e Pathos: “Três lados” da mesma moeda*. *Alfa*, v. 58 (2), p. 257-258, 2014 2014, p. 261.

²² “Embora se possa recusar, como fazemos nós, a adotar essas distinções dentro de um pensamento vivo, cumpre não obstante reconhecer que nossa linguagem utiliza duas noções – convencer e persuadir – entre as quais considera-se geralmente exista um matiz apreensível. Propomo-nos chamar *persuasiva* a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar *convincente* àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional”. PERELMAN, Chäim e LUCIE OLBRECHTS-TYTECA. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 31.

demonstrações. O uso do expediente errado – como a aplicação estrita da lógica formal a uma questão contingente – escancara a insuficiência de um único modelo de descoberta e justificação do conhecimento ²³.

A retórica, ao mesmo tempo, persuade e convence, pois não dispensa nem os afetos e nem a razão. Se o fizer, deixa de ser retórica e passa a ser exame lógico ou logro. Pode ocorrer de as circunstâncias de produção, pronúncia ou eficácia dos discursos tenderem mais à razão ou aos afetos; isso, no entanto, não significa a supressão do aspecto que menor influência provoca no auditório.

3. Demonstração

O modelo de demonstração pressupõe um raciocínio completo e hermético, conduzido por deduções. Não há espaço para a dúvida ou para divergência. Nesse campo lógico, geralmente implicado por uma intensa formalidade no encadeamento das proposições, construiu-se a ideia de conhecimento em diversas vertentes da filosofia moderna, o que fica bastante evidente na tradição inaugurada por Descartes e elaborada por Spinoza e Leibniz, entre outros. Avançar-se-á sobre o modo de ser das demonstrações e sua influência no pensamento jurídico.

3.1 O triângulo de Savigny

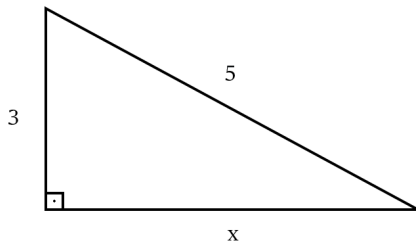
Em uma demonstração, a correção do resultado alcançado se dá porque as premissas do raciocínio são insuscetíveis de questionamento (premissas apodíticas) e porque a estrutura e o encadeamento das passagens entre essas e a conclusão são auditados por regras da lógica formal, em especial, por deduções.

²³ Não serve de nada toda a abstração e certeza em uma série de questões correntes e cotidianas, inclusive jurídicas, como se vê da superação da *École de l'Exégèse*, no pensamento jurídico contemporâneo. A propósito, sobre a Escola de Exegese, ver PERELMAN, Chäim. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 31-68.

Embora sua aplicação esteja mais frequentemente associada às matemáticas e às ciências naturais, a demonstração teve grande influência no pensamento jurídico. Isso fica bem exposto ao se deparar com a analogia elaborada por Friedrich Karl von Savigny:

“Em todo triângulo há sempre certos dados, de cuja existência e relação se inferem imediata e necessariamente todos os demais; assim o triângulo se tem quando são conhecidos os lados e o ângulo. Pois bem, de análoga maneira, cada parte do direito tem tais ou quais pontos, dos quais se derivam os demais, e os quais se podem denominar teoremas fundamentais. Assinalar esses, e a partir deles descobrir a íntima relação e a afinidade que tem com todos os princípios e teoremas jurídicos. Está aí o mais difícil em nossa ciência, e isso é o que dá a obra dos juristas um caráter científico”²⁴.

Quando se quer calcular um lado desconhecido de um triângulo, raciocina-se e aplica-se sequências previamente traçadas. Seguindo-se os passos da ciência matemática, podemos *demonstrar* os valores de cada um dos lados e de seus respectivos ângulos. A partir da ilustração do jurista alemão, propõe-se um exercício matemático (capaz de ser efetuado inclusive por juristas): a descoberta do valor de “x” no seguinte triângulo:

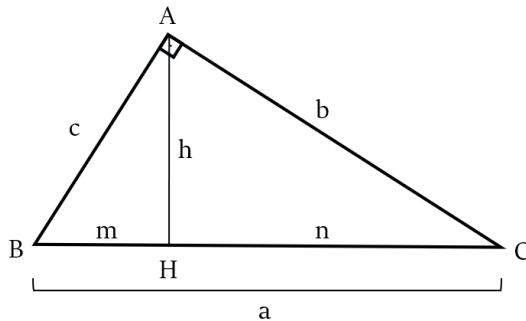


Conforme se apreende nos bancos escolares, o problema deve ser resolvido com o Teorema de Pitágoras, já que se conhecem dois lados de um triângulo reto. O teorema sustenta que a soma dos quadrados dos catetos é igual ao quadrado da hipotenusa, o que resulta em $x^2 + 3^2 = 5^2$.

²⁴ SAVIGNY, Friederich Karl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. Madri: La España Moderna, 19-?, p. 36.

Assim sendo, $x^2 = 5^2 - 3^2$; o que condiz com $x^2 = 25 - 9$; que por sua vez produz $x^2 = 16$, que se resolve com $x = \sqrt{16}$, que, finalmente, alcança o resultado $x = 4$.

Portanto o valor de “x” pode ser demonstrado, atestando-se a verdade da solução, por meio da sequência e da correção dos cálculos. Se, porém, o próprio teorema for posto em questão, exigir-se-á também a sua demonstração. Ao que consta, existem pelo menos 370 formas de fazê-lo²⁵. Valer-se-á, para essa exemplificação, da prova mais conhecida (e possivelmente a mais curta).



Considerando o triângulo supra (ABC), a altura “h” dá lugar a dois outros triângulos também retos (BAH) e (CAH) que tem rigorosamente os mesmos ângulos do triângulo maior. Isso se demonstra pela presença de um ângulo reto, além de outro ângulo compartilhado entre o triângulo maior (ABC) e os menores (BAH ou CAH). Como se está diante de triângulos com todos os ângulos semelhantes, pode-se resolver por semelhança.

A relação, no triângulo ABC, entre o cateto menor “c” e a hipotenusa “a” deverá ser igual à relação, no triângulo BAH, entre o cateto menor “m” e a hipotenusa “c”. De igual maneira, no triângulo ABC, a relação entre o cateto maior “b” e a hipotenusa “a” será também igual à relação, no triângulo CAH, entre o cateto maior “n” e a hipotenusa “b”.

²⁵ LOOMIS, Elisha Scott. **The pythagorean proposition**. 2ª ed. Washington: The national council of teachers of mathematics, 1940.

Propondo a relação numérica entre os triângulos, tem-se que $\frac{c}{a} = \frac{m}{c}$, o que se desenvolve em $c^2 = am$, bem como $\frac{b}{a} = \frac{n}{b}$, o que se perfaz em $b^2 = an$. Passo seguinte é somar os dados entrados, de modo que $c^2 + b^2 = am + an$. Reorganizado o lado direito da equação, encontra-se $a(m + n)$. Como se observa da figura, o lado a é igual à soma de $m + n$, de modo que se pode novamente substituir $a(m + n)$ por $a(a)$, ou melhor, por a^2 . Novamente substituindo as equivalências na forma, chega-se à fórmula $c^2 + b^2 = a^2$, ou seja, a soma dos quadrados dos catetos é igual ao quadrado da hipotenusa.

3.2 Caracterização da demonstração

Como a operação das demonstrações se realiza a partir de deduções, há a presença de premissas apodíticas. Em outros termos, os dados do problema são inquestionáveis. Não é viável, no raciocínio acima, pôr em dúvida o valor de “5”, ou as regras da matemática como, por exemplo, a forma de proceder uma multiplicação. São todos conhecimentos cuja consideração é já pressuposta para a efetivação e desenvolvimento do raciocínio. Não se pode colocar em questão nem mesmo se as proporções angulares do triângulo são realmente compatíveis com numerais lançados no desenho, atividade que exigiria apenas uma régua e um transferidor sobre as páginas deste livro, além de algum conhecimento matemático também básico ²⁶.

As premissas são assim consideradas apodíticas, o que também pressupõe a não ambiguidade. Na matemática, na química e na lógica formal, por exemplo, isso se faz por meio do uso de uma linguagem artificial ²⁷, sendo a dedução a inferência típica das demonstrações. Ao se buscar

²⁶ Note-se que tão moldadas à aceitação das premissas são as demonstrações que se trava diante de um cálculo que possivelmente somente após a sugestão de medir as páginas com régua e transferidor é que o Sr. leitor pensou ser possível questionar os dados previamente fornecidos.

²⁷ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 94.

demonstrar uma proposição, se oferece uma sequência dedutiva, tendo-se a prévia dos elementos já fornecida pelo construtor do sistema axiomático.²⁸

Todas as etapas contribuem igualmente para a conclusão, não se podendo deixar de lado algumas, nem se pode considerar ter alguma maior influência que outra para o resultado. Em termos concretos, o matemático que deixa de fazer a operação $3^2 = 9$, em favor de outras partes da conta, terá um resultado invariavelmente errado. Todas as passagens devem ser incluídas na resolução do problema, nada podendo ser omitido, já que tudo contribui igualmente para a conclusão.

Como fica bastante claro na demonstração do Teorema de Pitágoras, cada etapa do cálculo também pode ser dividida e dissociada do todo para sua ultimação. Dizer que $a(m + n)$ é o mesmo que a^2 , não afeta em nada as demais passagens já realizadas, pois as partes do raciocínio são separáveis. Qualquer das operações da demonstração pode ser realizada independentemente da consideração das demais. Não é, portanto, da coesão das premissas que decorre a força da conclusão, mas da necessária consideração de todas as premissas, da progressividade correta e de acerto sobre toda a demonstração.

Há uma progressividade necessária para o alcance da conclusão. Não seria possível cogitar quais operações realizar, sem antes assentar o teorema. Igualmente, as operações devem ser cumpridas considerando uma ordem pré-estabelecida. Alterando-se a sequência – como faria aquele que buscasse, no exemplo do triângulo, diminuir 3 de 5 antes de efetuar as respectivas potências – a progressão estaria prejudicada e o resultado, por via de consequência, seria imprestável. Há a presença de uma “cadeia de razões”²⁹, cuja apresentação é linear.

²⁸ PERELMAN, Cháim e LUCIE OLBRECHTS-TYTECA. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 16.

²⁹ “Os longos encadeamentos de razões, todas simples e fáceis, que os geômetras costumam utilizar para chegar a suas mais difíceis demonstrações me haviam feito imaginar que todas as coisas passíveis de serem conhecidas pelos homens se seguem umas às outras do mesmo modo, e contanto que nos abstenhamos de aceitar alguma como verdadeira que não o seja e que mantenhamos sempre a ordem necessária para deduzi-las umas das outras, não pode haver nenhuma tão afastada à qual enfim não se chegue, nem tão oculta que não se descubra”. DESCARTES, René. **Discurso do método**. 1ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2004, p. 55.

A higidez da conclusão é devida ao cumprimento, passo a passo, das etapas do problema, sendo que o resultado final não é sustentável se alguma das operações anteriores foi errada, ainda que todas as demais estivessem corretas. Se aquele que raciocina acerta todas as operações exceto uma, ter-se-á um resultado tão errado quanto o daquele que erra todas as operações. A obediência acrítica às premissas e às operações aprioristicamente impostas ensejam um pensamento no qual há apenas uma conclusão viável, cuja correção ou erro é aferível absolutamente.

“Os raciocínios analíticos são aqueles que, partindo de premissas necessárias, ou pelo menos indiscutivelmente verdadeiras, redundam graças a inferências válidas. Os raciocínios analíticos transferem à conclusão a necessidade e a verdade das premissas: é impossível que a conclusão seja falsa, se o raciocínio foi feito corretamente, a partir de premissas corretas”.³⁰

Não é valiosa, em demonstrações, a consideração sobre pontos de vista distintos, ideologias ou opiniões. Não há nada a ganhar quando dois ou mais agentes efetuem a mesma demonstração, já que não há espaço para divergência, nem necessidade de efetuar acordos de entendimentos. A razão leva a uma única resposta, que é possível e desejável de ser alcançada sem divergências ou contrapontos³¹.

Muito em razão disso, é desnecessária a contextualização da demonstração³². O problema matemático aqui apresentado deverá necessariamente ter a mesma solução se resolvido em contextos muito diferentes. Acaso haja divergência, há erro em uma ou ambas as contas. O contexto não interfere nas demonstrações³³.

³⁰ PERELMAN, Cháim. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 1-2.

³¹ “O matemático lida com números, e estes representam, antes de tudo, exatidão. Na matemática ou em outras ciências exatas, não existem opiniões ou posicionamentos, porque os números não o permitem. São linguagem artificial. Mas é um erro tentar aplicar ao direito essa mesma premissa”. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 21.

³² A demonstração “despreza inteiramente as relações entre orador e seu auditório”. PERELMAN, Cháim. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p 181.

³³ “Na teoria lógica, um argumento não é nada mais nada menos do que um conjunto de proposições. Nesse caso, importa apenas a verdade ou falsidade dessas proposições. O contexto mais amplo do diálogo não é levado em conta”. WALTON, Douglas. **Lógica informal**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 2.

Em resumo, tem-se no raciocínio demonstrativo: premissas apodíticas, igualdade de força das premissas para a conclusão, inferências por dedução, linearidade progressiva, divisibilidade, resultado absoluto, ausência de divergência e irrelevância do contexto.

3.3 Pensamento jurídico e demonstrações

Em 1847, Julius Kirchmann em impactante conferência proferida em Berlim defendeu a tese de que, como o direito não poderia se valer apenas de modelos lógicos formais, ele não seria científico³⁴. Serem as leis mutáveis e não haver harmonia entre o objeto de estudo do jurista – os textos legislativos – e a respectiva eficácia social foram premissas significativas para a conclusão do autor. A tese limita o pensamento considerado científico à aplicabilidade das demonstrações. Diz que somente é ciência o que se vale do modelo de raciocínio das matemáticas ou das ciências naturais³⁵.

Assim, ou se transformariam os dados de uma disputa judicial em demonstrações, ou não se teria racionalidade nas decisões. É nesse quadro, vale indicar, que a analogia do triângulo de Savigny, antes apresentada, encontra seu contexto e significado. O pensamento filosófico de Leibniz e Wolff é decisivo para a ampliação da influência do modelo lógico do tipo matemático junto ao direito. Na linha em questão, o direito opera como um sistema de proposições que ligam predicados a sujeitos, mediante uma conexão lógica, cuja verdade é atestável^{36 - 37}.

³⁴ KIRCHMANN, Julius Hermann von. **La jurisprudencia no es ciencia**. 2ª ed. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1961.

³⁵ “O raciocínio more geométrico era o modelo proposto aos filósofos desejosos de construir um sistema de pensamento que pudesse alcançar a dignidade de uma ciência. De fato, uma ciência racional não pode contentar-se com opiniões mais ou menos verossímeis, mas elabora um sistema de proposições necessárias, que se impõe a todos os seres racionais e sobre as quais o acordo é inevitável. Daí resulta que o desacordo é sinal de erro”. PERELMAN, Cháim e LUCIE OLBRECHTS-TYTECA. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 2.

³⁶ Para considerações ulteriores e desenvolvimento em específico dessa filosofia, ver TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giurídica moderna**. Bologna: Il Mulino, 2010, p. 133-156.

³⁷ “Os progressos efetuados pelas matemáticas e suas aplicações a partir do Século XVI, a idéia enunciada por Platão e retomada pelo neoplatonismo cristão, de que Deus teria criado o mundo inspirando-se nas matemáticas, alentaram as esperanças de todos que, preocupados tanto com o direito quanto com as matemáticas e a filosofia, propuseram-se a elaborar sistemas de jurisprudência universal. Estes pensadores, apesar de serem cristãos, é que procuraram,

A mesma base lógica que norteou Leibniz no campo da filosofia geral, também se lançou sobre o pensamento jurídico. Justamente nessa época, há a construção de uma noção de direito que irá marcar definitivamente a compreensão da ciência jurídica contemporânea³⁸. Exemplo da notória influência do pensamento lógico-formal se encontra em outras passagens de Savigny³⁹, além daquela que faz referência aos triângulos. Também é representativo quando, na mesma obra, o jurista referiu sobre os juriconsultos romanos, descrevendo que o procedimento alcançado reproduzia segurança à semelhança das ciências matemáticas, “podendo-se dizer, sem medo de exagerar, que calculam com suas ideias”⁴⁰.

A adoção de um modelo puramente demonstrativo ao direito conduz à conclusão de que a resposta esperada de um problema jurídico deve ser alcançável de modo completo, acrítico e descontextualizado. A resolução de uma causa comportaria, com isso, sempre univocidade de sentidos. Por via de consequência, a exegese normativa seria passível de obtenção por meio de longas cadeias dedutivas. Na verdade, “Savigny, ao buscar segurança pela via da *formalização* do jurídico, pretendia fugir da contingência do mundo real, das incertezas inerentes à vida humana”⁴¹. Esse enfrentamento sobre o direito foi ainda mais expressivo na corrente conhecida como *Escola de Exegese*, cuja superação ficou bastante evidente,

desde o início do Século XVII, laicizar o direito natural, concebendo-o como um sistema de direito puramente racional. Foi este o ideal de Grotius e de Pufendorf, de Leibniz e de Christian Wolff”. PERELMAN, Chäim. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 16.

³⁸ “A pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado; também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções matemáticas. E, tal como a conexão lógica das leis naturais produz o sistema do mundo físico, que atinge o seu auge nos *Principia mathematica* de Newton, também as leis naturais do mundo social produzem um sistema fechado da sociedade”. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 288.

³⁹ “O conteúdo do sistema é a legislação, que é dizer, os princípios do direito. Necessitamos de um meio lógico da forma, isto é, da condição lógica do conhecimento como de todo o conteúdo da legislação para conhecer esses princípios, em parte particularmente e em parte em sua conexão. Tudo o que é formal tem por objeto desenvolver a determinação dos princípios particulares do direito – geralmente isso se chama definições e distinções –, ordenar a vinculação de vários princípios particulares e sua conexão. Isso é o que se denomina habitualmente verdadeiro sistema”. SAVIGNY, Friederich Karl von. **Metodologia Jurídica**. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 37.

⁴⁰ SAVIGNY, Friederich Karl von. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho**. Madri: La España Moderna, 19-?, p. 43.

⁴¹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 70.

especialmente a partir da segunda metade do Século XX ⁴². Fato é que o histórico de considerar as demonstrações como única régua deixou resquícios bastante influentes no raciocínio jurídico contemporâneo ⁴³.

Quando se está diante de demonstrações, não há espaço para diferença e, assim sendo, a retórica perde integralmente o seu lugar de atuação. Não se cogita argumentar quando o objetivo é desfazer a validade de um teorema matemático, pois somente uma demonstração poderia cumprir essa tarefa.

Trazendo um exemplo de direito processual, vê-se que o papel do contraditório é bastante diminuto quando o modelo de consideração racional do direito é exclusivamente demonstrativo. Isso fica claro na compreensão defendida por Emilio Betti, quando afirma que “a falta efetiva de contraditório não se coloca em contraste lógico com o fim do processo, porque a atuação da lei através de uma decisão justa, pode ser obtida também sem a cooperação das partes” ⁴⁴. Ou seja, o papel do contraditório não é fundamental, pois a tomada de decisão não tem seu suporte em um ambiente de debate, mas sim nos atos de inteligência, como propôs, anos antes, Alfredo Rocco ⁴⁵. O cientificismo moderno na ciência processual rebaixou o contraditório ao caráter estritamente lógico-formal ⁴⁶, passando a ser entendido como uma mera bilateralidade de instâncias, e o juiz foi situado em plano superior às partes ⁴⁷. Sob tal

⁴² Com referências às fases de construção da Escola de Exegese, ver PERELMAN, Chäim. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 31-68.

⁴³ A esse respeito, indispensável a leitura e referência a obra de Ovídio Baptista da Silva, que denuncia o uso do chamado “paradigma do racionalismo” e suas consequências danosas no âmbito do direito e, em especial, do processual civil. SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁴⁴ BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**. 2ª ed. Roma: Foro Italiano, 1936, p. 89.

⁴⁵ Em 1906, Alfredo Rocco publicou conhecido estudo sustentando ser a decisão (sentença) essencialmente um ato de inteligência (ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1962). Por trás da explicação proposta, há a inegável crença de que o raciocínio da decisão deve ser aquele próprio das demonstrações. Por isso, havendo viabilidade de conferência, estabilidade e precisão no resultado, ter-se-ia o alcance de uma conclusão por ato de inteligência. A sentença, se o modelo é o mesmo da matemática, não poderia ser diferente do cálculo.

⁴⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: Oliveira (Ed.). **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.227-243, p. 230.

⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 90 e 101.

perspectiva, o contraditório limita-se à tese e à antítese entre tutelados, eximindo o juiz. Esse aspecto, embora já superado na academia e na legislação processual brasileira, ainda mostra, de tempo em tempo, as garras nos tribunais e até mesmo na doutrina ⁴⁸.

O modelo exclusivamente demonstrativo invariavelmente desenvolve, no direito, um pensamento autoritário e uma postura que, em última análise, desprestigia as indispensáveis vantagens que a diferença de perspectivas traz à tomada de decisões ⁴⁹. Precisa-se, para tanto, das argumentações.

4. Argumentação

As argumentações pressupõem um raciocínio aberto. A dúvida ocupa um local central, dado que mais de uma solução razoável se mostra viável diante de problemas concretos com que se quer lidar. Há, nas argumentações, uma afetação pelo contexto, e os vínculos entre as premissas e conclusões podem ser mais ou menos intensos, designando diferentes forças argumentativas.

⁴⁸ “Aplicado ao processo, esse modelo confere ao juiz – o cientista trancado no laboratório – o papel de identificar os defeitos de forma e verificar a convalidação do ato. Abundam, na literatura, defesas da possibilidade de conhecimento de ofício por parte do juiz de vários defeitos formais, independentemente de requerimento ou provocação, e nem mesmo dando ciência prévia às partes. É como se a cognição fosse uma atividade reduzida à racionalidade isolada do julgador; como se o conhecimento fosse algo apreensível intelectualmente de maneira solitária, fora da intersubjetividade; como se o juiz fosse o oráculo sobrenatural e infalível, adorado e indiscutível, capaz de descobrir e revelar a justiça nas suas decisões”. CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 99.

⁴⁹ “As verdades e os erros ficam para as ciências que têm muito melhores meios de os verificar. A autonomia da argumentação baseia-se numa divisão entre opiniões, por um lado, e os enunciados susceptíveis de serem demonstrados pelas ciências, por outro. Ao fazê-lo, reabilita-se a opinião, que não é uma crença débil ou uma verdade pouco rigorosa, mas sim a matéria de nossa vida quotidiana, o cimento da nossa adesão à vida e o fundamento de nossas opções mais essenciais. A crença nas virtudes de igualdade, por exemplo, que está na base de muitas opções em todos os domínios (na política, a igualdade de votos), não é nem uma verdade nem uma falsidade, é uma opinião forte. Enquanto tal, a igualdade, como valor, é discutível, pode-se aderir mais ou menos firmemente a ela, pode-se discuti-la com rigor, mas escapa ao espaço da demonstração. Seríamos tentados a acrescentar: felizmente! Porque querer demonstrar cientificamente os valores pode conduzir ao totalitarismo”. BRETON, Philippe. **Argumentação na comunicação**. 1ª ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998, p. 15-16.

4.1 Racionalidade e flexibilidade

Argumentar é oferecer razões para decidir ou agir em questões sujeitas a uma conclusão provável. Em termos bastante abrangentes, uma argumentação pode ser entendida como um conjunto de proposições (argumentos) relacionadas tendentes a influenciar a adesão de um auditório a uma tese.

Sem a argumentação não há como escolher os melhores caminhos de uma deliberação política, nem avaliar sobre o julgamento de um fato ocorrido ou da interpretação de um dispositivo de lei. Nessas tarefas – e em outras zonas de decisões cotidianas – é comum se deparar com mais de uma opção sensata e racional, mesmo quando antagônicas. Decidir sobre questões não pertencentes à lógica formal, por meio da linguagem comum, mergulha a tomada de decisão na contingência e torna indispensável a argumentação ⁵⁰. As demonstrações, nesses casos, são inócuas porque “inferir, numa frase, nem sempre envolve cálculos” ⁵¹. Nesses casos, o modelo exigível para a tomada de decisões é o de uma argumentação.

Nada impede que, em uma argumentação, algumas proposições assumam a feição de demonstração ⁵². A esse respeito, imagine-se a defesa de uma tese jurídica que se utiliza de cálculos contábeis para comprovação de uma determinada fraude fiscal. A presença da conta não transforma a argumentação em demonstração. Tampouco se poderá objetar com opiniões a correção da conta, pois, para refutá-la, será necessário demonstrar erros. No quadro geral da argumentação, a certeza do cálculo tomará seu lugar como um elemento, ao lado de outros, para influenciar

⁵⁰ Como refere Manuel Atienza, a lógica formal não se preocupa quanto ao conteúdo das questões materiais, além de não permitir sequer estabelecer os requisitos essenciais para a viabilidade de um bom argumento. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 28.

⁵¹ TOULMIN, Stephen. **Os usos do argumento**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 8.

⁵² “A argumentação, mesmo se apoiando no verossímil, pode comportar elementos demonstrativos, no sentido de necessários e, portanto, indubitáveis”. REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 96.

o juiz a aceitar a conclusão de uma das partes como aquela mais verossímil, provável ou razoável.

As argumentações são indispensáveis para permitir um exame racional de temas não demonstráveis. Afinal, “se a ausência de demonstração significasse não-saber, não haveria ciências humanas”⁵³. Nisso reside a percepção de que alguns conhecimentos admitem grande variação de concepções e opiniões, pois as variadas espécies de ciências podem se valer de diferentes raciocínios⁵⁴. Esses discursos argumentados, ainda que não irrefutáveis, são rigorosamente necessários a vários campos das relações e saberes humanos⁵⁵.

Sabem bem todos os que já tiveram alguma experiência no fórum que não se pode pressupor existir um único ponto de vista razoável para solucionar até mesmo uma questão jurídica simplória. A maior parte das divergências em decisões judiciais não tem origem em irracionalidade ou erro. Ora, os mais consagrados juristas têm muitas vezes posicionamentos radicalmente díspares sobre pontos fundamentais em suas próprias especialidades. Isso é, por si só, um forte indicativo de que não há relação causal necessária entre irracionalidade e divergência, pois “entre a demonstração científica ou lógica e a ignorância pura e simples, há todo um domínio da argumentação”^{56 - 57}.

Lidar com opinião não significa abandonar a racionalidade discursiva, mas tão somente conceber que o tema em questão não

⁵³ Ibid., p. 91.

⁵⁴ ROHDEN, Luiz. **O poder da linguagem: a arte retórica em Aristóteles**. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010, p. 98-99.

⁵⁵ “Os resultados científicos não se discutem, impõem-se a todos e não constituem, portanto, uma opinião. Essas leis dirigem-se a um auditório universal. Mas, dir-se-á, em ciência, discute-se, apesar de tudo, e por vezes muitíssimo, como mostra a força das controvérsias e das refutações que sacodem regularmente esse mundo. É evidente que existe uma retórica científica que se mistura com regras técnicas próprias desse meio. Mas essas regras são internas do meio dos sábios e apenas a eles dizem respeito”. BRETON, Philippe. **Argumentação na comunicação**. 1ª ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998, p. 30.

⁵⁶ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 91.

⁵⁷ “Quem argumenta não trabalha com a exatidão numérica, por isso se afasta do conceito binário de verdadeiro/falso, sim/não. Quem argumenta trabalha com o aparentemente verdadeiro, com o talvez seja assim, com aquilo que é provável. É diante dessa carga de probabilidade com a qual se opera que surge a possibilidade de argumentos combinados comporem teses totalmente diversas, sem que se possa dizer que uma delas esteja certa ou errada, mas apenas podendo-se afirmar que uma delas seja mais ou menos convincente”. RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 21.

comporta certeza. Aristóteles escreveu que a “discussão será adequada se atingir a clareza suficiente pertinente ao seu tema. Não é de se esperar exatidão de forma indiscriminada em todas as discussões”⁵⁸. Há, assim dizendo, mais de uma pretensão possível com a razão.

Não se deve, portanto, colocar as demonstrações em melhor patamar do que as argumentações para a justificação de crenças, em especial quando diante de conhecimento do tipo aplicado⁵⁹. Simplesmente porque as demonstrações não se prestam para resolver tudo que cabe às argumentações. Têm, assim, demonstração e argumentação capacidades distintas. A argumentação deve respeitar o verossímil “como inerente a seu objeto e não ter pretensões a um cientificismo que não passaria de engodo” ou, em termos mais fortes, “que na verdade seria anticientífico”⁶⁰. O resultado provável não é um pior resultado, mas a solução possível diante de circunstâncias que não permitem a conclusão irrefutável.

Nos processos judiciais, a noção de verossímil está presente desde a petição inicial até após a decisão que transita em julgado. Isso porque a decisão mais segura passível de ser alcançada não é inderrotável como o é um cálculo. Por isso, mesmo após a formação de coisa julgada, a decisão que define a causa se mantém como meramente provável. Quando o juiz decide sobre a responsabilidade civil decorrente de acidente de trânsito, mesmo diante de farto material probatório, ainda assim as premissas fáticas de que se vale – o semáforo estava vermelho para o autor – é inevitavelmente apenas provável. E se a prova contrária não veio aos autos, ou se a testemunha simplesmente se enganou, ou estava com más intenções? Sempre há espaço para alguma dúvida nessa reconstrução.

Por sempre lidar com o verossímil, no direito, é bastante oportuna a percepção de uma gradação da adesão à conclusão por meio de modais de probabilidade, como se percebe na aplicabilidade de expressões como

⁵⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 47. (1.094b).

⁵⁹ “Nossa confiança na verdade das premissas de um argumento dedutivo não deve ser maior que nossa confiança na força de uma inferência de generalização estatística”. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter e FOGELIN, Robert. *Understanding arguments: an introduction to informal logic*. 9ª ed. Stamford: Cengage Learning, 2015, p. 182.

⁶⁰ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 95.

verossimilhança das alegações (CPC/2015. Art. 345, IV), *fumus boni iuris*⁶¹, ou *elementos que evidenciem a probabilidade do direito* (CPC/2015. Art. 300), pela incorporação de modelos de constatação justificativos da decisão (prova acima da dúvida razoável, prova clara e convincente, preponderância de provas)⁶² ou, ainda, de diferenciação entre cognição sumária e exauriente, entre outros. A dúvida para a solução, assim, coabita o fórum com partes, advogados e magistrados⁶³. Isso não quer dizer que seja irracional a tomada de decisão no exame da prova⁶⁴.

Imediatamente conectada com o potencial apenas verossímil das conclusões de argumentações, está a característica de serem sempre situadas em um contexto. A recepção da argumentação é condicionada não somente pelas regras lógicas internas do raciocínio – como nas demonstrações –, mas também pela sua correlação às conjunturas. Mesmo a lógica informal não pode alcançar seu objetivo sem a contextualização, já que lida com linguagem comum que dependem dela para significação. Por isso, “do ponto de vista pragmático, cada argumento tem que ser considerado no contexto de um ambiente de diálogo determinado”.⁶⁵

A argumentação se utiliza de linguagem comum, tendo de lidar com ambiguidades no seu trato. Nesse sentido, apesar de alguns intentos da

⁶¹ Expressão absolutamente tradicional na doutrina processual de medidas de cognição não exauriente, fazendo-se referência, por todos: “a conhecida locução com que se costuma identificar a sumariedade da cognição judicial, nos processos cautelares, indicando-a como *fumus boni iuris*, embora seja indispensável à tutela cautelar, não é uma nota exclusiva desta espécie de proteção jurisdicional”. SILVA, Ovídio Baptista da. **Do Processo Cautelar**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 85.

⁶² Sobre os modelos de constatação, ver KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25-48. Ainda, a questão se insere no entendimento da inferência para melhor explicação, ver SCARPARO, Eduardo. **Inferência para melhor explicação (IME) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória**. Revista de Processo, São Paulo, v. 300, p. 49-72, fev. 2020.

⁶³ “A retórica não deve confundir com a lógica: o tipo de demonstração a que ela deve levar não é o da demonstração irrefutável, isto é, não é o método das ‘evidências’ (*apodeixeis*), que se efetua por meio dos silogismos. De fato, a retórica pode concluir, ao mesmo tempo, teses entre si contrárias. Ela não se efetuará, portanto, por meio dos silogismos irrefutáveis, mas por meio de silogismos tais que sejam convincentes, embora refutáveis. A estes silogismos Aristóteles dá o nome de entimemas ou silogismos retóricos” PLEBE, Armando. **Breve história da retórica antiga**. 1ª ed. São Paulo: EPU, 1978, p. 39.

⁶⁴ Sobre o ponto, com explicação e exposição de inferência racional de aplicabilidade probatória, ver: SCARPARO, Eduardo. **Inferência para melhor explicação (IME) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória**. Revista de Processo, São Paulo, v. 300, p. 49-72, fev. 2020.

⁶⁵ WALTON, Douglas. **Lógica informal**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 4.

filosofia analítica da linguagem⁶⁶, sustenta-se que o ambiente prático das argumentações torna impossível o uso de uma linguagem artificial⁶⁷.

O contexto participa da formação dos acordos preliminares, do estabelecimento de uma estrutura hierárquica valorativa, de uma rede de significação linguística e da aclimação afetiva de comunicação e recepção do discurso. Em suma, em uma argumentação, não há apenas inferências lógicas independentes do público, do momento e do condutor da argumentação. Há um contexto de recepção que opera papéis visivelmente marcantes na aceitabilidade de uma argumentação. Sobre esses aspectos constrói-se a retórica.

Conectada diretamente à característica de lidar com o verossímil em um contexto, está a qualidade que atribui flexibilidade às argumentações. Como sustenta Michel Meyer, o raciocínio formal torna sua conclusão incontestável ao custo da exclusão de toda alternativa sobre as premissas. Isso gera tanto força quanto fraqueza:

“Se ele é sólido, é a custo de um bloqueio a priori que torna impossível qualquer questionamento. O preço para obter essa força é alto, e é evidentemente aí que se situa a fraqueza da lógica. Suas conclusões são corretas a custo de uma ausência total de flexibilidade no uso de respostas externas que podemos invocar, ao passo que a força da argumentação, apesar de sua problematidade incontornável, se deve a essa abertura a múltiplas questões que sempre podem surgir, a respeito de respostas que propomos e que não podemos excluir, nem sequer prever”⁶⁸.

⁶⁶ Corrente aqui entendida como a restrição da filosofia a um exame linguístico, cujo início foi essencialmente lógico, como é exemplo os empreendimentos da lógica de Frege e Russell. Também merece consideração, como indicação geral, o ideário do positivismo lógico do assim indicado Círculo de Viena e filosofias vinculadas.

⁶⁷ “Se vemos numa língua um instrumento de comunicação e de ação, adaptável a fins variados e não apenas a fins científicos, já não é questão de modelá-la por uma língua ideal, caracterizada pela univocidade, pela ausência de imprecisão e de ambiguidade. Estas características que exigimos de uma linguagem formal, tal como a da lógica e a das matemáticas, não podemos impô-las a qualquer linguagem, seja qual for o fim para o qual a utilizamos. Uma língua, elaborada para um único fim, é frequentemente inapta para outro: a língua dos cálculos não é a língua dos poetas ou dos diplomatas, nem a dos juristas”. PERELMAN, Chãim. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 155.

⁶⁸ MEYER, Michel. **A retórica**. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 75.

A variabilidade de decisões não torna irracional ou fraco o resultado. Na impossibilidade de demonstrar a solução de um problema, o resultado provável é o mais adequado a um grande número de disputas. Aliás, novamente com Aristóteles, “é manifestamente quase tão implausível aceitar conclusões meramente prováveis de um matemático quanto exigir demonstrações rigorosas de um orador”⁶⁹. Diante da diversidade de soluções razoáveis, as argumentações assumem papel de racionalização de decisões, dando flexibilidade ao pensamento. Dita abertura é, ao mesmo tempo, causa de insegurança relativamente à antecipação do resultado e uma das maiores virtudes das argumentações.

Isso quer dizer que, “ainda que o direito não possa se reduzir à argumentação, o enfoque argumentativo do direito pode contribuir de maneira decisiva a uma melhor teoria e a uma melhor prática jurídica”⁷⁰. Não é incomum que o jurista perceba que algo não está bem ao concluir o raciocínio, passando, aí, a buscar novas premissas que justifiquem uma decisão diversa. A retomada do raciocínio diante de um resultado assombroso consta até em tradicionalíssimos tratados de hermenêutica jurídica, reproduzindo a máxima de que a lei não conduz a interpretações absurdas^{71 - 72}.

4.2 A construção argumentativa

Em uma argumentação, não é possível exaurir os argumentos passíveis de afetar a conclusão. Isso quer dizer que a argumentação

⁶⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 48. (1.094b)

⁷⁰ ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. 1ª ed. Madrid: Trotta, 2013, p. 105.

⁷¹ “Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 135-136.

⁷² Também viabiliza referenciar e justificar a técnica hermenêutica de redução ao absurdo para não aplicação de uma dada consequência, não sendo resolvido por aplicação da lógica formal. Como convém esclarecer ao leitor eventualmete não letrado em direito, “a noção de absurdo utilizada por juristas não coincide exatamente com a de contradição lógica e sim com a de consequência inaceitável”. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 38.

progride valendo-se um universo incompleto de premissas. Muitas vezes, argumentos que potencialmente seriam influentes para uma dada conclusão não são apresentados, por vezes, sequer se cogitando deles. Além disso, mesmo quando presentes, poderão comportar apenas verossimilhança ou se mostrarem fracos, desinteressantes ou destituídos de credibilidade para influenciar a conclusão em determinada direção. As premissas podem, também, ser implícitas ou meramente pressupostas.

A base sobre a qual as argumentações poderão se desenvolver são, inclusive, pressupostas. Os acordos preliminares são, assim, uma tal série de valores e crenças compartilhadas que permitem desenvolver uma argumentação sem o risco de recair a uma regressão ao infinito. Em outras palavras, se tudo for objeto de controvérsia, não é possível argumentar.

Em uma disputa judicial, por exemplo, geralmente não será necessário justificar que existe um Código Civil com valor normativo, pressupondo-se esse dado como aceito pelas partes e pelo juiz. Acaso não o fosse assim, ter-se-ia de destacar o problema da vigência da lei e abrir nova estrutura argumentativa. Usualmente, também se pressupõe que o juiz tem poderes para decidir, que os termos legais têm determinado significado entre outras considerações. Os acordos preliminares são, assim, elementos indispensáveis para a argumentação, não geralmente explícitos, uma vez que serão pressupostos comuns a permitir o desenvolvimento dos vínculos racionais para sustentação das decisões.

“Enquanto uma demonstração se desenrola dentro de um sistema cujos elementos, unívocos e coerentes, a um só tempo, não podem ser nem interpretados nem postos em questão, toda argumentação se desenvolve a partir de acordos preliminares”⁷³.

Nas demonstrações, as premissas são apodíticas e não sujeitas à controvérsia. Nas argumentações, embora algumas questões possam ser controvertidas – como a vigência de uma determinada lei –, quando compõem objeto de um acordo preliminar, elas serão tacitamente aceitas.

⁷³ Ibid., p. 240.

Com isso se poderá assumir pontos de entendimento fixos sobre os quais se desenvolverá a sequência argumentativa. Nesse sentido, as partes e o juiz não discutem se a lei é aplicável (acordo preliminar), mas talvez qual deva ser a interpretação de determinado enunciado legal ao caso (objeto da controvérsia).

A distância entre demonstração e argumentação no que condiz com os acordos preliminares decorre do modo de atribuição de valor à conclusão em cada modelo. A demonstração transfere a verdade das premissas à conclusão, enquanto que a argumentação transfere a adesão das premissas à conclusão ⁷⁴. Sem pontos fixos, sobre os quais a argumentação possa se desenvolver, ter-se-ia um regresso ao infinito, pois absolutamente tudo que é apresentado poderia ser posto em questão, consistindo em uma forma de ceticismo.

Esses acordos preliminares condizem com os fatos incontroversos, as presunções, hierarquia de valores e lugares comuns. Ainda, sobre a forma de hermenêutica jurídica e textos de lei, precedentes e jurisprudência ⁷⁵. Justamente a falta de acordo preliminar sobre todos os pontos impede univocamente alcance à solução, o que impõe um conflito argumentativo a ser resolvido pelo juiz ⁷⁶. Dado que é impossível preestabelecer todos os aspectos do entendimento, nem obter acordos prévios sobre todos os sentidos atribuíveis às palavras utilizadas, parte-se de uma condensação argumentativa, deixando de explicitar alguns tipos de proposições e as tendo como aceitas implicitamente. Não seria humanamente possível nem

⁷⁴ “Diferentemente que na demonstração analítica, o escopo da argumentação não é aquele de provar a validade de uma certa conclusão a partir da verdade das premissas, mas aquele de transferir às conclusões o grau de adesão que o auditório já concedeu às premissas. É de crucial importância, portanto que o orador construa sua argumentação sobre assuntos que já gozem de um suficiente grau de consenso pelo auditório”. ELLERO, Maria Pia. **Retorica: guida all'argomentazione e alle figure del discorso**. 1ª ed. Roma: Carocci, 2017, p. 69.

⁷⁵ PERELMAN, Chäim. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 239.

⁷⁶ Propõe-se alguns exemplos da não explicitação das premissas em argumentações de ordem legal. A iniciar pela vigência ou não da legislação. Não sendo ela posta em questão, pressupõe-se aplicável a lei. Igualmente, somente em alguns casos há discussão sobre a significação de um conceito jurídico ou o sentido atribuído a uma específica expressão em um enunciado contratual ou legal. O direito processual civil traz um exemplo muito oportuno sobre a operação de acordos preliminares. Conforme os artigos 341 e 374 do CPC/2015, a ausência de impugnação específica na contestação faz incontroverso determinado fato e, por isso, resta pressuposto ao julgamento, mas excluído do objeto da instrução. Em outras palavras, não é necessário desenvolver atividade probatória sobre a questão, pois incontroversa. Acorda-se sobre a ocorrência dos fatos, podendo as argumentações das partes e judicial pressupô-la.

razoável que se justificasse todos os pressupostos do conhecimento para se desenvolver um pensando valioso ⁷⁷.

Mesmo que determinada questão seja controvertida, ela pode não ser apresentada em uma argumentação, pois é preciso escolher algumas razões em lugar de outras. Quando é improvável que se acolha a tese de inaplicabilidade do Código Civil, frequentemente se abdicará desse argumento para enfatizar aqueles que são mais consistentes e pertinentes ao alcance da solução pretendida. Há a presença apenas incompleta das premissas em uma argumentação, seja por omissão de seus agentes, ou por serem implícitas em acordos preliminares. Com isso, passa a ser de interesse compreender como os argumentos se relacionam entre si em uma argumentação, e como se dão seus enlaces para conduzir à persuasão do auditório.

Descartes apresentou a demonstração como uma cadeia sequencial de razões ou, metaforicamente, como uma corrente. Assim, é comum a assertiva de que a verdade de uma conclusão é tão forte quanto o mais fraco dos elos dessa corrente que forma seu raciocínio ⁷⁸. A contraposição dessa imagem indica que, se a argumentação for ser apresentada “como um tecido, admitiremos facilmente que sua trama possa ser mais sólida do que cada um dos fios que entram em sua constituição” ⁷⁹. Diferentemente, nas argumentações, não há imprestabilidade pelo simples fato de haver um fio solto ou uma costura superficial no tecido. O

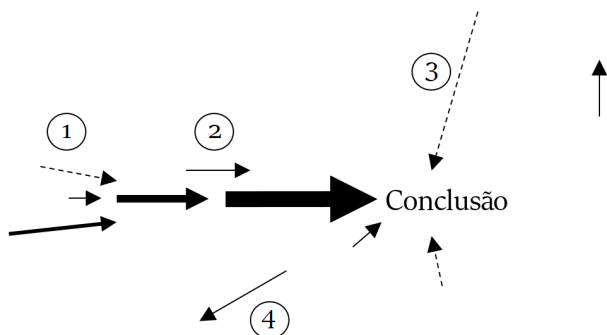
⁷⁷ A esse respeito é bastante pertinente a lembrança de que o método socrático exigia que os participantes do diálogo concordassem com certas proposições e, a partir de novos questionamentos, validavam as implicações desse acordo de entendimento. “O método tem como objetivo dar ao debate um ponto de partida estabelecido: deve haver uma proposição que é aceita para que suas implicações possam ser descobertas. Em consideração ao argumento, os participantes precisam concordar com o significado de uma proposição específica e então observar aonde esse acordo os leva. Se o exame leva a uma contradição ou absurdo, então a proposição original precisa ser abandonada e o processo recomeçado com uma proposição diferente. O processo continua até que os participantes encontrem uma proposição que suporte o teste de uma interrogação minuciosa e rigorosa”. BILLIG, Michael. **Argumentando e pensando: uma abordagem retórica à psicologia social**. 1ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 75.

⁷⁸ “A maior partes das coisas são conhecidas com certeza, embora não sejam em si evidentes, contato que sejam deduzidas de princípios verdadeiros, e já conhecidos, por um movimento contínuo e ininterrupto de pensamento, que intui nitidamente caca coisa em particular: eis o único modo de saberemos que o último elo de uma cadeia está ligado ao primeiro”. DESCARTES, René. **Regras para a direção do espírito**. 1ª ed. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 21 (regra III).

⁷⁹ PERELMAN, Chäim. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 177.

importante é que a consistência da trama seja forte o suficiente para manter-se, sem rasgar, diante das objeções que forem formuladas. Em termos não figurativos, a força de uma conclusão decorrente de uma argumentação não se forma mediante uma cadeia causal como nas demonstrações, mas pela coerência e correlação entre os argumentos, considerado o contexto de sua produção e aplicação.

Em esquema gráfico:



No desenho, as setas preenchidas indicam argumentos apresentados, as pontilhadas aqueles implícitos. Ilustrando: os argumentos podem ser mais ou menos intensos (espessura), longos ou curtos (comprimento), bem como remeter a direções diferentes. Podem ser apresentados em momentos variados ao longo da argumentação (1, 2 e 3), combinarem-se uns aos outros na formação de nova proposição (1 e 2) que, eventualmente, será mais persuasiva que a soma das forças das proposições originárias. Podem também estar mais distanciados ou próximos da conclusão, exercendo maior ou menor influência direta para e sobre ela. Podem contribuir para esse cenário de argumentação mais de um agente, dialeticamente, com proposições inclusive contrapostas (4).

No caminho, algumas sequências argumentativas podem ser abandonadas ou construídas de pontos antes não percebidos, bem como a força dos argumentos pode variar conforme as circunstâncias em que se desenvolve a argumentação ou de acordo com o modo como se lida com as objeções apresentadas. Para a conclusão, há, em um dado momento,

uma combinação argumentativa que converge com mais força a uma dada direção.

A argumentação organiza-se para oferecer uma convergência de proposições que conduzem a um resultado razoável, mas que não exclui eventuais divergências mais ou menos consistentes. O argumento, nesse sentido é uma proposição destinada a conduzir à admissão de outra ⁸⁰, cuja passagem não é marcada apenas por causalidade, mas também e especialmente por combinação, correlação e convergência. Por isso, é correto sustentar que a argumentação se vale de forças e conexões com maior ou menor intensidade entre os argumentos, dando respaldo à conclusão ⁸¹.

Para o auditório ser levado a crer em uma tese, devem ser apresentados argumentos que possam melhor se relacionar com outras proposições valorizadas no contexto e previamente adotadas pelo próprio auditório. Nesse passo, a escolha dos argumentos costura-se com a identificação e percepções do auditório e também com as influências contextuais presentes no ato retórico. Há constante ponderação e hierarquização de valores provenientes de variadas ordens ⁸². E, justamente por isso, a argumentação é dependente da invenção retórica.

Todo advogado sabe que, em um processo judicial, se lida cotidianamente com argumentos que contribuem com forças diferentes para a tese defendida. Esses pesos podem ter vínculos com a credibilidade do orador, com a receptividade afetiva do auditório ou com a respectiva consistência material. São inúmeros os exemplos de situações cotidianas em que há argumentos mais fortes e mais fracos para contribuir com a adesão a uma tese jurídica.

⁸⁰ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 92.

⁸¹ “Enquanto os raciocínios demonstrativos e as inferências formais são corretos ou incorretos, os argumentos, as razões fornecidas pró ou contra uma tese têm maior ou menor força e fazem variar a intensidade da adesão de um auditório”. PERELMAN, Cháim. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 147.

⁸² “A passagem da regra abstrata ao caso concreto não é um simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais”. *Ibid.*, p. 116.

Quanto à credibilidade (*ethos*), sabe-se que, diante de divergência sobre a interpretação do texto legal, é preferível valer-se de jurisprudência dos tribunais superiores do que de tribunais locais. Sabe-se, igualmente, que há pesos distintos quando se busca sustentar teses com fundamentos centrados na Constituição Federal da República, em lei infraconstitucional ou em portaria ou circular. Diferentes eficácias persuasivas também se mostram presentes quando se compara a juntada de um parecer emitido por um renomado jurista em contraponto com uma tese deduzida pelo advogado da causa, ou quando se projeta o peso na valoração da prova atribuído a depoimentos de testemunhas ou de informantes ⁸³.

A carga emocional do auditório (*pathos*) também contribui aos pesos argumentativos. Em casos criminais de grande comoção social, verifica-se reiteradamente tratamentos diferenciados com a causa. Sentimentos de repulsa ou compaixão provocados em tribunais do júri ou magistrados, por exemplo, são bastante significativos para a condenação ou, até mesmo, para o cálculo da pena. Vale o mesmo para indenizações cíveis. ⁸⁴ Já a perspectiva racional (*logos*) leva a atribuir maior força às argumentações consistentes e justificadas, que ultrapassam as barreiras da objeção. Há um sistema organizado de pensamento que fundamenta e justifica determinadas conclusões materialmente prováveis.

Nada impede a realização de argumentações paralelas, o que se mostra inútil em uma demonstração ⁸⁵. Nas argumentações é sobremaneira usual a apresentação de diferentes progressões para uma mesma conclusão. A argumentação cumulada, quando proporciona pontes de coerência, é fator de reforço argumentativo. Expressões como “aliás”,

⁸³ A distinção, prevista no art. 447 do CPC/2015, estabelece que o informante será ouvido em hipóteses necessárias, carecendo da imparcialidade da testemunha. É o caso, por exemplo, do amigo íntimo ou inimigo da parte, dos interessados na causa etc.

⁸⁴ Existe frequentemente a hierarquização de valores para fundamentar mais ou menos as premissas. Usualmente essa hierarquização é oculta, sendo fundada frequentemente no arbítrio, ainda que produza um papel fundamental para a decisão. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 36.

⁸⁵ Como na demonstração não há espaço à dúvida, pouco importa qual o encaminhamento que foi dado para o alcance da conclusão. Em outras palavras, se a área do triângulo foi resolvida pelo cálculo da metade do resultado da multiplicação da base pela altura ou se foi por meio de um sistema envolvendo matrizes, isso simplesmente não interessa para o resultado: a área do triângulo será a mesma.

“igualmente”, “além disso”, “ademais” ou “outrossim” não tem lugar em uma demonstração, mas são corriqueiras e de grande utilidade no âmbito argumentativo ⁸⁶.

Não se ignora, por outro lado, que em dadas circunstâncias, a contradição e dissociação em conjuntos de argumentação enfraquecem a segurança das conclusões, ainda que as razões pretendessem se mostrar independentes ⁸⁷. Exemplo disso pode ser obtido da apresentação de Eduardo Couture, quando, em alusão à eventualidade da defesa no direito processual ⁸⁸, expõe uma defesa judicial manifestamente incongruente: “Primeiro, não me deste dinheiro algum; segundo, já o devolvi faz um ano; terceiro, disseste que era um presente; e, finalmente, a dívida já prescreveu” ⁸⁹.

Advogados inteligentes não farão essa defesa, pois sabem que a tese de que já se teria devolvido a quantia é incongruente com a de que não teria recebido dinheiro algum. Essas alegações, se conjuntamente apresentadas, produzem o efeito de perda de credibilidade. Quando combinadas, elas não são verossímeis e perdem força na argumentação pela dissociação produzida. Fica claro perceber que a correlação das premissas se apresenta como questão estruturante sobre a força persuasiva transferida à conclusão.

O enlace dos argumentos apresentados deve conduzir à conclusão mais aceitável, que, por sua vez, não será necessariamente a única resolução racional possível. A passagem das premissas à conclusão não é necessária, mas apenas possível ⁹⁰. Isso porque argumentar importa

⁸⁶ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 97. O autor faz referência unicamente à expressão “aliás”, mas, para ilustrar, considerando a praxe e vocabulário jurídico frequente, acresceu-se à listagem algumas outras de trato habitual.

⁸⁷ “Os argumentos podem fortalecer-se mutuamente, mas podem também combater-se, e é raro que, contra as razões em favor de uma tese, não se possam alegar razões em sentido contrário. A argumentação nunca é impositiva como a demonstração”. PERELMAN, Cháim. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 170.

⁸⁸ O princípio da eventualidade, previsto no art. 336 do CPC/2015, significa que todas as matérias de defesa deverão ser apresentadas cumulativamente em um único evento, a contestação. Por conta disso, não é incomum que, em juízo, sejam apresentadas defesas subsidiárias para a hipótese de não acolhida da tese principal.

⁸⁹ COUTURE, Eduardo. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. 1ª ed. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 95.

⁹⁰ “Enquanto no silogismo a passagem das premissas à conclusão é obrigatória, o mesmo não acontece quando se trata de passar dos argumentos à decisão: tal passagem não é de modo algum obrigatória, pois se o fosse não estaríamos diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum”. PERELMAN, Cháim. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 3 e p. 33.

posicionar-se em favor de uma tese, fazendo pender a balança, muito embora se tenha em conta desde o início que a defesa oferecida pode ser contradita e desfeita por um questionamento oportuno ⁹¹.

A partir dessas considerações, para fins de sumarizar esquematicamente, pode-se arrolar os traços característicos da argumentação ^{92 - 93}: sua linguagem é natural e sujeita à ambiguidade; se desenvolve a partir de acordos preliminares; os diferentes argumentos se combinam, correlacionam e convergem, podendo se apresentar com pesos diferentes e em variadas ordens; o vínculo entre os argumentos proporciona intensidade, e a falta dele gera enfraquecimento da eficácia persuasiva da argumentação; não há uma passagem obrigatória das premissas à conclusão, pois há duas ou mais soluções possíveis, sendo eventualmente divergentes; a adesão à tese que leva à conclusão é modulável, e a argumentação pressupõe a retórica, a partir da integração contextual entre o orador, o auditório e o discurso racional.

5. Fechamento

Argumentar é comunicar uma mensagem para influenciar a formação ou consolidação de crenças mediante o raciocínio, a fim de que os outros possam aderir à opinião proposta ⁹⁴. Em dadas circunstâncias, argumentar não só é útil ao enfrentamento de questões práticas humanas,

⁹¹ MEYER, Michel. **A retórica**. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 69.

⁹² A propósito, Olivier Reboul sustenta que a argumentação distingue-se da demonstração por cinco características: “1) dirige-se a um auditório; 2) expressa-se em língua natural; 3) suas premissas são verossímeis; 4) sua progressão depende de um orador; 5) suas conclusões são sempre contestáveis”. REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 92.

⁹³ Manuel Atienza destaca que, na argumentação, há o indispensável uso de uma linguagem com o propósito de fornecer razões para defender ou combater determinada tese. Assim, ela pressupõe um problema, ou seja, uma questão cuja resposta deve ser baseada em razões apropriadas. Ao mesmo tempo, supõe uma atividade e o resultado dessa atividade, pois toda a argumentação tem lugar entre o problema e a sua solução (atividade) e viabiliza a distinção entre premissas, conclusão e inferências (resultado). Por fim, a argumentação é necessariamente dotada de caráter racional, tanto por ser orientada a um fim como por ser sujeita a uma avaliação criteriosa. ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. 1ª ed. Madrid: Trotta, 2013, p. 109-110.

⁹⁴ BRETON, Philippe. **Argumentação na comunicação**. 1ª ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998, p. 22.

como também é indispensável para viabilizar a negociação dos interlocutores sobre diferentes conclusões possíveis a um dado problema.

A decisão entre as diferentes escolhas legítimas para a solução de um problema precisa, no entanto, ser intermediada e conduzida em um ambiente discursivo adequado, que conte com o maior grau de racionalidade para viabilizar a melhor ou mais razoável decisão. Por isso, a valoração da retórica pode contribuir ativamente para uma melhor prática argumentativa. O exame da retórica tem vínculos bastante estritos com a argumentação, especialmente na consideração das provas para persuasão. Isso, no entanto, envolve aprofundamento na invenção, pelos elementos do *ethos*, *pathos* e *logos*.

6. Referências

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

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

ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2006.

ATIENZA, Manuel. Curso de Argumentación Jurídica. 1ª ed. Madrid: Trotta, 2013.

BETTI, Emilio. Diritto processuale civile italiano. 2ª ed. Roma: Foro Italiano, 1936.

BILLIG, Michael. Argumentando e pensando: uma abordagem retórica à psicologia social. 1ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

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

CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COUTURE, Eduardo. Fundamentos do Direito Processual Civil. 1ª ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

DESCARTES, René. Discurso do método. 1ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2004.

DESCARTES, René. Regras para a direção do espírito. 1ª ed. Lisboa: Edições 70, 1989.

ELLERO, Maria Pia. Retorica: guida all'argomentazione e alle figure del discorso. 1ª ed. Roma: Carocci, 2017.

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

GASPAR, Alfredo. Instituições da Retórica Forense. 1ª ed. Coimbra: Minerva, 1998.

HAACK, Susan. Filosofia das lógicas. 1ª ed. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

KIRCHMANN, Julius Hermann von. La jurisprudencia no es ciencia. 2ª ed. Madri: Instituto de Estudios Politicos, 1961.

KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOOMIS, Elisha Scott. The pythagorean proposition. 2ª ed. Washington: The national council of teachers of mathematics, 1940.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEYER, Michel. A retórica. 1ª ed. São Paulo: Ática, 2007.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. O nascimento da tragédia. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: Oliveira (Ed.). Do formalismo no processo civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.227-243.

PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação: a nova retórica. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- PERELMAN, Châim. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PLANTIN, Christian. *A Argumentação: história, teorias, perspectivas*. 1ª ed. . São Paulo: Parábola Editorial, 2008.
- PLEBE, Armando. *Breve história da retórica antiga*. 1ª ed. São Paulo: EPU, 1978.
- REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2ª. ed. . São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1962.
- RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ROHDEN, Luiz. *O poder da linguagem: a arte retórica em Aristóteles*. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.
- SAVIGNY, Friederich Karl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. Madri: La España Moderna, 19-?.
- SAVIGNY, Friederich Karl von. *Metodología Jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1994.
- SCARPARO, Eduardo. *Inferência para melhor explicação (IME) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 300, p. 49-72, fev. 2020.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SINNOTT-ARMSTRONG, Walter e FOGELIN, Robert. *Understanding arguments: an introduction to informal logic*. 9ª ed. Stamford: Cengage Learning, 2015.
- TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 2010.
- WALTON, Douglas. *Lógica informal*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

Teoria retórica da argumentação jurídica: breves reflexões sobre o logoi e a tópicos em tempos de inteligência artificial

Isadora Formenton Vargas

Introdução

A International Business Machines (IBM) criou, em 1996, um sistema de computador chamado Deep Blue que venceu o maior jogador de xadrez do mundo, o russo Gary Kasparov. Em 2011, a IBM desenvolveu o sistema Watson, que venceu competidores humanos no jogo de perguntas e respostas chamado Jeopardy. No entanto, em fevereiro de 2019, o homem venceu a máquina em um contexto relevante para os fins deste trabalho: na argumentação, com o seguinte tópico de discussão: "deveríamos subsidiar pré-escolas?" (BLOOMBERG, 2019), no âmbito do gênero deliberativo de discurso. Harish Natarajan, campeão de competições de debate, venceu o sistema de inteligência artificial (IA), Project Debater, apelidado de Miss Debater, também desenvolvido pela IBM (BLOOMBERG, 2019).

Interessante observar que, diferentemente do xadrez e da disputa de perguntas e respostas, havia uma equipe de jurados, humanos, que considerou Harish Natarajan vencedor em relação à IA Miss Debater no caso da competição de argumentação. Disso decorre uma importante conclusão, já identificada em Aristóteles, no sentido de que a retórica se destina à persuasão, que, por sua vez, possui um âmbito de racionalidade

do discurso referente ao logos, mas também elementos relacionados à qualidade do orador (ethos) e à capacidade de gerar emoções no público (pathos) (ARISTÓTELES, 2005, 1356a).

Logos, ethos e pathos possuem influência maior ou menor a depender do gênero de discurso que se apresenta, mas os três são praticamente indissociáveis. Como dito, o gênero da competição homem-máquina era o deliberativo, no qual há uma influência maior do ethos e do pathos em detrimento do logos. Já no discurso jurídico, embora importe, em um contexto de julgamento por jurados, por exemplo, a atuação do pathos, e o ethos, relacionado, por exemplo, à estima que se nutre em relação à figura e ao reconhecimento de algum advogado ou advogada em uma sustentação oral, mostra-se um âmbito de maior desenvolvimento do logos, dada a necessidade de promover a racionalização do discurso.

Como atividade, a retórica existe desde muito antes de receber tal denominação. No entanto, sua utilização como competência teórica e prática voltada à persuasão ganha relevância com a democracia, na Grécia antiga, "em oposição aos tiranos que exerciam o poder nas cidades gregas" (SOUZA, 2001. p. 159). Atribui-se a Córax, ministro de um tirano derrubado, o desenvolvimento da retórica como instrumento voltado à persuasão e como arte a ser ensinada, quando, levado a explicar-se a respeito de uma questão de terra e bens, obteve sucesso com um discurso que convenceu o povo (SOUZA, 2001, p. 160).

A relação entre retórica e democracia não é por acaso, uma vez que só há possibilidade e necessidade de persuadir onde não reina a submissão. Por isso, salienta-se a existência de um conteúdo ético, relacionado à liberdade e à existência de diferenças, e, "se a opção é aceitar as diferenças, então será necessário propor acordos, interpor diferentes realidades de forma compartilhada, e isso com a ajuda da persuasão retórica em seu formato mais usual e aparentemente imperfeito" (TORRES, 2014, p. 246). Inclusive, na vida intelectual antiga, a retórica, em muitos momentos, foi "uma força com mais poder libertador que a filosofia" (KENNEDY, 1963, p. 24).

Aristóteles salienta que a retórica "é útil, porque a verdade e a justiça são por natureza mais fortes que os seus contrários" (ARISTÓTELES, 2005, 1355a). Além de demonstrar um comprometimento ético, Aristóteles enfatiza que sem o auxílio dos instrumentos retóricos e dada a insuficiência do discurso formal ou de uma ciência exata para tal fim, "a verdade e a justiça serão necessariamente vencidas pelos seus contrários" (ARISTÓTELES, 2005, 1355a), ou seja, trata-se de um espaço atinente ao provável e ao possível, não sendo suficiente o fato ou a situação em si mesma para persuadir, o que se alcança somente através do conhecimento e manuseio dos instrumentos retóricos.

O recorte de análise do presente estudo centra-se em apresentar, no contexto do *logos* - com maior ênfase ao gênero jurídico de discurso -, seus elementos principais e a relação que se estabelece com os *topoi* ou tópicos. Ainda, busca-se traçar breves reflexões sobre a teoria retórica da argumentação utilizada em sistemas de inteligência artificial.

1. A invenção sob o enfoque do *logos*

Inicialmente, vale recordar que o discurso de Córax, que inaugura a retórica como objeto de ensino, situa-se no gênero jurídico, caracterizado por abordar questões referentes ao passado, em um sistema de acusação e defesa (ARISTÓTELES, 2005, 1368b). Há, também, o gênero deliberativo ou político, voltado a apresentar vantagens ou desvantagens de determinadas ações, e o demonstrativo ou epidíctico, voltado a louvar ou a censurar algo, com um enfoque na demonstração da virtude ou defeito de uma pessoa ou coisa (ARISTÓTELES, 2005, 1368b). Ademais, a retórica tradicionalmente divide-se em cinco operações: invenção, disposição, elocução, memória e ação.

A invenção "está de alguma maneira presente em todas as fases da atividade retórica" (ATIENZA, 2013, p. 649), cujo objetivo é o de "fixar o estado de causa e encontrar os argumentos que vão ser usados para provar ou refutar" (ATIENZA, 2013, p. 369), busca "emprestar plausibilidade aos

argumentos, investigando sua origem, estudar como os oradores criam e utilizam esses argumentos" (ADEODATO, 2014, p. 26). Cicerón entende que a invenção se trata de como encontrar e decidir o que deve ser dito (ADEODATO, 2014, p. 26). A invenção busca geralmente os argumentos mais pertinentes por meio de algumas fontes, que serão abordadas quando da análise dos elementos do *logos*. Ademais, para cada auditório, existem estratégias retóricas distintas.

De acordo com a classificação de Aristóteles, as provas de persuasão do discurso são três: "umas residem no caráter moral do orador; outras, no modo como se dispõe o ouvinte; e outras, no próprio discurso, pelo que este demonstra ou parece demonstrar" (ARISTÓTELES, 2005, 1356a). Respectivamente, trata-se do *ethos*, *pathos* e *logos*, que são provas técnicas, porque obtidas mediante o discurso. Nesses casos, os argumentos seriam alcançados a partir dos lugares-comuns, e a relação lógica da argumentação que se estabelece, decorre, sobretudo, das relações de inferência, como em um silogismo. Aristóteles refere que "como as provas por persuasão se obtêm por estes três meios, é evidente que delas se pode servir quem for capaz de formar silogismos" (ARISTÓTELES, 2005, 1356a).

No âmbito da retórica judicial, existem também as provas extratécnicas, ou seja, aquelas que já existem de antemão, e não se dão a partir do discurso: as leis, as testemunhas, os contratos, as confissões mediante tortura e os juramentos (ARISTÓTELES, 2005, 1356a). Pode-se acrescentar, sob uma perspectiva atualizada, a jurisprudência.

De acordo com o §1º do art. 489 do Código de Processo Civil, uma fundamentação depende da possibilidade de contrapor os contrários, contraditar, e, como refere o inciso IV, não se considera uma decisão fundamentada quando "não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador". A exemplo do inciso I, também não se pode limitar à mera indicação, à reprodução de ato normativo, sem explicar a sua relação com a causa em questão; já o inciso II veda o emprego de conceitos jurídicos

indeterminados, quando não se explicar o motivo concreto de sua incidência; ou, no caso do inciso V, também não se considera fundamentada a decisão que se limite "a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos".

Não basta apresentar palavras e expressões a um determinado público, pois, para que se opere a persuasão, requer-se a contextualização, a indicação de alguma semelhança, a exemplificação de uma situação, sendo necessária a demonstração dessa ligação. Diferentemente de outros discursos, o discurso jurídico exige essa demonstração, sob pena de nulidade da decisão.

Em outros âmbitos, interessa mais a adesão do público, com maior ênfase no ethos do orador ou no pathos do auditório. Embora seja difícil dissociar logos, ethos e pathos, vale referir que a invenção, sob a ênfase do logos, centra-se na racionalização do discurso. Nesse sentido, a racionalidade do logos promove a justificação racional, que se encontra no âmbito do provável, e não da lógica matemática. Fala-se de graus de certeza, de plausibilidade, de modo que a lógica se opera como ordenação do pensamento.

Dessa forma, entender a utilidade e as formas de aplicação da retórica na contemporaneidade, especialmente no âmbito judicial, exige que se enfrente um conceito de retórica pejorativo, no sentido de convencer sobre algo falso ou de um uso meramente ornamental da linguagem, seja oral, seja escrita, mostrando-se também fundamental diferenciar a retórica da sofística. Essa, por sua vez, também destinava-se à

persuasão dos ouvintes, mas "sem preocupar-se com a verdade" (VOLPI, 2002, p. 94) ou "com a finalidade da imposição de teses falsas" (SCHOPENHAUER, 2002, p. 26).

Assim, a racionalidade do logos promove a justificação racional, com enfoque na validade e na eficácia, assumindo duas perspectivas: para justificar a passagem das premissas à conclusão (inferências), por meio da dedução, indução, analogia, inferência para melhor explicação (IFM), e

para valer-se da tópica, no sentido atinente aos lugares comuns, específicos, esquemas gerais, perguntas-fontes, argumentos prontos.

2. Logos e tópica: entimema, exemplo e *topos*

Aristóteles classifica os recursos discursivos retóricos em indutivos e dedutivos. Essa sistemática é uma analogia aos métodos empregados pela ciência e pela dialética, com a diferença de que no âmbito da retórica se está no campo da verossimilhança, do provável. No âmbito da retórica, existem as figuras do exemplo (paradigma), como recurso indutivo, e do entimema (silogismo retórico), como recurso dedutivo (ARISTÓTELES, 2005, 1365b).

A indução busca promover a generalização de propriedades comuns (MAIA, 2014, p. 141), consistindo nisso a utilidade do exemplo para efeitos retóricos, isto é, para a persuasão. Há duas espécies de exemplo: uma que trata de fatos anteriores e outra que consiste na possibilidade de invenção pelo próprio orador (ARISTÓTELES, 2005, 1393b). Em um contexto judicial, imagina-se a possibilidade de, exemplificar com fatos ou casos anteriores, para promover um efeito persuasivo pela semelhança. O exemplo pode, ademais, tornar-se premissa para o entimema.

O silogismo retórico difere-se do dialético – tratado na obra *Tópicos*, de Aristóteles -, assim como dos apodícticos e erísticos. O silogismo comum é formado por três partes: premissa maior, premissa menor e conclusão¹, de modo que essa última deriva, sob o aspecto lógico, das premissas utilizadas (HAYASHI, 2014, p. 69). Como refere Adeodato, na obra *Tópica*, Aristóteles já insere o conceito de silogismo dialético, baseado em

¹ A título exemplificativo de silogismo completo:

Toda conjunção carnal sem consentimento configura estupro (PM - norma geral)

X não expressou consentimento para a conjunção carnal com L. (Pm - caso concreto) Logo, x foi vítima de estupro por L. (C - conclusão)

PM é condição necessária e suficiente de Pm: PM <-> Pm.

A título exemplificativo de silogismo entimemático, quando a PM está omissa:

X não expressou consentimento para a conjunção carnal com L, logo, x foi vítima de estupro por L.

premissas universalmente aceitas, chamadas *endoxa* (ADEODATO, 2002, p. 274). Quanto ao entimema, alerta Adeodato:

[...] os entimemas são silogismos retóricos por serem formal ou logicamente imperfeitos, suas conclusões não decorrem necessariamente de suas premissas, ao contrário dos silogismos apodícticos; mas são pragmaticamente úteis se o objetivo é persuadir sem as exigências de rígida coerência lógica, quando não é possível ou mesmo estrategicamente desejável. (ADEODATO, 2002, p. 265).

No mesmo sentido, Covarrubias refere que a imprecisão do silogismo retórico, dada a aparente deficiência na argumentação, se transforma em um aspecto de proveito em relação à persuasão, o que se dá mediante as crenças do auditório, como forma de perder exatidão e precisão, mas ganhar em amplitude e integração da totalidade dos aspectos presentes no auditório (COVARRUBIAS, 2003, pp. 40-41). No âmbito do gênero judicial, percebe-se que se assemelha ao âmbito da retórica, uma vez que a relação entre fatos e normas nada mais é do que uma relação verossímil, possível.

Sobre o entimema, Aristóteles refere que existem de dois tipos: demonstrativos, de algo que é ou não é, e os refutativos (ARISTÓTELES, 2005, 1396b). Os tópicos inserem-se na temática, uma vez são formas de escolha dos entimemas (ARISTÓTELES, 2005, 1393b). Como referido anteriormente, na invenção, o orador realiza uma busca de argumentos, por instrumento de “prova”. Dessa forma, previamente ao discurso, deve-se saber seus lugares-comuns, a quem ele deve ser dirigido, os *topói*. Covarrubias salienta que o entimema adquire seu sentido como prova demonstrativa e persuasiva, “posto que os tópicos permitem tanto sua estrutura formal como a adequada formulação e utilização de seus conteúdos” (COVARRUBIAS, 2003, p. 48).

Os *topói* ou lugares-comuns foram tratados de diversas maneiras pelo estudo da Tópica, abordada sob diferentes perspectivas ao longo do tempo. Para a finalidade do trabalho, basta referir que, em Aristóteles, na obra Retórica, foram enumerados 28 lugares-comuns (ARISTÓTELES, 1397a-1400b), isto é, lugares gerais a todos os gêneros do discurso,

aplicáveis no âmbito do silogismo retórico (entimema). De acordo com Hayashi, os 28 *topoi* podem ser divididos em cinco grupos: linguísticos, refutativos, procedimentais, aconselhativos e analíticos (HAYASHI, 2014, p. 70).

Para exemplificar, pode-se abordar o lugar-comum utilizado nos entimemas demonstrativos, que se caracteriza pelo "contrário". Assim, o primeiro *topos* do catálogo de Aristóteles refere-se ao estabelecimento de uma demonstração de contrariedade, ou seja, por exemplo, "se fazer o bem é agradável, fazer o mal é desagradável" (HAYASHI, 2014, p. 71). Aí, segue-se, como o *topos* do "mais e do menos", da "consequência", etc.

Perelman e Viehweg também dedicaram-se ao estudo da Tópica. Para Perelman, o caráter retórico não trataria de estabelecer verdades evidentes, provas demonstrativas, e sim mostrar o caráter do plausível do razoável, de uma determinada opinião ou decisão, que teriam como finalidade persuadir (PERELMAN, 2005). Perelman introduz uma ideia valorativa, no sentido de que quando se trata de fundamentar valores ou hierarquias, ou de reforçar a intensidade da adesão, "pode-se relacioná-los com outros valores ou com outras hierarquias, para consolidá-los, mas pode-se também recorrer a premissas de ordem muito geral, que qualificaremos com o nome de lugares, os *topoi*, dos quais derivam os Tópicos" (PERELMAN, 2005, p. 94). Ao retomar o estudo dos lugares na antiguidade, Perelman refere que se trata do esforço de invenção do orador, são rubricas nas quais se podem classificar os argumentos (PERELMAN, 2005, p. 94), é uma forma de agrupar os argumentos, são "depósitos de argumentos" (PERELMAN, 2005, p. 94).

Salienta-se em Perelman uma noção de Auditório Universal, que se relaciona à possibilidade de propor argumentos que sejam capazes de persuadir um auditório construído pela tradição e pelo consenso sobre o que é justo. Nesse sentido, pode-se exemplificar a regra de justiça, e o *topos* consistiria em uma lei de passagem. Por exemplo: "Ele é bonito, então vote nele" (SOUZA, 2001), percebe-se a beleza como qualidade ou virtude admitida pelo auditório. No entanto, seguindo a compreensão de um

consenso sobre o justo, o mais adequado para formar uma regra de justiça seria: "Ele é honesto, então vote nele".

Para Viehweg, atribui-se ênfase ao caso concreto, de modo que a tópica seria a técnica do pensamento problemático, a jurisprudência, como técnica que está ao serviço de uma *aporía*, deve corresponder com os pontos essenciais da tópica. É preciso por isso, descobrir na tópica a estrutura que convém à jurisprudência (VIEHWEG, 2016, p. 152). Nesse sentido, Viehweg elenca três pressupostos: (i) a estrutura total da jurisprudência somente pode ser determinada a partir do problema; (ii) as partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições, devem ligar-se de um modo específico com o problema e somente podem ser compreendidas a partir dele; (iii) os conceitos e proposições da jurisprudência somente podem ser utilizados em uma implicação que conserve sua vinculação com o problema (VIEHWEG, 2016, pp. 152- 153)

3. Os bancos de dados como *topoi* e o silogismo retórico na argumentação jurídica de IA

[...] o governo que não é nem da lei, nem dos homens, mas de escritórios ou computadores anônimos, cuja dominação inteiramente despersonalizada pode vir a se tornar uma ameaça maior à liberdade e àquele mínimo de civildade sem o qual nenhuma vida comunitária é concebível, do que jamais foi a mais abusiva arbitrariedade dos tiranos do passado.

Copenhague, 18 de abril de 1975.

Prólogo de Hannah Arendt à obra "Responsabilidade e Julgamento".

O trecho supramencionado de autoria de Hannah Arendt remete a muitos contextos. O repercutido caso Cambridge Analytica, empresa privada que combinou mineração e análise de dados com comunicação estratégica para fins eleitorais (BBC, 2018), envolve tanto o papel da inteligência artificial na formação de discursos no âmbito de interação virtual, como também remete à ideia de como se constrói um Estado de Direito, exposta por Neil MacCormick, no sentido de que, se o Estado é de Direito e sendo o Direito "algo passível de ser construído

argumentativamente nesse sentido” (MACCORMICK, 2008, p. 24), então permanecerá uma questão empírica em aberto. Diante disso, “a própria ideia do Direito como algo baseado na argumentação nos leva imediatamente a considerar o caráter retórico da argumentação jurídica” (MACCORMICK, 2008, p. 24).

Para relacionar a *inventio* da retórica com inteligência artificial no âmbito do gênero do discurso jurídico, parte-se das seguintes premissas básicas: a relação dos dados com a inteligência artificial, o desenvolvimento dos sistemas de IA a partir da lógica formal e os desafios da linguagem natural. Antes disso, faz-se necessário introduzir o que se entende por inteligência artificial.

Inicialmente, o termo origina-se de uma proposta de pesquisa científica de verão promovida por John McCarthy e alguns colegas na Universidade de Dartmouth, nos Estados Unidos, em 1955 (MCCARTHY; *et al.*, 1955), mas o campo científico foi reconhecido por Alan Turing, em artigo de 1950, através do "Teste Turing", destinado a verificar se uma máquina possuía a aptidão de pensar (TURING, 1950). No entanto, vale, para os fins do presente trabalho, transcrever trechos da proposta de pesquisa, pois reflete a ideia geral que envolve a matéria:

O estudo se baseia na ideia de que todo aspecto de aprendizado ou qualquer característica da inteligência consegue, em princípio, ser tão precisamente descrito que uma máquina pode ser criada para simulá-la. A tentativa será feita para descobrir como máquinas podem criar linguagem, formar abstrações e conceitos, resolver problemas restritos a humanos e até melhorar a si mesmas. (...) Especula-se que grande parte do pensamento humano consiste em manipular palavras de acordo com as regras da razão e da especulação. A partir deste ponto de vista, formar uma generalização e implicá-las a uma máquina consiste em admitir uma nova palavra e algumas regras por meio de sentenças. Essa ideia nunca havia sido precisamente formulada nem exemplos tirados do papel. (MCCARTHY; *et al.*, 1955).²

² Tradução livre de: "The study is to proceed on the basis of the conjecture that every aspect of learning or any other feature of intelligence can in principle be so precisely described that a machine can be made to simulate it. An attempt will be made to find how to make machines use language, form abstractions and concepts, solve kinds of problems now reserved for humans, and improve themselves. (...) It may be speculated that a large part of human thought consists of manipulating words according to rules of reasoning and rules of conjecture. From this point of view,

Criar linguagem, manipular palavras de acordo com regras da razão, generalizar. Dos termos expostos no projeto de pesquisa de McCarthy, insere-se a relação com os dados. A inteligência artificial não representa um instrumento peculiar de operação de tratamento dos dados. Ao contrário, os algoritmos nutrem-se de dados (DATATILSYNET, 2018). Nessa medida, os sistemas inteligentes reproduzem os padrões culturais, ambientais e humanos, uma vez que se alimentam dos dados existentes no mundo, e, como refere a juíza Key Firth-Butterfield, "o aprendizado da máquina depende de dados e todos os dados são históricos" (FIRTH-BUTTERFIELD, 2018), inclusive, resultando na manutenção de discriminações arbitrárias, mas extremamente difíceis de serem identificadas e reguladas por ausência de transparência, as chamadas "Black Boxes" (caixas pretas) (CRAWFORD, *et al.*, 2016).

Destaca-se que a linguagem é composta por signos e significados (GUIBOURG; *et al.*, 1985), por meio da qual a dogmática jurídica expressa os fatos, as normas e, inclusive, a tendência jurisprudencial. Esses signos e significados constituem fonte de dados para os sistemas decisórios inteligentes. Ademais, por tratar-se de linguagem jurídica, vale referir a dupla indeterminação do Direito. De um lado, a indeterminação da linguagem, a partir da existência da ambiguidade e da vagueza. De outro lado, a indeterminação decorrente de defeitos lógicos dos sistemas jurídicos (RODENAS, 2012, p. 27), como as lacunas e as antinomias.

Interessante ressaltar que alguns autores justificam a possibilidade de aplicação da inteligência artificial como forma de combate à discricionariedade, como Giovanni Sartor (1998), por exemplo. Não é incomum, também, atribuir a ocorrência de discricionariedade à existência de indeterminação, como refere Isabel Lifante Vidal (2002, p.

forming a generalization consists of admitting a new word and some rules whereby sentences containing it imply and are implied by others. This idea has never been very precisely formulated nor have examples been worked out." Para fins de curiosidade, vale referir que todo esse desenvolvimento se deve, de alguma forma ou de outra, à Ada Augusta King, que, em 1843, se tornou a primeira programadora da história, com o desenvolvimento de algoritmos destinados ao funcionamento de uma máquina mecânica. Sobre ela: <https://www.britannica.com/story/ada-lovelace-the-first-computer-programmer>.

430). A mesma autora entende que a discricionariedade pode ser vista, além da indeterminação, como uma liberdade negativa (permissão de decidir) e positiva (responsabilidade ao decidir), bem como um poder, atribuído formalmente e também quanto à avaliação de interesses envolvidos. Ocorre que, caso se parta da discricionariedade como indeterminação, dúvidas surgem em relação à operabilidade dos conceitos indeterminados, cláusulas-gerais e princípios jurídicos por sistemas inteligentes.

Bancos de dados compostos por leis, jurisprudência e, inclusive, por conceitos indeterminados - uma vez que também são utilizados em decisões judiciais - representam, assim, os *topoi* contemporâneos dos argumentos retóricos no âmbito da inteligência artificial. MacCormick refere que James Palmer (1998) sugeriu que a ideia de "pedaços de argumento" (*argument-bites*), de Duncan Kennedy (1997), poderia servir à tecnologia da informação e à inteligência artificial baseada em conhecimento (*knowledge-based systems*) "para gerar uma bateria de pedaços de argumentos disponíveis para movimentação em relação aos problemas que surgem em um dado domínio do Direito" (MACCORMICK, 2008, p. 25), consistiria em "uma lista exaustivamente construída de argumentos disponíveis, baseada na prática jurídica anterior (precedentes) e, quando apropriado, no Direito legislado" (MACCORMICK, 2008, p. 25).

Outra iniciativa, não tão relacionada ao âmbito jurídico, mas inserida na esfera da argumentação, especialmente na argumentação computacional, destinada à promoção da qualidade da argumentação, refere-se à pesquisa "*Computational Argumentation Quality Assessment in Natural Language*", por meio da qual os investigadores pesquisaram diversas teorias e abordagens existentes para avaliar as dimensões da qualidade da argumentação referente à lógica, à retórica e à dialética dos argumentos, fornecendo uma lista de trezentos e vinte argumentos, para uma classificação de quinze dimensões de taxonomia, destinada à captura de todos os aspectos da qualidade da argumentação, independente de como

operacionalizá-los (WACHSMUTH;*et al.*, 2017). Salienta-se que a pesquisa foi realizada com base em linguagem natural, isto é, humana. A fonte dos dados para a formulação de argumentos foi a *UKPConvArgRank*, que contém um ranking de portais de debates textuais (WACHSMUTH; *et al.*, 2017, p. 182).

Inclusive, pode-se relacionar com os usos da argumentação expostos por Toulmin, uma vez que a sua teoria de argumentação jurídica também já foi utilizada como base para formação de argumentos em diagrama, aplicados no âmbito da inteligência artificial (REED; *et al.*, 2007). Para Toulmin, uma das preocupações centrais reside em considerar quais características necessárias deve possuir a estrutura dos argumentos para ser transparente sob o ponto de vista lógico (TOULMIN, 2007, p. 2007).

Os exemplos expostos acima se referem aos topos ou *topói* em um contexto de inteligência artificial, representam linha de raciocínio (HAYASHI, 2014, p. 69) - da etimologia grega da palavra topos -, mas dessa vez não dos humanos, e sim das máquinas. Destaca-se que os sistemas inteligentes adotam um modelo de aplicação formal e um método inferencial do tipo lógico (SARTOR, 1996, p. 76).

Não se pode deixar de atentar para o fato de que a teoria da argumentação jurídica, conforme Atienza, "é a refutação à compreensão de que o raciocínio jurídico se entende em termos, estritamente, lógico-formais. Digamos que a lógica, a lógica formal é um elemento necessário, mas não suficiente - ou nem sempre suficiente - à argumentação jurídica" (ATIENZA, 2013, p. 21). Ou seja, o raciocínio jurídico passa por questões cognitivas e emocionais que ultrapassam as hipóteses lógico-formais de correção dos argumentos. Ainda, interessante relação pode ser feita com a análise de Covarrubias, quando assim refere:

[...] Aristóteles logra estabelecer uma sólida base para compreender que os tópicos não podem ser concebidos como uma mera coleção de lugares imóveis, mais ou menos recorrentes no processo persuasivo: seu sentido se completa no horizonte de uma atividade maximamente produtiva e não no âmbito de

uma pseudo-argumentação baseada na reiteração mecânica de certas fórmulas persuasivas. (COVARRUBIAS, 2003, p. 48).

Aparentemente, a construção da inferência por inteligência artificial parece observar mais a forma de silogismo dialético, e não entimemática. Ocorre que, como visto, no que se refere à argumentação jurídica, "não é uma estratégia consciente por parte dos chamados operadores jurídicos oficiais" (ADEODATO, 2002, p. 262). Primeiro, porque as estruturas formais completas do silogismo dialético não são operacionais em um contexto judicial; segundo, porque a correção lógica não significa observância ao dever de fundamentação ou plausibilidade sob a perspectiva material da argumentação. Aqui se identifica a diferença que remete o silogismo inteligente ao entimema, uma vez que, como demonstrado, os entimemas não deixam de ser formalmente corretos, apenas incompletos, tornando-se materialmente mais eficazes, sob o ponto de vista da retórica.

Além disso, os entimemas inteligentes constroem-se, inevitavelmente, a partir de dados. Esses dados representam, sob o aspecto material da argumentação, os próprios *topói* - pontos de vista geralmente aceitos (ADEODATO, 2002, p. 274), que se identificam como um compilado de experiência jurídica à disposição da IA à promoção de uma solução. Ademais, as conclusões dos entimemas não decorrem necessariamente de suas premissas, e assim como isso se identifica em decisões proferidas por humanos, reflete-se no âmbito da aprendizagem da IA.

Alerta-se à ressalva de Adeodato, no sentido de que a decisão judicial se assemelha a um raciocínio entimemático, uma vez que "nem todas as normas utilizadas explicitam-se, permanecendo muitas delas não só fora de questão, como também ocultas. O que de fato importa é deixado de lado, é até por vezes inconfessável" (ADEODATO, 2002, p. 262). O autor refere que esses efetivos fundamentos que estavam ocultos podem revelar questões econômicas, ideológicas, sexuais. ou de relações de amizade que interferem no subsistema jurídico, "o que pode representar uma ameaça

ao efeito legitimador da decisão concreta e até às bases da sociedade" (ADEODATO, 2002, p. 280). Assemelhando-se ao que foi dito sobre a perpetuação de preconceitos por meio de dados, pois, a aprendizagem da máquina pela inteligência artificial pode ser aperfeiçoada para eliminar preconceitos expressos, porém, como operar em relação àquelas premissas que se encontram subentendidas ou ocultas?

Isso quer dizer que o procedimento decisório envolve, em significativa medida, um movimento contrário. Intui-se a conclusão, e, após, parte-se à investigação acerca das premissas que a corroboram. Se uma premissa é inconfessável, e dela, em um determinado contexto, produziu-se uma conclusão, há um risco de perpetuação de arbitrariedades. Em razão disso, verifica-se necessária uma investigação maior sobre ética e argumentação jurídica.

Vale destacar que esse contexto não tem passado despercebido por organizações internacionais. Em dezembro de 2018, a Comissão Europeia de Eficiência da Justiça publicou a Carta Europeia de Ética para direcionar a utilização da inteligência artificial em sistemas jurídicos, por meio da qual foram elencados cinco princípios para promoção e preservação da ética: de respeito aos direitos fundamentais, com a proposta de observância a uma ética no design; da não-discriminação, o que guarda relação com a tendência dos dados representarem padrões de discriminação; da qualidade e da segurança, com o uso de fontes certificadas; da transparência, imparcialidade e justiça, para que se alcance um processamento de dados acessível e compreensível, submetido a auditorias externas, e, por fim, o princípio "sob controle do usuário", garantindo que os usuários sejam atores informados (CEPEJ, 2018). Embora inteligência artificial e proteção de dados sejam temas vinculados, esses princípios relacionam-se mais com a operação e tratamento de dados por sistemas inteligentes, do que com as implicações da inteligência artificial no raciocínio jurídico.

Sob um juízo deontológico, do que é devido, adota-se a compreensão não do que é bom, e sim da abertura à experiência com busca à

universalidade, pelo fato de que permite "elemento novo à afirmação normativa, capaz de permanentemente corrigi-la e atualizá-la" (CACHAPUZ, 2006, p. 143). Mais uma definição capaz de sintetizar essa diferença encontra-se em Habermas, no sentido de que se designa de "universalista uma ética que afirma que este princípio moral (ou um idêntico) não exprime apenas as intuições de dada cultura ou de dada época, mas tem também uma validade geral" (HABERMAS, 1997, p. 16).

Considerações finais

A sociedade não seria possível sem tecnicidade, uma vez que "o humano se inventa no técnico, inventando a ferramenta - tornando-se tecnologicamente exteriorizado" (STIEGLER, 1998, p. 141). Lucas Introna, sobre a mesma perspectiva, indica que "o horizonte transcendental constitutivo do humano é a tecnicidade, da qual emergem as condições de possibilidade do tempo, da sociedade e da cultura" (INTRONA, 2017).

Nesta relação de exteriorização na tecnicidade, iniciou-se a busca pela exteriorização da própria condição humana: cognição e emoção, a partir de sistemas inteligentes e autônomos. Os breves apontamentos permitem identificar uma relação entre o logos da retórica, instrumentos para construção de argumentos voltados à persuasão, e como vem se apresentando a argumentação jurídica sob o prisma da inteligência artificial.

Nesse sentido, buscou-se relacionar o âmbito da invenção, quanto ao enfoque maior sobre o discurso, especialmente na esfera do logos, para apresentar as noções gerais acerca dos elementos do entimema, do exemplo e como ocorre a operacionalização por meio dos tópicos. A identificação da inteligência artificial como uma construção lógica, permite, ao se referir à argumentação jurídica, envolver, em maior grau, a necessidade de adesão externa, ou seja, a persuasão.

A relação entre dados e tópicos, como forma de realizar a comunicação entre inteligência artificial e os conceitos antigos da tópica,

permite que se possa realizar uma releitura, já abordada por estudiosos da computação e da linguística, tratados no presente artigo. Como refere o título, o objetivo é gerar breves reflexões acerca dessa relação, que pode se estender a outros âmbitos do discurso além do jurídico.

Percebe-se fundamental, mesmo que sensível, realizar uma distinção entre os âmbitos proteção de dados e inteligência artificial. Embora a inteligência dos sistemas derive, propriamente, do aprendizado a partir de dados, quando se fala em ética na utilização da inteligência artificial aplicada à argumentação jurídica, não se pode deixar de enfrentar temas atinentes ao raciocínio jurídico, que, representa uma condição humana, repleta de indeterminações e subjetividades.

Essas breves reflexões buscam incitar o debate acadêmico em torno da inteligência artificial, para que se identifique, inicialmente, seu campo de aplicação, e, a partir disso, suas principais implicações, a fim de prever determinadas consequências para evitá-las, e enfrentar situações para resolvê-las. Isso também aparece em Hannah Arendt, justamente quando trata da condição humana: "a conexão entre o pensamento e a experiência dos sentidos, inerente à condição humana, parece vingar-se de nós: embora a tecnologia demonstre a verdade dos mais abstratos conceitos da ciência moderna, prova apenas que o homem sempre pode aplicar os resultados de sua mente" (ARENDDT, 2007, p. 300).

Referências

ADEODATO, João Maurício Leitão. A Retórica de Aristóteles como marco teórico. In: ADEODATO, Maurício (org.). **A Retórica de Aristóteles e o Direito**. Curitiba: Editora CRV, 2014, pp. 13-20.

ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Penal. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

BBC NEWS. **Facebook - Cambridge Analytica data scandal**. [S.l.], 15 jun. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/topics/c81zyno888lt/facebook-cambridge-analytica-data-scandal>. Acesso em 07 set 2019.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada pelo discurso jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

CARVILLE, Olivia; KAHN, Jeremy. **A Human Just Triumphed Over IBM's Six-Year-Old AI Debater**. BLOOMBERG, 2019. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-02-12/in-latest-man-vs-machine-human-triumphs-over-ibm-s-ai-debater>. Acesso 8 set 2019

CEPEJ. **European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment**. Disponível em: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>. Acesso 7 set 2019.

COVARRUBIAS CORREA, Andrés. **Introducción a la retórica clásica: una teoría de la argumentación práctica**. Santiago: Universidad Católica de Chile, 2003.

CRAWFORD, Kate; WHITTAKER, Meredith; ELISH, Madeleine; BAROCAS, Solon; PLASEK, Aaron; FERRYMAN, Kadija. **The AI Now Report: The Social and Economic Implications of Artificial Intelligence**. Tabled with the White House Office of Science and Technology Policy for their Future of Artificial Intelligence Series, 2016. Disponível em: https://artificialintelligencenow.com/media/documents/AINowSummaryReport_3.pdf. Acesso 07 set 2019.

DATATILSYNET. **Artificial intelligence and privacy**. The Norwegian Data Protection Authority. Report, January, 2018. Disponível em: <https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/english/ai-and-privacy.pdf>. Acesso 07 set 2019.

FIRTH-BUTTERFIELD, Key. Creating smarter Artificial Intelligence by eliminating bias. **Accenture UK**, 12 fev. 2018. Disponível em: <https://www.accenture.com/gb-en/blogs/blogs-creating-smarter-artificial-intelligence>. Acesso 07 set 2019.

GREGERSEN, Erik. Ada Lovelace: The First Computer Programmer. In: Encyclopaedia Britannica. Disponível em: <https://www.britannica.com/story/ada-lovelace-the-first-computer-programmer>. Acesso em 07 set 2019.

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al conocimiento científico**. Eudeba, 1985.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**; entre facticidade e validade, volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAYASHI, Renato. Os *topoi* do entimema aristotélico: alicerces da argumentação jurídica. In: ADEODATO, Maurício (org.). **A Retórica de Aristóteles e o Direito**. Curitiba: Editora CRV, 2014, pp. 69-88.

INTRONA, Lucas, Phenomenological Approaches to Ethics and Information Technology. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Edward N. Zalta (ed.), 2017. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/ethics-it-phenomenology/>. Acesso 07 set 2019.

KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication**. Cambridge: Harvard University Press, 1997, pp. 137-56.

KENNEDY, George A. **The Art of Persuasion in Greece**. New Jersey: Princeton University Press, 1963.

MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (coord.). **Coleção Teoria e Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora/ Editora Campus, 2008.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. O paradigma retórico de Aristóteles como instrumento de intervenção social pelo discurso, ensinado metodicamente e voltado para a descoberta dos meios de persuasão. In: ADEODATO, Maurício (org.). **A Retórica de Aristóteles e o Direito**. Curitiba: Editora CRV, 2014, pp. 115-144.

MCCARTHY, John; HAYES, Patrick J. **Some philosophical problems from the standpoint of artificial intelligence**. Computer Science Department. California: Stanford. 1969. Disponível em: <http://www-formal.stanford.edu/jmc/mcchay69.pdf>. Acesso 7 set 2019.

MCCARTHY, John; MINSKY, Marvin L.; ROCHESTER, Nathaniel; SHANNON, Claude. A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence. **AI Magazine**. vol. 27 (n. 4), 2006. Disponível em: <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf>.

PALMER, James. **Artificial Intelligence and Legal Merit Arguments**. Thesis. University of Oxford, 1997. Disponível em: https://static1.squarespace.com/static/5955b80d2994cac4b9602203/t/595c391bcd0f68ef9f0b5009/1499216168360/Artificial+Intelligence+and+Legal+Merit+Arguments_Final+Thesis.pdf. Acesso 7 set 2019.

PERELMAN, Chãim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REED; Chris; WALTON, Douglas; MACAGNO, Fabrizio. Argument diagramming in logic, law and artificial intelligence. **The Knowledge Engineering Review**. Vol. 22:1. United Kingdom: Cambridge University Press, 2007, pp. 87-109. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751655. Acesso 12 set 2019.

SARTOR, Giovanni. Intelligenza artificiale e diritto: un' introduzione. **Collana diretta da Vittorio Novelli**: informatica e ordinamento giuridico. Milão: Dott. A. Guiffrè Editore, 1996.

SARTOR, Giovanni; BRANTING, Karl. **Judicial Applications of Artificial Intelligence**. Dordrecht: Kluwer Academic, 1998.

SCHOPENHAUER, Arthur. **El arte de tener razón, expuesto en 38 estratagemas**. ed., estudio y notas de F. Volpi, trad. de J. Alborés. Madrid: Alianza, 2002.

SOUZA, Wander Emediato de. Retórica, Argumentação e Discurso. In: MARI, Hugo; MACHADO, Ida Lúcia; DE MELLO, Renato. **Análise do Discurso**: fundamentos e práticas. Belo Horizonte: Faculdade de Letras da UFMG, 2001.

STIEGLER, Bernard. **Technics and Time: The Fault of Epimetheus**. Stanford: Stanford University Press, 1998.

TORRES, Lourenço. Aristóteles e a retórica da persuasão na decisão jurídica: desenvolvimento, estabelecimento e prática. In: ADEODATO, Maurício (org.). **A Retórica de Aristóteles e o Direito**. Curitiba: Editora CRV, 2014, pp. 235-254.

TOULMIN, Stephen. **Los usos de la argumentación**. Barcelona: Península, 2007.

TURING, A. M. Computing Machinery and intelligence. **Mind: a quarterly review of Psychology and Philosophy**. v. LIX, n. 236. Manchester: Victoria University of Manchester, 1950. pp. 433-460. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433>. Acesso 07 set 2019.

VIDAL, Isabel Lifante. **Dos conceptos de discrecionalidad jurídica**. **DOXA**. nº 25, 2002.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Jurisprudencia**. Trad. Luis Díez Picazo. 2 ed. Editorial Thompson-Civitas, 2016.

WACHSMUTH, Henning; NADERI, Nona; HOU, Yufang; BILU, Yonatan; PRABHAKARAM, Vinodkumar; THIJM, Tim Alberdingk; HIRST, Graeme; STEIN, Benno. Computational Argumentation Quality Assessment in Natural Language. In: **Proceedings of the 15th Conference of the European Chapter of the Association for Computational Linguistics**. Vol.1. Long Papers. Valência: Association for Computational Linguistics, 2017, pp. 176-187.

Inferência para melhor explicação e standards probatórios: possibilidades e aproximações na formação do juízo de fato

Stefan Hartmann

Introdução

Na *Civil Law*, tradicionalmente a *questão de direito* sempre ostentou maior importância para os juristas do que a *questão de fato*. Tanto nas bancadas das Academias quanto no dia a dia dos Tribunais predomina, em regra, a concepção geral de que o grande jurista é aquele que conhece o direito, ou seja, a lei – em sentido *lato* –, a jurisprudência e o pensamento da doutrina. Em consequência, os fatos da causa – e sua comprovação e valoração no processo judicial – são considerados temas de menor relevância, passíveis de apreensão sem a necessidade de maiores estudos ou investigações aprofundadas.

Por outro lado, na *Common Law*, ocorre exatamente o contrário: a *questão de fato* é tema de grande relevância para o jurista, estando no mesmo patamar – senão acima – da *questão de direito*. Esta afirmação justifica-se, sobretudo, pelo fato de que, nesta tradição jurídica, vige o método *Case Law*, em que a autoridade do direito reside fundamentalmente nos precedentes judiciais anteriores, e não na legislação escrita. Dessa forma, para ter um bom desempenho intelectual, o jurista é obrigado a conhecer minuciosamente os fatos da causa em exame e dos precedentes anteriores, a fim de determinar qual a solução jurídica mais acertada.

Sucedem que, nos últimos vinte anos, doutrina e jurisprudência parecem ter percebido que essa tradicional orientação da *Civil Law* já não mais dá conta de resolver as dificuldades do sistema jurídico brasileiro. De fato, no estágio atual do conhecimento jurídico, sabe-se que a segurança jurídica, a unidade e a integridade do direito são valores que somente podem ser alcançados por meio de um adequado e racional controle do exame da *questão de fato*. Ademais, com a incorporação, no ordenamento jurídico brasileiro, de noções tradicionalmente vinculadas à *Common Law* – notadamente o sistema de precedentes e sua vinculatividade aos órgãos jurisdicionais –, percebeu-se que o chamado *juízo de fato* necessita ser mais bem compreendido pelo jurista brasileiro. Enfim, no quadro atual de ideias, não mais se discute a importância dos fatos não somente para a boa resolução do processo individualmente considerado, mas também para o sistema jurídico como um todo.

Nessa perspectiva, ganham relevância categorias ligadas ao direito probatório, sobretudo à *valoração da prova*. Ora, se a *questão de fato* é aspecto fundamental do processo judicial, nada mais justo que se dê a devida atenção à atividade judicial que avalia se os meios de prova introduzidos no processo comprovaram, ou não, os fatos alegados pelas partes. O plano de valoração das provas constitui, assim, o ápice da operação lógico-argumentativa desenvolvida pelo juiz na sentença, a qual, em realidade, analisa e determina se a *questão de fato* restou, ou não, comprovada.

Entretanto, observa-se que, mesmo diante da determinação constitucional de fundamentação das decisões judiciais, é inerente que a valoração da prova ostente algum grau de subjetivismo, diante do sistema do livre convencimento. A análise do juízo de fato, dessa forma, apresenta caracteres subjetivos, ainda que nem sempre passíveis de apreensão, especialmente em face da condição humana do juiz.

A partir daí, uma das missões atribuídas aos estudiosos do direito probatório é elaborar critérios minimamente objetivos, os quais, colocados à disposição do magistrado, funcionam como pautas lógicas e racionais na determinação dos valores probatórios. Nesse panorama, existem duas

categorias que ganharam desenvolvimento nos últimos anos, quais sejam os standards probatórios e a Inferência para Melhor Explicação (doravante IME). A primeira é tradicionalmente utilizada no sistema da *Common Law*, e já é de conhecimento da doutrina brasileira há algum tempo. Porém, a segunda categoria ainda é ignorada no Brasil, apesar de já ter recebido atenção em outras tradições, como nos Estados Unidos.

Diante disso, torna-se necessário investigar o que são e como operam os standards probatórios e a Inferência para Melhor Explicação. Poderiam esses dois institutos ter alguma utilidade no que se refere à valoração da prova? Em caso positivo, seria possível compatibilizar a aplicação dos standards probatórios e da IME, ou as duas categorias seriam excludentes? Afinal, quais critérios podem ser utilizados para conferir maior segurança e racionalidade ao acerto fáctico?

Este artigo tem como objetivo principal elaborar respostas adequadas a estas perguntas. Para bem desempenhar esta tarefa, o trabalho está dividido em duas partes principais. Na primeira, serão estabelecidos alguns conceitos relevantes, especialmente àqueles pertinentes aos standards probatórios e à Inferência para Melhor Explicação. Na segunda parte, será apresentada a estrutura básica desta última categoria a sua correlação com a análise das narrativas processuais, para, depois, estabelecer possibilidades e aproximações entre os standards probatórios e a IME na formação do juízo de fato.

Ao final, espera-se contribuir para o aperfeiçoamento do controle racional e objetivo do acerto fáctico, o que se mostra fundamental para promover valores como a segurança jurídica, a unidade e a integridade do direito brasileiro.

1. Definições Conceituais Relevantes

Nesta primeira parte do trabalho, o objetivo é esquadriñar conceitos importantes para o bom desenvolvimento do tema. Por isso, em primeiro lugar, o artigo trabalha os standards probatórios ou modelos de constatação do juízo de fato. Depois, tem-se como escopo examinar as

inferências e suas quatro categorias: dedução, indução, analogia e inferência para melhor explicação (IME).

1.1. Standards Probatórios ou Modelos de Constatação do Juízo de Fato

Para Knijnik¹, standards probatórios ou *modelos de constatação do juízo de fato* são critérios por meio quais o juízo de fato é formalizado, e que devem ser postos em discussão para que as opções valorativas do juiz e das partes sejam conhecidas, debatidas em contraditório, e, em sendo o caso, corrigidas. Trata-se de uma perspectiva a partir da qual se pode submeter o livre convencimento a critérios de racionalidade e controle, mitigando, assim, o subjetivismo do órgão judiciário.

Se a prova tem relevância para o bom andamento do processo judicial², e o juízo de fato tem como objetivo alcançar a verdade possível³, é preciso conferir racionalidade à valoração da prova. Em outras palavras, o ordenamento processual deve conferir mecanismos de controle do juízo de fato realizado pelo órgão jurisdicional, para que este não seja relegado ao campo do subjetivismo extremo.

Segundo Knijnik⁴, a passagem do sistema da prova tarifada para a livre convicção visou a abrandar a arbitrariedade do juiz, outorgando racionalidade ao acerto fáctico⁵. Entretanto, é preciso resgatar a ideia de que a liberdade do convencimento judicial, não submetido a regras jurídicas predeterminadas de valoração, está sim submetida às regras da lógica e a certos postulados jurídicos, para afastar ao máximo o

¹ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário* (2007). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 17-18.

² A Constituição Federal, ao assegurar a inafastabilidade da jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, assegura, por consequência, o direito à prova. De nada adiantaria assegurar o acesso ao Poder Judiciário se não fosse possibilitado às partes comprovar, por todos os meios lícitos e admissíveis, as questões de fato que sustentam terem ocorrido. O juízo de fato, dessa forma, possui grande importância para o processo judicial, nada obstante não ter recebido a mesma atenção da doutrina processual quando comparado com outros temas. Sobre essa despreocupação com os problemas relacionados à prova, ver TARUFFO, Michele (1943-). *La Prova dei Fatti Giuridici: Nozioni Generali* (1992). Milano: Giuffrè, 1992, p. 317 e seguintes.

³ Sobre as discussões relativas à relação entre prova e verdade, ver, por todos: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e Verdade no Direito* (2002). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁴ KNIJNIK, Danilo. *Idem*, p. 15.

⁵ Sobre a evolução do sistema da prova legal para a livre apreciação, e suas consequências para o processo, ver, por todos, NOBILI, Massimo. *Il Principio del Libero Convincimento del Giudice* (1974). Milano: Giuffrè, 1974.

subjetivismo. O livre convencimento não significa um convencimento inteiramente livre – ou seja, não deve equivaler a fechado e inatingível critério pessoal e íntimo do julgador –, mas sim apreciação lógica da prova, que não está isenta de pautas ou diretrizes de caráter objetivo. É necessário buscar, dessa forma, a valoração racional e lógica da prova, dirigida à razão prática, à lógica do discurso e à teoria da argumentação.

É nesse ponto que entram em cena os standards probatórios como instrumentos colocados à disposição do juiz para que a tarefa de valoração da prova seja realizada da forma mais racional e lógica possível. Knijnik⁶ sustenta que toda decisão judicial que apresentar conclusão de fato deve explicitar, fundamentadamente e de forma clara e precisa, qual standard probatório será empregado na formação do juízo de fato, submetendo-o, assim, ao contraditório. A adoção de um ou outro critério exerce crucial influência prática no resultado concreto da decisão e, portanto, é matéria que interessa às partes e ao julgador.

Para o mesmo autor⁷, os standards probatórios representam forma de viabilizar pauta ou critério à luz do qual o juízo de fato pode ser formado e submetido objetivamente ao contraditório. Cuida-se de critérios distintos e separados, que o julgador pode utilizar para estabelecer uma conclusão. Nas palavras de Taruffo⁸, os standards são diretrizes mais precisas – ainda que gerais e flexíveis – que guiam a valoração das provas no contexto da decisão final sobre os fatos em litígio.

Fundamentalmente, existem 4 (quatro) standards probatórios: (i) preponderância de provas, (ii) prova clara e convincente, (iii) prova acima de qualquer dúvida razoável, e (iv) prova incompatível com qualquer hipótese que não a da acusação.

⁶ KNJJNIK, Danilo. *Idem*, p. 31-32.

⁷ *Idem*, p. 34.

⁸ TARUFFO, Michele (1943-). *A Prova* (2014). Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 135.

Segundo Knijnik⁹, o primeiro modelo – preponderância de provas – é aplicável, regra geral, ao processo civil¹⁰. Nesse caso, a sentença deve examinar o juízo de fato conforme as provas preponderantes. A persuasão necessária, nessa hipótese, é concebida como o estado subjetivo no qual se reputa existir uma preponderância de provas em favor da proposição de uma das partes. Como o *quantum* de prova é o mesmo para o autor e para o réu, o juiz deve considerar provado o que é *mais provável do que não*. Em uma escala de 0 (zero) a 100 (cem), em que o primeiro extremo corresponde à desnecessidade, e o outro extremo corresponde à necessidade absoluta de prova, diz-se que a preponderância de provas corresponde a 50,1 (cinquenta vígula um).

Já no segundo modelo – prova clara e convincente –, aplicável a alguns processos cíveis cujos valores transcendem à dimensão meramente patrimonial, Knijnik¹¹ esclarece que o grau de prova deve ser mais do que uma *preponderância de prova* e menos do que *além da dúvida razoável*. Em casos de improbidade administrativa, por exemplo, a parte autora deve convencer o juiz de que a verdade de sua proposição é altamente provável¹². Mais uma vez, em uma escala de 0 (zero) a 100 (cem), diz-se que a prova clara e convincente corresponde a algo entre 65 (sessenta e cinco) e 85 (oitenta e cinco).

Knijnik¹³ avança para o terceiro modelo – prova acima de qualquer dúvida razoável –, aplicável aos processos penais em geral. Nesse modelo, o fato não pode ser apenas altamente provável, devendo afastar qualquer dúvida razoável a respeito da inocência do réu. Existem diversas as

⁹ KNIJNIK, Danilo. Idem, p. 37-38.

¹⁰ Para Redmayne, o standard da preponderância de provas, utilizado amplamente na *Common Law*, possui a capacidade de minimizar erros prováveis na tomada das decisões, bem como de fazer cumprir o princípio da igualdade das partes no processo civil. REDMAYNE, Mike (1967-2015). *Standards of Proof in Civil Litigation* (1999). *The Modern Law Review*, vol. 62, no. 2, 1999, pp. 167-195.

¹¹ KNIJNIK, Danilo. Idem, p. 38-39.

¹² Clermont afirma que formulações judiciais compatíveis com este standard incluem *prova clara, cogente e convincente, clara, satisfatória e convincente, clara, precisa e indubitável, e convincente para além de razoável controversia*. Assim, o autor afirma que este standard pode ser grosseiramente traduzido como *muito mais provável do que não*. Ver CLERMONT, Kevin M (1945-). *Standards of Decision in Law: Psychological and Logical Bases for the Standard of Proof, Here and Abroad* (2013). Durham: Carolina Academic Press, 2013, p. 14.

¹³ KNIJNIK, Danilo. Idem, p. 39-41.

formulações para expressar a ideia de uma dúvida razoável, capaz de ensejar a absolvição no processo criminal por falta de provas. Trata-se de dúvida verdadeira, justa, lógica, substancial ou real. Ao contrário, a dúvida razoável não pode ser apenas possível, imaginária, especulativa, vaga ou caprichosa. Novamente, em uma escala de 0 (zero) a 100 (cem), diz-se que a prova acima de qualquer dúvida razoável corresponde a 99 (noventa e nove).

Por último, existe ainda um quarto modelo – prova incompatível com qualquer hipótese que não a da acusação –, o qual, segundo o autor¹⁴, é aplicável aos processos penais em que o julgador se vale a prova indiciária. Nessa hipótese, considerando-se a maior chance de erro judiciário, é necessário valer-se de um standard probatório mais rigoroso. Assim, neste modelo, inexistente qualquer hipótese razoável que não a de culpa. A construção deste quarto modelo ocorreu em alguns precedentes do direito estudunidense, embora ainda reine alguma controvérsia naquele sistema jurídico sobre o tema¹⁵. De novo, em uma escala de 0 (zero) a 100 (cem), diz-se que prova incompatível com qualquer hipótese que não a da acusação corresponde a 100 (cem).

Finaliza Knijnik¹⁶ sublinhando que há certo desconcerto quanto à possibilidade de precisar o conteúdo desses standards probatórios. Este fato, todavia, não lhes retira o valor, tampouco joga a teoria para o campo da literatura. Faz-se necessária pautar a mínima, para proteger o processo da subjetividade. Reconhece-se a dificuldade de comunicar, na linguagem, estas diferenças, mas nem por isso deve-se desistir da teoria aqui apresentada, que não apenas indica o grau de certeza requerido por um tipo particular de processo, mas também mede a relativa importância social atribuída à decisão nele proferida. Por isso a influência do direito material envolvido na

¹⁴ Idem, p. 41-43.

¹⁵ Ver, por exemplo, *Kassin v. United States*, 5 Cir., [87 F.2d 183, 184](#); *Rent v. United States*, 5 Cir., [209 F.2d 893, 899](#); *McTyre v. United States*, 5 Cir., [213 F.2d 65, 67](#). Nesses casos, as Cortes reconheceram que, na hipótese de prova indiciária, as evidências devem não somente ser consistentes com a culpa do réu, mas também inconsistentes com qualquer hipótese razoável da sua inocência.

¹⁶ KNJNIK, Danilo. Idem, p. 43-45.

definição do standard probatório exigível. Em resumo, o direito material e os valores consagrados no ordenamento é que vão ditar o grau de certeza necessário, e, via de consequência, o standard probatório a ser adotado pelo julgador, enquanto questão jurídica prévia à valoração.

1.2. Inferências: Dedução, Indução, Analogia e Inferência para Melhor Explicação (IME)

Segundo Houaiss e Villar¹⁷, *inferência* é substantivo feminino, cujo primeiro registro conhecido ou estimado da palavra data de 1643. Os autores indicam 4 (quatro) significados possíveis para o verbete: (i) *ação ou efeito de inferir; conclusão, indução*; (ii) *operação intelectual por meio da qual se afirma a verdade de uma proposição em decorrência de sua ligação com outras já reconhecidas como verdadeiras*; (iii) *proposição admitida como verdadeira em virtude dessa operação*; (iv) *operação que consiste em, tomando por base amostras estatísticas, efetuar generalizações*. Afirmam os autores, ainda, que a inferência pode ser imediata ou mediata. Inferência imediata é aquela pela qual se conclui uma proposição de outra, sem a mediação de uma terceira. Por outro lado, inferência mediata corresponde àquela que requer a intervenção de uma terceira proposição para se efetuar.

Para Dallagnol¹⁸, a lógica e a epistemologia clássica objetivam entender os tipos de inferências e elencar critérios para distinguir inferências boas e ruins. Assim, a lógica corresponderia à investigação de diferentes modos de inferência lógica que diferentes tipos de argumento revelam. O ponto, portanto, é a inferência, que corresponde ao processo de extrair uma conclusão de premissas ou assunções. É o procedimento de se mover da aceitação, possivelmente provisória, de algumas proposições, para a aceitação de outras.

¹⁷ HOUAISS, Antônio (1915-1999); VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* (2001). Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1079.

¹⁸ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo (1980-). *As Lógicas das Provas no Processo: Prova Direta, Indícios e Presunções* (2015). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 57.

O autor¹⁹ sustenta que inferência e raciocínio podem ser considerados sinônimos. Raciocínio corresponde a qualquer processo de inferência ou prova, ou seja, qualquer procedimento de extrair uma conclusão de um conjunto de premissas. Entretanto, *raciocínio* somente pode ser considerado como sinônimo de inferência na medida em que o primeiro seja compreendido como um procedimento, e não o produto de um processo.

Observa-se que a inferência para melhor explicação, como o próprio indica, é uma espécie de inferência. Porém, também existem outras modalidades de inferência, as quais desempenham importante papel na lógica jurídica e no discurso judiciário. Assim, para bem situar a inferência para melhor explicação no espectro mais abrangente do estudo da lógica, torna-se necessário distinguir, ainda que sucintamente, quais são essas outras modalidades, e como podem ser melhor compreendidas.

Para Brewer²⁰, existem 4 (quatro) modos fundamentais de inferência lógica, os quais podem ser distinguidos pela relação desenvolvida entre as premissas do argumento e a sua conclusão, quando referido argumento produz a mais consistente inferência das premissas à conclusão que é logicamente capaz de produzir. Todos os 4 (quatro) modos de inferência lógica podem ser encontrados em argumentos jurídicos, embora a eles não se limitem. São eles: (i) dedução; (ii) indução; (iii) inferência para melhor explicação (IME); (iv) analogia.

Na (i) dedução, o autor²¹ explica que, considerando-se um argumento dedutivo *válido*, é logicamente impossível que as premissas sejam todas verdadeiras enquanto a conclusão é falsa. Isto é, a veracidade das premissas de um argumento dedutivo válido fornece *provas incorrigíveis* da veracidade da sua conclusão²².

¹⁹ Idem, p. 57-58.

²⁰ BREWER, Scott. Logocratic Method and The Analysis of Arguments in Evidence (2011). *Law, Probability and Risk*, v. 10, 2011, p. 177.

²¹ Idem, p. 177.

²² No capítulo 3 da obra *Retórica e o Estado de Direito*, MacCormick faz defesa intransigente da importância do silogismo para a argumentação jurídica. Embora não seja objeto central do presente ensaio, cabe ressaltar que o autor, buscando contrapor-se ao realismo jurídico norte-americano, especialmente de autores como Dewey, Holmes Jr. e Llewellyn, sustenta que o silogismo desempenha papel estruturante fundamental no pensamento jurídico, ainda que não seja exaurido por essa estrutura apenas. Mesmo no contexto da *Common Law*, o silogismo fornece a moldura

Já na (ii) indução, Brewer²³ afirma que, considerando-se um argumento indutivo, as premissas fornecem uma *garantia probatória provável* à conclusão (com uma probabilidade menor que um). Existem 2 (duas) formas principais de indução: a *generalização indutiva*, que nasce da observação de diversos fenômenos individualmente considerados, e a *especificação indutiva*, que corresponde à aplicação de uma generalização prévia a um fenômeno individual. Para o autor²⁴, *argumentos indutivos são argumentos probatórios e versam sobre as hipóteses apresentadas pelas provas*. Assim, as premissas de um argumento indutivo são proposições probatórias e a conclusão corresponde a uma hipótese que é sustentada pela prova apresentada.

Brewer²⁵ destaca que, *na formação do juízo de fato em processos judiciais, o uso da generalização e da especificação indutivas é bastante frequente*. Isso porque toda vez que um juiz precisa decidir se determinada prova é logicamente relevante para determinada hipótese, pertinente a determinada causa, mostra-se presente o raciocínio indutivo. Ademais, a inferência indutiva também é fundamental toda vez que o juiz precisa decidir se o *standard* probatório, correspondente ao direito material discutido no caso, foi, ou não, atingido pela parte interessada.

Prosseguindo, o autor²⁶ assevera que, na (iii) abdução ou inferência para melhor explicação (IME), existe uma inferência para a *explicação* de um ou mais fatos. Neste argumento, a declaração do fenômeno a ser explicado, bem como a explicação putativa, aparecem como premissas do argumento, e a explicação, por si só, corresponde à sua conclusão.

dentro da qual os outros argumentos fazem sentido enquanto argumentos jurídicos. O que se passa é que, naquela família jurídica, as premissas para o silogismo, a partir da qual o argumento é iniciado, são mais fracas e mais provisórias, ou sujeitas à alteração, que no argumento construído a partir de leis escritas. Nada obstante, o objetivo continua a ser de concluir o caso com um silogismo, cujas premissas tenham toda a solidez que um bom argumento jurídico pode assegurar. Ver MACCORMICK, Neil (1941-2009). *Retórica e o Estado de Direito* (2005). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 43-64.

²³ BREWER, Scott. *Idem*, p. 177.

²⁴ *Idem*, p. 190.

²⁵ *Idem*, p. 190.

²⁶ *Idem*, p. 178.

Mackonis²⁷ entende que a IME corresponde a um princípio de inferência de proposições científicas. A IME pode ser aplicada, então, tanto no contexto da descoberta quanto no contexto de justificação de hipóteses e teorias científicas. Qualquer argumento destinado a sustentar a veracidade ou a realidade de um termo, conceito, entidade ou teorias em geral corresponde a uma instância da IME. Por isso, a IME é um componente fundamental da argumentação teórica em geral e da ciência prática em particular.

Para Scarparo²⁸, inferir para melhor explicar quer dizer escolher a hipótese que melhor elucida uma série de fenômenos, diante de explicações alternativas. Em face de uma série de informações e dados disponíveis, busca-se descobrir o que os esclarece, configurando-se uma justificativa teórica. Assim, a IME tem relevância para o conhecimento prático, já que fornece explicações sobre dados conhecidos, o que não apenas ensina a entender de forma inteligível o mundo, como também viabiliza antecipar a ocorrência de eventos. Com a previsibilidade, pode-se avaliar teorias com novos dados e antecipar ou controlar eventos futuros. A IME conduz a estas duas principais finalidades.

Mackonis²⁹ esclarece que alguns estudiosos não distinguem abdução de IME. Porém, o autor entende que existe mais na IME do que na abdução, embora sejam conceitos relacionados. Para ele, a IME difere da abdução em dois aspectos. Primeiro, a IME consiste em duas premissas abduativas juntas com uma terceira premissa adicional, a qual afirma que nenhuma explicação alternativa disponível é melhor que a hipótese analisada. Em segundo lugar, a adição da terceira premissa ensina a conclusão de que a inferência é verdadeira, ao invés de simplesmente possível.

²⁷ MACKONIS, Adolfas. Inference to The Best Explanation, Coherence and Other Explanatory Virtues (2013). *Synthese*, v. 190, 2013, p. 975.

²⁸ SCARPARO, Eduardo. Inferência para Melhor Explicação (IME) e Persuasão Racional: Ferramentas e Critérios de Adequada Valoração Probatória (2020). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 300, p. 49-72, fev. 2020.

²⁹ MACKONIS, Adolfas. *Idem*, p. 976-977.

Ou seja, na visão de Mackonis³⁰, na abdução, a conclusão é apenas logicamente provável, e seu objetivo é gerar uma hipótese explanatória possível. Por outro lado, a conclusão da IME é verdadeira, e não simplesmente possível, e seu objetivo é tanto gerar uma hipótese explanatória quanto avaliá-la. Portanto, a IME é uma forma reforçada de abdução. A IME fornece uma premissa à inferência abductiva, o que permite ao observador inferir não somente uma possibilidade, mas uma conclusão verdadeira.

Por fim, a respeito da (iv) analogia, Brewer³¹ esclarece que, considerando-se um argumento analógico, como dois ou mais itens compartilham algumas características, o observador pode inferir que eles compartilham uma característica adicional, a qual é de importância particular ao observador. Dentro da inferência analógica, a IME opera para discernir o padrão relativo ao compartilhamento de algumas características, e a inferência relacionada à característica adicional que é de interesse do observador. O autor entende que, em alguns argumentos analógicos, as premissas fornecem provas incorrigíveis da veracidade das conclusões. Por outro lado, em outros argumentos analógicos, como aqueles utilizados nas ciências empíricas, as premissas fornecem apenas sustentação probatória provável.

Destaca-se finalmente que, para MacCormick³², considerando-se as características essenciais da *Common Law* – precedentes judiciais e doutrina jurídica como fontes primárias do Direito, ao invés de leis escritas –, o argumento por analogia tem especial valor. A forte coerência da proposição em relação ao direito preexistente é muito relevante, e, nesse sentido, as analogias podem revelar princípios implícitos, sendo que somente em situações em que ocorre similaridade de princípios entre dois ou mais casos aparentemente iguais é que pode haver analogia jurídica importante. A lição do autor escocês parece ter pertinência também no

³⁰ Idem, p. 977.

³¹ BREWER, Scott. Idem, p. 178.

³² MACCORMICK, Neil (1941-2009). Idem, p. 59.

contexto brasileiro, tendo em vista que, como mencionado anteriormente, houve a incorporação de categorias tradicionalmente vinculadas à *Common Law*, entre elas a vinculatividade dos precedentes judiciais.

2. Aplicação da IME e dos Standards Probatórios no Processo Judicial: Compatibilização Possível

Na segunda parte do trabalho, o objetivo fundamental é examinar a (possível) compatibilização entre a IME e os standards probatórios na perspectiva da valoração probatória no processo judicial. Para isso, primeiramente será apresentada a estrutura básica da IME. Em seguida, o artigo irá discorrer sobre a referida compatibilidade, posicionando-se a respeito da aplicação destas categorias ao processo judicial.

2.1. Estrutura Básica da IME e sua Correlação com a Análise das Narrativas Processuais

Na visão de Scarparo³³, a IME corresponde a um processo dinâmico de inferência, especialmente porque nela confluem várias atividades racionais, influenciadas recíproca e continuamente³⁴. O procedimento da IME³⁵ pode ser dividido em (i) abdução, (ii) especificação, (iii) investigação e (iii) avaliação.

Segundo do autor³⁶, na (i) abdução, desenvolve-se atividade intelectual que, diante de vários dados que merecem ser explicados, produz uma listagem de explicações iniciais plausíveis. Trata-se de um processo de observação, listagem e seleção. Nessa etapa, o observador

³³ SCARPARO, Eduardo. *Idem*, p. 49-72.

³⁴ Há autores que sustentam que a IME pode ser caracterizada tanto como um argumento estático, como quanto um processo dinâmico. Na perspectiva estática, a IME corresponderia a um tipo específico de argumento, enquanto que, na perspectiva dinâmica, a um processo inferencial com várias etapas. Ver, por todos, JOSEPHSON, John R. *On the Proof Dynamics of Inference to the Best Explanation* (2001). 22 *Cardozo L. Rev.* 1621, 2001.

³⁵ Para uma análise detalhada de todas as etapas concernentes ao procedimento da IME, ver DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *Idem*, p. 115-135.

³⁶ SCARPARO, Eduardo. *Idem*, p. 49-72.

assinala as diversas hipóteses que potencialmente explicam os dados. Ao final, haverá um conjunto de hipóteses primárias potenciais.

Depois, na (ii) especificação³⁷, ocorre a filtragem das explicações potenciais. Define-se um conjunto de hipóteses ajustado à atividade de investigação posterior e testagem. É o primeiro filtro epistêmico de limitação de potenciais explicações. Como explica Lipton³⁸, um conjunto restrito de explicações possíveis melhor reflete as práticas reais, porque as explicações potenciais são meramente *opções vivas*, isto é, candidatos para uma explicação real.

Mais tarde, Scarparo explica que ³⁹, na (iii) investigação, o escopo é eliminar explicações potenciais insubsistentes e descobrir novas hipóteses consistentes. Nesse caso, pode-se excluir hipóteses e descobrir fatos novos, tornando mais consistente o grupo de alternativas para posterior eleição.

Finalmente⁴⁰, na (iv) avaliação, aplica-se novo filtro às hipóteses explanatórias, o que viabiliza a eleição da melhor explicação. Serão considerados, assim, os critérios explanatórios e o exame de suficiência explanatória, isto é a (i) coerência, a (ii) consiliência, a (iii) profundidade, a (iv) simplicidade e a (v) falseabilidade. Pardo e Allen destacam que inexistente fórmula geral ou método para combinar e aplicar estas virtudes, que podem ser todas aplicadas simultaneamente, avaliando-se a força dos resultados em conjunto⁴¹.

Em relação à (i) coerência, Scarparo⁴² explica que ela corresponde à ausência de contradição entre as proposições e à presença de vínculos consistentes entre estas. Consequentemente, um raciocínio poderá ser considerado incoerente quando inexistirem relações suficientes para sua concatenação, ou mesmo quando seus elementos forem incompatíveis

³⁷ Idem, p. 49-72.

³⁸ LIPTON, Peter. LIPTON, Peter (1954-2007). *Inference to the Best Explanation* (1991). 2. ed. Abingdon: Routledge, 2004, p. 148-151.

³⁹ SCARPARO, Eduardo. Idem, p. 49-72.

⁴⁰ Idem, p. 49-72.

⁴¹ PARDO, Michael S.; ALLEN, Ronald J. Juridical Proof and the Best Explanation (2008). *Law and Philosophy*, vol. 27, no. 3, 2008, pp. 223-268.

⁴² SCARPARO, Eduardo. Idem, p. 49-72.

com o desenvolvimento e a conclusão. A coerência, por isso, opera com grande abrangência, o que leva alguns autores⁴³ a afirmar que ela congrega outras virtudes explanatórias. Portanto, coerente é não somente o que não se contradiz, mas também o que é mais abrangente e mais profundo.

Diante dessa importância da coerência, há quem diga que outros critérios explanatórios nem seriam necessários para que fosse encontrada a melhor explicação. Psillos⁴⁴, por exemplo, entende que outras virtudes somente devem ser utilizadas quando o conhecimento de fundo não puder, por si só, determinar a melhor explicação. No mesmo sentido, Glass⁴⁵ entende que é possível mensurar o poder explanatório somente com base na medição probabilística da coerência. Assim, de largada, é possível afirmar que a coerência é a mais destacada de todas as virtudes explanatórias, motivo pelo qual deve ser detidamente examinada pelo observador quando da eleição da melhor explicação.

Segundo Scarparo⁴⁶, a coerência pode ser analisada sob duas perspectivas. De um lado, tem-se a verificação da conformação dos elementos colhidos, ou já conhecidos anteriormente, em direção à explicação a ser escolhida. De outro, observa-se a coerência discursiva. Em ambos os casos, consideram-se as conexões, os vínculos e as relações entre o discurso, diferenciando-se o ponto de análise em caracteres externos ou internos àquele.

Para o autor⁴⁷, a coerência externa guarda relação com os vínculos estabelecidos entre o exterior discursivo e as explicações apresentadas. O vínculo formado entre o conhecimento de fundo e as explicações em avaliação opera para construir coerência. Isso significa que, diante de uma crença garantida, mais coerente será a explicação com ela compatível. A

⁴³ Ver, por todos, MACKONIS, Adolfas. Idem, p. 993.

⁴⁴ PSILLOS, Stathis. *Scientific Realism: How Science Tracks Truth* (1999). London: Routledge, 1999, p. 219.

⁴⁵ GLASS, David H. Coherence Measures and Inference to the Best Explanation (2007). *Synthese*, vol. 157, no. 3, 2007, pp. 275-296.

⁴⁶ SCARPARO, Eduardo. Idem, p. 49-72.

⁴⁷ Idem, p. 49-72.

ausência de coerência entre uma explicação apresentada e o conhecimento de fundo enseja a dúvida em relação a algumas explicações, inclusive no que se refere àquelas que se mostrem evidentes em um primeiro olhar.

Diante disso, para que o conhecimento de fundo seja superado, é necessário forte ônus argumentativo, alerta Scarparo⁴⁸. A virtude da coerência impõe o ceticismo em desfavor das explicações que desprestigiem o conhecimento de fundo. Nesse caso, a coerência remete a uma virtude explanatória conhecida como conservadorismo para as explicações, o que significa dizer que tem prevalência a menor alteração no conhecimento reconhecido para suficiência da explicação. Em outras palavras, o que já foi estabelecido anteriormente tem importância, e romper com esse conhecimento de fundo exige ônus argumentativo maior.

A respeito da coerência interna ou intradiscursiva, o autor⁴⁹ explica que se aponta a ausência de contradição como um fator de reforço de poder explanatório de uma dada hipótese. A coerência interna atribui, assim, peso aos argumentos bem encadeados, lógicos e sem contradições.

Sobre a segunda virtude explanatória, destaca-se inicialmente que a palavra (ii) consiliência decorre do substantivo masculino *consílio*, que, segundo Houaiss e Villar⁵⁰, significa assembleia, reunião, comissão, conselho. O verbete tem origem na expressão latina *consilium*, que, por sua vez, significa deliberação, reunião em que se delibera, comissão, assembleia. Ademais, consiliência tem, como um de seus sinônimos, a palavra *congregação*.

Em termos de poder explanatório, Scarparo⁵¹ afirma que a consiliência se relaciona com um critério quantitativo, a fim de medir o quanto uma teoria explica os fenômenos. Uma explicação será mais consiliente se for mais abrangente, a ponto de explicar uma variedade de

⁴⁸ Idem, p. 49-72.

⁴⁹ Idem, p. 49-72.

⁵⁰ HOUAISS, Antônio (1915-1999); VILLAR, Mauro de Salles (1939-). Idem, p. 528.

⁵¹ SCARPARO, Eduardo. Idem, p. 49-72.

fatos distintos. Por isso, uma explicação deve tratar de ao menos duas classes de fatos, ou seja, deve ser unificadora.

Na visão do autor⁵², essa virtude explanatória pressupõe também gradações de importância na explicação dos dados, porque a maior abrangência das explicações também tem fundamento prático, com o intuito de permitir o desenvolvimento da capacidade geral de realizar previsões, por exemplo. Por meio da consiliência, é possível planejar e compreender fenômenos distintos. Para Thagard⁵³, a consiliência serve como a medida de quanto uma teoria explica determina hipótese, para que possa ser utilizada quando uma teoria explica melhor a evidência do que outra.

Por isso, Scarparo⁵⁴ defende que a consiliência impõe a unificação no modo de ser das coisas, fato este que remete ao conteúdo da coerência, visto anteriormente. Além disso, pode-se cogitar de uma consiliência com propósitos estatísticos e dinâmicos, tendo em conta a infinitude de fatos passíveis a serem investigados e constatados. Enquanto a consiliência estática tem por característica principal combinar as evidências apresentadas, a consiliência dinâmica diz respeito à viabilidade de se explicar outros fatos que originalmente não eram previstos. Assim, a dinâmica da consiliência diz respeito à realização de um vínculo explanatório sobre uma classe de fatos inicialmente não percebida. A explicação a ser analisada pode se conectar com fatos não incluídos anteriormente, e, com isso, obter maior poder explanatório.

Ressalta o autor⁵⁵, entretanto, que, mesmo que a consiliência represente valor explanatório usualmente reconhecido, existem diversas críticas doutrinárias na perspectiva do exagero. Isso porque as explicações devem ser também modestas, especialmente em cenários em que se exige uma racionalidade prática tempestiva. Ora, no mundo moderno, em que o tempo é escasso, não se deve buscar explicar mais do que o necessário para

⁵² Idem, p. 49-72.

⁵³ THAGARD, Paul R (1950-). The Best Explanation: Criteria for Theory Choice (1978). *The Journal of Philosophy*, Vol. 75, No. 2. (Feb., 1978), pp. 76-92.

⁵⁴ SCARPARO, Eduardo. Idem, p. 49-72.

⁵⁵ Idem, p. 49-72.

alcançar uma justificação dos fenômenos observados. A melhor explicação não vai sustentar mais do que o necessário, mas apenas o suficiente para cobrir um largo alcance de fenômenos.

No que se refere à (iii) profundidade, o autor⁵⁶ explica que geralmente considera-se a melhor hipótese aquela que é mais profunda. Isso significa que a explicação dá conta de novos questionamentos com sucesso, proporcionando maior sustentação às teses defendidas. A profundidade da hipótese explanatória conduz à maior estabilidade nas conclusões, e, assim, à invariabilidade da explicação em um amplo leque de intervenções, ou mesmo diante de modificações nas situações de fundo.

Para Scarparo⁵⁷, quanto mais se fornecem razões e fundamentos para sustentar determinada proposição, mais profunda é a explicação ofertada⁵⁸. *Contrario sensu*, a explicação é rasa quando não tem capacidade de superar simples críticas ou demandas de maior fundamento ou especificação. Por isso, observa-se que a explicação rasa conduz necessariamente a uma outra questão, enquanto que as explicações profundas – ainda que também possam levar a demandas de novas explicações – ensejam novas teses mais consistentes. Em suma, o poder explanatório é elevado quando a nova explicação é sustentável, enquanto que é diminuído quando não há nova explicação ou quando ela é insuficiente.

Assevera o autor⁵⁹ que existe maior profundidade quando as premissas em questão mantêm-se consistentes ao longo do procedimento. Todavia, nem sempre colocar tudo em questão é proveitoso. Isso porque a exigência de profundidade infinita deve ser suavizada pela capacidade momentânea e a necessidade de aprofundamento para as soluções pretendidas, especialmente quando se quer uma explicação com

⁵⁶ Idem, p. 49-72.

⁵⁷ Idem, p. 49-72.

⁵⁸ Nesse ponto, é possível verificar similitude entre a profundidade e o chamado conhecimento de *background*, defendido por Day e Kincaid, por exemplo. Para esses autores, a IME, desprovida de conhecimento científico de *background* – isto é, razões e fundamentos científicos fortes – torna-se imprestável. Ver DAY, Timothy; KINCAID, Harold. Putting Inference to the Best Explanation in its Place (1994). 98 *Synthese* 271, 1994.

⁵⁹ SCARPARO, Eduardo. Idem, p. 49-72.

aplicabilidade na vida prática, o que pode ser facilmente observado nas atuações jurídico-processuais.

Em relação à (iv) simplicidade, o autor⁶⁰ destaca que explicação mais simples é, provavelmente, correta, e, por isso, melhor. Essa virtude explanatória é conhecida como a *Navalha de Ockham*, no sentido de que as entidades não precisam ser multiplicadas além do necessário. Deve-se minimizar o número de entidades relevantes (por exemplo, causas) para uma determinada hipótese. Por isso, deve-se usar o menor número possível de estruturas de linguagem para a hipótese em avaliação. No mesmo sentido, Thagard⁶¹ entende que simplicidade é uma *função do tamanho e natureza do conjunto* de explicações auxiliares requeridas para que a teoria dê conta dos fatos.

Finalmente, Scarparo⁶² explica que a última virtude explanatória – a (v) falseabilidade – indica que uma explicação que pode ser testada é melhor do que aquelas que não podem. Cuida-se de parâmetro fundamental para o reconhecimento do valor científico de uma teoria, em especial a partir de Karl Popper⁶³. É preciso que se submeta a hipótese potencial à comprovação pela experiência. Isso porque as conclusões devem ser necessariamente derrotáveis, já que experiências futuras podem desdizer a explicação eleita como a melhor, seja por uma teoria nova que preenche melhor os valores explanatórios, seja pela adição de novos dados que desmerecem esses valores em cenários já previamente avaliados. A aceitabilidade de uma hipótese está diretamente relacionada, portanto, com a falseabilidade.

Scarparo⁶⁴ esclarece, entretanto, que a falseabilidade não pode ser considerada, a rigor, uma virtude explanatória como as demais, porque

⁶⁰ Idem, p. 49-72.

⁶¹ THAGARD, Paul R. Idem, p. 86.

⁶² SCARPARO, Eduardo. Idem, p. 49-72.

⁶³ Karl Popper (1902-1994) foi um filósofo e professor britânico-austriaco. Popper é conhecido por rejeitar a clássica visão indutivista do método científico, privilegiando a testabilidade empírica. Assim, uma teoria das ciências empíricas nunca pode ser provada, mas pode ser declarada falsa, ou seja, pode e deve ser escrutinada por experimentos decisivos. Informações coletadas em https://en.wikipedia.org/wiki/Karl_Popper

⁶⁴ SCARPARO, Eduardo. Idem, p. 49-72.

não contribui para o incremento do poder explanatório. Ora, uma teoria não pode ser mais ou menos falseável, mas apenas falseável ou não. Isso significa que a falseabilidade, na visão do autor, situa-se melhor como critério de demarcação para a aceitabilidade de explicações do que como critério de valoração composta das hipóteses em avaliação.

Esta, portanto, é a estrutura básica da IME. Agora, é chegado o momento de examinar a sua correlação com as narrativas processuais. Afinal, é certo que a IME pode ser aplicada ao exame das explicações fornecidas nas ciências em geral, bem como na argumentação em particular. Porém, como operaria referida categoria na dinâmica da argumentação jurídica, e, mais precisamente, das narrativas processuais? O tema é relevante e merece destaque, especialmente diante das críticas direcionadas à IME.

Para Scarparo⁶⁵, o julgador, ao sentenciar o processo judicial, observa primeiro os fatos apresentados, elegendo a melhor explicação para eles. E é justamente aí que a IME pode desempenhar papel relevante na dinâmica argumentativa dos processos judiciais. Dallagnol⁶⁶ destaca que a IME direciona o foco para uma avaliação da hipótese dentro do todo, comparativa, mediante critérios que permitem eleger a melhor explicação, em vez de simplesmente ressaltar probabilidades subjetivas.

Nesse panorama, Scarparo⁶⁷ adverte que geralmente a atividade prioritária de abduzir teses possíveis, e de apresentar um primeiro filtro de plausibilidade, recai sobre as partes do processo – autor e réu. A partir da instrução, todos os atores processuais buscarão observar novos elementos para fins de enriquecer ou enfraquecer o poder explanatório das hipóteses em avaliação. De qualquer sorte, o fato é que o julgador, diante do que foi observado, deverá eleger uma das explicações na sentença como a melhor, apontando o que, na sua avaliação, efetivamente

⁶⁵ Idem, p. 49-72.

⁶⁶ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo (1980-). Idem, p. 149.

⁶⁷ SCARPARO, Eduardo. Idem, p. 49-72.

ocorreu. E, para que a decisão seja devidamente fundamentada, poderá ser de grande valia a utilização das virtudes explanatórias acima descritas⁶⁸.

Nada obstante, é preciso lembrar, no ponto, que a IME é objeto de fortes críticas no âmbito dos estudiosos da filosofia e da lógica. Como esclarece Vogel⁶⁹, um dos principais ataques à utilização da categoria deve-se justamente ao fato de que as virtudes explanatórias e a verdade parecem estar desconectados, inexistindo conexão lógica entre a correção dos critérios explicativos e a verdade. Em outras palavras, embora a IME tenha como objetivo auxiliar na eleição da melhor explicação para os fatos, ela não teria nenhum compromisso com a verdade, um dos valores fundamentais do mundo ocidental⁷⁰.

No mesmo sentido tem-se a opinião de Van Fraassen, um dos principais críticos da inferência para melhor explicação. Para ele⁷¹, a IME dificilmente conduz à verdade, ou mesmo fornece razões suficientes para que o observador acredite que a hipótese inferida é, de fato, a verdadeira. Em realidade, a seleção da melhor das hipóteses dentre um conjunto limitado forneceria, quando muito, apenas uma justificação comparativa, não possuindo o observador nenhum elemento acerca da probabilidade da hipótese em si mesma.

Essa crítica poderia muito bem ser transportada para o terreno do processo judicial, em que a *busca da verdade* desempenha papel fundamental na construção do juízo de fato. Afinal, qual seria a serventia da IME para o processo judicial, se ela não tem nenhum compromisso com a verdade? Mesmo que se trate da *verdade possível*, e não da *verdade real*,

⁶⁸ Há de se ressaltar que a aplicabilidade da IME no processo judicial não se dá da mesma maneira que em outras esferas da argumentação. Isso porque, na lógica do discurso judiciário, concorrem diversas contingências do formalismo processual que determinam restrições em sua realização, tanto do ponto de vista subjetivo, quanto do ponto de vista objetivo. Para uma análise dessas circunstâncias, ver SCARPARO, Eduardo. Idem, p. 49-72.

⁶⁹ VOGEL, Jonathan. Inference to the Best Explanation (1998). In.: CRAIG, Edward (1942-). *Routledge Encyclopedia of Philosophy* (1998). London: Routledge, 1998, v. 4, p. 766-769.

⁷⁰ Sobre o valor social da verdade, e os aspectos da sua redescoberta no mundo contemporâneo, ver, por todos, TARUFFO, Michele (1943-). *Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 115-120.

⁷¹ VAN FRAASSEN, Bas (1941-). *Laws and Symmetry* (1989). Oxford: Oxford University, 1989, p. 143.

a IME não poderia, dessa forma, fornecer soluções seguras para a adequada resolução do processo judicial.

Entretanto, embora a crítica mereça ser mencionada, entende-se que ela é exagerada, pelo menos para os fins do processo judicial. Como será mais bem exposto no item a seguir, a IME pode sim ser instrumento auxiliar às partes e ao juiz, contribuindo ativamente para o reforço da noção de persuasão racional. A formação do juízo de fato deve se dar da maneira mais racional e objetiva possível, e mostra-se indene de dúvidas que a IME configura, ao lado de outras categorias jurídicas, mais uma ferramenta de auxílio na perseguição daqueles desideratos.

Evidente que ela, por si só, não tem o condão de solucionar os problemas relativos ao juízo de fato, especialmente no que se refere à questão da comprovação das alegações fáticas que ensejam a consequência jurídica desejada pelas partes. Para isso, o órgão judiciário não prescinde de outros instrumentos postos à sua disposição, notadamente os standards probatórios. Isso não significa, porém, que a IME não possa auxiliar no desempenho de tão delicada tarefa, fornecendo caminhos que indiquem qual é a melhor explicação dentre todas possíveis. Em resumo: se é certo dizer que a IME não possui todas as respostas (verdadeiras), não menos certo é afirmar que ela pode apresentar alguma resposta que tendencialmente pode corresponder à verdade. E é aí que reside o seu valor para o processo judicial.

2.2. IME, Standards Probatórios e Valoração da Prova

No âmbito do Direito Probatório, a doutrina costuma afirmar que a análise do fenômeno da prova pode ser subdividida em dois planos fundamentais: (i) admissibilidade e (ii) valoração. Isso significa que o elemento probatório – cuja introdução, no processo, é do interesse de determinada parte – é submetido a exame bipartido. Em primeiro lugar, verifica-se se a prova, a ser inserida no processo respectivo, é compatível com a ordem jurídica vigente. Depois, uma vez admitido o seu ingresso no

processo, parte-se para a valoração da prova propriamente dita, ou seja, examina-se se aquele elemento possui o condão, ou não, de comprovar os fatos alegados pela parte interessada.

Para os fins deste trabalho, interessa o exame do plano de valoração de provas.

Para Taruffo⁷², uma vez produzidas todas as provas relevantes e admissíveis, chega o momento de o julgador *decidir sobre os fatos*. O juiz precisa adotar a prova produzida como ponto de partida de um raciocínio, o qual deve conduzi-lo a uma conclusão que resolva a incerteza sobre os fatos do caso concreto, estabelecendo quais se provaram verdadeiros. Com efeito, a principal função da prova é oferecer ao julgador informações relevantes e confiáveis acerca da verdade dos fatos em discussão. Na realidade, no início do procedimento, os *fatos* apresentam-se na forma de enunciados de fato, caracterizados pelo *status* epistêmico da incerteza. Portanto, decidir sobre os fatos significa resolver essa incerteza e determinar, a partir dos elementos de prova apresentados, se tais enunciados provaram-se verdadeiros ou falsos.

Cuida-se, segundo o autor⁷³, da *determinação dos valores probatórios*. A *valoração das provas* tem por objeto estabelecer a conexão final entre os elementos de prova apresentados e a veracidade ou a falsidade dos enunciados relativos aos fatos em discussão. Trata-se, conforme Rosito⁷⁴, de atividade privativa do juiz, constituindo uma maneira de proceder que precede à formação do convencimento. Aliás, como destaca Borges, é em torno do convencimento do juiz que toda a atividade probatória é desenvolvida. Toda a retórica do diálogo processual, inclusive e nomeadamente a que se dá durante e em consequência da instrução, destina-se à formação do convencimento do órgão jurisdicional sobre as alegações trazidas pelas partes ao processo, convencimento no qual se apoia e se sustenta a decisão judicial. Do convencimento do juiz

⁷² TARUFFO, Michele (1943-). *A Prova* (2014), p. 129-130.

⁷³ Idem, p. 130.

⁷⁴ ROSITO, Francisco. *A Prova e os Modelos de Constatação na Formação do Juízo de Fato* (2006). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 157, p. 51-71, mar. 2008.

depende o resultado pretendido pela parte ao ajuizar a ação, bem como a administração da justiça por meio do processo.

Assim, como esclarece Taruffo⁷⁵, no plano de valoração, procura-se estabelecer se, e em que grau, as provas disponíveis ao juiz sustentam conclusão sobre o *status* epistêmico final desses enunciados de fato. Referida definição centra-se no resultado da valoração realizada pelo juiz: um enunciado de fato é provado a partir do momento em que, com base nos elementos de prova, considera-se verdadeiro. Portanto, um enunciado de fato é verdadeiro quando devidamente demonstrado por meio das provas produzidas perante o órgão judiciário competente. Da mesma forma, um enunciado de fato é falso quando se prova inexistente tal fato.

Regra geral, no âmbito da valoração da prova, Taruffo⁷⁶ esclarece que vige o *princípio da livre apreciação* (ou *livre convencimento*). O método anterior – o chamado *sistema da prova legal*, baseado em cálculo de valores numéricos predefinidos – foi paulatinamente abandonado pela maioria dos países integrantes da família da *Civil Law*, sendo substituído por uma concepção completamente diferente de valoração das provas. Assim, o juiz não está mais vinculado a regras abstratas, devendo determinar o valor probatório de cada meio de prova específico mediante apreciação livre e discricionária. Tal apreciação deve ser realizada caso a caso, de acordo com standards flexíveis e critérios racionais. A ideia básica é a de que esse tipo de valoração conduz o juiz a descobrir a verdade empírica dos fatos em discussão, com base unicamente no apoio cognitivo e racional oferecido pelos elementos de prova disponíveis.

Diante disso, a indagação que se põe é a seguinte: seria possível compatibilizar, na perspectiva do plano de valoração de provas, e sob o manto do livre convencimento do juiz, os critérios de suficiência explanatória propostos pela IME e os standards probatórios? Em caso positivo, em que medida? As duas categorias são complementares ou

⁷⁵ TARUFFO, Michele (1943-). *Idem*, p. 130.

⁷⁶ *Idem*, p. 132-133.

excludentes? A IME, por si só, é capaz de fundamentar, na íntegra, a formação do juízo de fato?

Para Scarparo⁷⁷, a melhor explicação, a partir da aplicação do procedimento da IME, não acarreta uma explicação necessariamente suficiente. Para tanto, é necessário que a hipótese seja forte o suficiente para ser admitida, sendo que a força explanatória necessária para aceitação é condicionada por uma série de contingências.

O autor⁷⁸ afirma que, em um conjunto de explicações insatisfatórias, geralmente a melhor não é verdadeira, mas apenas a menos pior. Assim, é possível que o término da IME ocorra com a conclusão de que a melhor explicação é insatisfatória para um parâmetro de aceitabilidade dessa explicação, considerada a finalidade almejada. Estabelecer o critério geral de aceitabilidade é, portanto, também necessário para a viabilidade prática das decisões tomadas a partir da IME.

Assim, Scarparo⁷⁹ destaca que é preciso definir os diversos parâmetros de suficiência explanatória, consideradas as necessidades de um campo de aplicação da explicação, o que remonta ao tema dos standards probatórios. Nesse particular, é preciso identificar os critérios pertinentes, bem como fornecer ferramentas⁸⁰ para consideração da suficiência explanatória⁸⁰.

Segundo o autor⁸¹, saber qual será o uso e o escopo judiciário da explicação constitui um aspecto fundamental, porque os processos civil e penal determinam diferentes exigências na valoração da prova. Se a constatação do fato acarretar uma condenação penal, haverá o estabelecimento de um parâmetro mais rígido para a aceitabilidade, em correlação com a noção de *in dubio pro reo*. Quando, no entanto, a questão é

⁷⁷ SCARPARO, Eduardo. Idem, p. 49-72.

⁷⁸ Idem, p. 49-72.

⁷⁹ Idem, p. 49-72.

⁸⁰ Para autores como Lipton, a melhor forma de examinar a prova, tanto abstratamente quanto em casos concretos, é por meio da lógica explanatória. Lipton rechaça as teorias confirmatórias – como o Bayesianismo –, que apontam o quanto uma evidência torna *provável* a hipótese. Para o autor, as teorias explanatórias superam as confirmatórias, porque indicam o quanto uma hipótese *explica* a evidência. Ver LIPTON, Peter (1954-2007). Idem, p. 108 e seguintes.

⁸¹ SCARPARO, Eduardo. Idem, p. 49-72.

meramente patrimonial, o magistrado tem critérios de suficiência mais brandos.

Scarparo⁸² assevera que a explicação eleita para ser admitida como verdadeira em juízo precisa passar por um critério de suficiência explanatória que varia conforme as normas processuais. Assim, o autor defende que a IME, embora não forneça uma solução completa para a aplicação dos standards de prova, permite avanço substancial. Os standards probatórios cumprem dois papéis nas decisões judiciais pertinentes: o primeiro diz respeito à própria formação do juízo de fato; o segundo à justificação racional do julgado. Portanto, um maior poder explanatório deve ser exigido para a condenação penal, quando comparado à condenação cível, meramente patrimonial.

Para Scarparo⁸³, a avaliação da suficiência explanatória corresponde a um teste de validação da escolha conforme as circunstâncias de aplicação. Por isso, é uma atividade necessariamente posterior à eleição da melhor alternativa, localizando-se ao final do processo inferencial. É de se ressaltar, no entanto, que a decisão que supera a aceitabilidade da suficiência explanatória não tem vinculação com eventual juízo de certeza. Chegar ao fim do procedimento da IME quer dizer apenas que foi traçado caminho racional para escolher entre explicações em determinadas circunstâncias e sob condições práticas. Evidentemente, tudo poderá ser refeito e revisado se assim for necessário, conveniente, e admissível.

O autor sustenta⁸⁴ que conhecer a IME permite aperfeiçoar significativamente a racionalidade do julgamento, para preenchimento dos standards probatórios, nas práticas judiciárias. Da mesma forma, Dallagnol⁸⁵ entende que a aplicação da IME ao tema contribui com uma melhor comparação da qualidade da prova a um dado standard. Para tanto, inicia-se com a verificação de que o exame de suficiência

⁸² Idem, p. 49-72.

⁸³ Idem, p. 49-72.

⁸⁴ Idem, p. 49-72.

⁸⁵ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo (1980-). Idem, p. 137.

explanatória envolve a conciliação de modelos de avaliação da hipótese em si mesma (*introspectiva*), e, também, como decorrência de um ajuste entre as diversas explicações apresentadas e as condições de busca por explicações melhores (*em concorrência*).

Dessa forma, de acordo com Scarparo⁸⁶, quando se trata de avaliação introspectiva, está em jogo o valor da explicação em si mesma. A hipótese eleita deve elucidar as observações, e, se possível, esclarecer todas aquelas que são relevantes. É preciso ponderar, também, acerca do grau de confiança e precisão nos dados observados.

Em relação a outras explicações concorrentes, o autor⁸⁷ explica que há diferenças importantes nos valores explanatórios conforme as hipóteses aventadas para explicação se relacionaram ao longo da inferência. Para um maior poder explanatório, a explicação eleita deve ter ultrapassado substancialmente as alternativas anteriores. Se duas ou mais explicações antagônicas forem consistentes, a dúvida sobre o quanto qualquer delas é legítima será maior do que se apenas uma explicação apresentar boas razões. Quando há concorrentes significativos, percebe-se que provas contrárias a uma determinada hipótese podem ser favoráveis a outra. No ponto, a forma como se deu a rejeição de uma explicação rival é aspecto relevante para justificar a conclusão. Por isso, deve contribuir para estabelecer a suficiência explanatória a atividade de investigar como a explicação eleita ultrapassou as alternativas e o quanto é melhor que as hipóteses concorrentes.

Scarparo⁸⁸ prossegue sustentando que é preciso averiguar, também, o quão forte foi a busca de alternativas explanatórias. Esse critério é apropriado a partir da consideração de que a IME diz respeito a um processo de descoberta, e não apenas de justificação. A força e a legitimidade de uma justificação abductiva depende também da valoração

⁸⁶ SCARPARO, Eduardo. *Idem*, p. 49-72.

⁸⁷ *Idem*, p. 49-72.

⁸⁸ *Idem*, p. 49-72.

da qualidade da busca por explicações alternativas, e, em assim fazendo, na avaliação característica do processo de descoberta.

Finalmente, para o autor⁸⁹, quando, em juízo, a insuficiência explanatória de qualquer das versões apresentadas não significa necessariamente pouca produtividade da IME em aspectos decisórios. Se nenhuma das explicações para os dados forem admissíveis, decidir-se-á conforme dispuserem as regras distribuidoras de ônus probatórios. A realização da IME de modo efetivo pode servir, inclusive, como justificativa para a aplicação das regras de julgamento. Assim porque a necessidade de julgar a causa, ainda que sem provas suficientes, é uma decorrência da prática judiciária e do direito de acesso à justiça (*non liquet*). Para julgar por ônus probatórios, todavia, é conveniente que o processo de tomada de decisão seja bem estruturado, a ponto de permitir a consideração de que há uma insuficiência probatória justificante, como última alternativa, dos julgamentos por presunção.

Assim é que, como Scarparo, concorda-se que a IME pode fornecer maior segurança e racionalidade à formação do juízo de fato no processo, tanto civil quanto penal. Sabe-se que o exame das narrativas judiciais é tarefa árdua, e que nem sempre o julgador possui ferramentas eficientes e objetivas ao desempenhar esta função. Nessa perspectiva, a utilização da IME, com a ultrapassagem criteriosa de todo o seu procedimento, bem como a partir da análise minuciosa das virtudes explanatórias – coerência, consiliência, profundidade, simplicidade e falseabilidade – pode ser de efetivo auxílio ao julgador, a fim de determinar qual é a melhor explicação para os fatos controvertidos. Em outras palavras, a aplicação da IME, na formação do juízo de fato, traduz-se em instrumento epistêmico valioso, conferindo contornos mais racionais a tema tão sensível.

Nada obstante, os standards probatórios permanecem insubstituíveis, sendo certo que a conclusão acerca do juízo de fato não pode deles prescindir. É que, ao cabo, para além das narrativas processuais, o que realmente define quem sairá vencedor na demanda é a

⁸⁹ Idem, p. 49-72.

produção de provas robustas, e que atinjam, suficientemente, o modelo de constatação aplicável ao caso – preponderância de provas, prova clara e convincente, prova acima da dúvida razoável e prova incompatível com qualquer hipótese que não a da acusação. Isso porque, principalmente em causas criminais, não poderá o juiz considerar o réu culpado pela prática delitiva se a acusação não conseguir carrear aos autos elementos probatórios que demonstrem, acima de qualquer dúvida razoável, que o réu foi o autor do delito. No caso, de nada adiantaria uma narrativa processual idônea, e que ostente todas as virtudes explanatórias, se não houver prova robusta no mesmo sentido. Exemplo: Ministério Público Federal acusa réu da prática do delito de lavagem de capitais, trazendo aos autos, na petição inicial, explicação para os fatos coerente, consiliente, profunda e simples. Inclusive, réu confessa a prática delitiva em interrogatório. Entretanto, inexistente nenhum outro elemento que comprove tal condição – testemunhas, perícia, documentos, etc. Nesse caso, será impossível a prolação de juízo condenatório, mesmo que, sob o manto da IME, a narrativa processual apresentada pela acusação seja a melhor explicação para os fatos.

Por tudo isso, entende-se que os institutos não são excludentes, mas *complementares*. É perfeitamente possível – e até desejável – que as partes se valham tanto da IME quanto dos standards probatórios na formação do juízo de fato. Se assim ocorrer, certamente haverá maior racionalidade e segurança na valoração da prova, o que contribui para a concretização de valores relevantes para o Estado Democrático Constitucional, como o direito a um julgamento justo. Entretanto, pode-se apontar uma sutil diferença entre as duas categorias: a IME, por si só, não é capaz de fundamentar a formação do juízo de fato, mas os standards probatórios sim. Em outras palavras, a decisão judicial não será nula, por ausência de fundamentação, caso o juiz tenha utilizado outros critérios para a escolha da melhor explicação para os fatos. Todavia, caso tenha aplicado um standard probatório equivocadamente, ou mesmo deixado de aplicá-lo, haverá espaço para anulação da referida decisão.

Considerações Finais

De tudo o que foi exposto, pode-se dizer que um enfoque a partir do qual se pode submeter o livre convencimento a critérios de racionalidade e controle são os standards probatórios ou modelos de constatação do juízo de fato. Eles funcionam como critérios, por meio dos quais o juízo de fato é formalizado. Toda e qualquer decisão judicial que examinar questão fática deve explicitar, prévia e fundamentadamente, qual standard probatório será utilizado, submetendo-o, assim, ao contraditório. Assim, os standards probatórios são uma forma de viabilizar não um mecanismo de controle número-quantitativo, mas sim uma pauta ou critério à luz do qual o juízo de fato pode ser formado e submetido ao contraditório. São critérios distintos e separados, que o juiz pode utilizar para estabelecer uma conclusão.

A respeito das inferências lógicas, verifica-se que existem quatro espécies: dedução, indução, abdução/IME e analogia. Para fins deste trabalho, interessa a abdução ou inferência para melhor explicação (IME), na qual, como o próprio nome sugere, existe uma inferência para a *explicação* de um ou mais fatos.

Defende-se que a IME pode fornecer maior segurança e racionalidade à formação do juízo de fato no processo, tanto civil quanto penal. Nada obstante, os standards probatórios permanecem insubstituíveis, sendo certo que a conclusão acerca do juízo de fato não pode deles prescindir. Assim, entende-se que a IME e os standards probatórios não são excludentes, mas *complementares*. É *perfeitamente* possível – e até desejável – que as partes se valham tanto da IME quanto dos *standards* probatórios na formação do juízo de fato. Todavia, é certo que a IME, por si só, não é capaz de fundamentar a formação do juízo de fato, mas os standards probatórios sim.

Referências

- BREWER, Scott. Logocratic Method and The Analysis of Arguments in Evidence (2011). *Law, Probability and Risk*, v. 10, 2011.
- CLERMONT, Kevin M (1945-). *Standards of Decision in Law: Psychological and Logical Bases for the Standard of Proof, Here and Abroad* (2013). Durham: Carolina Academic Press, 2013.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo (1980-). *As Lógicas das Provas no Processo: Prova Direta, Indícios e Presunções* (2015). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- DAY, Timothy; KINCAID, Harold. Putting Inference to the Best Explanation in its Place (1994). *98 Synthese* 271, 1994.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e Verdade no Direito* (2002). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- GLASS, David H. Coherence Measures and Inference to the Best Explanation (2007). *Synthese*, vol. 157, no. 3, 2007, pp. 275–296.
- HOUAISS, Antônio (1915-1999); VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* (2001). Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- JOSEPHSON, John R. On the Proof Dynamics of Inference to the Best Explanation (2001). *22 Cardozo L. Rev.* 1621, 2001.
- KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário* (2007). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- LIPTON, Peter (1954-2007). *Inference to the Best Explanation* (1991). 2. ed. Abingdon: Routledge, 2004.
- MACCORMICK, Neil (1941-2009). *Retórica e o Estado de Direito* (2005). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACKONIS, Adolfas. Inference to The Best Explanation, Coherence and Other Explanatory Virtues (2013). *Synthese*, v. 190, 2013.

- PSILLOS, Stathis. *Scientific Realism: How Science Tracks Truth* (1999). London: Routledge, 1999.
- NOBILL, Massimo. *Il Principio del Libero Convincimento del Giudice* (1974). Milano: Giuffrè, 1974.
- PARDO, Michael S.; ALLEN, Ronald J. Juridical Proof and the Best Explanation (2008). *Law and Philosophy*, vol. 27, no. 3, 2008, pp. 223-268.
- REDMAYNE, Mike (1967-2015). Standards of Proof in Civil Litigation (1999). *The Modern Law Review*, vol. 62, no. 2, 1999, pp. 167-195.
- ROSITO, Francisco. A Prova e os Modelos de Constatação na Formação do Juízo de Fato (2006). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 157, p. 51-71, mar. 2008.
- SCARPARO, Eduardo. Inferência para Melhor Explicação (IME) e Persuasão Racional: Ferramentas e Critérios de Adequada Valoração Probatória (2020). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 300, p. 49-72, fev. 2020.
- TARUFFO, Michele (1943-). *A Prova* (2014). Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TARUFFO, Michele (1943-). *La Prova dei Fatti Giuridici: Nozioni Generali* (1992). Milano: Giuffrè, 1992.
- TARUFFO, Michele (1943-). *Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- THAGARD, Paul R (1950-). The Best Explanation: Criteria for Theory Choice (1978). *The Journal of Philosophy*, Vol. 75, No. 2. (Feb., 1978), pp. 76-92.
- VAN FRAASSEN, Bas (1941-). *Laws and Symmetry* (1989). Oxford: Oxford University, 1989.
- VOGEL, Jonathan. Inference to the Best Explanation (1998). In.: CRAIG, Edward (1942-). *Routledge Encyclopedia of Philosophy* (1998). London: Routledge, 1998, v. 4.

Argumento de autoridade: uma discussão ilustrada

Guilherme Stefan

1. Introdução

A psiquiatra brasileira Nise da Silveira, famosa pelo seu trabalho inovador com pacientes no Centro Psiquiátrico Pedro II, desenvolveu/utilizou metodologias terapêuticas através da arte (SILVEIRA, 2015). Seus pacientes, em regra com diagnósticos severos, eram estimulados a realizar principalmente pinturas e esculturas. Em plena década de 1940 a médica se negava a praticar lobotomias (procedimento comum no período) e acabou por se tornar senão a primeira, uma das profissionais responsáveis pela fundação terapia ocupacional no Brasil, permanecendo como chefe desse setor e realizando pesquisas por aproximadamente 40 anos.

Os "loucos" de Nise produziram grandes trabalhos. Suas pinturas e esculturas ganharam o apreço de críticos de arte famosos no período, sendo que várias delas foram expostas. A médica brasileira mantinha contato com o famoso psicanalista Carl Jung, outro grande interessado no estudo das imagens. Os pacientes de Nise, dado o perfil de seus diagnósticos, muitas vezes tinha dificuldades de se comunicar verbalmente. As imagens produzidas, no entanto, conforme observaram Nise e Jung, pareciam guardar similaridade com outras de diferentes locais do mundo. Assim, das imagens do inconsciente, emergiam mandalas e

outras formas comum a povos distintos, como relativos a mitologia greco-romana.

A apresentação inicial do trabalho de Nise da Silveira e de seus pacientes aponta para o fato de que poderia existir, no nível mais profundo e incontrolável de nossos seres, elos de comunicação que atravessam os tempos. Um certo conjunto de conhecimentos comuns que, mesmo em contextos distintos, permitem a comunicação. Se é assim com aqueles que sequer conseguiam manter alguma comunicação verbal, parece que de maneira muito mais evidente pode-se estabelecer entre os que se manifestam de forma escrita ou falada. Essas representações comuns, "conjunto de crenças e opiniões partilhadas que fundamentam a comunicação e autorizam a interação verbal" (CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2006, p. 215), permitem a comunicação do locutor e são o que Amossy (2008, p.125) chama de doxa (FILHO, p. 214).

A invenção retórica, composta tradicionalmente de suas três provas: ethos, pathos e logos¹, pretende mobilizar em busca da persuasão e, até mais do que isso, da adesão. O bom orador compreende o "consciente coletivo" e é capaz de articular o logos em função do pathos.

Nesse exercício comunicacional, por vezes até certo ponto teatral, tem-se entendido que não apenas o ethos apresentado, aquele cujas características podem ser vistas de imediato, influencia no resultado do empreendimento persuasivo. Ocorre que, como se percebeu nas imagens dos pacientes de Nise, parecem coexistir características prévias que atuam na dinâmica do ethos. Assim, através de uma análise ilustrada, poderia o ethos se manifestar por meio de uma credibilidade prévia, no que se refere a sua força persuasiva decorrente de argumentos de autoridade?

A questão colocada é possível principalmente à partir dos achados da Nova Retórica, com destaque para o trabalho de Chaïm Perelman e Lucy Olbrechts-Tyteca, que enriquecem as possibilidades de adesão através de

¹ Em síntese, o ethos está relacionado com as características do orador, enquanto o logos é associado com a carga discursiva e os argumentos, e o pathos é a ligação de cunho mais subjetiva com o auditório e as emoções relacionadas. Orador, argumento e auditório.

técnicas discursivas, e da retórica entendida desde outros estudos contemporâneos. A retórica clássica, centrada na figura de Aristóteles, conforme se observará adiante, está mais centrada na oralidade. Objetivo do trabalho aqui realizado é, dessa forma, compreender como se manifesta historicamente o ethos e a sua credibilidade, buscando-se, através de diversas ferramentas, perceber como e com que força a uma pré-credibilidade está relacionada com o ethos.

A relevância do estudo proposto está vinculada com a, ainda, incipiente discussão de como diferentes aspectos da retórica se concretizam na constituição da credibilidade (inclusive prévia) do orador. Isso é especialmente relevante no direito pois os atores do sistema de justiça fazem parte e exercem poder. As diferenças de estratégias retóricas que um advogado ou um juiz empregam para a defesa de suas teses está atrelada aos seus pathos, depende de um logos bem articulado, mas de nada adiantam sem que se tenha clareza de que ethos se está a mostrar e de onde ele parte.

No primeiro tópico se pretende estabelecer um apanhado geral da forma como o ethos é entedido tanto na retórica clássica quanto na retórica contemporânea. O enfoque será direcionado a como esse ethos carrega ou se utiliza de determinadas características em seus processos de persuasão e adesão. Aqui também deve aparecer a relação do ethos com a análise do discurso; essa, com o desenvolvimento dos estudos sobre a linguagem, é perspectiva capaz de amplificar significativamente a compreensão da argumentação jurídica e a validação de narrativas, bem como atribuir (ou não) credibilidade ao orador.

Na segunda parte do texto a ideia é utilizar alguns dados e categorias revisados no momento anterior para, em excertos de filmes e imagens, de conteúdo jurídico ou não, estabelecer relações sobre a retórica, o ethos e como a credibilidade, prévia ou não, ali se relacionam no intuito de fortalecer o esforço persuasivo em determinados discursos. Aqui também o argumento de autoridade (ATIENZA, 2008) deverá ser utilizado como vetor

de compreensão da força do ethos discursivo e pré-discursivo, no que se refere a credibilidade, tendo como ilustração trechos do filme *Vice* (2018).

O trabalho aqui realizado se trata de uma tentativa de enxergar temáticas aparentemente comuns mas que não costumam aparecer em um contexto mais integrado. Tratar de uma credibilidade prévia talvez permita uma percepção mais apurada de elementos que influem na força da argumentação retórica, elementos conscientes, racionais ou até mesmo dotados de uma racionalidade não tão autoevidente. As imagens do inconsciente dos pacientes de Nise da Silveira que dialogam com simbologias gregas parecem apontar para formas muito mais complexas da formação de juízos de valor, de ideias comuns, de como a retórica pode se orientar para algo mais que a simples lógica formal. É, ao fim, um trabalho filosófico com implicação nas relações cotidianas entre diferentes ethos e pathos, informados por um determinado logos. Sobre filosofar Michel Foucault traz uma provocação que também parece pertinente ao que se pretende desenvolver aqui:

Mas o que é filosofar hoje em dia — quero dizer, a atividade filosófica senão o trabalho crítico do pensamento sobre o próprio pensamento? Se não consistir em tentar saber de que maneira e até onde seria possível pensar diferentemente em vez de legitimar o que já se sabe? Existe sempre algo de irrisório no discurso filosófico quando ele quer, do exterior, fazer a lei para os outros, dizer-lhes onde está a sua verdade e de que maneira encontrá-la, ou quando pretende demonstrar-se por positividade ingênua; mas é seu direito explorar o que pode ser mudado, no seu próprio pensamento, através do exercício de um saber que lhe é estranho. (FOUCAULT, 1998, p.13)

Enfim, pensar sobre a forma de pensar e argumentar parece ser um bom caminho para uma compreensão de como nós mesmos definimos a credibilidade presente ou adquirida no ethos e pelo ethos.

2. Da retórica ao ethos: credibilidade e discurso

Atualmente, quando se fala em retórica, a primeira impressão que o interlocutor pode ter é de que se inicia um empreendimento argumentativo com fim em si e, certamente, descolado da realidade, disposto apenas a manipular ou enganar. É fato que existem argumentos, coloque-se assim, "mal intencionados", como é o caso das falácias. Para Manuel Atienza (2013, p. 116), por exemplo, os argumentos poderiam ser avaliados, ou entendidos, do ponto de vista formal como sendo válidos ou inválidos; do ponto de vista material podendo ser sólidos ou não; do ponto de vista pragmático podendo ser persuasivos ou não.

Ocorre que para além dessas categorias existem os argumentos "intermediários" que parecem bons, porém não são, as denominadas falácias. Quando alguém utiliza uma falácia, sabendo do mal argumento, com o propósito de enganar se tem um sofisma, enquanto que utilizando de boa-fé, sem saber do engano, tem-se um paralogismo. Ao concluir essas explicações o autor acrescenta que as falácias são geradas pelo que Bentham (1990) chama de interesses sinistros (que não podem ser declarados abertamente) e as dificuldade cognitivas de seres humanos (ATIENZA, 2013, p. 116).

A classificação recém mencionada, no entanto, só faz sentido em uma compreensão de retórica que não seja apenas de caráter exclusivamente lógico, ou seja, voltada a persuadir. As percepções de Atienza estão localizados em um contexto de argumentação mais complexo e atual. Assim, parece necessário organizar uma certa definição cronológica, ou ao menos entre a retórica clássica e a nova retórica, do que vem a ser a retórica, bem como o ethos se estabelece e define em termos de credibilidade. De antemão se deve ressaltar que na atualidade a retórica é muito mais uma prática argumentativa voltada à adesão do auditório pelo emprego do logos e do pathos do que simplesmente a persuasão.

Historicamente, a retórica é associada a figura de Aristóteles, considerado o pai da Teoria da Argumentação. É ele quem, na Grécia, aparece como o responsável da retórica em ciência, dadas as suas sistematizações (TRUBILHANO, 2013, p.23). Nesse período a argumentação está associada à oralidade. O contexto de desenvolvimento da democracia grega instiga o desenvolvimento de técnicas argumentativas que favoreçam o convencimento quanto às teses mais adequadas para o governo da pólis. Ressalta Trubilhano (2013, p. 25) que "a retórica estava comprometida com o contexto, com a realidade social, com a própria vida política, haja vista a florescência da democracia naquele período histórico". Ainda sobre a importância da retórica aduz Aristóteles (1998, p. 93):

Mas a retórica é útil porque a verdade e a justiça são por natureza mais fortes que os seus contrários. De sorte que, se os juízos não se fizerem como convém, a verdade e a justiça seguirão necessariamente vencidas pelos seus contrários e isso é digno de censura. Além disso, nem mesmo que tivéssemos a ciência mais exacta nos seria fácil persuadir com ela certos auditórios.

Na sua fase inicial, a retórica, como dito, está mais voltada pra a atividade política, de forma que "presta-se à necessidade de o cidadão expor suas ideias persuasivamente, fato que, no âmbito jurídico, desdobrou-se e ainda se desdobra na proteção e na defesa de seus interesses em conflitos judiciais" (TRUBILHANO, 2013, p. 26). Aristóteles, na estruturação do discurso retórico, efetua uma divisão:

Foi Aristóteles o responsável pela divisão coerente do discurso retórico em quatro partes, as quais devem ser observadas pelo orador na composição de seu discurso. Aristóteles nomeou cada uma das partes do discurso levando em consideração as fases trilhadas pelo orador na construção da persuasão discursiva. À primeira delas deu o nome de inventio, à segunda de dispositio, à terceira de elocutio e à quarta de actio. É importante mencionar, também, que os romanos acrescentaram a essas partes mais uma, a qual foi denominada de memoria. (TRUBILHANO, 2013, p. 27)

Por inventio se entende o material em se baseiam os argumentos e as teses, a dispositio é a forma como os argumentos são organizados dentro do sistema retórica e, basicamente, se trata de organizar os dados obtidos na inventio. A dispositio é composta do exordio, onde se busca a atenção do público e se apresenta o argumento de maneira sucinta; da narração, onde os fatos são narrados e orientados como uma ferramenta argumentativa; a argumentação, onde as teses são comparadas no intuito de estabelecer contrastes entre a proposta do orador e seu adversário; e, finalmente, a peroratio, que é o momento em que o orador faz uma reflexão e retoma os argumentos principais. A elocutio dá conta, basicamente, da adequação discursiva o argumento em uma perspectiva mais voltada a estética, escolhas linguísticas, por exemplo. Enfim temo a actio que consiste, após as etapas anteriores, na execução do discurso, sendo aqui relevantes as vestes do orador, sua entonação de voz e assim por diante, de forma que essa última etapa se dá apenas em discursos orais (TRUBILHANO, p. 27-31). Esse orador, com suas características próprias, apresenta um determinado ethos, uma forma de ser, expressar e argumentar.

Estabelecidos os preceitos gerais da retórica clássica é possível iniciar o mapeamento do ethos nesse período, bem como as noções de credibilidade a ele relacionadas. Eggs (2016) considera que na retórica clássica, dentre as três provas retóricas, o ethos poderia ser considerada a mais importante enquanto que Mariana Pini (2015, p. 84) entende que seria a mais empiricamente aferível. Assim, o ethos teria influência central no processo argumentativo, conforme Aristóteles:

Persuade-se pelo carácter quando o discurso é proferido de tal maneira que deixa a impressão de o orador ser digno de fé. Pois acreditamos mais e bem mais depressa em pessoas honestas, em todas as coisas em geral, mas sobretudo nas de que não há conhecimento exacto e que deixa margem para a dúvida. É, **porém, necessário que esta confiança seja resultado do discurso e não de uma opinião prévia sobre o carácter do orador**; pois não se deve considerar sem importância para a persuasão a probidade do que fala,

como aliás alguns autores dessa arte propõem, mas quase poderia se dizer que o carácter é o principal meio de persuasão. (ARISTÓTELES, 1998, p. 96).

Assim, para Aristóteles as características do ethos se davam no momento do discurso. Costuma-se dizer que o bom orador é dotado de um ethos que não apenas é bom, mas parece bom. Por isso quer se dizer que entre as características reais do orador e as demonstradas pelo ethos não necessariamente existe uma correlação, mas sim uma produção de imagem que facilite o convencimento. A ideia de honestidade vinculada ao caráter recebe importância, mas a chave de um ethos persuasivo está ligada à maneira como ele se apresenta no momento do exercício retórico. O ethos é particular, como também são particulares os auditórios. Nesse sentido Priscila Fiorindo (2012) relembra que para Aristóteles algumas características contribuiriam para a constituição de uma imagem positiva do orador, são elas: prudência, virtude e benevolência.

A prudência está ligada a percepção de que o orador pensa de maneira calculada, na boa decisão, em consonância com interesses que não são apenas seus, mas também da coletividade. A virtude está relacionada com a ideia de uma sabedoria prática, de uma disposição de caráter que pode ter origem natural, relacionada ao berço e a educação do orador, não sendo, portanto, digna de valorização meritória, ou então de uma virtude em si, da decorrente da prática contínua do agir bem. A benevolência está relacionada a uma adequação entre o ethos, o pathos e o logos, de forma que o orador seja capaz de perceber as sensações do pathos e, através do logos e do próprio ethos demonstrar uma relação de sincronia com o pathos (FIORINDO, 2012, p.3-4). Eggs (2016, p. 39), ao tratar do ethos moral aduz:

Cheguei, portanto, a uma conclusão "contraditória", mas simples: não se pode realizar o ethos moral sem realizar ao mesmo tempo o ethos neutro, objetivo ou estratégico. É preciso agir e argumentar estrategicamente para poder atingir a sobriedade moral do debate. Essas duas faces do ethos constituem,

portanto, dois elementos essenciais do mesmo procedimento: convencer pelo discurso.

A constituição da credibilidade no ethos aristotélico se dá, dessa forma, por um conjunto de fatores que vão desde características próprias do ethos, como as recém mencionadas, até a maneira como ele se pronunciar, organiza seus argumentos e se relaciona com o pathos. Essas demonstrações de si, pelo uso de expressões, palavras e arroubos dramáticos permite a construção de uma imagem do orador que pode ou não auxiliar na persuasão do auditório. Essa imagem deve conter elementos da personalidade/condição e do caráter do orador, portanto, elementos prévios que dialoguem com o auditório. Alguém que argumenta a favor da condenação de outro terá mais sucesso a medida que anteriormente não tiver cometido algum crime (sem que se coloque algum argumento maior) e tanto mais consiga se mostrar também uma pessoa vulnerável ao mal maior (não condenação do réu). A persuasão não se cria se o auditório não puder ver no orador o mesmo ethos que ele.

De acordo com Trubilhano existe um ethos discursivo, ou seja, "aquele construído concomitantemente à realização do discurso, com elementos verbais e não-verbais, linguísticos e extralinguísticos (2013, p. 35), e um ethos de que já se tem conhecimento, um ethos pré- discursivo "construído amiúde com base em discursos anteriores, os quais interferem na interpretação que o destinatário fará do novo discurso" (2013, p. 36). Esses ethos discursivos podem ser considerados elementos fundamentais na constituição da credibilidade do orador, na medida que, conforme observa Trubilhano (2013, p. 36) em menção a Ruth Amossy, eles já podem condicionar uma percepção prévia do auditório quanto ao orador:

O ethos discursivo mantém relação estreita com a imagem prévia que o auditório pode ter do orador ou, pelo menos, com a idéia que este faz do modo como seus alocutários o percebem. A representação da pessoa do locutor anterior a sua tomada de turno – às vezes denominada ethos prévio ou pré-discursivo – está freqüentemente no fundamento da imagem que ele constrói

em seu discurso: com efeito, ele tenta consolidá-la, retificá-la, retrabalhá-la ou atenuá-la. (AMOSSY, p. 221)

Concluindo a observação do ethos na retórica clássica, mais especificamente de uma pré-credibilidade discursiva, ou de uma credibilidade quanto ao ethos pré-discursivo, percebe-se que Aristóteles admite a importância da reputação prévia, como, por exemplo, o julgamento e a credibilidade que o auditório concede de antemão ao orador de acordo com o seu desempenho anterior. A questão da honra também merece destaque, uma vez que ela pressupõe um ethos honrado para a credibilidade da argumentação. O homem virtuoso só é virtuoso pois, embora sofra as influências dos demais, consegue sobrepujar essas influências. Cabe, no entanto, ressaltar que Aristóteles não fala de um ethos pré-discursivo em si e que, para ele, a formação da credibilidade se dá no momento da enunciação que, naquele período, era quase exclusivamente oral.

O modelo clássico de retórica vai se arrastando por vários séculos, começa a ser suplantada pelo modelo cartesiano, até que, por volta do século XIX, encontra dois inimigos que quase a exterminaram: "o positivismo, que rejeita a retórica em nome da verdade científica" e "o romantismo, que rejeita a retórica em nome da sinceridade" (REBOUL, 2004, p. 81).

O advento do racionalismo iluminista e a inspiração cartesiana foram se impondo como novo paradigma. A perspectiva algorítmica da verdade foi se hegemonzando, de forma que não havia espaço para dúvidas razoáveis ou padrões de resposta que diferissem do certo e do errado (REBOUL, 2004). Verdades intermediárias ou situações que nitidamente fugiam ao paradigma estavam sob constante tentativa de enquadramento em um padrão lógico-matemático de correição. Já no século XX as rachaduras nessa muralha foram surgindo conforme foram se complexificando as relações sociais, de forma que perguntas simples em áreas diversas foram se tornando de impossível resposta sem uma ampliação de horizontes. A ocorrência de grandes guerras, por exemplo, demandou soluções e

posições a nível mundial para garantia de direitos humanos básicos. Problemas como a desigualdade social e suas consequências dramáticas em escala global empurraram governos a aprovarem legislações de caráter protetivo aos trabalhadores, algo praticamente impensável em um período de cerca de cem anos antes. É nesse conturbado cenário que, no final da década de 1950 e início da década de 1960, começa a se fundamentar a Nova Retórica, com destaque especial para o "Tratado da Argumentação: a nova retórica", obra de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2005).

Olivier Reboul (2004) defende que foram diversas retóricas a emergir nesse período. Uma retórica da imagem aparece com grande força, destacando-se o trabalho de Roland Barthes, de forma que, para Reboul, "o que se pode dizer é que, se é imprópria para produzir argumentação, a imagem é porém notável para amplificar o ethos e o pathos" (REBOUL, 2004, p. 83). Já a retórica da propaganda e da publicidade podem ser consideradas criações do século XX e estão vinculadas ao fenômeno da massificação. O autor também estabelece considerações sobre que ele chama de "nova retórica contra Nova Retórica", considerando que a obra de Perelman e Olbrechts-Tyteca seria "em suma, uma retórica centrada na invenção, e não na elocução" (REBOUL, 2004, p. 89), estando em oposição a retórica literária. Essas retóricas seriam exemplo de como a retórica moderna é estudada de formas distintas, fragmentada, uma vez que, para Reboul (2004, p. 82)

Finalmente, e mais importante, a retórica moderna é uma retórica estilhaçada, fragmentada em estudos distintos. Distintos não só pelo objeto, mas pela própria definição que dão para a palavra "retórica", de tal modo que cabe perguntar se esse termo ainda tem algum sentido preciso. Esse estilhaçamento, que afeta, aliás, a arte e a filosofia, é um dos grandes sinais da nossa cultura, índice de que ela está bem viva, pois é a vida que estilhaça as formas rígidas. Mas que também de que, como acontece com tudo que é vivo, há o risco de morrer.

Não é necessário realizar um grande aprofundamento na história do século XX, especialmente na sua segunda metade, para compreender a

importância e a força da credibilidade. É o tempo da Guerra Fria, de grandes figuras políticas e do aprofundamento de questões que colocaram na mesa novas demandas por justiça, sendo um exemplo o direito ambiental. Aqui, como na antiga Grécia, os cidadãos, agora um grupo muitíssimo maior, precisam dar conta de suas próprias democracias. Nesse sentido talvez a retomada da retórica tenha sido essencial, mesmo que, como no caso da imagem, talvez não fosse tão óbvio que o que se estava a fazer era retórica. A propósito, Trubilhano (2013, p. 42) relembra que Perelman traz uma definição de retórica que se encaixa perfeitamente nas demandas provenientes desse cenário: “A retórica [...] difere da lógica pelo fato de se ocupar não com a verdade abstrata, categórica ou hipotética, mas com a adesão” (PERELMAN, 2004, p. 70). A adesão passa a ser um vetor central da retórica, algo que vai para além da simples persuasão da retórica clássica e que é bastante eficaz nos processos políticos, jurídicos e sociais que se desenrolaram nas últimas décadas. Para Trubilhano (2013, p. 48) “o regime democrático, portanto, presta-se tanto ao direito quanto à retórica”, sendo que

A bem dizer, a retórica consiste em ferramenta discursiva cujo propósito é a persuasão pelo contato de espíritos, afastando-se da força bruta, da irascibilidade e da irracionalidade. Aplicada ao mundo jurídico e, especificamente, ao direito processual, funda a estrutura básica do devido processo legal (due process of law), ou seja, o debate de teses, o contraditório, a ampla defesa, a produção de provas, o acesso à jurisdição. (TRUBILHANO, p.49)

A Nova Retórica de Perelman e Olbrechts-Tyteca se caracteriza por retomar a dialética da retórica clássica, de forma que o raciocínio cartesiano de que apenas premissas puramente verdadeiras podem ser aceitas é colocado em questão, uma vez que existem premissas que podem não ser totalmente verdadeiras ou falsas. Para esses autores existiriam os raciocínios demonstrativo-analíticos que estariam mais vinculados a premissas e verdades não discutíveis, como aqueles decorrentes da matemática, e que, por isso, também não teriam um auditório específico,

e os raciocínios dialético-argumentativos, que não se prestam a premissas e conclusões necessariamente verdadeiras, mas que tem um auditório definido pois a sua valoração poderá variar entre públicos distintos. Ao raciocínio dialético-argumentativo é atribuída a persuasão para além da razão e da instrução, com o deleitamento, o arrebatamento do auditório, bem como a imagem do orador (ethos) e as paixões (pathos) despertadas no auditório (TRUBILHANO, 2013). Para Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p. 1) essas modalidades de raciocínio não se excluem:

A publicação de um tratado consagrado à argumentação e sua vinculação a uma velha tradição, a da retórica e da dialética gregas, *constituem uma ruptura com uma concepção da razão e do raciocínio, oriunda de Descartes*, que marcou com seu cunho a filosofia ocidental dos três últimos séculos. [...] A própria natureza da deliberação e da argumentação se opõe à necessidade e à evidência, pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência. O campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo. (grifos do autor)

Resta assim bastante evidente que a Nova Retórica reposicionou a importância do ethos na retórica. Ela permitiu que a dialogicidade abrisse caminho para o orador conquistar o auditório, para supor e expandir suas possibilidades argumentativas. Ocorre, no entanto, que outros autores contemporâneos, em certa medida dentro da ideia das retóricas fragmentadas, tem contribuído significativamente para uma compreensão do ethos para além dos elementos tradicionais, como é o caso, por exemplo, da análise do discurso. Esses estudos, vinculados também com estudos de imagens, tem potencializado a percepção da credibilidade do ethos, seja discursivo ou, até mesmo pré-discursivo.

Se sabe que Maria Bethânia é irmã de Caetano e que Caetano canta bem. Dominique Mainguenu (2015) identifica que, embora a enunciação seja ponto fundamental do ethos, não se pode ignorar as representações que o público tem do enunciador antes mesmo que ele fale (ou escreva), e então propõe a distinção entre o ethos discursivo e pré-discursivo. Quando

lemos um texto de um autor desconhecido não dispomos de uma representação prévia do ethos, mas, quando temos uma celebridade, por exemplo, geralmente ela está relacionada a um ethos não discursivo, que pode ou não ser comprovado por uma enunciação. Fiorindo (2012), ao discutir a configuração do esquema do ethos em Mainguenau reitera que o ethos efetivo é composto de "múltiplos fatores associados entre si" da seguinte forma:

[...] o **ethos compõe-se** de duas partes: o ethos pré-discursivo e o ethos discursivo. Essas duas categorias relacionam-se mutuamente a partir do momento em que o ethos pré-discursivo pode ou não ser confirmado pelo ethos discursivo.

O **ethos pré-discursivo** se refere à imagem que o coenunciador constrói do enunciador, antes mesmo que este pronuncie algo.

O **ethos discursivo** engloba o ethos dito e o ethos mostrado. O primeiro (ethos dito), é criado através das referências diretas do enunciador; enquanto o ethos mostrado está no domínio do não explícito, da imagem que não está diretamente representada no texto, mas é construída pelas pistas que o enunciador oferece ao coenunciador, no momento discursivo. Dessa forma, o ethos dito e o ethos mostrado relacionam-se mutuamente já que não há uma linha clara de separação entre o explicitado e o não explicitado.

Na base do esquema estão os estereótipos, através dos quais o coenunciador utiliza-se de representações culturais fixas, de modelos pré-construídos para atribuir características ao enunciador. (FIORINDO, p.5)

Dessa forma o ethos é colocado dentro do discurso. Paralelos podem ser realizados entre a credibilidade e diferentes tipos de ethos. Um texto inédito escrito por J.K. Rowling, em se comparando um ethos pré-discursivo e uma pré-credibilidade, teria enorme apelo em um pathos aficionado por Harry Potter. Esse exemplo sutil valeria também para situações mais complicadas como, por exemplo, o que se espera e quais os impactos do voto de um Ministro do Supremo Tribunal Federal. A relação entre esses ethos prévios é muito potente no que se refere a uma credibilidade concedida antes mesmo que o discurso seja apresentado, ao menos no que se refere a personalidades públicas ou celebridades. Nesse sentido, no entanto, até mesmo instituições poderiam ser dotadas de uma

credibilidade pré-discursiva, entendendo-se o discurso de uma forma um pouco mais abrangente. Talvez aqui seja o ponto de inflexão, ou seja, o quanto um acúmulo de credibilidade prévia pode influenciar inclusive no cotidiano das instituições ou nas imagens que as pessoas tem delas. O texto de J.K. Rowling, depois de lido, pode dar força a um nono filme da série Harry Potter e apenas aumentar a credibilidade da autora, ou pode ser péssimo e gerar nostalgia. O voto do Ministro pode confirmar as expectativas, ou pode ser apenas uma frustração, mas nesse caso, em qualquer dos cenários, o efeito da argumentação será sentido em função da força que um servidor público recebe pelo cargo que ocupa.

Assim, desde uma ideia de retórica que leve em conta elementos clássicos, como é o caso do ethos em si, prévio ou não, ou de estudos contemporâneos que apontem uma retórica direcionada a adesão, discursivamente apresentada ou, até mesmo extradiscursivamente, no próximo tópico as relações entre ethos e credibilidade serão observados em diferentes contextos, buscando-se encontrar como, por exemplo, a credibilidade prévia do ethos está presente no cotidiano da vida social de maneira mais ampla, com enfoque especial em casos relacionados com ao direito e ao sistema de justiça.

3. Ethos em imagens: autoridade e credibilidade

Em uma audiência referente a um processo de destituição do poder parental instaura-se uma discussão entre promotor e a defensora pública. O debate está centrado na capacidade dos genitores manterem seu status legal, uma vez que eram acusados de dispensar cuidados precários aos filhos. A defensora apresentou provas de que ambos trabalhavam e que estariam em plenas condições de dar a criação esperada aos seus filhos. O promotor insistiu no fato de que as crianças teriam ficado significativo período sem ir à escola e, de acordo com o Conselho Tutelar, andavam malvestidas e sujas. Encerrada a audiência. Alguns dias depois é disponibilizada a sentença. O juiz decidiu pela manutenção do poder

parental dos genitores. Essa pequena narração permite imaginar de imediato todo ambiente da sala de audiências, realizar um breve juízo de valor sobre a postura dos pais, pensar sobre o papel do promotor e da defensora e, por óbvio, no poder exercido pelo juiz ao definir como seria a configuração daquela família dali em diante. Esse poder está relacionado com o que Atienza (2008) denomina de autoridade prática, de fato, que decorre da aplicação da lei e está dentro de um sistema maior que lhe confere legitimidade.

É fato que o direito, conforme o próprio Atienza (2008) refere, é uma prática autoritária. Nesse sentido, por óbvio, também argumentos de autoridade são utilizados constantemente. Assim, para compreender o conceito de autoridade, de caráter relacional, seria necessário defini-la em termos do conjunto autoridade teórica e autoridade prática. "*Cuando la relación versa sobre creencias, se habla de autoridad teórica; si es sobre acciones o decisiones, de autoridad práctica*"² (ATIENZA, 2008, p. 157), porém nem sempre essas duas formas de autoridade andam juntas. Um famoso doutrinador é uma grande autoridade teórica, mas, *stricto sensu*, não é dotado de uma grande autoridade prática. Inversamente, o juiz pode não ser um expert em determinada área, mas tem autoridade prática. Atienza (2008) estabelece que deve haver um determinado nível de crença racional daquele que se subordina com relação a outro para que a autoridade se constitua. Existe ainda, no âmbito da autoridade prática, aquela que é de fato e a que é legítima, diferenciadas pela presença ou não de poder. A autoridade legítima estaria associada entre o sujeito querer ter poder e receber reconhecimento daqueles que se submetem. Assim:

Una primera dificultad que plantea ese concepto es que no parece posible distinguir (o distinguir con claridad) la autoridad práctica de facto y la autoridad práctica legítima. Y no es posible porque la primera noción parece presuponer la segunda, esto es, tener autoridad no es lo mismo que tener poder, de manera que la autoridad efectiva implica (de alguna manera) la

² "Quando o relacionamento é sobre crenças, fala-se de autoridade teórica; se for sobre ações ou decisões, de autoridade prática." (Tradução livre)

pretensión de legitimidad por parte de quien la ejerce y el reconocimiento de esa legitimidad por los sometidos a ella; el ejercicio de la autoridad no es incompatible con el uso de sanciones, pero la razón por la cual se siguen las directivas de la autoridad no puede ser simplemente el temor a la sanción. ¿Qué significa entonces "autoridad práctica legítima"? Juan Carlos Bayón entiende que la "concepción estándar" de la autoridad legítima (se sobreentiende que práctica) consta de dos elementos: la aceptación del derecho a mandar y del deber correlativo de obedecer; y la creencia en la justificación de la postergación del juicio propio. (ATIENZA, 2008, p. 159)³

O desenho do conceito de autoridade estudado até aqui, no entanto, impõe dificuldades. A principal delas é o que Atienza (2008) trata como paradoxo de autoridade, ou seja, a contradição que enfrenta o indivíduo que submete a outras decisões de caráter moral que, pela razão prática, caberiam apenas a ele mesmo. Na resposta desse paradoxo reside o aparato argumentativo que legitima o argumento de autoridade presente no direito. Atienza (2008) discute uma série de teorias mas, em linha gerais, entende que a autoridade teria algum sentido racional desde que a serviço da própria razão e que decidisse sobre aspectos que os subordinados não teriam condições de decidir; e que a autoridade estaria racionalmente justificada desde que servisse para a realização da própria democracia, uma vez que nesse regime político as chances da autoridade ser legítima seriam maiores. Assim, para o autor:

En definitiva, la perspectiva argumentativa es esencial para comprender el funcionamiento de nuestros Derechos y para actuar con sentido en los mismos. El argumento de autoridad es, a su vez, un ingrediente fundamental de la argumentación jurídica, pero su manejo puede revestir una considerable complejidad, no excluye el ejercicio de la crítica y exige tanto imaginación

³ "Uma primeira dificuldade levantada por esse conceito é que não parece possível distinguir (ou distinguir claramente) a autoridade prática de fato e a autoridade prática legítima. E isso não é possível porque a primeira noção parece pressupor a segunda, ou seja, ter autoridade não é o mesmo que ter poder, de modo que uma autoridade efetiva implica (de alguma forma) a reivindicação de legitimidade por parte da pessoa que a exerce e o reconhecimento dessa legitimidade pelos sujeitos a ela; o exercício da autoridade não é incompatível com o uso de sanções, mas a razão pela qual as diretrizes da autoridade são seguidas não pode ser simplesmente o medo de sanção. O que significa "autoridade prática legítima", então? Juan Carlos Bayón entende que a "concepção standard" da autoridade legítima (entende-se que a prática) consiste em dois elementos: a aceitação do direito de comandar e a correspondente obrigação de obedecer; e a crença na justificação do adiamento do próprio julgamento." (Tradução livre)

(imaginación jurídica) como auto- restricción: el reconocimiento de que la racionalidad jurídica - como todas las racionalidades- es también una cuestión de límites. (ATIENZA, 2008, p. 178)⁴

O apanhado geral sobre a ideia de autoridade, seja como argumento, seja como manifestação de poder, é extremamente valioso para compreender a força da decisão judicial sobre a tutela das crianças. Essa gramática de funcionamento, no entanto, é muito mais complexa. Para o que se pretende nesse artigo, no entanto, é interessante a compreensão de que existe um argumento de autoridade que é difundido amplamente na dinâmica social, não escapando disso o direito. Esse argumento de autoridade está muito relacionado as próprias funções que os agentes ocupam, atua na constituição de um ethos pré-discursivo, gera uma pré-credibilidade. Daqui em diante, com a utilização de trechos de filmes, discursos e imagens (BAUER; GASKELL, 2002) serão abordados alguns casos em que essas relações podem ser observadas.

O cargo de Vice-Presidente costuma ser tratado como de segunda importância, até mesmo "decorativo", como mencionou o ex-Presidente brasileiro Michel Temer. É bastante provável que, de fato, essa percepção seja observável na realidade do Brasil ou, como pode ser visto na série cômica *Veep* (2012-2019), do Estados Unidos. Essa falta de poder ou condição secundária não afetou, no entanto, a trajetória do ex-Vice-Presidente norte-americano Dick Cheney. No filme *Vice* (2018), multipremiado, pode-se observar a partir de uma narrativa biográfica baseada em fatos reais, mesclando imagens reais e ficcionais, como um americano comum que poderia ser considerado em sua juventude um cidadão de segunda linha pelo envolvimento com álcool e falta de responsabilidade, ascende até chegar ao segundo lugar na linha sucessória dos Estados Unidos. O filme em si possibilitaria uma série de análises

⁴ "Em suma, a perspectiva argumentativa é essencial para entender a operação de nossos Direitos e agir de maneira significativa neles. O argumento da autoridade é, por sua vez, um ingrediente fundamental da argumentação jurídica, mas seu manuseio pode ser de complexidade considerável, não exclui o exercício de críticas e requer imaginação (imaginação legal) e auto-restrição: o reconhecimento de que a racionalidade legal - como todos os racionais - também é uma questão de limites." (Tradução livre)

sobre como a personagem raciocina, argumenta (geralmente pelo silêncio) e como sua trajetória pode ser observada desde uma perspectiva extremamente racional. Aqui, porém, interessam de maneira especial alguns momentos da vida de Cheney (interpretado por Adam McKay) que demonstram a atuação de um ethos racional que alcança grande credibilidade e autoridade pelo domínio de uma retórica bastante particular, ainda que ele mesmo pudesse ser considerado medíocre, algo que os americanos poderiam chamar de *loser*.

No filme, logo após o caso Watergate e renúncia do Presidente Richard Nixon assume o governo do Estados Unidos o Vice-Presidente Gerald Ford. No conturbado cenário e por uma série de artimanhas Donald Rumsfeld e Dick Cheney, que até ali estavam em espaços políticos distantes do poder central, conseguem se tornar Secretário de Defesa e Chefe de Gabinete (1975-1977). "É aqui que o Papai Noel mora?", pergunta uma das filhas de Cheney sobre o gabinete na Casa Branca, ao que ele responde "É ainda melhor. Ainda melhor. Este é o lugar onde o líder da maior nação da terra mora". Cheney, percebendo a turbulência viu uma oportunidade e resolveu descobrir quanto poder o Presidente efetivamente tinha, para isso ele visita um jovem advogado do Departamento de Justiça, Antonin Scalia (interpretado por Sam Massaro), que depois se tornará juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Dick Cheney: Gostaria de reestabelecer a autoridade executiva... agora.

Antonin Scalia: Interessante que tenha perguntado. Está familiarizado com a Teoria do Executivo Unitário?

Dick Cheney: Não, fale sobre ela.

Antonin Scalia: Há uma interpretação que poucos, como eu, acreditam de que o artigo 2 da Constituição investe o Presidente com autoridade executiva absoluta.

E é absoluta mesmo.

É evidente que não se pode saber se os diálogos ocorreram nesses termos, mas é fato que o futuro juiz Scalia defendia a Teoria do Executivo Unitário e é também fato que ela foi extremamente útil a Cheney, como

será visto mais adiante. Antes disso é preciso compreender um pouco melhor a Teoria do Executivo Unitário. Uma imagem do filme ajuda a na ilustração dessa temática.

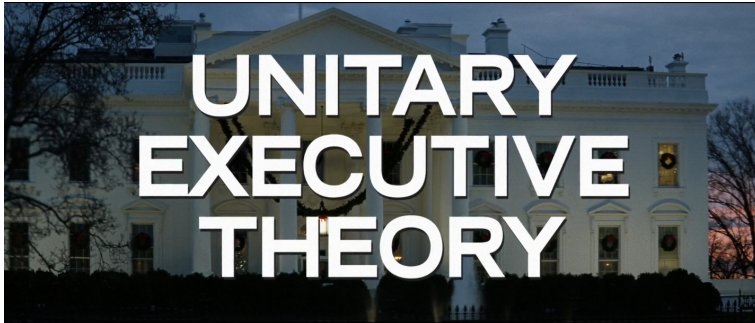


Imagem 1: Vice (00:34:21) "Teoria do Executivo Unitário"

Todo poder emana da Casa Branca. Essa poderia ser uma associação a ser feita desde o nível iconológico, de mais alta abstração, em uma análise imagética na perspectiva do Método Documentário aprimorado por Ralf Bohnsack (2007, 2010). A composição de letras que acompanham o tamanho do imóvel e a opção por uma tipologia em caixa alta e chapada fortalecem o argumento de força do Executivo. O método documentário é composto de três níveis de análise: nível pré-iconográfico (simples percepção dos elementos da imagem), nível iconográfico (definição objetiva, de que se tratam os elementos da imagem) e iconológico (grau de maior abstração, onde o intérprete procura significados implícitos à imagem, com base no que está explícito). Aqui se optou por apresentar apenas o nível iconológico em função da necessidade de sintetização da exposição, mas, por exemplo, no nível pré-iconográfico se identificam elementos textuais e o que parece ser uma casa, já no nível iconográfico se compreende que é a Casa Branca, sede do governo dos Estados Unidos, e que as letras formam uma "Teoria do Executivo Unitário".

Em Vice a Teoria do Executivo Unitária é explicada como sendo uma interpretação do segundo artigo da Constituição norte-americana que, em linhas gerais, permitiria que o Presidente tomasse qualquer decisão apenas por ser presidente. Esse tipo de instrumentalização garantiria ao chefe do

executivo poderes imperiais, suas medidas estariam respaldadas pelo seu cargo sem que pudessem ser contestadas, naquela que era, ao menos naquele período, considerada a maior democracia do mundo. É uma teoria jurídica que fundamenta um argumento de autoridade supremo a um orador que precisa exclusivamente ser presidente, independentemente de qualquer outro elemento de credibilidade, suas virtudes ou caráter. É o argumento de autoridade do direito fundamentando uma autoridade política em tese legitimada por um sistema democrático. Seria difícil compreender esse tipo de argumento na lógica estabelecida por Atienza (2008). Por outro lado, observando-se Mainguenau (2015), o ethos prévio, ou pré-discursivo ser presidente, parece bem delineado como condição de pré-credibilidade estabelecida para justificar todas suas decisões posteriores. Ainda no que se refere a Teoria do Executivo Unitário, embora não se possa estabelecer um consenso sobre o assunto, é importante destacar que para Pierce (2009) ela é compreendida como restrita aos atos do próprio poder executivo, não tendo assim a amplitude apresentada no filme e sendo historicamente observável nas figuras presidenciais dos Estados Unidos (PIERCE, 2009). De acordo com esse autor existe um mau cheiro sobre a teoria em função do governo Bush que, para Pierce, não estavam relacionadas com essa teoria. Para ele a definição mais adequada sobre essa dela seria:

The real unitary executive theory does not imply that the President has powers greater than the powers of Congress or the Judiciary. It refers to the belief of many scholars that the Vesting Clause of Article II confers on the President plenary power over policy making by all Executive Branch agencies and officials. (PIERCE, 2009, p. 3)⁵

As coisas mudam de rumo quando Gerald Ford perde a eleição para Jimmy Carter. Cheney disputa eleições, torna-se congressista graças a

⁵ “A teoria executiva unitário real não implica que o Presidente tenha poderes maiores que os poderes do Congresso ou do Judiciário. Refere-se à crença de muitos estudiosos de que a Cláusula de Aquisição do Artigo II confere ao Presidente o poder plenário sobre a formulação de políticas por todas as agências e funcionários do Poder Executivo.” (Tradução livre)

ajuda de sua esposa Lynne Cheney (interpretada por Amy Adams) e aumenta sua influência, tornando-se Secretário de Defesa de George H. W. Bush (1989-1993). Após a chegada de Bill Clinton ao poder, Cheney se afasta da política e passa a ser CEO de uma empresa privada. Eis que na controversa eleição presidencial de 2000, George W. Bush convida Cheney para a Vice-Presidência, uma vez que precisava de um parceiro de chapa com mais experiência política. De acordo com o que é narrado no filme Dick não aceita a oferta de imediato, mas sim a tarefa de encontrar o Vice. Nesse processo Cheney recebe uma ligação de David Addington, seu conselheiro legal e um entusiasta da Teoria do Executivo Unitário:

Dick Cheney: David. Ideias?

David Addington: Uma. Grande.

Então a Vice-Presidência faz parte do Poder Executivo e como o Vice desempata no Senado também é parte do Legislativo, certo?

Dick Cheney: Certo.

David Addington: Isso significa que o Vice também não é parte do Executivo ou do Legislativo.

Dick Cheney: Então pode-se dizer que nenhum dos poderes tem supervisão do Vice?

David Addington: Não apenas alguém pode dizer, eu estou dizendo.

Dick Cheney: Brillhante, David.

David Addington: Não é?

Cheney havia encontrado um vácuo de poder imenso, mas, de acordo com a narrativa do filme, o Vice ainda tinha um valor simbólico. Dick volta a conversar com Bush e, para que aceitasse o cargo coloca algumas condições. Uma vez no governo ele assumiria o "trabalho mundano", supervisionaria a burocracia, gerenciaria os militares, cuidaria da energia e política externa. Bush aceita a proposta. Cheney inverte o estereótipo do Vice.



Imagem 2 - Cheney (esquerda) e Bush (direita) caminham em uma fazenda (01:02:05)

Ao caminharem na fazenda de Bush, imagem 2, o ex-Presidente norte-americano fala que a comprou para se distanciar de Yale e Harvard e se tornar um "homem do povo" para a eleição. Essa imagem, em um nível iconológico, permite observar como a publicidade se relaciona com o ethos na publicidade (MAINGUENAU, 2015). Aqui o ethos está sendo criado de maneira direcionada a um determinado grupo para que uma eleição possa ser ganha. Esse eleitor não está interessado no imaginário cosmopolita, mas sim do homem simples, do campo, do povo, mesmo que ele seja filho de um ex-Presidente. O pathos também compõe esse cenário. O campo, bucólico, contra a metrópole caótica. Em 2000 Bush e Cheney ganham as eleições nos Estados Unidos com uma margem apertada. Cheney reúne um time de articuladores e se expande pelo governo, coordenando ou tendo acesso a áreas sensíveis. Em 11 de setembro de 2001 ocorrem os atentados terroristas que marcam a história dos EUA, que iniciam a invasão no Afeganistão. Cheney, de acordo com a narrativa do filme, encontra algo mais poderoso que os mísseis ou armas que estavam sendo utilizados. No Escritório de Consultoria Legal (*Office of Legal Counsel*), em uma reunião a distância, ocorre a seguinte discussão:

(Não identificado): Senhor Vice-Presidente, este é John Yoo.

John Yoo: É um prazer conhecê-lo, Sr. Vice-Presidente.

(Não identificado): David (Addington) me disse que o senhor está procurando por autoridade executiva.

Dick Cheney: Uhum.

(Não identificado): John é definitivamente o cara certo.

Dick Cheney: A guerra que estamos lutando vai demandar recursos e habilidades que a atual interpretação da lei impede.

David Addington: O Vice-Presidente acredita que é dever do comandante em chefe proteger a nação. E que nenhuma outra obrigação, com o Congresso ou Tratados existentes prevalece sobre esse dever. Como se sente em relação a essa afirmação?

John Yoo: Concordo plenamente.



Imagem 3 – Cena de jantar fictício (1:28:35)

Do encontro narrado acima seguiu-se uma série de atropelos a leis e tratados internacionais. Graças a opinião legal de Jon Yoo foram monitorados e-mail, telefonemas e mensagens sem autorização, além de um memorando sobre tortura. Na cena ilustrada pela imagem acima, Cheney e alguns integrantes do seu círculo mais próximo são atendidos por um garçom que lhes oferece um vasto cardápio repleto de formas de violar a lei: "Combatente Inimigo", pelo qual uma pessoa não é prisioneira de guerra ou uma criminosa, o que não dá a elas uma proteção sob a lei; "Rendição Extraordinária", em que suspeitos são sequestrados sem registro em solo estrangeiro e levados para prisões estrangeiras em países que torturam; "Baía de Guantánamo", que é muito complicado, mas permite que se opere fora do alcance do devido processo de terras que não são tecnicamente território americano, mas que estão sob o nosso controle; uma fresca e deliciosa interpretação da "Lei dos Poderes de Guerra", que dá ao ramo executivo amplos poderes, para atacar nações ou povos que possivelmente sejam uma ameaça. Segue o garçom: Temos o fato de que, sob a Teoria do Executivo Unitário, se o presidente fizer qualquer coisa, precisa ser legal. O que, é claro, significa que pode fazer o

que quiser. Então, cavalheiros, qual vocês querem? "Nós queremos todos", responde Dick. A metáfora imagética diz muito sobre eventos que se sucedem, como a guerra no Iraque. Um Presidente popular, um Vice poderoso. Dois ethos que, pelo direito, exerceram poder.

4 Considerações finais

Inconsciente. Consciente. Desse pequeno jogo dicotômico se pretendeu estabelecer uma base comum para compreensão da retórica centrada em uma pessoa que, com o seu ethos, possui uma credibilidade prévia, ou não, e em quem medida essa credibilidade tem força persuasiva efetiva. A credibilidade estaria baseada em uma percepção compartilhada do pathos sobre as características de determinado ethos sem que, necessariamente, ele já tivesse expressado um logos.

Na primeira parte do trabalho se observou que, desde a retórica clássica, o ethos possui determinadas características próprias que atuam em sua relação com o auditório. A forma como o sujeito age, os gestos e o corpo são elementos que valoram a performance discursiva no período Aristotélico e, embora não se possa falar necessariamente de um ethos prévio, é admitida a vinculação entre o desempenho anterior do orador em questões similares e a força de sua persuasão em um pathos posterior.

Com a Nova Retórica a preocupação com a adesão é aumentada e o ethos reposicionado, percebendo-se a influência de uma credibilidade prévia em um orador que precisa trabalhar com sistemas argumentativos que não estejam embasados apenas em verdades absolutas. Outras perspectivas retóricas contemporâneas reforçam o papel da imagem e do discurso, que permitem uma expansão significativa do ethos, ao mesmo tempo que condicionam sua atuação a determinados grupos ou contextos. O ethos prévio está fortemente baseado em estereótipos e tem sua credibilidade anterior relacionada a eles, o que, por outro lado, não impede a construção de ethos prévios que atendam às necessidades do orador.

Na segunda parte a questão da credibilidade é trabalhada desde a perspectiva de um ethos fundamentado na autoridade. Essa autoridade, teórica ou fática, legítima ou não, é exercida no cotidiano dos tribunais. Para além disso, especialmente no caso do argumento de autoridade no direito, é perceptível que ela atua para fora do âmbito jurídico. Nos trechos analisados de Vice se observou como o ethos pode exercer autoridade em escala local ou global desde construções prévias. O ethos vencedor atua justificado pela lei que o antecede, não precisando se preocupar com nada além do próprio poder.

Enfim, a força persuasiva do ethos se exerce previamente impacto em seu pathos. Não apenas as características pessoais, mas também aquelas que o orador apresenta antes do discurso, seja dito ou não. A credibilidade prévia do ethos lhe confere força persuasiva e permite adesão em processos argumentativos cada vez mais complexos e que são permeados por disputas, legalidades e autoridades. Uma boa ferramenta de análise dessas construções, como se viu, parece estar disponível no estudo das imagens, que atuam diretamente no consciente e inconsciente de seus receptores e produtores gerando novas interpretações e significações de uma realidade sempre em disputa.

Referências

- AMOSSY, Ruth. O ethos na intersecção das disciplinas: retórica, pragmática, sociologia dos campos. In:_____. (Org.). *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. Tradução Dilson Ferreira da Cruz et al. São Paulo: Contexto, 2008. p. 119-144.
- AMOSSY, Ruth. Ethos. Trad. Sandoval Nonato Gomes-Santos. In: CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de Análise do Discurso*. Trad. Fabiana Komesu. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 221.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. Introdução, tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998.

- ATIENZA, Manuel. *El argumento de autoridad en el derecho*. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio. *Interpretação, retórica e linguagem*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 147-178.
- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 107-117.
- BAUER, M. W., GASKELL, G. (Org.). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático*. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. Petrópolis – RJ: Vozes, 2002.
- BENTHAM, Jeremy. *Falacias políticas*. ed. de B. Pendás, CEC, Madrid, 1990.
- BOHNSACK, R. A interpretação de imagens e o Método Documentário. *Sociologias*. Porto Alegre, ano 9, n. 18, p. 286-311, 2007.
- BOHNSACK. A interpretação de imagens segundo o método documentário. In: Weller, W.; Pfaff, N. (Orgs.) *Metodologia da pesquisa qualitativa em educação: teoria e prática*. Petrópolis: Vozes, 2010.
- CHARAUDEAU, P.; MAINGUENEAU, D. (Coord.). *Dicionário de análise do discurso*. Tradução Fabiana Komesu. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2006.
- EGGS, Ekkehard. *Ethos aristotélico, convicção e pragmática moderna*. In: Amossy. *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. 1ª ed. São Paulo: Contexto, 2016, p.29-56.
- FILHO, Wilson do Amaral. No Sermão do Monte: da retórica à análise do discurso. *Revista Ciências da Religião – História e Sociedade*, v. 9, n. 1, p. 209-231, 2011.
- FIORINDO, Priscila Peixinho. Ethos: um percurso da retórica à análise do discurso. *Revista Pandora Brasil*, n. 47, Out., 2012.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 2: o uso dos prazeres*. Rio de Janeiro: Graal, 1998.
- MAINGUENEAU, Dominique. *A propósito do Ethos*. In: Motta; Salgado. *Ethos discursivo*. 1ª ed. São Paulo: Contexto, 2015, p.11-32.
- MAINGUENEAU, Dominique. *Discurso literário*. Tradução Adail Sobral. São Paulo: Contexto, 2006.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. 2. ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 70.

PIERCE, Richard J., Saving the Unitary Executive Theory from Those Who Would Distort and Abuse it: A Review of the Unitary Executive, by Steven G. Calabresi and Christopher Yoo. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Forthcoming; GWU Legal Studies Research Paper No. 452; GWU Law School Public Law Research Paper No. 452. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1300939>. Acesso em: 13 set. 2019.

SILVEIRA, Nise da. *Imagens do inconsciente*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

TRUBILHANO, Fabio S. *Retórica Clássica e Nova Retórica nos recursos judiciais cabíveis: a construção do discurso persuasivo*. 374 f. Tese (Doutorado em Letras) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. Martins Fontes, 2004, p.71-90.

Ethos, argumento de autoridade e precedentes no processo civil brasileiro

Alexandre Schmitt da Silva Mello

Introdução

Segundo a retórica aristotélica, o orador se vale de três meios de persuasão para convencer o auditório: ethos, pathos e logos. O ethos assume contornos discursivos ligados à confiança que o orador desperta no auditório, que pode decorrer de elementos externos ao seu discurso, prévios ou extra discursivos, e, até mesmo, elementos obtidos do próprio discurso. Nesta ordem de ideias, o argumento de autoridade assume papel relevante no discurso jurídico. A sua utilização como elemento persuasivo no discurso avulta grandes proporções, todavia cumpre averiguar em que medida o argumento é utilizado com elemento de convencimento e quando deixa de assim sê-lo a partir da necessária vinculação. Ou seja, quando o argumento de autoridade deixa de ser um elemento persuasivo para se tornar um mandamento impositivo do sistema de justiça?

Toda argumentação é relativa a um auditório.¹ O convencimento decorre de argumento reconhecido como válido a partir de uma racionalidade ampla e universal, todavia a persuasão encontra endereço

¹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 144.

em auditório particular. O argumento persuasivo é aquele dirigido para um auditório determinado.²

O controle do poder jurisdicional busca almejar segurança jurídica como condição da própria existência do Direito. Entre os vários elementos de controle da produção jurisdicional muito se tem tratado sobre o uso dos precedentes recentemente. Pretendemos demonstrar em que medida os precedentes devem deixar de ser meros argumentos de autoridade para serem utilizados como elemento observância obrigatória visando o adequado desenvolvimento do Direito.

1. Ethos e Argumento de Autoridade

A persuasão retórica está pautada em três meios de convencimento identificados como ethos, pathos e logos. Os dois primeiros são de ordem afetiva e o último com caráter racional. Sob este prisma, o ethos corresponde ao caráter que o orador deve assumir para inspirar confiança no auditório. O pathos corresponde a ação do orador sobre as paixões e emoções do auditório para facilitar sua persuasão. O terceiro tipo de prova argumentativa, o raciocínio, resulta do logos, constituindo o elemento propriamente dialético da retórica.³

O conceito de ethos remete à uma ideia geral de empatia do destinatário do discurso para com o orador. E, portanto, a sua noção perpassa a representação do orador perante o auditório desdobrando daí seu caráter intuitivo. O ethos está envolto na imagem positiva do orador, que para tanto se vale de três qualidades fundamentais: prudência, a virtude e a benevolência.⁴ O orador deve atentar para sua credibilidade perante o auditório, evidenciando sensatez, sinceridade e simpatia.⁵

² “Uma argumentação persuasiva, para Perelman, é aquela que só vale para um auditório particular, ao passo que uma argumentação convincente é a que se pretende válida para todo ser dotado de razão.” ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. p.63.

³ REBOUL, Oliver. *Introdução à retórica*. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 36

⁴ MAINGUENEAU, Dominique. *A propósito do ethos in Ethos discursivo*, São Paulo, Contexto, 2015, p.

⁵ REBOUL, Oliver. *Introdução à retórica*. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p.47

A confiança inspirada pelo orador decorre do seu próprio discurso, e nesta medida, não se trata do caráter do orador projetado a partir do seu discurso sobre o auditório, mas, além disso, o caráter que ele cria através do seu discurso.⁶ Não é uma representação estática, ao contrário, essa representação reveste-se de dinamismo construído pelas feições estabelecidas pelos próprios destinatários através do movimento da fala do locutor. O ethos implica uma experiência sensível ao discurso, mobiliza a afetividade do destinatário⁷ e disso se retroalimenta. Esse fator persuasivo - compreendido como uma forma com o auditório vê o orador - dá significado à noção de ethos, reproduzindo um caráter, uma honra e uma virtude.⁸

A retórica tradicional ligou conceito de ethos à eloquência, à oralidade em situação de fala pública, mas é possível alargar seu alcance para além da oralidade⁹, abarcando também elementos escritos, contextuais e extra discursivos, dados exteriores à fala propriamente dita e que revestem o contexto no qual o emissor está situado. O público constrói também representações do ethos do enunciador antes mesmo que ele fale. A análise mais aprofundada do conceito propicia sua decomposição entre o ethos *discursivo* e ethos *pré-discursivo*. Neste sentido, o ethos efetivo corresponderia a união entre o ethos *pré-discursivo* decorrente de estereótipos ligados aos mundos éticos e, de outro lado, ethos *discursivo*, orientado pelos ethos dito e o ethos mostrado no discurso.¹⁰

A prática jurídica revela uso constantes de elementos correspondente ao ethos a partir da credibilidade emprestada à diversos atos ou formas adotadas para o convencimento judicial entre os quais se destaca o uso do argumento de autoridade. Com efeito, no âmbito de atividade jurídica são inúmeros os exemplos de situações em que são utilizados elementos de

⁶ REBOUL Oliver. Introdução à retórica. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p.54

⁷ MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do ethos *in* Ethos discursivo, São Paulo, Contexto, 2015, p.

⁸ SCARPARO, Eduardo. Ethos e comportamento processual como prova no processo civil. Revista de Processo, vol. 273/2017, RT, São Paulo, nov/2017, p. 43-67.

⁹ MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do ethos *in* Ethos discursivo, São Paulo, Contexto, 2015.

¹⁰ MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do ethos *in* Ethos discursivo, São Paulo, Contexto, 2015.

credibilidade externa ao conteúdo propriamente dito do ato, como por exemplo, o uso de pareceres subscritos por especialistas, julgados oriundos de altas cortes independentemente da pertinência específica e, até mesmo, o comportamento das partes ao longo da tramitação processual.¹¹ Não se pode olvidar da importância do conceito de *ethos* para atividade judiciária ante sua dinâmica dialética na qual sempre haverá nova síntese sendo desafiada por antíteses por força da marcha processual.

É evidente que a construção de uma decisão, até mesmo de caráter acadêmico, não deve partir absolutamente do zero e por isso deve adotar conclusões já obtidas por autoridades anteriores. No âmbito processual civil o argumento de autoridade assume papel relevante não só pela razão de soar absolutamente sensato que as decisões estejam pautadas em argumentos previamente definidos como referências de autoridade como por exemplo o legislador ou outras decisões anteriores. O uso do expediente do argumento de autoridade tornar o processo decisório mais célere, contudo o abuso tem tornado a produção textual jurídica mais pobre também.¹²

Acima e além do que se pode concluir sobre o uso do argumento de autoridade como elemento retórico, importa investigar em que medida o argumento de autoridade se torna vinculante e em que medida corresponde a simples argumento persuasivo.

O tema do argumento de autoridade remete, portanto, ao próprio conceito de autoridade, na medida em que a força da própria estrutura do sistema de justiça reclama obediência e, portanto, não abrirá oportunidade para não ser atendida. Haveria aqui um momento de conexão com a distinção entre regras e princípios para distinguir os casos de observância

¹¹ SCARPARO, Eduardo. *Ethos e comportamento processual como prova no processo civil*. Revista de Processo, vol. 273/2017, RT, São Paulo, nov/2017, p. 43-67.

¹² “Todavia, a argumentação jurisdicional em um estado de Direito deveria se caracterizar pelo predomínio dos argumentos racionais, ou seja, do *Logos*. Todavia, a estrutura textual é sempre muito parecida: elabora-se uma tese, de saída, a partir de uma autoridade qualquer (legislação, doutrinadores, caso julgado) em seguida são invocadas autoridades para corroborá-la pouco importando a coerência entre elas, ou seja, a coerência entre as leis, caso julgados ou citações de doutrina utilizada, e, por fim, é proposta solução para o caso como se ela fosse absolutamente óbvia, por ter sido sustentada por praticamente “todas” as autoridades relevantes sobre o assunto.” (RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro, FGV, 2013, p.59-112)

obrigatória do argumento de autoridade¹³: a regra tem que ser aplicada se ocorrem as condições de aplicação estabelecidas em seu suporte fático, porém os princípios não têm nunca esse caráter de observância obrigatória¹⁴, ensejando verificação do peso e precedência dos princípios.¹⁵

Decorre daí, portanto, que conceito de autoridade tem, manifestamente, um caráter relacional¹⁶, sob o ponto de vista da influência da autoridade sobre o destinatário do argumento. A legitimidade da autoridade e estrutura sancionatória compõe também os elementos desta relação. A natureza desta relação determinará a natureza vinculante ou não do argumento. E aqui mergulhamos em um tema que correspondente a própria legitimidade do Direito e suas razões fundantes. Por que obedecemos ao Direito?

O conceito de autoridade na Roma Antiga remonta a capacidade de criar normas com base na tradição (*auctoritas*) e, de outro lado, o *potestas* corresponderia a capacidade de dizer o direito. O poder do *auctoritas* decorre da interlocução com o as esferas divinas conformando as origens

¹³ “And here the contributions of Ronald Dworkin can be instructive. When Dworkin distinguishes rules from principles, he relies in part on the fact that the judge must apply a rule that applies to the facts at hand but has a choice about whether to apply a principle. Both rules and principles have scopes – they apply but their own terms to some but not all acts and events. But under Dworkin’s distinction, the defining characteristic of a rule is that it must be applied whenever its triggering acts or events occur, while principles are never mandatory in this sense, even if it appears on their face that they apply to the matter at hand. ... Transposing Dworkin’s distinction between mandatory rules and less mandatory principles to the question of authority encourages us to distinguish mandatory from optional authorities. And “optional”, rather than “persuasive”, seems a word much better suited to capturing the distinction we are after between that which must be used and that which may be ignored.” SCHAUER, Frederick. Authority and Authorities. Virginia Law Review, vol.94, no 8 (Dec., 2008), p.1946

¹⁴ ATIENZA, Manuel. El argumento de autoridad en el Derecho. In Interpretación, retórica e linguagem. LEITE, George Salomão. Salvador, Juspodivm, 2017, p. 147-178

¹⁵ “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero ... Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que a outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem e o quão importante ele é” DWORKIN, Ronald. Levendo os direitos a sério Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 42-43

¹⁶ ATIENZA, Manuel. El argumento de autoridad en el Derecho. In Interpretación, retórica e linguagem. LEITE, George Salomão. Salvador, Juspodivm, 2017, p. 147-178

míticas do poder jurídico. Daí a emissão de recomendações por parte do *auctoritas* ao *potestas* por vezes com carácter de conselhos, por vez como condição de ratificação ou suspensão do poder deste último. Todavia, a gradativa oficialização do processo civil romano, que deixava de ser composto por atos de cidadãos e passam a ser atos realizados por autoridades estatais que culminaram com a unificação destas duas esferas de poder.¹⁷

O conceito de autoridade possui profundas ligações com as concepções oriundas do poder originário e, neste seara, os trabalhos de Hans Kelsen¹⁸ desmitificando o Direito e de Herbert Hart¹⁹, bem como a continuação e contestação de ambos por Ronald Dworkin e Joseph Raz, trazem visão de sociedade moderna que quer ao mesmo tempo garantir a ordem constitucional condizente com os valores da estabilidade auferida pela legitimidade democrática²⁰ oriunda de um regime político condizentes com a racionalização e a desmistificação do direito por meio da atuação dos tribunais constitucionais para formatação da autoridade não apenas de suas decisões mas também da própria Constituição.²¹

Neste medida, portanto, a legitimidade da autoridade e o próprio conceito de autoridade se vincula à sua conformidade com os ditames constitucionais e, portanto, maiores serão as probabilidade de que uma autoridade seja legítima na medida em que emanadas por autoridade democrática.²² De outro lado, tal assertiva também justifica a necessidade dos juízes tomar decisões seguindo critérios de autoridade democrática e constitucionalmente estabelecidas, como forma de preservação dos ditames democráticos que legitimam a suas próprias funções. Aqui reside,

¹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e, 1956- AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil romano, São Paulo, RT, 1996, p.48

¹⁸ KELSEN, Hans, 1881-1973, Teoria pura do direito. 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1991.

¹⁹ HART, Hebert. O conceito de Direito. 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa

²⁰ ENRIQUEZ, Igor de Carvalho. Autoridade da constituição, interpretação e o papel do tribunal constitucional. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60,n.3, set/dez. 2015, p.161-188

²¹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. O tribunal constitucional como poder. São Paulo, RT, 2016

²² ATIENZA. Manuel. El argumento de autoridad en el Derecho. In Interpretación, retórica e linguagem. LEITE, George Salomão. Salvador, Juspodivm, 2017, p. 147-178

portanto, a mediação entre a livre convicção do magistrado e necessária legitimação da sua decisão. A autonomia judicial tem limites na própria estrutura de poder estabelecida na Constituição que legitima sua função.

2. Precedentes Judiciais Persuasivos e Obrigatórios

O controle da atividade judicial sob o ponto de vista interno do próprio sistema de justiça encontra ressonância em elementos interpretativos que buscam colmatar a produção judicial para além dos elementos meramente gerenciais e quantitativos. A segurança jurídica desponta como um fator de elevada importância em todo e qualquer sistema de justiça. A segurança jurídica cristaliza os elementos ordinariamente ligados à ideia de Justiça, tais como estabilidade, confiabilidade, e, sobretudo, isonomia evocando por todos a própria razão fundante do Direito.

Entretanto, a análise da produção textual judicial identifica que seu objetivo não é produzir um texto lógico que corresponda a noção de segurança jurídica aplicada ao caso concreto. O texto judicial se apresenta como um registro cronológico das manifestações dos julgadores, vez que quem decide não é instado a demonstrar suas razões de decidir, pois no mais das vezes a decisão se pauta pelo resultado prático do número de votos à favor ou contra o pedido veiculado conforme extrato contido no dispositivo independentemente dos fundamentos da decisão. Os julgamentos no Brasil não têm como objetivo produzir um texto, ao contrário, o texto é mero efeito colateral do julgamento que se limita à acolher ou não pedido do postulante.²³

Em um país de dimensões continentais, com fortes pressões marcadas por profundas desigualdades sociais, não raro protagonizadas pelo próprio Estado, são inúmeras as reivindicações que aportam no sistema judicial buscando solução para profundas injustiças

²³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro, FGV, 2013, p.59-112.

experimentadas cotidianamente. Assim é que se nota, em um primeiro olhar, uma forte preocupação quantitativa com a produção jurisprudencial e a evidente tônica à celeridade e a produtividade por parte do Poder Judiciário. Os sítios eletrônicos das cortes brasileiras fazem questão de apresentar em local de destaque o número de processos em tramitação e a quantidade de julgamentos realizados. A necessidade de autoafirmação dos serviços prestados pode ter diversas explicações, todavia chama a atenção a quantidade dos julgados se comparada com o número de julgadores, como por exemplo, os dados do Supremo Tribunal Federal, o qual, no ano de 2018 proferiu 126.742 decisões²⁴, sendo que 102.293 foram decisões finais, porém a corte possui apenas 11 Ministros, alguns deles cumulando outras funções judiciais no Tribunal Superior Eleitoral e no Conselho Nacional de Justiça, o que significa dizer que em média cada ministro proferiu apenas no âmbito da mais alta corte do país mais de 11.000 decisões em um ano.

Com o signo da quantidade na produção judicial experimentamos notáveis avanços ao longo das décadas visando acelerar o procedimento para tomada de decisões, como são exemplos, a súmula vinculante, os julgamentos liminares de improcedência, não recebimento de recursos de apelação, o julgamento monocrático dos recursos, incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos repetitivos etc. Mais recentemente já se desenvolvem mecanismos de inteligência artificial judicial capazes de processar um número maior de informações e, novamente, solucionar questões quantitativas lidada à produção judicial.

Neste espaço de exortação à velocidade capeia o uso indiscriminado dos termos “precedente judicial” ou “jurisprudência dominante” como elemento de convicção baseado em credibilidade atribuída aos julgamentos anteriores independentemente de qualquer análise aprofundada sobre sua condição de argumento de autoridade persuasivo ou de observância obrigatória. Não raro os julgamentos adotam razões de

²⁴ Consulta realizada ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal na sessão de estatística do Tribunal <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>

decidir de julgamentos anteriores baseado o ethos conferido aos julgados oriundos de cortes superiores. Sobretudo, diante do maior protagonismo assumido pelos tribunais superiores, o uso do precedente judicial tem sido invocado como solução rápida de fundamentação das decisões judiciais de modo a relegar aos julgados anteriores a razão de decidir do caso presente de modo a estabelecer um modelo mental expedito de solução de conflitos judiciais através da simples reprodução de julgados iterativamente.

É inegável a relevância dos pronunciamentos decisórios dos tribunais superiores, todavia é necessário identifica-los à bem da escorreita aplicação do Direito. É comum se atribuir importância à jurisprudência como instrumento de persuasão na medida em que constitui elemento de previsibilidade do resultado de um julgamento. Não raro a decisão sobre o ajuizamento de determinada demanda ou perseverar na negociação prévia visando eliminar o conflito de interesses utiliza como elemento de convicção a antevisão do futuro resultado da eventual judicialização do conflito por meio de julgados anteriores oriundos dos tribunais nos quais o futuro processo judicial possa vir a tramitar.

A função persuasiva da jurisprudência é notável e muito se amolda também à noção de previsibilidade negocial, vez que a oscilação constitui fator de instabilidade no trato social e, por consequência, violação da própria legitimidade que a sociedade deposita no Poder Judiciário. Aqui, portanto, desde já um registro quanto a importância do tema da mutação jurisprudencial e o necessário cuidado com a estabilidade dos julgamentos.

A jurisprudência constitui, também, importante instrumento de igualdade de tratamento dos cidadãos perante o Poder Judiciário na medida em que provê condições isonômica aos jurisdicionados, sobretudo no Brasil diante do grande número de Tribunais. É desejável por todos o tratamento apropriado à casos iguais e, também, aos casos semelhantes, de modo que o pronunciamento pretoriano desigual é forte indício de injustiça em pelo menos um dos casos julgados.²⁵

²⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 4, Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2017., p. 22.

Além disso, os tribunais superiores, modo especial em países federados, possuem vocação para uniformizar a interpretação e aplicação do direito nacional, quer sob o ponto de vista infraconstitucional, quer sob o ponto de vista constitucional, destacando-se, portanto a função nomofilática desempenhadas pela jurisprudência e, daí se partir posteriormente a conceituação das Cortes de Precedentes, cuja função seria o desenvolvimento do Direito por meio de interpretação para aplicação ao caso.²⁶

A função jurisdicional não pode ser tolhida pelo precedente, reduzindo o juízo de piso à condição de mero títere das Cortes de Precedentes. É bem verdade que a independência da persuasão racional assegurada pelo artigo 371 do CPC para apreciação da prova decorrente da confiança depositada no Poder Judiciário não pode se transformar em arbítrio anárquico no qual cada magistrado conclui o que bem entender ao seu exclusivo alvedrio. Os magistrados não podem se transformar em príncipes da República, cada qual reinando em seu principado. Sem embargo do plano constitucional que serve de pano de fundo para todo o exercício do poder judicial, impõe-se a devida atenção à regra do artigo 926 do CPC que estabelece o dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Sem embargo à relevância dos pronunciamentos decisórios dos tribunais pautados na isonomia, à função nomofilática, à previsibilidade negocial e, até mesmo, ao fator persuasivo, cumpre apontar a necessidade de estabelecermos um acordo semântico quando do tratamento do tema ligado aos precedentes. A própria legislação brasileira em diversos momentos utiliza indiscriminadamente os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmulas como se fossem elementos ou facetas de um mesmo institutos e, por isso, asseverando ainda mais as disfunções pretorianas.

²⁶ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

A jurisprudência, o precedente judicial e as súmulas possuem em comum a sua gênese em pronunciamentos produzidos exclusivamente pelos tribunais em sua composição colegiada, contudo diferem quanto ao seu conteúdo e aplicação.

Por jurisprudência encerramos o conceito de pluralidade de decisões judiciais sobre determinado tema concreto que é abordado sob diferentes enfoques, no qual pode ser possível identificar entendimento dominante sobre determinada questão diante de múltiplos julgados e, a partir daí, com a identificação da posição dominante, extrairmos certa força persuasiva.²⁷ O ethos jurisprudencial não se encontra no discurso, mas no seu contexto extradiscursivo pautado pela reiteração de decisões no mesmo sentido, pouco importando as razões de decidir ou a hierarquia funcional do órgão julgador.

O conceito de precedente é distinto. Todo precedente judicial corresponde à decisão judicial composta claramente por dois momentos ou duas partes que o compõe: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório que aspira certo grau de universalidade.²⁸ A jurisprudência ainda que enfoque casos concretos, aborda-os sob diversificados enfoques sem necessária individualização das circunstância de fato e, conseqüentemente, sem possibilidade de se obter um regra generalizável diante do fatos similares.

O primeiro elemento de identidade do precedente corresponde especificidade dos elementos de fatos que ensejam as razões de decidir. E, por razões de decidir importa destacar que o precedente não é o primeiro julgamento sobre a norma jurídica, mas, além disso, é o julgamento que enfrenta os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto.²⁹ Não bastando que o mero resultado do julgamento contido no dispositivo da decisão se dê por maioria, mas sim

²⁷ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2007, p.712.

²⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 4, Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2017., p. 22.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios, 5ª ed, São Paulo, RT, 2016, p. 158.

que o fundamento – ou razão de decidir – tenha sido agasalhada pela maioria dos julgadores como sendo a tese jurídica consagrada.

Por precedentes, portanto, entendemos ser a decisão que especificou os fatos sobre o qual a questão de direito será tratada, com o enfrentamento dos fundamentos da questão de direito daí decorrente, com a análise dos principais argumentos que lhe são pertinentes, tornado clara a norma jurídica universalizante que decorre de tal julgamento visando predeterminar ou nortear casos futuros. O precedente visa resolver questões de eficácia judiciária ao julgar questões idênticas, mas também julgar questões semelhante, similar no que for similar, e, a partir daí desenvolver o Direito de forma coerente.³⁰

O itinerário mental seguido para aplicação do precedente está fundado na comparação entre os fatos. A análise dos fatos é que justifica a aplicação ao julgamento sucessivo com resultado prático já experimentado pelo julgamento anterior que lhe serve de precedente. E, nesta medida, o cotejo entre os fatos plasmados no precedente e no julgado que se quer aplica-lo acabam por determinar a vinculação do julgamento. A técnica do *distinguish* é utilizada para identificação dos fatos e, caso aplicável, seja adotada a norma universalizada plasma no precedente.³¹ Logo, não há necessidade da abundância de julgados – jurisprudência – para demonstração da tese dominante. O precedente pode ser composto por apenas um julgamento ou poucas decisões invocadas para sustentá-lo, de modo que no julgamento posterior basta apenas o julgamento do precedente para fundamentar a decisão futura.

Obviamente, além possuir força persuasiva, o precedente também deve apresentar-se funcionalmente vinculante diante da autoridade hierárquica do órgão que o emitiu frente ao órgão que deve realizar o julgamento posterior. A força persuasiva, independente do caráter funcional do precedente, atribui ao julgado elementos retóricos

³⁰ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação, São Paulo, RT, 2016.

³¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 4, Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2017., p. 25.

argumentativos condizentes com o ethos do julgador e do órgão judicante, no qual se descortina até mesmo a legitimidade do julgado sob o ponto de vista da composição e recrutamento dos seus julgadores.³² Com efeito, ao lado dos casos no qual existe força vinculante, a livre motivação dos julgados pode ensejar ao afastamento – expresso ou não – de julgamentos do Supremo Tribunal de Federal sob o argumento do Ministro do Supremo possui tal ou qual ethos aos olhos do julgador.

Vale referir com importância ímpar que determinados ordenamentos jurídicos, como é o caso do brasileiro, adota sistema misto quanto à vinculação dos precedentes. Existem precedentes vinculantes como as decisões oriundas do controle direito de constitucionalidade e precedentes meramente persuasivos. Por outro lado, há sistemas no qual o valor do precedente constitui referência para todo ordenamento, como por exemplo a Teoria do *Stare Decisis* (*stare decisis et non quita movere*) que estabelece altíssimo grau de vinculação, cujo conteúdo vinculante repousa tese jurídica suficiente a decidir o caso concreto (*rule of law*), que deve nortear a interpretação judicial em momento posterior.³³

Em nosso sistema, as súmulas não se confundem com os precedentes judiciais e, como visto, também podem ser meramente persuasivas ou vinculantes, como são aquelas instituídas pelo Supremo Tribunal Federal sob os auspícios da regra constitucional da súmula vinculante. Todavia, a distinção mais importante entre súmulas – sejam vinculantes ou não – corresponde a sua própria natureza de enunciado extraído de uma decisão e não a decisão em si na qual é possível cotejar as questões de fato que ensejaram as razões de decidir. A súmula não faz referência aos fatos que estão na base da questão jurídica julgada, por isso pode ser consideradas apenas pronunciamento judicial que traz a eleição entre opções interpretativas referentes a normas gerais e abstratas e por isso pode ser conceituada como extrato do conjunto das teses jurídicas reveladoras da

³² WALUCHOW, W. J. A common law theory of judicial review. Cambridge University Press, 2007, discute a legitimidade democrática da Suprema Corte composta por membros indicados para tolher direitos constituídos democraticamente.

³³ CRUZ E TUCCI, p.25

jurisprudência reiterada e dominante no tribunal traduzida em forma de verbetes sintéticos, numerados e editados.³⁴ Nesta medida, o texto sumulado se afigura como novo preceito de lei, afastando-o da realidade contingente da experiência forense.³⁵ Não é possível fazer o *distinguished* para se identificar, pela súmula, o que realmente se passou naquele julgamento que gerou o enunciado sumulado. Assim, deste modo, a súmula acaba por não servir de referência eficiente para evolução do direito, vez que não dispensa a compreensão sobre os fatos e o direito aplicável de modo a necessariamente implicar percorrer todo itinerário decisório.

Ainda que se possa construir o esboço de uma teoria geral dos precedentes, sob o ponto de vista da observação da dimensão institucional, objetiva, estrutural e eficaz.³⁶ Releva notar que a experiência no caso brasileiro, pode ensinar a utilização como um tema do Estado de Direito e não como mera gestão do contingente de processos judicial, mas acima disso como medida de evolução do Direito na medida que se indica a existência de: a) súmulas e precedentes com eficácia vinculante; b) súmulas e precedentes com relativa eficácia vinculante; e c) precedentes e jurisprudência com eficácia meramente persuasiva.³⁷

No primeiro grupo é possível constar a inclusão das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal e os precedentes oriundos de controle concentrado de constitucionalidade, previstos, respectivamente, nas normas do artigo 103-A e do artigo 102, § 2º, ambos da Constituição Federal, que propagam a ideia de vinculação obrigatória dos demais órgãos, seja do Poder Judiciário, sejam dos demais Poderes, plasmados na súmula vinculante ou nas decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Assim, sem embargo da

³⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos, 7ªed, São Paulo, RT, 2014.

³⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista, Processo e ideologia: o paradigma racionalista, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 257.

³⁶ TARUFFO, Michelle.

³⁷ CRUZ E TUCCI, p.26

distinção entre súmula e precedente, é inegável a força vinculante dos julgados oriundos do controle concentrado de constitucionalidade, quer sob ponto de vista constitucional no âmbito da própria teoria de poder e autoridade do Direito, quer sob ponto de vista da norma processual civil (art. 927), ensejadores da força da autoridade do Supremo Tribunal Federal através de reclamação.

Logo após cumpre apontar as súmulas e precedentes com relativa eficácia vinculante. Neste caso, julgamento presentes podem ser afetados por julgados anteriores através aceleração da marcha processual em considerável avanço para o julgamento definitivo. São exemplos disso, as normas que preveem a dispensa da instrução processual quando a causa versar sobre enunciado de Súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 332, I, do CPC/15), a negativa de provimento ao recurso que advoga tese contrária à súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do próprio tribunal (art. 932 do CPC/15).

Por fim encontramos os precedentes ou jurisprudência com eficácia meramente persuasiva, entre os quais citamos o autoprecedente (produzidos pelo próprio órgão julgador) ou os precedentes horizontais (produzidos por órgão julgadores de mesma hierarquia na estrutura piramidal do Poder Judiciário), os quais, em que pese relevante instrumento hermenêutico não poderão possuir o condão de vincular a atividade jurisdicional que deve permanecer independente.

A modulação da força vinculante do precedente revela a caminho percorrido pela força do argumento de autoridade. A propósito, o precedente das cortes superiores, diante da autoridade que decorre da hierarquia judiciária (precedente vertical), possui, em tese, valor persuasivo maior que julgado proveniente de tribunal postados no mesmo grau hierárquico (precedente horizontal).

A utilização indiscriminada de julgados (jurisprudência), como se fosse precedentes, atribuindo-os o efeito de argumento de autoridade obrigatório, quando em verdade possuem mero caráter persuasivo, torna

o sistema de justiça disfuncional. Neste passo, a falta de um padrão de racionalidade das decisões gera crise de legitimidade institucional do Judiciário, pois cada juiz decide como entender melhor por motivos próprios diante da ausência de uma instância de validação do modelo de racionalidade³⁸ de modo sistêmico e com clareza sobre sua função de corte de precedentes e cortes de justiça. Além disso, o nosso sistema propicia que qualquer juiz confira interpretação própria e individual à Constituição em sede de controle difuso, o que também assevera a multiplicidade de “Constituições” e a disfuncionalidade. São invocados argumentos de autoridade para corroborar a posição ao invés de se objetivar a argumentar em prol da melhor solução, vez que na maior parte das vezes, se está por decidir a partir de uma opinião pessoal, de modo que prevalece a invocação de outras autoridades que supostamente argumentem no mesmo sentido do juiz que proferiu a sentença.³⁹

O precedente não elimina a vagueza e a equivocidade do Direito, porém traz elementos de interpretação mais acurados, na medida que estabelecem forma e unidade ao Direito. Urge, portanto, delimitar o espaço e a atividade das estruturas do sistema de justiça conferindo-lhes racionalidade a partir de divisão de tarefas nas quais estão compreendidas as funções de aplicação do Direito e interpretação do Direito. Juízes e Tribunais de Justiça com a função de aplicação do direito na sua dimensão particular e Cortes Supremas voltadas à unidade do direito encarregadas da tutela do direito em uma dimensão geral.⁴⁰

Por outro lado, também é possível constar que os tribunais ao não organizarem suas decisões de maneira unificada, limitando-se a publicar todas as opiniões dos juízes em conjunto, sem hierarquia, incluindo a transcrição dos votos ocorridos na sessão de julgamento, portanto sem um

³⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro, FGV, 2013, p.59-112

³⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro, FGV, 2013, p.59-112.

⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

compromisso sobre o fundamento substantivo da decisão, as sobre o resultado final do julgamento. A consequência disso também é uma afetação do sistema de precedentes. Nesta medida, propugna-se a adoção de voto vencedor único, deixando claro os argumentos efetivamente utilizados pela corte passando a adotar uma decisão efetivamente coletiva.⁴¹

Conclusão

O ethos é uma noção discursiva que se constrói através do discurso decorrente de um processo interativo de influência sobre o outro, construída através de elementos sociodiscursivos, através de um comportamento socialmente avaliado e integrado em uma conjuntura sociohistórica na qual as estruturas de poder somente se legitimam como instrumento retóricos de argumentos de autoridade conforme seu reconhecimento democrático legitimados pela Constituição.

Por processo judicial podemos conceber uma sequência de atos que se desenvolve progressivamente com o objetivo de resolver, mediante juízo de autoridade estatal, os interesses submetidos à sua decisão. O conceito de processo é teleológico na medida em que se caracteriza pelo seu fim que é a produção de decisão que adquire autoridade de coisa julgada.⁴² Por sua vez, o conceito de procedimento remete à sequência de atos a ser observada pelo juiz e pelas partes, mas não só isso, vez que também se estabelece a perspectiva das atividades, poderes e faculdades dos órgãos judiciais e das partes.⁴³ Assim, as normas procedimentais acabam por traçar o itinerário a ser percorrido pelas partes e pelo juiz até a entrega efetiva da prestação jurisdicional.⁴⁴ Neste contexto, o precedente

⁴¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro, FGV, 2013, p.59-112.

⁴² COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. Montevideo, B de F, 2004, p. 99.

⁴³ OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 111

⁴⁴ ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro, volume I, São Paulo, RT, 2015, p. 338

como argumento de autoridade de observância obrigatória corresponde à garantia de evolução segura do Direito.

A utilização do precedente decorre da identificação da autoridade competente para produzi-lo, por cortes constitucionalmente democraticamente legitimadas, baseado em formatação que evidencie os elementos de fato e as razões de decidir capazes de ensejar sua aplicação a casos análogos como materialização do Poder Democrático e não mera reprodução de julgados cujo ethos supostamente os autorizaria reproduzir formula estenotipadas que não reproduzem a ideia de Justiça e Segurança jurídica.

Referências

- ARISTÓTELES. Retórica. Introdução, tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998.
- ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro, volume I, São Paulo, RT, 2015.
- ATIENZA, Manuel. El argumento de autoridad en el Derecho. In Interpretación, retórica e linguagem. LEITE, George Salomão. Salvador, Juspodivm, 2017.
- CARDOZO, Benjamin N. A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale. São Paulo, Martins Fontes, 2004.
- COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. Montevideo, B de F, 2004.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 4, Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Sariva, 2017.
- DWORKIN, Ronald. Levendo os direitos a sério Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ENRIQUEZ, Igor de Carvalho. Autoridade da constituição, interpretação e o papel do tribunal constitucional. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60,n.3, set/dez. 2015, p.161-188

GALINARI, Melliandro Mendes. Logos, ethos e pathos: “três lados da mesma moeda”. ALFA: Revista de Linguística. São Paulo, v. 58, n. 2, p. 257-285, 2014.

HART, Hebert. O conceito de Direito. 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa

KELSEN, Hans, 1881-1973, Teoria pura do direito. 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1991.

LACERDA, Galeno. Teoria geral do processo, Rio de Janeiro, Forense, 2006.

MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do ethos in Ethos discursivo, São Paulo, Contexto, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios, 5ª ed, São Paulo, RT, 2016, p. 158.

MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação, São Paulo, RT, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos, 7ªed, São Paulo, RT, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil, São Paulo, Saraiva, 2003.

PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica. Tradução Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PISTORI, Maria Helena Cruz. Ethos e pathos no discurso do Ministro-Relator do Supremo Tribunal Federal. Bakhtiniana. Revista de Estudos do Discurso. São Paulo, v. 13, n. 1, p. 71-93, Jan./Abr., 2018.

REBOUL, Oliver. Introdução à retórica. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro, FGV, 2013, p.59-112.

SCARPARO, Eduardo. Ethos e comportamento processual como prova no processo civil. Revista de Processo, vol. 273/2017, RT, São Paulo, nov/2017, p. 43-67.

SCHAUER, Frederick. Authority and Authorities. *Virginia Law Review*, vol.94, no 8 (Dec., 2008).

SILVA, Ovídio A. Baptista, *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O tribunal constitucional como poder*. São Paulo, RT, 2016

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza, *Rivista Trimestral di Diritto e Procedura Civile*, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e, 1956- AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, São Paulo, RT, 1996, p.48

WALUCHOW, W. J. *A common law theory of judicial review*. Cambridge Universty Press, 2007.

A disposição como cartografia retórica: produção antecipada de provas e etapas do discurso no processo civil brasileiro

Laíza Rabaioli

1 Introdução

Parafraseando o conceito desenvolvido pela Associação Cartográfica Internacional, a cartografia consiste no conjunto de operações voltadas à elaboração de mapas, cartas e outras formas de expressão e representação de objetos, fenômenos e ambientes¹. Valendo-se de uma analogia e lançando-se mão dos conhecimentos relacionados ao estudo da retórica, poder-se-ia afirmar que a disposição se apresenta como a cartografia do discurso argumentativo: representa, na prática, a instrumentalização do mapa, do plano, do território a ser desbravado pelo discurso enunciado pelo orador.

Com o intuito de examinar a importância da disposição na construção do processo persuasivo, este artigo procura estabelecer conexões e interlocuções entre as ferramentas associadas às etapas do discurso retórico e a denominada “produção antecipada de provas”, um dos procedimentos disciplinados no diploma do Código de Processo Civil brasileiro.

¹ Conforme conceitos disponibilizados pela Associação Cartográfica Internacional em: <https://icaci.org/mission/>. Acesso em 30 jan. 2020.

Na primeira parte do trabalho, pretende-se averiguar o papel exercido pela disposição na retórica, delimitando os momentos que devem ser observados pelo orador na organização do seu discurso.

Na segunda parte, mediante a averiguação das principais características sobre a produção antecipada de provas na legislação processual civil, busca-se promover a reflexão acerca da alocação das etapas do discurso na cartografia do processo, com vistas a identificar alguns desafios proporcionados pelo procedimento à configuração concreta das chaves retóricas de leitura.

2 A *dispositio* na retórica: do exórdio à peroração

Inicialmente, abordar-se-á a disposição – também referida como *dispositio* – em uma perspectiva funcional, isto é, com o propósito de analisá-la enquanto elemento fundamental da tarefa de organização e ordenamento dos argumentos no discurso².

Admitindo, nesse contexto, que a criação do discurso se assemelha ao ato de mapear ou cartografar os argumentos que o constituem, mostra-se necessário compreender a forma pela qual ocorre a operacionalização do discurso retórico na realidade concreta, posicionando as suas diferentes etapas e momentos ao longo da estrutura da argumentação jurídica.

2.1 A função da *dispositio* no discurso retórico

A retórica aristotélica compõe-se de quatro fases, responsáveis por compor o discurso. São elas: a invenção, a disposição, a elocução e a ação³.

² “A arte de bem exprimir o pensamento consiste em saber ordenar as ideias. Ordem que dá clareza a toda comunicação. E como se ordenam as ideias? Fazendo a previsão do que se vai expor. Da reflexão, passa-se ao plano. Elaborar o plano é fixar a ordem do desenvolvimento da exposição, uma vez que ele não é outra coisa senão previsão. Dispor as ideias de maneira que se tornem um instrumento eficaz para o expositor” (BOAVENTURA, Edivaldo M. *Como ordenar as ideias*. 9ª ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 07).

³ NEAGU, Carmen. Legal rhetoric and its evolution through history. *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, vol. 5(2), pp. 854-857, 2013, p. 856.

Pode-se falar, ainda, com fulcro na retórica latina, em uma quinta etapa, constituída pela memória⁴.

Ainda que, na conjuntura da sociedade atual, o discurso não possa ser erigido com base em formatações rígidas ou estanques, importa observar que as fases do discurso, referidas como “tarefas” pelos antigos⁵, aparecem, de forma mais ou menos uniforme, na vasta maioria dos discursos, tornando-os, além de racionais, essencialmente persuasivos.

A disposição, em um sentido informal, opera de diferentes formas na vida cotidiana, sendo comumente associada à organização ou ordenação de determinados elementos em um determinado lugar⁶. A título de exemplo, veja-se que a disposição dos talheres sobre a mesma é uma das principais regras de etiqueta, bem como a disposição dos jogadores de um time em campo é essencial para a vitória ou derrota em uma partida de futebol.

Na retórica, a disposição exsurge como a segunda etapa do processo persuasivo, funcionando como uma verdadeira cartografia do discurso. Chamada de *dispositio* pelos latinos e de taxis pelos gregos⁷ (como Aristóteles), ela guarda relação com a necessidade de construção do mapa do discurso, sendo este a representação do pensamento, desenvolvido pelo orador, em prol de uma tese e em desfavor de outras.

Configura, destarte, a ordenação dos argumentos levantados durante a primeira etapa do processo persuasivo, relativa à invenção⁸. Em verdade,

⁴ OLIVEIRA, Lucilene Lima de. A argumentação aristotélica. *Revista Principia (UERJ)*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/principia/article/download/10817/8409>. Acesso em 12 set. 2019.

⁵ Em síntese, “(...) essas quatro etapas consistem em: compreender o assunto e reunir todos os argumentos pertinentes (invenção); pô-los em ordem (disposição); redigir o discurso da melhor forma possível (elocução); proferi-lo (ação). Essas quatro etapas podem ser entendidas como quatro ‘tarefas’ (*erga*) a serem cumpridas pelo orador. Se ele assim o fizer, seu discurso incorrerá em menos risco de se tornar vazio, desordenado ou mal escrito” (FIGUEIREDO, Maria Flávia; FERREIRA, Luiz Antonio. A perspectiva retórica da argumentação: etapas do processo argumentativo e partes do discurso. *ReVEL*, edição especial vol. 14, n. 12, 2016, p. 46).

⁶ Não por acaso, um dos significados atribuídos ao verbete “disposição” no dicionário é o seguinte: “local em que algo ou alguém se encontra, se posiciona; localização, posição, situação” (conforme o Dicionário Michaelis: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/disposi%C3%A7%C3%A3o/>, acesso em 30 jan. 2020). Um dos sentidos exprimidos pelo termo evidencia, assim, o processo de distribuição, de arranjo ou de posicionamento de elementos.

⁷ WERESH, Melissa H. Morality, trust, and illusion: ethos as relationship. *Legal Communication and Rhetoric: JALWD*, vol. 9, pp. 229-272, 2012, p. 238.

⁸ FIGUEIREDO, Maria Flávia; FERREIRA, Luiz Antonio. A perspectiva retórica da argumentação: etapas do processo argumentativo e partes do discurso. *ReVEL*, edição especial vol. 14, n. 12, 2016, p. 47.

invenção e disposição, como partes essenciais de qualquer discurso, fundem-se em um processo unívoco, constituindo operações criadas simultaneamente. A coleta das evidências pelo orador ocorre em conjunto com a colocação de tais itens em uma ordem ao longo do discurso, visando à concretização do objetivo de persuadir o auditório.

Efetivamente, a disposição consiste na etapa de organização e distribuição racional dos argumentos dentro do discurso retórico. Isso porque a ordem de apresentação dos argumentos, mais lógica ou mais psicológica⁹, é capaz de modificar substancialmente as condições de sua aceitação por quem os escuta. Assim, é relevante que os argumentos sejam alocados do modo mais eficaz possível¹⁰, possibilitando, pois, a extração de sua maior força persuasiva (o seu “efeito máximo”¹¹), em consonância com a finalidade do discurso a ser realizado e com o público que recepcionará as teses sustentadas¹².

Em outros termos, incumbe à disposição a arte de ordenar os argumentos ou estruturá-los de acordo com um plano¹³, elaborando a organização interna do discurso, tornando-o, para além de inteligível, verdadeiramente persuasivo ao auditório. Na argumentação jurídica, a importância de uma boa disposição evidencia-se ainda mais intensamente, vez que o texto jurídico deve ser produzido com uma orientação argumentativa clara, apta a demonstrar o objetivo que o orador pretende evidenciar em seu discurso¹⁴, seja este oral ou textual.

⁹ FIGUEIREDO, Maria Flávia; FERREIRA, Luiz Antonio. A perspectiva retórica da argumentação: etapas do processo argumentativo e partes do discurso. *ReVEL*, edição especial vol. 14, n. 12, 2016, p. 48.

¹⁰ Cícero, por exemplo, sugeria a adoção de um argumento forte no início, mas também é consagrada a ordem de força nestoriana, a partir da qual os argumentos fracos são intercalados entre dois fortes.

¹¹ WERESH, Melissa H. Morality, trust, and illusion: ethos as relationship. *Legal Communication and Rhetoric: JALWD*, vol. 9, pp. 229-272, 2012, p. 238.

¹² MARTINEAU, François. *Argumentación judicial del abogado*. Tradução de Ricardo Guevara Bringas. Barcelona: Bosch, 2009, p. 225.

¹³ NEAGU, Carmen. Legal rhetoric and its evolution through history. *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, vol. 5(2), pp. 854-857, 2013, p. 856; MEYER, Bernard. *A arte de argumentar*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 66.

¹⁴ GOMES, Alexandre Teixeira. *A responsabilidade enunciativa na sentença judicial condenatória*. Tese (Doutorado em Estudos da Linguagem) - Programa de Pós-Graduação em Estudos da Linguagem, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2014, p. 45.

2.2 As partes do discurso argumentativo

Conforme as obras de Maria Pila Ellero¹⁵ e François Martineau¹⁶ (este, especificamente quanto à estruturação da argumentação jurídica), o discurso argumentativo é dividido, desde os tempos antigos, em, ao menos, quatro partes.

Esses planos podem ser compreendidos como etapas da argumentação, que devem ser atendidas, em maior ou menor grau, por qualquer orador na elaboração e realização de qualquer discurso¹⁷. Isso porque, a depender da finalidade concreta do discurso realizado, as partes poderão demandar maior ou menor tempo, assim como estratégias mais ou menos emotivas, por exemplo.

Nomeadamente, os planos da composição do discurso seriam o exórdio, a narração, a argumentação (subdividida, por sua vez, em prova e refutação) e a peroração.

O exórdio constitui a primeira parte do discurso. É, efetivamente, a sua “inauguração”, tamanha a importância da definição da estratégia a ser encampada pelo orador em tal momento. A introdução do discurso é indispensável para garantir as condições prévias para o desenvolvimento da argumentação, de modo que a sua realização será sempre adaptável aos aspectos concretos propostos pela realidade fática.

Na consecução do exórdio, incumbe ao orador realizar uma espécie de aclimação com o público, vez que se trata do momento em que o auditório decidirá, ainda que inconscientemente, por prestar ou não atenção nas palavras a serem expostas sequencialmente¹⁸. É interessante

¹⁵ ELLERO, Maria Pia. *Retorica: guida all'argomentazione e alle figure del discorso*. Roma: Carocci Editore, 2017.

¹⁶ MARTINEAU, François. *Argumentación judicial del abogado*. Tradução de Ricardo Guevara Bringas. Barcelona: Bosch, 2009.

¹⁷ “O plano é o itinerário a seguir: ‘um ponto de partida’, onde se indica o que se quer dizer, e um ‘outro de chegada’, onde se conclui. Entre os dois, há as etapas, isto é, ‘as partes’ da composição. Construir o plano é, em última análise, estabelecer as divisões” (BOAVENTURA, Edivaldo M. *Como ordenar as ideias*. 9ª ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 07).

¹⁸ “Carece incitar, previamente, o auditório. Acender os *flashes* principais da exposição, prestando atenção para o ponto de partida. Preparar-se para a marcha inicial. Não se começa viagem sem se saber o destino; fazem-se provisões e previsões; avisam-se os amigos e hotéis. A introdução é o espaço onde se anuncia, se coloca, se promete,

que, em uma abordagem conectada com o *ethos*, evidencie o orador alguma credibilidade sobre o tema a ser tratado, demonstrando a sua competência e honestidade quanto às teses suportadas.

Feito o exórdio, deve-se passar à narração, isto é, à exposição dos fatos relacionados à causa, que deve atender às necessidades do discurso (por exemplo, a sustentação de uma tese de defesa ou de acusação). Além de ser clara, breve e objetiva, os fatos relatados devem produzir no auditório a sensação de verossimilhança – o que, em larga escala, articular-se-á com a produção do *ethos* do orador.

Enunciados os fatos e as suas causas, fornecendo exemplos e colocando algumas das provas mais relevantes, não se mostra minimamente necessário que a exposição atenda a alguma ordem cronológica. Diversamente, *insights* que transgridam a cronologia dos fatos podem ser muito efetivos para a persuasão do público. Começar pelas consequências geradas pelo fato em discussão pode ser recomendável para despertar a atenção do público, por exemplo, criando uma reação vinculada ao *pathos* do auditório quanto à injustiça provocada por determinada situação¹⁹.

Entre a narração e a argumentação, Maria-Pia Ellero defende a adoção de uma etapa de enumeração das teses a serem defendidas. Tal etapa pretende traçar o discurso como uma “uma viagem textual, um percurso programático, que guia o auditório através de um espaço racional e acessível do projeto do orador. Senão, haverá o espaço noturno e inevitável de um texto sem ordem”²⁰. Assim, distinguir-se-á rigorosamente o que será abordado pelo discurso e o que escapa à sua temática.

se desperta... Introduzir é convidar” (BOAVENTURA, Edivaldo M. *Como ordenar as ideias*. 9ª ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 11).

¹⁹ FIGUEIREDO, Maria Flávia; FERREIRA, Luiz Antonio. A perspectiva retórica da argumentação: etapas do processo argumentativo e partes do discurso. *ReVEL*, edição especial vol. 14, n. 12, 2016, p. 54.

²⁰ ELLERO, Maria Pia. *Retorica: guida all'argomentazione e alle figure del discorso*. Roma: Carocci Editore, 2017, p. 97-98.

A etapa da argumentação propriamente dita, por sua vez, consiste na parte mais longa do discurso²¹, por ser a etapa mais densa, concentrando as evidências que amparam a conclusão final. Fragmenta-se nas etapas de confirmação e refutação: na primeira, abordam-se as provas que suportam a tese defendida; na refutação, busca-se destruir os argumentos adversários, afastando a sua veracidade ou pertinência.

Nem sempre a etapa da argumentação será claramente separada da narração, sendo possível que a exposição dos fatos acompanhe a elucidação das teses a ele relacionadas. Seja como for, na argumentação, o orador deverá mostrar a capacidade de demonstrar com certeza aquilo que afirma.

Por fim, tem-se a peroração, tida como o encerramento do discurso. É, por excelência, o momento em que a afetividade se une à argumentação. Não deve constituir um novo argumento, mas tão somente concluir o discurso e ratificar a adequação da solução proposta ao problema submetido a exame²².

Na argumentação jurídica, essas etapas podem ser claramente verificadas, por exemplo, na construção de uma petição inicial.

Mais do que isso, também é plausível cogitar-se da articulação de tais planos dentro do próprio processo, vez que os atos processuais, harmonizados em um encadeamento lógico, partem da petição inicial como um exórdio e estancam-se na sentença como forma de peroração. A fase de instrução probatória, nesse caso, poderia ser associada ao plano da argumentação, na medida em que, a partir das provas evidenciadas nos autos, pretende-se confirmar a tese sustentada e retirar a verossimilhança e a credibilidade dos argumentos invocados pela parte contrária.

²¹ FIGUEIREDO, Maria Flávia; FERREIRA, Luiz Antonio. A perspectiva retórica da argumentação: etapas do processo argumentativo e partes do discurso. *ReVEL*, edição especial vol. 14, n. 12, 2016, p. 55.

²² “A conclusão é o ponto de chegada, como a introdução é o ponto de partida. Concluir é responder. Responder em síntese conclusiva e marcante, atingindo o tema central, já desenvolvido, com o máximo de precisão e ênfase. O assunto que vinha sendo trabalhado, canalizado no plano, desemboca na conclusão e alarga-se. (...) A conclusão não é qualquer resumo de pontos reunidos. Ela é a síntese da essência do conjunto. É o substrato. Para que fique alguma coisa do que se comunicou, há que saber plantá-la na conclusão” (BOAVENTURA, Edivaldo M. *Como ordenar as ideias*. 9ª ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 43).

No discurso consubstanciado pelo processo, a figura do orador mescla-se em diferentes sujeitos: de uma banda, o Estado, representado pelo magistrado; de outra perspectiva, as partes com seus interesses de direito material. Encontra-se o mesmo desafio ao identificar o auditório: o discurso da sequência dos atos processuais pode direcionar-se às partes, que esperam obter uma tutela adequada e efetiva em tempo razoável. Simultaneamente, entretanto, a consagração do princípio da publicidade, em especial, conforma o processo como ato, a rigor, destinado à sociedade, à coletividade, ao jurisdicionado em geral.

Em todas as formatações acima elencadas, o processo será, eminentemente, discursivo e com vistas à persuasão. Trabalha-se, neste estudo, em um escopo menos alargado, analisando-se os atos articulados entre partes e magistrado em uma relação de complementariedade. As partes, assim, são entendidas como oradoras do discurso apresentado ao magistrado, que igualmente exerce, em alguma medida, a função de orador na construção do discurso processual oferecido às partes interessadas.

3 A *dispositio* no processo: a ordem na produção antecipada de provas

A ação de produção antecipada de provas constitui um interessante exemplo a respeito das possibilidades de conjugação das etapas do discurso no processo civil.

Partindo do estudo de suas principais características na disciplina vigente no Novo Código de Processo Civil, busca-se identificar o modo pelo qual ocorre a concatenação entre os momentos da *dispositio* no procedimento da produção antecipada de provas, verificando, também, alguns dos efeitos decorrentes da previsão constante do art. 382, § 4º, do Novo Código sobre a ordem retórica atuação das partes no processo civil.

3.1 A produção antecipada de provas no processo civil

Indubitavelmente, os elementos probatórios posicionam-se na centralidade do deslinde das disputas processuais. A produção das provas é extremamente relevante ao desenvolvimento e à efetividade da função jurisdicional. O sentido ao qual se presta o processo, no entanto, não é propriamente a produção de provas, de forma que estas desempenham, no mais das vezes, papel instrumental para a resolução da lide, contribuindo para a reconstrução dos fatos pretéritos²³ relacionados às teses suscitadas na demanda.

Como recorda Eduardo Talamini, existem casos em que as provas, desbordando da regra geral, assumem o protagonismo no processo – atuam não mais como instrumentos, mas exercem papel principal, isto é, tornam-se o próprio objeto de um processo jurisdicional²⁴. Segundo o autor, esse cenário é particularmente evidenciado nas denominadas “ações probatórias”, gênero do qual são espécies: i) a produção antecipada de prova; ii) a exibição de documento; e iii) a arguição de falsidade.

Ainda quanto à ideia de prova, é possível que, em certas conjunturas, a sua produção deva ocorrer antes do ajuizamento da ação principal, de modo preparatório ou para fins de viabilizar o exercício de uma provável pretensão²⁵. Necessário recordar, nesse contexto, que o direito à prova se apresenta como um direito autônomo²⁶ aos interessados, independentemente da pretensão de direito material que se almeja provar em um evento processual futuro²⁷. Prevalece, assim, a separação entre a produção da

²³ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 260/2016, p. 75-101, out. 2016, p. 75.

²⁴ *Ibidem*, p. 75-76.

²⁵ MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos; NASCIMENTO, Vinicius Pereira. O instituto da produção antecipada de provas e o contraditório moderno à luz da nova sistemática processual civil. *Revista de Processo*, vol. 286/2018, p. 223-236, dez. 2018, p. 226.

²⁶ “(...) preconizar caráter autônomo para o direito à prova não significa desvinculá-lo totalmente da relação de direito material nem, tampouco, afirmar que o respectivo exercício seja incondicionado” (YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 421).

²⁷ ZAKIA, José Victor Palazzi; VISCONTI, Gabriel Caetano. Produção antecipada de provas em arbitragem e jurisdição. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 59/2018, p. 195-211, out-dez. 2018, p. 199.

prova e a sua eventual valoração, sendo que esta, no caso da produção antecipada de prova, somente se realizará na hipótese de eventual ajuizamento de ação posterior.

Disso decorre que a produção antecipada de prova visa a garantir, precipuamente, o exercício do direito fundamental à prova, igualmente protegendo, por consequência, os direitos de ação, de defesa e ao próprio processo justo. No ordenamento jurídico, a sua função consiste em “assegurar futura e eventual produção de determinada prova ou permitir que, à vista da prova, seja prevenido o litígio, recomendado o uso do processo judicial ou ainda aconselhado o emprego de outra técnica de solução da controvérsia”²⁸.

A natureza da produção antecipada de provas é controversa na doutrina, dividindo-se os autores entre a sua classificação como jurisdição voluntária²⁹ ou contenciosa³⁰. O próprio nome atribuído ao procedimento é discutido pelos juristas³¹, havendo quem entenda ser inadequada a denominação legal, preferindo a adoção do termo “asseguração de provas”³². Seja como for, como advoga Guilherme Rizzo Amaral, “o que importa, fundamentalmente, para qualquer distinção, é a possibilidade de a prova produzida (ou obtida, assegurada etc.) antecipadamente ser importada em

²⁸ MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos; NASCIMENTO, Vinicius Pereira. O instituto da produção antecipada de provas e o contraditório moderno à luz da nova sistemática processual civil. *Revista de Processo*, vol. 286/2018, p. 223-236, dez. 2018, p. 226.

²⁹ A título de exemplo: “(...) entendemos que, caso o objetivo seja somente a simples documentação do requerente, possuirá natureza voluntária. No entanto, se cair em algumas das hipóteses do art. 381, estar-se-á diante da natureza contenciosa do instituto” (RODRIGUES, Marco Antonio; PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. A preparação no processo civil: produção antecipada de provas, diligências preliminares, pretrial discovery e os pre-actions protocols. *Revista de Processo*, vol. 290/2019, p. 413-438, abr. 2019, p. 415).

³⁰ RODRIGUES, Marco Antonio; PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. A preparação no processo civil: produção antecipada de provas, diligências preliminares, pretrial discovery e os pre-actions protocols. *Revista de Processo*, vol. 290/2019, p. 413-438, abr. 2019, p. 415.

³¹ Sobre o assunto, são elucidativos os apontamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves: “O processo de produção antecipada de provas (...) encontra, na doutrina nacional, séria crítica quanto a sua nomenclatura. Afirma-se que, durante o processo cautelar, a produção da prova não é efetivamente produzida, simplesmente sendo assegurada, quando não puder ser produzida adequadamente durante a fase normal para a colheita de provas, ou seja, a fase probatória do processo de conhecimento. Com base nessa constatação, Pontes de Miranda sempre preferiu referir-se ao processo de produção antecipada de prova como um processo em que se exerce uma ‘pretensão à segurança da prova’” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 134).

³² RODRIGUES, Marco Antonio; PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. A preparação no processo civil: produção antecipada de provas, diligências preliminares, pretrial discovery e os pre-actions protocols. *Revista de Processo*, vol. 290/2019, p. 413-438, abr. 2019, p. 416.

processo futuro e servir de elemento de convicção e objeto de valoração pelo julgador”³³.

Como é defendido por alguns juristas, por meio do ajuizamento da ação de produção antecipada, pode-se garantir a coleta de qualquer prova, à exceção da prova de caráter documental, cuja produção deverá ser requerida por meio da ação de exibição de documento³⁴. Provas periciais, orais, compreendendo interrogatórios e inquirição de testemunhas, por exemplo, estão contempladas pelo escopo da produção antecipada, consideravelmente expandido pelo Novo Código de Processo Civil.

No Código de Processo Civil de 1973, o procedimento, regulado nos artigos 846 e seguintes, vinha arquitetado para lidar estritamente com as situações de urgência³⁵. A concepção relativa à prova, em tal época, também era distinta, destinando-se exclusivamente à formação do convencimento do julgador, que se apresentava, assim, como o único verdadeiro destinatário da prova. Vítor de Paula Ramos sustenta que tal entendimento se deve às seguintes circunstâncias:

Isso porque na vigência do CPC de 1973, o legislador, ao arquitetar a produção antecipada de provas, não tinha como preocupação central estimular acordos; tinha, isto sim, o intuito de evitar que uma prova, que serviria futuramente para “formar o convencimento do juiz”, percesse.³⁶

As disposições relativas ao tema constantes do Novo Código de Processo Civil, porém, inserem-se em uma nova lógica, em uma nova maneira de estruturar e interpretar o processo civil brasileiro. Reflete-se, assim, sobre a importância de consagrar outros modos de antecipação de provas, que não se restrinjam tão somente ao requisito da urgência.

³³ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 501.

³⁴ MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos; NASCIMENTO, Vinicius Pereira. O instituto da produção antecipada de provas e o contraditório moderno à luz da nova sistemática processual civil. *Revista de Processo*, vol. 286/2018, p. 223-236, dez. 2018, p. 226.

³⁵ RAMOS, Vítor de Paula. O procedimento de produção ‘antecipada’ de provas sem requisito de urgência no Novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. *Revista de Processo*, vol. 263/2017, p. 313-332, jan. 2017, p. 315.

³⁶ *Ibidem*, p. 316.

Nesse novo sistema, supera-se a noção de que as provas se destinam apenas ao magistrado. Aceita-se que também as partes têm direito à produção da prova, antes e independentemente do processo, até mesmo para o fim de avaliar as suas chances em uma futura disputa litigiosa e verificar as possibilidades de acordo com o adversário³⁷. Ratifica-se, nesse momento, a ideia de que tanto as partes quanto o magistrado funcionam como auditórios da prova a ser produzida e, portanto, da narrativa que dela se extrai.

A regulação da produção antecipada vem explicitada, pois, nos artigos 381 a 383 do Novo Código. Importante ressaltar que o novo regramento possui, em certa medida, inspiração no *discovery* estadunidense³⁸, procedimento conceituado como uma “fase de conhecimento preventivo das questões de natureza puramente probatória”, destinada a assegurar que as partes, a partir da difusão das provas existentes, tomem decisões com o maior número possível de informações, aperfeiçoando-se, igualmente, o processo judicial³⁹.

No artigo 381, estão previstas as hipóteses de admissibilidade do instituto. Defende a doutrina que tal rol não é exaustivo, mas meramente exemplificativo, justificando-se a propositura da produção antecipada sempre que houver a demonstração de interesse jurídico para tanto⁴⁰.

O inciso I do artigo 381⁴¹ vincula-se à hipótese de natureza cautelar⁴², correspondente àquela existente ao tempo do Código de 1973, fundada no

³⁷ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 260/2016, p. 75-101, out. 2016, p. 76.

³⁸ RAMOS, Vítor de Paula. O procedimento de produção ‘antecipada’ de provas sem requisito de urgência no Novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. *Revista de Processo*, vol. 263/2017, p. 313-332, jan. 2017, p. 316.

³⁹ RODRIGUES, Marco Antonio; PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. A preparação no processo civil: produção antecipada de provas, diligências preliminares, pretrial discovery e os pre-actions protocols. *Revista de Processo*, vol. 290/2019, p. 413-438, abr. 2019, p. 422.

⁴⁰ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 260/2016, p. 75-101, out. 2016, p. 78.

⁴¹ “Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”.

⁴² Como esclarece Guilherme Rizzo Amaral: “a ação de produção antecipada de provas (ou de assecuração de provas) era, no CPC/1973, veiculada em processo cautelar instaurado necessariamente antes do ajuizamento do processo no qual se buscava a tutela satisfativa (processo principal). (...) O atual CPC, ao eliminar o Livro que tratava do Processo Cautelar, fez com que determinados procedimentos cautelares em espécie ‘migrassem’ para o processo de conhecimento, sendo

receio de impossibilidade de produção posterior da prova ou, ainda, na dificuldade de sua produção na pendência da ação principal. A produção da prova, assim, tem o potencial de assegurar a comprovação de determinado fato a ser alegado em uma ação futura. É o clássico exemplo da testemunha que está prestes a morrer.

As novidades trazidas pelo novo Código estão inseridas nos incisos II e III⁴³ do Novo Código, que veiculam hipóteses de cabimento alheias à urgência⁴⁴. Na segunda ocasião referida pelo legislador, a prova a ser produzida é apta a viabilizar a autocomposição das partes ou outro meio consensual de resolução da questão. Tal previsão ratifica a compreensão de que as partes também figuram como destinatárias da prova⁴⁵, que a utilizarão para formar o seu convencimento e traçar, portanto, as suas estratégias concretas⁴⁶.

Exemplo de aplicação do inciso II ocorreria no caso de discordância das partes, ao tempo de renovação de um contrato de locação comercial, quanto aos valores dos alugueis a serem ajustados para o novo período. Nesse caso, a realização de perícia poderia, eventualmente, viabilizar a solução da discussão de modo consensual⁴⁷. Contudo, embora o dispositivo constitua uma louvável evolução, aponta-se que a sua

este o caso da 'ação de produção antecipada de provas'. Continua, contudo, havendo procedimento próprio que, embora não o preveja expressamente a lei, será extinto por sentença" (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 502).

⁴³ "Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: (...) II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação".

⁴⁴ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 260/2016, p. 75-101, out. 2016, p. 77.

⁴⁵ "Já as duas outras hipóteses do art. 381 (prova capaz de viabilizar a autocomposição ou de evitar o ajuizamento da ação) notadamente não dependem do contraditório para alcançar seu fim, muito embora não o afastem. (...) Note-se, contudo, que com isso não se estará *assegurando* a prova para um processo futuro. A prova, colhida sem o contraditório, será *imprestável* como elemento de convicção do órgão julgador, servindo apenas para o juízo particular das partes (não só do requerente da medida, podendo a parte potencialmente contrária formar a sua convicção a partir da prova colhida unilateralmente pela outra)" (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 501).

⁴⁶ MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos; NASCIMENTO, Vinicius Pereira. O instituto da produção antecipada de provas e o contraditório moderno à luz da nova sistemática processual civil. *Revista de Processo*, vol. 286/2018, p. 223-236, dez. 2018, p. 227.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 227-228.

materialização encontrará dificuldades práticas, diante da “total falta de calculabilidade sofrida por um jurisdicionado no Brasil”⁴⁸.

Na terceira hipótese de admissibilidade, a produção da prova permite às partes o prévio conhecimento dos fatos, justificando ou evitando o ajuizamento da ação principal futura. Também aqui, a prova dirige-se às partes, com o fito de prevenir o ajuizamento de demandas sem qualquer lastro probatório.

Cumpra destacar que, no ajuizamento da ação de produção antecipada, não deverá o autor expor questões relacionadas ao direito material, atendo-se a demonstrar a necessidade de produção da prova e os fatos a ela concernentes (artigo 382, “caput”⁴⁹). Da mesma forma, ao juiz não cabe qualquer pronunciamento nem a respeito da ocorrência ou não de tais fatos, nem sobre as respectivas consequências jurídicas (art. 382, § 2º⁵⁰).

3.2 Reflexões sobre a produção antecipada de provas no mapa processual

Como dito acima, o processo pode ser encarado como um discurso retórico. O encadeamento dos atos e o agir dos sujeitos processuais, destinados ao correto deslinde do feito, está impregnado de retórica.

Enquanto as ações ordinárias, como regra geral, encaminham-se em direção a uma concretização mais palatável – e, em alguma medida, mais “óbvia” – das etapas do discurso apontadas pela retórica latina, em um processo que evolui paulatinamente do exórdio ao epílogo, a identificação de tais conceitos no procedimento da produção antecipada de provas é capaz de desafiar o intérprete.

⁴⁸ RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento de produção ‘antecipada’ de provas sem requisito de urgência no Novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. *Revista de Processo*, vol. 263/2017, p. 313-332, jan. 2017, p. 315.

⁴⁹ “Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”.

⁵⁰ “§ 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas”.

Isso porque a alocação dos conceitos próprios da *dispositio* se torna preenchida por mais detalhes na produção antecipada, se comparada ao deslinde convencional das ações ordinárias. Nesse caso, a produção das evidências será anterior ao próprio ajuizamento do feito relacionado ao direito material a ser postulado – quando este for ajuizado, o que pode não ocorrer, caso realizada a hipótese de resolução consensual, prevista no artigo 381, inciso II, do Código de Processo Civil, ou, ainda, caso a parte, por uma iniciativa de estratégia processual, resolva não ingressar com a ação “de mérito”, valendo-se do inciso III do mesmo dispositivo.

Algumas perspectivas devem ser levadas em conta. Distantes de qualquer conclusividade ou pretensão de permanência, tais considerações aspiram somente a proposição de reflexões e a apresentação de inquietações a respeito da harmonização dos conceitos retóricos em face do desenrolar dos atos processuais em um procedimento específico, que se encontra positivado na legislação e apresenta características bastante peculiares em sua essência.

Dois lados de uma mesma moeda: a produção antecipada de provas suscita ao menos dois olhares relativamente distintos sobre a ordem retórica. Em uma primeira análise, poder-se-ia falar na observação da produção antecipada de provas, em si mesma, como um processo isolado, não necessariamente ancorado à ação principal. Nesse caso, a petição inicial com vistas à coleta da prova constituiria o exordio do procedimento. A peroração, por sua vez, teria lugar na decisão que entende ou não pelo cabimento da produção requerida pela parte.

Por outro viés, cogitar-se-ia de uma ligação intrínseca existente entre a produção antecipada de provas e o ajuizamento da ação principal. Ambas, somadas em uma espécie de relação de interdependência e prejudicialidade, formariam conjuntamente um processo. Desse modo, as etapas do discurso argumentativo deveriam ser identificadas a partir da associação dos atos relacionados aos dois feitos, em uma leitura integrativa, e não sobre a produção antecipada individualmente considerada.

Em ambos os casos, um problema se mostra relevante: o momento de realização da argumentação propriamente dita. Ainda que a produção antecipada não se destine a valorar o mérito da prova colhida, verifica-se que a reunião de evidências, tarefa própria da etapa relativa à argumentação, sobrepõe-se aos demais momentos do discurso processual. A argumentação desloca-se, em maior ou menor grau, para um momento inicial de construção do discurso.

É interessante perceber, também, que, por meio da segunda leitura, naquelas hipóteses em que inexistia o posterior ajuizamento da ação principal, poderá haver uma espécie de argumentação avulsa, desacompanhada das demais categorias da *dispositio*. Tal construção seria efetivamente possível ou haveria se falar em uma derrogação pontual das etapas retóricas do discurso?

A identificação do momento de ocorrência da refutação é debate que igualmente impõe certos desafios, muito em razão do que dispõe o artigo 382, § 4º⁵¹, do Novo Código, segundo o qual não se admitirá a apresentação de defesa no procedimento de produção antecipada de provas.

A norma é fortemente criticada pela doutrina⁵². Aceitar a impossibilidade de apresentação de defesa no curso da produção

⁵¹ “§ 4º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”.

⁵² “O Código de Processo Civil de 1973 silenciava sobre o cabimento de contestação na produção antecipada, mas nem por isso doutrina e jurisprudência, em interpretação conforme à Constituição, deixaram de reconhecer o direito de o réu contestar, ainda que nos estritos limites do objeto de cognição judicial da medida. No Código de Processo Civil de 2015, o tratamento dado ao tema é ainda pior que o do diploma anterior. O seu art. 382, § 4.º, estabelece que ‘não se admitirá defesa’ no processo de produção antecipada. Tal dispositivo exige interpretação que o salve da inconstitucionalidade (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, XXXVI, LIV e LV). Não há dúvidas de que o juiz detém poder para, mesmo de ofício, controlar (i) defeitos processuais, (ii) a ausência dos pressupostos da antecipação probatória e (iii) a admissibilidade e validade da prova. Logo, o requerido tem o direito de provocar decisão do juiz a respeito desses temas. A suposta proibição de defesa deve ser compreendida apenas como: (a) ausência de uma via específica para formulação de contestação e (b) não cabimento de discussão sobre o mérito da pretensão (ou defesa) para a qual a prova pode servir no futuro” (TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 260/2016, p. 75-101, out. 2016, p. 86). Ainda: “O § 4º prescreve que cabem meios de impugnação, tanto defesa, quanto recursos, somente na hipótese de indeferimento total quanto à produção antecipada de prova, logo, o deferimento ou indeferimento parcial não são admitidos os recursos e sequer defesa. Alguns autores (à guisa de ilustração, Cassio Scarpinella Bueno) já estão destacando a inconstitucionalidade da norma em comento, pois onde restariam os fundamentos constitucional e legal para essa distinção? O deferimento representa o respeito à garantia constitucional do direito à prova, mas o indeferimento parcial não abrange essa circunstância, portanto, qual argumento para obstaculizar meios de defesa e recurso? Não há justificativa para isso, ao revés, exprime inconstitucionalidade e abertura ao campo do uso do mandado de segurança, desviando-se da

antecipada significaria dizer, em outros termos, que se trata de um procedimento sumário⁵³, no qual cabe à parte adversa suscitar apenas as questões cognoscíveis de ofício pelo magistrado.

Nesse mesmo espectro, invoca-se a possibilidade de exercício do contraditório por meio de outros atos que não especificamente a contestação, mas mediante:

(...) o acompanhamento e questionamento de pontos específicos, (...) podendo versar desde a incompatibilidade da prova com o objetivo exposto até a ilicitude da prova e, ainda, até a inexistência dos riscos e perigos que motivam sua produção.⁵⁴

Em sentido inverso, as críticas direcionadas ao dispositivo afirmam que o seu conteúdo suprimiria o exercício do contraditório, causando prejuízo ao requerido⁵⁵. Essa compreensão é ratificada pelo comando inserto no art. 382, § 1º⁵⁶, que prevê a citação dos interessados na produção da prova, salvo se inexistente caráter contencioso.

Defende-se, assim, a adoção de uma interpretação não literal da norma, na medida em que “não há citação para ficar na arquibancada assistindo o processo, mas para que o réu possa efetivamente contribuir”⁵⁷, não podendo o demandado ser relegado à posição de mero

razão de ser originária do instituto” (ALVIM, Angélica Arruda *et al* (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 521).

⁵³ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 260/2016, p. 75-101, out. 2016, p. 76.

⁵⁴ RODRIGUES, Marco Antonio; PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. A preparação no processo civil: produção antecipada de provas, diligências preliminares, pretrial discovery e os pre-actions protocols. *Revista de Processo*, vol. 290/2019, p. 413-438, abr. 2019, p. 417.

⁵⁵ MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos; NASCIMENTO, Vinicius Pereira. O instituto da produção antecipada de provas e o contraditório moderno à luz da nova sistemática processual civil. *Revista de Processo*, vol. 286/2018, p. 223-236, dez. 2018, p. 228.

⁵⁶ “§ 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso”.

⁵⁷ MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos; NASCIMENTO, Vinicius Pereira. O instituto da produção antecipada de provas e o contraditório moderno à luz da nova sistemática processual civil. *Revista de Processo*, vol. 286/2018, p. 223-236, dez. 2018, p. 228.

espectador processual, incapaz de interagir ativamente e influenciar a decisão jurisdicional⁵⁸.

A inexistência da peça de contestação sugeriria a impossibilidade da ocorrência da etapa da refutação no processo de argumentação constituído pela produção antecipada de provas.

Tais questões, tal como referido acima, não apresentam respostas estanques. O próprio fato de se estar diante de um estudo retórico impõe certa distância de posicionamentos inarredáveis, sendo possível o afastamento de qualquer tese, desde que haja argumentos consistentes para tanto. Dessa forma, a exposição das reflexões acima mencionadas busca suscitar o debate quanto à aplicação dos conceitos tradicionais da retórica no ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que tange ao entendimento do processo como um discurso.

4 Considerações finais

A disposição representa um dos momentos mais relevantes durante a construção do discurso retórico. Especialmente na argumentação jurídica, a organização dos elementos do discurso é similar à estruturação de uma cartografia dos argumentos, cuja ordenação pode ser determinante para o acolhimento ou o afastamento de uma tese, ocasionando efeitos práticos de diversas naturezas.

Nesse sentido, a própria lógica dos atos processuais pode ser considerada como um discurso – ponto de vista que permite uma nova compreensão a respeito do encadeamento das fases dentro do mapa do processo, bem como acerca da atuação a ser desempenhada pelos sujeitos e atores processuais até o deslinde do feito.

Tomando-se o processo como um discurso, é possível afirmar que o procedimento adotado na ação de produção antecipada de provas, nos termos disciplinados na legislação, desafia os conceitos assentados na retórica, na medida em que transmuta a ordenação “padrão” do

⁵⁸ *Ibidem*, p. 229.

procedimento ordinário, deslocando a fase de produção probatória para momento anterior na cronologia dos atos processuais.

Notadamente, o encaixe dos planos próprios do discurso torna-se menos óbvio e mais complexo ao se tratar de um procedimento que antecipa a invenção – a coleta de evidências – desvinculando-a, por vezes, do ajuizamento de uma ação principal que verse sobre as questões de direito material.

O estudo da produção antecipada de provas sob uma ótica retórica, articulado à *dispositio*, pode fornecer novos instrumentos a respeito da concatenação dos planos do discurso, evidenciando necessidade de novos olhares sobre os arranjos dos planos retóricos na elaboração da cartografia processual dentro do discurso formatado pelo processo.

Referências

- ALVIM, Angélica Arruda *et al* (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- BOAVENTURA, Edivaldo M. *Como ordenar as ideias*. 9ª ed. São Paulo: Ática, 2007.
- ELLERO, Maria Pia. *Retorica: guida all'argomentazione e alle figure del discorso*. Roma: Carocci Editore, 2017.
- FIGUEIREDO, Maria Flávia; FERREIRA, Luiz Antonio. A perspectiva retórica da argumentação: etapas do processo argumentativo e partes do discurso. *ReVEL*, edição especial vol. 14, n. 12, 2016.
- GOMES, Alexandre Teixeira. *A responsabilidade enunciativa na sentença judicial condenatória*. Tese (Doutorado em Estudos da Linguagem) - Programa de Pós-Graduação em Estudos da Linguagem, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2014.

MARTINEAU, François. *Argumentación judicial del abogado*. Tradução de Ricardo Guevara Bringas. Barcelona: Bosch, 2009.

MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos; NASCIMENTO, Vinicius Pereira. O instituto da produção antecipada de provas e o contraditório moderno à luz da nova sistemática processual civil. *Revista de Processo*, vol. 286/2018, p. 223-236, dez. 2018.

MEYER, Bernard. *A arte de argumentar*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

NEAGU, Carmen. Legal rhetoric and its evolution through history. *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, vol. 5(2), pp. 854-857, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Lucilene Lima de. A argumentação aristotélica. *Revista Principia (UERJ)*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/principia/article/download/10817/8409>. Acesso em 12 set. 2019.

RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento de produção ‘antecipada’ de provas sem requisito de urgência no Novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. *Revista de Processo*, vol. 263/2017, p. 313-332, jan. 2017.

RODRIGUES, Marco Antonio; PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. A preparação no processo civil: produção antecipada de provas, diligências preliminares, pretrial discovery e os pre-actions protocols. *Revista de Processo*, vol. 290/2019, p. 413-438, abr. 2019.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 260/2016, p. 75-101, out. 2016.

WERESH, Melissa H. Morality, trust, and illusion: ethos as relationship. *Legal Communication and Rhetoric: JALWD*, vol. 9, pp. 229-272, 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ZAKIA, José Victor Palazzi; VISCONTI, Gabriel Caetano. Produção antecipada de provas em arbitragem e jurisdição. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 59/2018, p. 195-211, out-dez. 2018.

***A dispositio* na fundamentação da sentença**

Deborah Soares Dallemole

1. Introdução

A retórica mostra sua importância nas questões em que não é possível um julgamento de certeza, mas sim de probabilidade, situação típica do direito. Assim, em regra, é inaplicável raciocínio silogístico à solução integral de questões jurídicas, seja por demandarem o sopesamento pelo juiz, a partir de sua interpretação da situação concreta, seja pela própria textura aberta do direito devido aos limites da linguagem¹, é necessário que se reconheça a incidência de elementos não racionais na decisão judicial. Para além do poder de persuasão de questões como a credibilidade do próprio magistrado e a predisposição emocional do seu leitor em aceitar o argumento proposto, a própria forma pela qual o discurso é apresentado possui uma influência sobre o entendimento da tese que se expõe. Escolhe-se como discurso jurídico a sentença judicial, na qual já existe uma prévia disposição de argumentos prevista na legislação processual civil, para que se investigue a forma como essa

¹ Nesse aspecto, “Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas. Situações de fato particulares não esperam por nós já separadas umas das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral, cuja aplicação está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação. Em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer” (HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Editora Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2001. P. 139), de modo que existe uma indeterminação intrínseca à linguagem que não pode ser eliminada, pois, mesmo que se tomem inúmeras determinações acerca do sentido de um termo, ainda existirão possibilidades de interpretação ainda não delimitadas, de forma que o significado somente poderá ser obtido a partir da sua função em dado contexto.

organização pode ser utilizada pelo juiz, para demonstrar uma adequada fundamentação de sua decisão.

Na elaboração da disposição do discurso são sopesados os três elementos da invenção do argumento, o *logos*, o *ethos* e o *pathos*, de maneira que seja mais persuasiva à tese apresentada. Em razão da insuficiência dos modelos de lógica formal para resolução de questões jurídicas², pretende-se um estudo da importância da disposição no discurso jurídico, assim como as maneiras pelas quais o apelo à emoção se faz presente. Com isso, primeiramente se analisarão os elementos da *dispositio*, para, depois, estudar-se a maneira pela qual a credibilidade do orador e a afetividade do público se fazem presentes nesta organização. Depois, serão elencados os elementos necessários à sentença judicial, previstos no art. 489 do CPC, fazendo-se uma correlação com a *dispositio* da retórica.

Dessa forma, busca-se com o presente artigo estudar a importância da disposição dos argumentos na sentença judicial, a partir dos seus elementos exigidos pela legislação, e a importância das questões emocionais para a aceitação deste discurso.

2. Da apresentação de um argumento.

O conteúdo de um discurso, a partir de uma perspectiva retórica, é selecionado durante a *inventio*, na qual se levam em consideração o *logos*, o *ethos* e o *pathos*. O *logos* é a parte lógica do argumento, considerado este

² Nesse sentido: “Numa perspectiva assim, a argumentação, tal como a concebemos, já não tem razão de ser. Os fatos, as verdades, ou pelo menos, as verossimilhanças submetidas ao cálculo das probabilidades triunfam por si sós. Quem os apresenta não desempenha nenhum papel essencial, suas demonstrações são intertemporais e não há motivo para distinguir os auditórios a que se dirige, uma vez que se presume que todos se inclinam diante do que é objetivamente válido. E, sem dúvida alguma, no campo das ciências puramente formais, tais como a lógica-simbólica ou as matemáticas, assim como no campo puramente experimental, essa ficção, que isola do sujeito cognoscente o fato, a verdade ou a probabilidade, apresenta inegáveis vantagens, por isso, por essa técnica ‘objetiva’ obter êxito em ciência, formou-se a convicção de que seu uso é igualmente legítimo nos outros campos. Mas quando não existe um acordo, mesmo entre pessoas competentes na matéria, o que é a afirmação, senão um expediente a ser exorcizado, de que as teses preconizadas são manifestação de uma realidade ou de uma verdade ante a qual um espírito sem prevenção tem de inclinar-se?” (PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica.** PEREIRA; Maria E.G.G. [trad.]. São Paulo : Martins Fontes, 1996. P. 51)

enquanto um conjunto de proposições, chamadas de premissas, que são utilizadas para embasar outro conjunto de proposições e levar a uma conclusão³, de forma silogística. No discurso jurídico tradicional, o *logos* é representado pelas alegações de fato, as quais compõem um conjunto de premissas menores, necessariamente particulares ao caso concreto, ao passo que a norma legal suscitada será a premissa maior, representando uma proposição universal, e, por fim, a conclusão do silogismo será a pretensão fundada nos fatos trazidos⁴.

O *ethos* e o *pathos*, por outro lado, se referem à parte afetiva do discurso, são a representação das emoções humanas que necessariamente transpassam a percepção de um argumento pelo público a que ele se dirige. O *ethos* está ligado à credibilidade que o orador passa ao seu auditório, consistindo sua prova em “*causar uma boa impressão pela forma como se constrói o discurso, a dar uma imagem de si capaz de convencer o auditório, ganhando sua confiança*”⁵. Para Aristóteles, o *ethos* representa a persuasão pelo caráter, quando o discurso é proferido de maneira que deixa a impressão de o orador ser digno de fé, vez que acreditamos mais nas pessoas honestas, sobretudo nas áreas do conhecimento em que não há exatidão e existe margem para a dúvida⁶, como ocorre no âmbito do Direito. O *pathos*, de outra banda, representa o apelo à emoção do público, o reconhecimento de que as emoções do auditório podem influenciar as decisões que ele realiza, o que se aplica inclusive no âmbito da argumentação jurídica⁷, demandando ao orador que conheça o auditório específico a que se dirige para, assim, apresentar a ideia de uma forma mais receptível.

³ BREWER, Scott. Logocratic method and the analysis of arguments in evidence. In: **Law, probability and risk**, v. 10, p. 175-202, 2011.

⁴ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2008. P. 49.

⁵ MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do Ethos. In: MOTTA, Ana Raquel; SALGADO; Luciana (org.). **Ethos discursivo**. 1ª ed. São Paulo: Contexto, 2015, p.11-32. P. 13.

⁶ ARISTÓTELES. **Retórica**. 2ª ed, rev. Lisboa : Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. P. 96.

⁷ FROST, Michael. Ethos, Pathos & Legal Audience. In: **Dickinson Law Review**, vol. 99. 1994, pp 85-116.

Porém, passado este momento de criação do argumento, é necessário que se enfoque na *dispositio*, oportunidade na qual será elaborado o texto através do qual este argumento será transmitido ao auditório, sendo a disposição a parte da retórica na qual se codifica, estrategicamente, a ordem de tal discurso⁸. Maria Ellero, a partir de Quintiliano, afirma que uma organização adequada do texto garante que este corresponda ao projeto do orador, devendo ser realizado conforme a natureza da causa e enquanto um organismo coerente⁹. A ordem de uma apresentação é tema de especial importância, pois, como afirmou Michel Foucault, alguns sistemas complexos têm necessidade de rituais que definem os gestos e os comportamentos, implicando em regras segundo as quais os oradores devem se comunicar ao público alvo¹⁰.

Com isso, é na *dispositio* que se apresentam os argumentos construídos durante a *inventio*, de acordo com um plano, no qual, em geral, se introduz o tema ao auditório, com o objetivo de capturar-lhe a atenção e anunciar o que será tratado, para então expor os fatos de forma clara, concisa e crível, de maneira que serão aceitas as provas da alegação feita, e, por fim, concluir o discurso com uma ênfase final que suscite emoções no público de maneira que o torne mais receptivo a aceitar o argumento proposto¹¹. A partir desses pensamentos, pode-se afirmar que a ordem do discurso é o que dá clareza à toda comunicação, de forma que a boa expressão do pensamento depende de um adequado ordenamento das ideias¹².

Assim, tão importante quanto a construção de um argumento é a organização de sua adequada exposição, elaborada de acordo com o tema do qual se trata e do público a que se dirige. Não é possível que se imagine que um discurso convença ao auditório somente por sua coerência lógica,

⁸ ELLERO, Maria Pia. **Retorica**: guida all'argomentazione e alle figure del discorso. Roma : Carocci editore. 2017. P. 89.

⁹ ELLERO, Maria Pia. *Ibidem*. P. 89-90.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo : Edições Loyola, 1996. P. 33-34.

¹¹ NEAGU, Carmen. Legal rethoric and its evolution through history. *In: Contemporary Readings in Law and Social Justice*, vol. 5, pp. 854-857, 2013. P. 856.

¹² BOAVENTURA, Edivaldo Machado. **Como ordenar as ideias**. 9ª ed. São Paulo : Ática, 2007. P. 07.

a qual, em que pese seja importante, não pode ser utilizada de maneira isolada nas áreas nas quais se lida com a probabilidade, ao invés da certeza matemática, importando na necessária interferência de uma carga emocional do ouvinte ao receber e processar as informações que lhe são apresentadas.

2.1 Dos elementos da *dispositio*.

A *dispositio* divide-se, geralmente, em cinco partes, o exórdio, a narração, a divisão, a confirmação (que se subdivide na argumentação e na refutação) e a peroração. A disposição em si já é um argumento, por permitir com que o orador conduza ao auditório pelas etapas que escolheu para chegar ao objetivo proposto¹³. Em cada um desses elementos é possível notar, com maior ou menor intensidade, a importância de cada um dos pontos da invenção retórica mencionados acima, *ethos*, *pathos* e *logos*. A presença de cada um dos elementos da *dispositio*, assim como a intensidade da carga afetiva e da carga lógica do discurso em seus diferentes pontos, dependerá de inúmeros fatores, como a natureza da causa, o auditório a que se dirige, o momento em que se apresenta o argumento, dentre outros. Neste tópico, serão conceituadas as partes da disposição e apresentadas as funções de cada uma dentro do discurso jurídico, entendido enquanto argumentação que visa persuadir a um determinado auditório.

O exórdio pode ser conceituado como a introdução do discurso, que tem como objetivo essencial preparar o auditório, para fazer com que o julgador esteja afável, atento e interessado, apresentando-lhe uma amostra do tema que será tratado e colocar o juiz na posição de melhor escuta para o que ainda não sabe¹⁴. O exórdio, que é o verdadeiro epílogo da argumentação, é um momento de se utilizar a emoção do público, para

¹³ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. BENEDETTI, Ivone Castilho [trad.]. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2004. P. 60,

¹⁴ MARTINEAU, François. **Argumentación judicial del abogado**. 1ª ed. Barcelona : Bosch. P. 229.

que o mesmo esteja mais inclinado a memorizar e aceitar o discurso que será exposto posteriormente¹⁵. É nesse epílogo que o público – o julgador, no caso da argumentação jurídica –, será situado no tema que se abordará, de maneira que exige uma habilidade do orador, para que este auditório esteja, desde a introdução, atento ao discurso e no estado emocional necessário a recepção-lo. Este momento introdutório, em que pese pareça menos útil num sentido pragmático, é aquele em que se detém a atenção de todos, sendo assim a parte do discurso que visa atuar sobre as disposições do auditório e captar sua benevolência, atenção, interesse, além de fornecer argumentos espontâneos no auditório, os quais terão como objeto o discurso e o próprio orador¹⁶.

De acordo com Martineau, é necessário que, antes à confecção do exórdio, o orador se atente a um conjunto de informações, das quais seja possível extrair-se a existência de eventual prejuízo do público, qual a opinião presumível do juiz sobre o caso, qual o propósito que se busca atender com o exórdio, e qual resultado se deve evitar¹⁷. Feito isso, pode-se elaborar o exórdio, que pode ter três temas principais, quais seja, os litigantes, os próprios juízes ou a causa, temas estes que podem ser abordados de forma alternativa ou em conjunto¹⁸. A partir destas três temáticas, é possível que o advogado crie um vínculo de empatia com o auditório, seja reconhecendo seus sentimentos em relação a uma causa que manifesta seu desprezo, afirmando a independência do julgador às opiniões midiáticas, apontando que o acusado é pessoa de história honrosa, mas ainda assim é ser humano e sujeito a falhas, dentre outras inúmeras possibilidades de argumentos que tornem o ouvinte mais dócil ao orador.

Depois da exórdio, é momento da narração, a qual possui um critério funcional e cujo objetivo é informar o auditório acerca dos fatos, dos quais devem ser apresentados seus aspectos que possam dar suporte à

¹⁵ ELLERO, Maria Pia. **Retórica**: guida all'argomentazione e alle figure del discorso. Roma : Carocci editore. 2017. P. 98.

¹⁶ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. PEREIRA; Maria E.G.G. [trad.]. São Paulo : Martins Fontes, 1996. P. 561.

¹⁷ MARTINEAU, François. *Ibidem*. P. 231.

¹⁸ MARTINEAU, François. *Ibidem*. P. 232-233.

argumentação posterior¹⁹. É na narração o momento em que o juiz está mais atento, razão pela qual tudo nesta etapa deve ser bem dito, sob pena de ficar fora da atenção do ouvinte²⁰. A narração deve possuir três qualidades essenciais: a brevidade, a clareza e a verossimilhança. Breve, no sentido de que deve ser curta e não remontar em excesso ao passado, apresentados os fatos de forma essencial e não detalhada²¹. Clara, pois deve falar de forma simples e inteligível, utilizando termos significativos, que não sejam nem rebuscados, nem extraordinários, distinguindo os diferentes elementos do relato e conservando a ordem temporal do relato²². Por fim, verossimilhante pois não deve contradizer os fatos objetivos, de modo que se deve buscar manter uma concordância lógica entre os elementos do relato – o caráter das partes e a demanda em juízo, por exemplo –, adaptando-se o estilo do relato aos objetivos perseguidos com a argumentação que será exposta²³.

Depois da narração, de acordo com Maria Ellero, viria a digressão, que consiste na exposição de um tema acessório, externo ou marginal a respeito da questão principal, porém útil à compreensão do discurso ou ao entretenimento do público²⁴. François Martineau, ao tratar desta retomada a outros elementos que tangenciam a questão principal, considera, em geral, uma transgressão ao dever de clareza da narração – parte da *dispositio* em que a digressão se incluiria –, todavia, afirma que há digressões que se justificam, como no caso de uma má-fé do adversário em seu pronunciamento ou outro elemento externo que possa suscitar paixão ou indignação do auditório, prejudicando a sua posterior aderência à tese²⁵.

¹⁹ ELLERO, Maria Pia. **Retorica**: guida all'argomentazione e alle figure del discorso. Roma : Carocci editore. 2017. P. 106-107

²⁰ QUINTILIANO. **Instituições oratórias**. Coimbra : Imprensa da Universidade, 1836. P. 160-161.

²¹ MARTINEAU, François. **Argumentación judicial del abogado**. 1ª ed. Barcelona : Bosch. P. 269.

²² MARTINEAU, François. *Ibidem*. P. 276.

²³ MARTINEAU, François. *Ibidem*. P. 273-275.

²⁴ ELLERO, Maria Pia. *Ibidem*. P. 111.

²⁵ MARTINEAU, François. *Ibidem*. P. 276-277.

Seguindo a narração dos fatos, será o momento da divisão. Esta consiste na enumeração ordenada das proposições do orador e das de seu adversário, servindo para situar o juiz sobre o que se irá debater, sobre o que se cinge a discussão judicial posta²⁶, tratando-se a divisão de um verdadeiro anúncio do plano argumentativo. De acordo com Cícero, a divisão deve possuir duas partes, a primeira de enumeração, quando anunciamos a quantidade de pontos que vamos tratar, não devendo ser superior a três, para que não se corra o risco de tratar-se de menos que o enunciado ao ouvinte, e uma segunda parte de exposição, para mostrar brevemente e de forma concisa o que será abordado na argumentação²⁷.

Após toda essa preparação, finalmente se apresenta ao auditório/juiz o argumento defendido, na etapa da *dispositio* chamada, justamente, de argumentação ou de confirmação. Este é o momento mais denso do discurso, por concentrar as provas, de maneira que o orador deverá ter a capacidade de comprovar o que está afirmando, o que depende da própria credibilidade do argumento²⁸, construída ao longo dos outros momentos da *dispositio* que serviram para introduzi-lo aos poucos e preparar o auditório para sua recepção.

Com relação à ordem na qual os argumentos serão expostos, as mesmas variam de acordo com a qualidade dos mesmos. A ordem não importará caso todos sejam sólidos e pareçam determinantes para a procedência do pedido, podendo-se empregar um lugar-comum no sentido de que basta a acolhida de um dos argumentos para que se obtenha uma decisão favorável, não importando tampouco a disposição dos argumentos quando todos forem débeis, sendo o importante mencioná-los de forma rápida para que se apoiem mutuamente, produzindo efeito por seu número²⁹.

²⁶ MARTINEAU, François. *Ibidem*. P. 283.

²⁷ CÍCERO. **Retórica a Herênio**. FÁRIA, Ana Paula Celestino; SEABRA, Adriana [tradução e introdução]. São Paulo : Hedra, 2005. P. 71

²⁸ FIGUEIREDO, Maria Flávia; FERREIRA, Luiz Antonio. A perspectiva retórica da argumentação: etapas do processo argumentativo e partes do discurso. In: **ReVEL**, edição especial, vol. 14, n. 12, 2016. P. 55.

²⁹ MARTINEAU, François. **Argumentación judicial del abogado**. 1ª ed. Barcelona : Bosch. P. 290.

Por outro lado, quando os argumentos possuírem pesos desiguais, uns fortes e outros fracos, a retórica nos traz três possibilidades de organização deles no discurso. A primeira possibilidade consiste em colocar os argumentos mais sólidos ao final do discurso, numa ordem crescente, mas que é criticada no sentido de que pode perder sua credibilidade perante ao público em seu início, em razão da apresentação de argumentos mais fracos³⁰. A segunda opção é justamente o contrário, consistindo numa ordem decrescente, na qual se apresentam os argumentos mais fortes logo no início, prendendo a atenção do auditório, terminando o discurso com os argumentos mais fracos – o que possui um problema, por poder deixar o público com uma sensação de deficiência da argumentação ao final³¹. A terceira possibilidade, quando existirem argumentos fracos e fortes, é a chamada ordem nestoriana, na qual os argumentos mais fortes são colocados nos polos, e os fracos no meio, de maneira que se possa captar a atenção dos juízes desde o começo, e deixá-los ao final com uma boa impressão – porém ressalta-se que esta ordem não é universal, eis que a força probatória do argumento depende do contexto, da causa e do próprio auditório³².

Feita a confirmação dos argumentos que sustentam a tese, será o momento da refutação dos argumentos contrários, a qual possui dois tipos, a refutação global da tese contrária, e a discussão direta das provas e argumentos adversários, sendo esta última essencial em matéria judicial, tendo em vista o dever de impugnação específica dos argumentos trazidos no artigo 341 do Código de Processo Civil. É claro que, por vezes, a própria enunciação do argumento favorável implica no rechaço da tese contrária, de maneira que não há necessidade de repetição de sua refutação. Uma das formas principais de refutação é apontar a existência de

³⁰ ELLERO, Maria Pia. **Retorica**: guida all'argomentazione e alle figure del discorso. Roma : Carocci editore. 2017. P. 114.

³¹ WAYHS, João Paulo Freire. **A argumentação e a utopia de um modelo ideal**. 2011. P. 4-5. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/wayhs-joao-a-argumentacao-e-a-utopia-de-um-modelo-ideal.pdf> acesso em 27.8.2019

³² MARTINEAU, François. **Argumentación judicial del abogado**. 1ª ed. Barcelona : Bosch. P. 291.

paralogismos³³ na argumentação do adversário, buscar demonstrar que sua correção lógica é apenas aparente³⁴. Assim, é este o momento em que o advogado pode dar foco à incoerência do conjunto de proposições da outra parte, para demonstrar este sistema argumentativo enquanto incoerente e, por conseguinte, inutilizável³⁵.

Com isso, encerra-se a argumentação, chegando o momento do epílogo, também chamado de peroração, oportunidade na qual o orador concluirá seu discurso perante o auditório. Segundo Aristóteles, o epílogo deve ser composto por quatro partes: “*tornar o ouvinte favorável para a causa do orador e desfavorável para a do adversário; amplificar ou minimizar; dispor o ouvinte para um comportamento emocional; recapitular*”³⁶, sendo assim o momento de se reafirmar a tese defendida e reforçar os defeitos da tese contrária, frisando-se o resultado pretendido. No final do discurso, é preciso que se utilizem termos e pensamentos mais chamativos, para excitar a paixão do público e suscitar-lhe emoções³⁷, o que pode ser tão importante quanto – talvez até mais – do que a própria recapitulação dos argumentos e fundamentos.

2.2 Do afeto na disposição da argumentação.

Caracterizada a *dispositio* e suas partes, necessário que se traga um enfoque acerca da importância dos elementos afetivos e emocionais na organização do argumento a ser apresentado para o auditório. No discurso jurídico, no qual se discute algo ocorrido no passado e cujo objetivo é a acusação ou a defesa de alguém³⁸, sem possibilidade de um julgamento de

³³ Paralogismo sendo uma proposição que possui incoerência lógica, mas que se diferencia do sofismo, pois o primeiro ocorre de maneira involuntária, ao passo que o segundo se dá de forma voluntária.

³⁴ MARTINEAU, François. *Ibidem*. P. 302-304.

³⁵ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de argumentação**: a nova retórica. GALVÃO, Maria Ermantina de Almeida Prado [trad.]; BRANDÃO, Eduardo [ver.]. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2005. P. 221-222.

³⁶ ARISTÓTELES. **Retórica**. 2ª ed, rev. Lisboa : Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. P. 296.

³⁷ ELLERO, Maria Pia. **Retorica**: guida all'argomentazione e alle figure del discorso. Roma : Carocci editore. 2017. P. 115-116.

³⁸ PISTORP, Maria Helena Cruz. A formação linguístico-discursiva do profissional da área jurídica. *In*: Revista do Grupo de Estudos Linguísticos do Estado de São Paulo (GEL), v. 3, pp. 25-45, 2006. P. 27

certeza sobre o evento em discussão, mas sim de probabilidade, inevitável que haja influência de elementos não racionais na decisão, devendo-se buscar entender melhor qual o seu poder de persuasão conforme a maneira com que são apresentados pelo orador.

É necessário que se estruture o argumento levando em consideração o auditório a que o mesmo está sendo dirigido, qual o *pathos* presumível pelo enunciador. Unindo-se esta noção à *dispositio* do discurso, deve-se atentar ao perfil do ouvinte inclusive no seu momento aparentemente mais técnico – a narração dos fatos –, pois a realidade dos acontecimentos pode ser descrita de diversas maneiras, devendo-se escolher alguma delas tendo-se em vista o público a que se dirige, a fim de comprovar a tese apresentada de acordo com as expectativas do mesmo³⁹. Nesta linha, é a natureza do auditório que determinará quais argumentos podem ser submetidos com chances maiores de sucesso⁴⁰, de maneira que é a partir disto que o orador poderá estabelecer a amplitude, o caráter e o alcance da argumentação pretendida.

Assim, ao planejar a disposição de seu discurso e o que será apresentado em cada momento, o orador deverá se atentar tanto ao *ethos* quanto ao *pathos*, uma vez que “as identidades sociais se manifestam no discurso, constroem-se nas relações interpessoais, o eu se constitui a partir do tu”^{41,42}. Para tanto, deve-se visar à criação de uma relação de confiança

³⁹ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. PEREIRA; Maria E.G.G. [trad.]. São Paulo : Martins Fontes, 1996. P. 28.

⁴⁰ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Ibidem*. P. 33.

⁴¹ PISTORP, Maria Helena Cruz. *Ibidem*. P. 27.

⁴² A construção da subjetividade na linguagem se liga ao pensamento de Benveniste: “A consciência de si mesmo só é possível se experimentada por contraste. Eu não emprego *eu* a não ser dirigindo-me a alguém, que será na minha locução um *tu*. Essa condição de diálogo é que é constitutiva da *pessoa*, pois implica em reciprocidade – que eu me torne *tu* na alocação daquele que por sua vez se designa por *eu*. Vemos aí um princípio cujas consequências é preciso desenvolver em todas as direções. A linguagem só é possível porque cada locutor se apresenta como *sujeito*, remetendo a ele mesmo como *eu* no seu discurso. Por isso, *eu* pressupõe outra pessoa, aquela que, sendo embora exterior a ‘mim’, torna-se o meu eco – ao qual digo *tu* e que me diz *tu*. A polaridade das pessoas é na linguagem condição fundamental, cujo processo de comunicação, de que partimos, é apenas uma consequência totalmente pragmática. Polaridade, aliás, muito singular em si mesma, e que apresenta um tipo de oposição do qual não se encontra o equivalente em lugar nenhum, fora da linguagem. Essa polaridade não significa igualdade nem simetria: *ego* tem sempre uma posição de transcendência quanto ao *tu*; apesar disso, nenhum dos dois termos se concebe sem o outro; são complementares, mas segundo uma oposição ‘interior/exterior’, e ao mesmo tempo são reversíveis. Procure-se um paralelo para isso; não se encontrará nenhum. Única é a condição do homem na linguagem.” (BENVENISTE, Émile. **Problemas de linguística geral**. Tradução de Maria da Glória Novak e Luiza

para com o auditório desde o exórdio, pensado especificamente para o público a que se dirige, a fim de demonstrar, desde o início, o orador enquanto pessoa confiável e virtuosa. Maingueneau concebe o *ethos* enquanto uma relação transversal, na qual a maneira de dizer, utilizada pelo orador, remete à uma maneira de ser interpretada pelo ouvinte, o qual cria, a partir disto, uma imagem de quem está enunciando o discurso⁴³. O *ethos* discursivo, sendo uma estrutura dinâmica e construída pela percepção do ouvinte, deve transcorrer toda a argumentação, de forma que o orador mantenha este reconhecimento enquanto confiável durante todo o discurso – razão pela qual, apresentando argumentos sólidos na confirmação, não deve, por exemplo, desqualificar de maneira infundada o adversário durante a refutação, sob pena de sua argumentação perder a força na memória do julgador após esse momento.

Sendo o *ethos* demonstrado através do discurso, o mesmo depende das escolhas linguísticas e estilísticas feitas pelo orador, de forma que a sua credibilidade é um efeito de seu discurso⁴⁴. Com isso, não é possível obter aderência à tese sem que se busque suscitar nos ouvintes as emoções que os deixarão predispostos a tanto, o que perpassa desde a sua confiança na seriedade do orador, assim como nos seus próprios sentimentos sobre o tema em debate. É necessário que o orador conduza o discurso de forma que o auditório esteja no modo afetivo mais apto a acolher o argumento, haja vista que o fenômeno afetivo pode ser definido como a existência de uma valoração inerentemente positiva ou negativa sobre algo⁴⁵, influenciando na tomada de decisão – especialmente ao se tratar de questões humanas que não admitem uma decisão de certeza.

Neri. Revisão do Prof. Isaac Nicolau Salum. São Paulo: Editora Nacional, Editora da Universidade de São Paulo, 1976. P. 286-287)

⁴³ MAINGUENEAU, Dominique. *Novas tendências em análise do discurso*. 3^a ed. Campinas : Pontes/EDUNICAMP. 1997. P. 46.

⁴⁴ EGGS, Ekkehard. Ethos aristotélico, convicção e pragmática moderna. In: Amossy. *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. 1^a ed. pp.29-56. São Paulo : Contexto, 2016. P. 31.

⁴⁵ BEN-ZE'EV, Aaron. The thing called emotion. In: *The Oxford Handbook of Philosophy of emotion*. 1^a ed. pp.41-62. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Uma forma de criar este vínculo com o auditório e fazê-lo confiar na tese exposta, é a utilização de *lugares* para fundamentar valores ou hierarquias, que podem servir de premissas para silogismos, utilizando-se de questões geralmente aceitas e que intervêm para justificar a maior parte das nossas escolhas⁴⁶, e assim sustentar sua analogia à questão concreta posta. Assim, em que pese haja uma necessidade de construção lógica dos argumentos, é necessário que sua apresentação seja elaborada de modo a possibilitar o seu melhor recebimento pelo público, colocando-o no estado emocional mais adequado à percepção dos argumentos racionais.

O *ethos* é construído pelo auditório, conforme este perceba o orador, o qual organiza o discurso de acordo com o *pathos* esperado, demonstrando assim a relação indissociável entre estes dois elementos da retórica. Trazendo estas noções à disposição, tem-se a necessidade de que o orador, ao organizar seu argumento, o faça da forma que mais provavelmente será aceita pelo público, ao mesmo tempo em que deve passar a imagem de credibilidade pessoal – a fim de que esta percepção se estenda à tese defendida.

3. A importância da disposição na sentença

Abordadas as características da *dispositio*, suas partes e forma de construção de cada uma, assim como a influência dos elementos afetivos na organização de um discurso, pretende-se agora unir estas noções com o discurso jurídico, a partir de uma análise da sentença. Para tanto, serão estudados os elementos necessários à decisão judicial, conforme determinado pela legislação processual civil, para depois analisar-se a função da *dispositio* na motivação da sentença.

⁴⁶ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. PEREIRA, Maria E.G.G. [trad.]. São Paulo : Martins Fontes, 1996. P. 94-95.

3.1 Os elementos da sentença e a disposição.

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece como elementos da sentença, em seu artigo 489, o relatório, a motivação e o dispositivo. A legislação processual atual trouxe uma mudança semântica em relação à anterior, deixando de fazer menção aos “requisitos” da sentença, passando a chamá-los de “elementos”, de forma a seguir a distinção entre elementos, requisitos e fatores, relativamente aos planos da existência, da validade e da eficácia⁴⁷. Esta alteração de vocábulo foi adequada, tendo em vista as críticas que recebia o Código de 1973 neste ponto, vez que requisitos são expressos mediante adjetivos, são qualidades que algo deve possuir, ao passo que elementos são partes que devem fazer parte da estrutura de algo⁴⁸, essenciais. Dessa forma, sendo o relatório, a motivação e o dispositivo pontos que devem integrar a sentença, correta sua classificação enquanto elementos, cuja falta implicará nos planos da existência, da validade e da eficácia, conforme será abordado adiante.

O relatório é o momento em que a sentença deve narrar os acontecimentos importantes do processo, sendo sua função explicitar que o órgão jurisdicional possui conhecimento do que ocorreu nos autos⁴⁹. Pode-se ir além e afirmar que o relatório da sentença equivale à narração e à divisão na *dispositio*, momento no qual são estabelecidos os pontos controvertidos trazidos pelas partes e argumentações realizadas, sobre as quais o juiz decidirá, assim como expor quais provas foram produzidas, que serão retomadas no momento da fundamentação de sua decisão.

O segundo elemento que deve possuir a sentença é a fundamentação, na qual o magistrado deve explicitar suas razões de convencimento, de “*forma clara e de molde a levar tantos quantos a leiam tendam a chegar à*

⁴⁷ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume II [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. Capítulo 69, p. 27.

⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. In: **Revista da EMERJ**, v. 2, n. 8, 1999. P. 43.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. [livro eletrônico]. 4a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018. Capítulo XIII, P. 02.

mesma conclusão a que chegou”⁵⁰. Assim, este é o momento de justificar sua decisão às partes, em respeito ao princípio do livre convencimento motivado, o qual decorre do próprio Estado Democrático de Direito enquanto limitação do arbítrio e da discricionariedade da atividade jurisdicional, cabendo ao julgador decidir de forma expressa e racional, expondo um discurso justificativo da decisão tomada diante daquele caso concreto que se encontra *sub judice*⁵¹. A decisão judicial sobre os fatos trazidos pelas partes não é resultado de intuição racional, tampouco de uma introspecção humana do próprio juiz, pelo contrário, a sentença deve ser resultado de um processo racional, a partir de regras e princípios, que permita a controlabilidade da decisão proferida, a fim de garantir sua validade⁵². Este elemento, portanto, é o momento de confirmação e refutação, na qual o julgador expõe os motivos pelos quais acolhe a tese de uma das partes e rechaça a outra, sendo seu dever fundamentar a decisão de modo que as partes possuam parâmetros para verificar a correção de seu raciocínio e, eventualmente, sobre quais pontos irão exercer seu direito de recurso, buscando outra interpretação da legislação suscitada e do suporte fático.

No último elemento, o dispositivo, é quando o magistrado apresenta sua decisão de forma isolada, afirmando se acolhe ou rejeita, total ou parcialmente, o pedido apresentado pelo autor, sendo este o ponto da sentença que possui autoridade de coisa julgada⁵³, ou seja, é o momento em que há a síntese do que fora decidido. Em que pese estar em posição estrutural semelhante, não parece se assemelhar à peroração da *dispositio*, pois nesta última há maior teor afetivo, com a intenção de suscitar a emoção necessária ao ouvinte aderir à argumentação realizada, o que não ocorre no dispositivo sentencial, por representar uma objetivação do que

⁵⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018. Capítulo 01. P. 33.

⁵¹ CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Aratújo. Motivação das decisões judiciais: estudo à luz do art. 489 do novo Código de Processo Civil. In: **RePro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 56-83, 2016.

⁵² TARUFFO, Michele. **La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti**. Bari : Laterza, 2009. P. 194.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Ibidem*. P. 05.

fora concluído a partir da fundamentação – é a decisão em si sobre a relação jurídica em discussão.

A sentença, enquanto discurso, pode ser caracterizada como o ápice da atividade jurisdicional, e, quando adequadamente proferida, atende às condições de um discurso ideal, por possuir uma superestrutura, um modelo cognitivo global, formal, abstrato e de caráter convencional – estando este último diretamente ligado à legislação processual que a define⁵⁴. A partir desta conceituação, é possível conceber a sentença enquanto um discurso cuja disposição já está previamente delimitada por lei, não sendo possível ao juiz que escolha não inserir na decisão algum dos elementos elencados na legislação enquanto necessários.

No caso de uma sentença que não possua dispositivo, ela sequer poderá ser considerada, a rigor, uma sentença, haja vista que este elemento representa a resposta estatal ao que fora submetido pela parte ao conhecimento jurisdicional, e ser este o elemento que assegura o ingresso no mundo jurídico⁵⁵ – haja vista o dispositivo ser a parte da decisão que adquire condição de coisa julgada –, impactando no campo da existência. Assim, a falta de dispositivo é uma insuficiência grave, causando a inexistência da sentença, por não conter a declaração explícita de qual o julgamento da lide posta ao juiz.

A ausência de fundamentação, por outro lado, terá impacto na validade da sentença, tornando-a nula, tendo em vista o estabelecido no artigo 93, IX, da Constituição Federal, de maneira que, possuindo o dispositivo, poderá transitar em julgado ainda que não fundamentada⁵⁶. Os parâmetros para verificar se uma decisão está fundamentada são trazidos no § 1º do artigo 489 do CPC, de maneira a impor que não será

⁵⁴ PIMENTA, Viviane Raposo. **Textos forenses: um estudo de seus gêneros textuais e sua relevância para o gênero sentença**. 2007. 501 f. Dissertação (Mestrado em Linguística Letras e Artes) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2007. P. 165-166. Disponível em <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/15339>. Acesso em 31.8.2019.

⁵⁵ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume II [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. Capítulo 69, p. 28.

⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *In*: Revista da EMERJ, v. 2, n. 8, 1999. P. 44.

aceita qualquer fundamentação, existindo uma exigência legal mínima de qualidade da motivação da sentença⁵⁷. Denota-se que a sentença que não possua uma motivação adequada, em atendimento ao princípio do livre convencimento fundamentado, na qual são expostas as razões pelas quais o juiz decidiu num ou noutro sentido, à luz do caso concreto e dos argumentos trazidos pelas partes, será passível de decretação de nulidade, por violar a preceito constitucional e norma legal que lhe impõe o dever de fundamentação.

A falta de relatório na sentença também pode acarretar na nulidade da sentença, de forma que, assim como em sentença não fundamentada, o ato ingressará no mundo jurídico, mesmo que de forma defeituosa, e produzirá efeitos até que seja corrigido ou desconstituído⁵⁸. Com isso, a não exposição dos pontos necessários e das questões importantes ocorridas no decorrer do processo, torna nula a decisão judicial, por não atender à estrutura pré-determinada na legislação, da qual não pode o juiz se eximir de atender.

3.2 Da função da disposição nas sentenças judiciais.

A sentença insere-se no segundo campo da argumentação jurídica, sendo a aplicação de normas jurídicas à solução de casos concretos⁵⁹. As decisões jurisdicionais geralmente não precisam ser explicadas, mas sim justificadas, tendo em vista que o Direito é uma área em que -se aplica o modelo de informação integrada, sendo a sentença o resultado de uma combinação dos valores da informação com os da impressão inicial, sendo estes últimos influenciados desde o estado de humor do juiz no momento do julgamento, até preconceitos pessoais⁶⁰. Dessa forma, pode afirmar-se

⁵⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa; *et al.* **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil, artigo por artigo.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. P. 793.

⁵⁸ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume II [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. Capítulo 69, p. 27.

⁵⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica.** CUPERTINO, Maria Cristina Guimarães [trad.]. 3ª ed. São Paulo : Editora Landy, 2003. P. 18.

⁶⁰ ATIENZA, Manuel. *Ibidem*. P. 20-21.

que o processo decisório do julgador começa desde a impressão inicial sobre as partes, e, ao longo do processo, acumula informações acerca das provas produzidas e argumentos formulados, para então avalia-los e proferir seu julgamento sobre a questão posta.

A motivação da sentença judicial pode ser vista, segundo Michele Taruffo, enquanto um possível conjunto de dados de fatos, que geralmente são heterogêneos entre si, sendo que o seu valor indiciário se altera de acordo com a alteração dos critérios para interpretá-los⁶¹. Ainda, segue o autor, que não se trata de um discurso objetivado escrito, mas sim de um fato de estrutura complexa e apenas parcialmente individualizável pela percepção empírica, a qual pode ser definida como um comportamento do juiz ao afirmar determinadas coisas na motivação de sua decisão, reconstruindo o fato de forma indutiva e hipotética, sobre as asserções expressas pelo julgador na fundamentação de sua sentença⁶². Com isso, passando a valoração dos fatos e argumentos trazidos ao processo pelo juiz, evidencia-se a inegável existência de critérios subjetivos de valoração, decorrente do próprio fato de ser o julgador um ser humano e, portanto, dotado de emoções próprias, sobressaindo-se a importância de uma adequada fundamentação da sentença a fim de trazer uma racionalidade verificável à decisão proferida.

Entendendo-se a sentença enquanto discurso que deve convencer⁶³ a seus leitores, em especial as partes do caso em questão, de que foi decidida

⁶¹ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. MITIDIERO, Daniel; ABREU, Rafael; RAMOS, Vitor de Paula [trad.]. 1ª. Ed. São Paulo : Marcial Pons, 2015. P. 79-80.

⁶² TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. MITIDIERO, Daniel; ABREU, Rafael; RAMOS, Vitor de Paula [trad.]. 1ª. Ed. São Paulo : Marcial Pons, 2015. P. 80.

⁶³ Aqui, com relação à dicotomia convencimento-persuasão, utiliza-se a definição de Perelman e Olbrechts-Tyteca, no sentido de que “Propomo-nos chamar de *persuasiva* a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar convincente àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional. O matiz é bastante delicado e depende, essencialmente, da ideia que o orador faz da encarnação da razão. Cada homem crê num conjunto de fatos, de verdades, que todo homem ‘normal’ deve, segundo ele, aceitar, porque são válidos para todo ser racional. Mas será realmente assim? Essa pretensão a uma validade absoluta para qualquer auditório composto de seres racionais não será exorbitante? Mesmo o autor mais consciencioso tem, nesse ponto, de submeter-se à prova dos fatos, ao juízo de seus leitores. Em todo caso, ele terá feito o que depende dele para *convencer*, se acredita dirigir-se validamente a semelhante auditório.” (**Tratado da argumentação...**, *op cit.* P. 31). Assim, entende-se o juiz, enquanto responsável pela aplicação do direito ao caso concreto, tem o dever de *convencer* não apenas o seu auditório, mas todos os seres racionais, como é o caso, por exemplo, de sua sentença ser objeto de recurso ao Tribunal –

de forma racional e de que a valoração das provas e dos argumentos pode ser identificada explicitamente a partir da fundamentação, revela-se a necessidade de certa persuasão do juiz ao escrevê-la. O sucesso da persuasão depende da disposição emocional da audiência a que se dirige o orador – neste caso, o juiz –, de maneira que o mesmo deve suscitar as emoções corretamente, haja vista a sua influência sobre a percepção do discurso⁶⁴, sendo assim, a sentença deve ser percebida pelas partes enquanto adequadamente fundamentada. Assim, é possível ao juiz, a partir da *dispositio* da sentença a ser prolatada, reforçar o seu *ethos*, a sua credibilidade perante o auditório, desde a forma como apresenta o relatório, até a maneira com que organiza a apresentação dos elementos de sua fundamentação⁶⁵, a fim de demonstrar seu conhecimento e inteligência.

Assemelhando-se o relatório da sentença à narração e à divisão na *dispositio*, é necessário ao julgador estabelecer, desde este momento, uma relação de confiança com seus leitores, a fim de demonstrar que efetivamente tem conhecimento do ocorrido no processo que está sendo julgado. Assim, apesar de afirmar-se que o relatório “*deve conter todo o necessário e só o necessário*”⁶⁶ ao julgamento da causa, é necessário que se reconheça a mutabilidade da descrição de um fato, podendo existir múltiplas versões do mesmo, em que pese o seu acontecimento, enquanto evento histórico, seja imutável⁶⁷. A partir disto, é possível concluir que, desde o relatório, deve o juiz reforçar às partes o seu conhecimento sobre os autos, além de, pela própria descrição dos fatos e teses, preparar o terreno para a sua fundamentação no sentido do acolhimento ou

pressupondo-se que, nessas situações, o juiz pretenda ser lido enquanto racional pelos desembargadores, convencê-los de que aplicou corretamente o direito naquele caso.

⁶⁴ WERESH, Melissa. Morality, trust and illusion: ethos as relationship. In: **Legal Communication and Rhetoric: JALWD**, v. 9, pp. 229-272. 2012. P. 232.

⁶⁵ WERESH, Melissa. *Ibidem*. P. 239.

⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. In: Revista da EMERJ, v. 2, n. 8, 1999. P. 45.

⁶⁷ TESHEINER, José Maria Rosa. Os elementos da ação. In: **Revista da Faculdade de Direito UFRGS**, n. 10, pp. 213-231, jul.1994. p. 218.

desacolhimento dos pedidos que lhe foram apresentados. Não é possível que se conceba o relatório enquanto elemento puramente técnico e desprovido de sentido emocional, tendo em vista que é a partir dele que serão estabelecidos os parâmetros da motivação da sentença, sendo assim, os fatos e provas são narrados pelo magistrado de maneira a colocar o leitor no estado emocional necessário a compreender sua fundamentação posterior.

Com relação à fundamentação da sentença, o apelo à afetividade se mostra ainda maior e mais explícito, sendo equivalente, na *dispositio*, à confirmação e à refutação dos argumentos apresentados. O direito é feito na linguagem, e é da linguagem que surgem as dificuldades para compreender uma norma e aplica-la a um caso concreto, devendo o juiz passar pela exploração hermenêutica do enunciado jurídico, não podendo a sentença ser considerada enquanto um ato simplesmente silogístico⁶⁸. Dessa forma, manifestando-se o julgador através da linguagem, a mesma não pode ser caracterizada enquanto instrumento, sendo instrumental aquilo cujo uso dominamos e podemos nos desfazer após utilizado, vez que “*em todo conhecimento de nós mesmos e do mundo, sempre já fomos tomados pela nossa própria linguagem*”⁶⁹. A despeito da inegável importância do argumento racional para a decisão sobre a incidência de uma norma, não se pode interpretá-la no vácuo, a par dos elementos humanos e afetivos, visto que o sentido do próprio texto legal não é imutável, formando parte do todo de uma tradição de cada época, estando este sentido sempre determinado de acordo com a situação histórica de quem o interpreta⁷⁰. Com isso, evidencia-se que o juiz, ao motivar sua decisão, acaba por lançar mão de recursos afetivos a fim de convencer a adequação de sua fundamentação, seja reforçando seu *ethos* de credibilidade, seja a partir da busca pelo significado da norma jurídica suscitada e sua incidência ou não sobre o caso concreto.

⁶⁸ ABBoud, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2ª ed. São Paulo : Mastersaf, 2018. P. 73.

⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. MEURER, Flávio Paulo [trad.]. 3ª ed. Vol. I. Petrópolis : Vozes, 1999. P. 176.

⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Ibidem*. P. 443.

Não se trata aqui de uma negação ao aspecto racional da aplicação do direito, pois se insere na lógica do silogismo, contudo, se diferencia da dialética em razão de seu objeto ser provável, e não algo verdadeiro ou necessário⁷¹. A sentença judicial, entendida enquanto uma das formas de argumentação jurídica, faz uso da retórica, entendida esta enquanto o estudo da persuasão nos temas de concepção relativa, na investigação de argumentos probabilísticos, a fim de dar-lhes um esquema normativo⁷². Assim, a partir do arcabouço fático-probatório exposto pelo julgador em seu relatório, ele deverá apresentar sua fundamentação, acolhendo os argumentos de uma parte e rechaçando os da outra, a fim de motivar sua decisão final, motivação esta que, por se tratar de matéria provável – e não de certeza exata –, deve convencer ao seu leitor e é perpassada pelo conjunto de convicções do próprio juiz⁷³. À luz dos elementos da *dispositio* expostos acima, a fundamentação da sentença será o momento de se apresentarem enquanto corretos logicamente os argumentos do vencedor e incorretos os do derrotado, a partir de uma interpretação da norma ao caso concreto, na qual são inseridas questões não puramente racionais de aplicação literal da disposição normativa.

O dispositivo da sentença, como mencionado acima, tem menor espaço para afetividade⁷⁴, tendo em vista sua rigidez enquanto manifestação sintética e expressa do decidido ao longo da fundamentação. O dispositivo é a norma criada pelo Estado para o caso concreto, a partir da atividade jurisdicional, de maneira que tem aspecto objetivo, contudo, perpassado pela “*compreensão histórica e fática do intérprete*”⁷⁵. Com isso, apesar de o dispositivo, em si, não conter elementos afetivos, e sim a

⁷¹ GOODRICH, Peter. Rethoric as jurisprudence: an introduction to the politics of legal language. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 88, 1984. P. 103.

⁷² GOODRICH, Peter. Rethoric as jurisprudence: an introduction to the politics of legal language. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 88, 1984. P. 103.

⁷³ PISTORI, Maria Helena Cruz. *Persuasão e eficácia discursiva no Direito: modos de ser, modos de dizer*. 2008. 388 f. Tese (Doutorado em Filologia e Língua Portuguesa) – Universidade de São Paulo, 2008. P. 364-365. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8142/tde-06042009-171515/pt-br.php>. Acesso em 03.09.2019.

⁷⁴ Para o juiz, pode ser a parte com menos afetividade em razão de sua necessária objetividade, porém, para as partes, pode ser o mais afetivo ponto da sentença, por representar a vitória ou a perda do buscado na ação judicial.

⁷⁵ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2ª ed. São Paulo : Mastersaf, 2018. P. 73.

decisão judicial concisa, é a conclusão do juiz a partir de sua motivação, de forma que decorre de uma argumentação jurídica que leva em consideração tanto o *logos*, quanto os outros elementos afetivos inseridos na motivação.

4. Conclusão

Diante o abordado neste artigo, verifica-se que a persuasão da disposição de um argumento aplica-se também à sentença judicial, apesar de sua estrutura estar pré-determinada na legislação processual. Desde a narrativa dos fatos e provas no relatório, há a influência de elementos não racionais, a fim de criar uma imagem de credibilidade do juiz, enquanto conhecedor do ocorrido nos autos, além de apresentar a versão mais adequada ao aceite da posterior fundamentação.

Os elementos da *dispositio* previstos pela retórica se fazem presentes nos elementos da sentença pelo artigo 489 do Código de Processo Civil, ora em correlação mais explícita, ora menos. Porém, a organização de um argumento, inclusive na sentença, tem impacto sobre a sua aceitação pelo auditório. Com isso, não sendo a decisão judicial um silogismo puramente lógico entre a norma jurídica e o caso concreto, a sentença é perpassada pelas impressões pessoais do próprio magistrado, que possui o dever de fundamentá-la adequadamente. Esta motivação levará em conta aspectos emocionais, além de demandar uma justificativa do magistrado para sua decisão, que deverá ser organizada de maneira a ser melhor aceita pelo seu leitor – o que demonstra a incidência persuasiva da *dispositio* existente na retórica às sentenças.

5. Referências

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2ª ed. São Paulo : Mastersaf, 2018.

ARISTÓTELES. **Retórica**. 2ª ed, rev. Lisboa : Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.

- ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.
- ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume II [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica**. CUPERTINO, Maria Cristina Guimarães [trad.]. 3ª ed. São Paulo : Editora Landy, 2003.
- BENVENISTE, Émile. **Problemas de linguística geral**. Tradução de Maria da Glória Novak e Luíza Neri. Revisão do Prof. Isaac Nacolau Salum. São Paulo: Editora Nacional, Editora da Universidade de São Paulo, 1976.
- BEN-ZE'EV, Aaron. The thing called emotion. *In: The Oxford Handbook of Philosophy of emotion*. 1ª ed. pp.41-62. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BOAVENTURA, Edivaldo Machado. **Como ordenar as ideias**. 9ª ed. São Paulo : Ática, 2007.
- BREWER, Scott. Logocratic method and the analysis of arguments in evidence. *In: Law, probability and risk*, v. 10, p. 175-202, 2011.
- CÍCERO. **Retórica a Herênio**. FARIA, Ana Paula Celestino; SEABRA, Adriana [tradução e introdução]. São Paulo : Hedra, 2005.
- CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Motivação das decisões judiciais: estudo à luz do art. 489 do novo Código de Processo Civil. *In: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 56-83, 2016.
- EGGS, Ekkehard. Ethos aristotélico, convicção e pragmática moderna. *In: Amossy. Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. 1ª ed. pp.29-56. São Paulo : Contexto, 2016.
- ELLERO, Maria Pía. **Retorica**: guida all'argomentazione e alle figure del discorso. Roma : Carocci editore. 2017.

- FIGUEIREDO, Maria Flávia; FERREIRA, Luiz Antonio. A perspectiva retórica da argumentação: etapas do processo argumentativo e partes do discurso. *In: ReVEL*, edição especial, vol. 14, n. 12, 2016.
- FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo : Edições Loyola, 1996.
- FROST, Michael. Ethos, Pathos & Legal Audience. *In: Dickinson Law Review*, vol. 99, 1994, pp 85-116.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. MEURER, Flávio Paulo [trad.]. 3ª ed. Vol. I. Petrópolis : Vozes, 1999.
- GOODRICH, Peter. Rethoric as jurisprudence: an introduction to the politics of legal language. *In: Oxford Journal of Legal Studies*, n. 88, 1984.
- HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Editora Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2001.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2008.
- MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do Ethos. *In: MOTTA, Ana Raquel; SALGADO; Luciana (org.). Ethos discursivo*. 1ª ed. São Paulo: Contexto, 2015, p.11-32.
- _____. **Novas tendências em análise do discurso**. 3ª ed. Campinas : Pontes/EDUNICAMP. 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. [livro eletrônico]. 4a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.
- MARTINEAU, François. MARTINEAU, François. **Argumentación judicial del abogado**. 1ª ed. Barcelona : Bosch, 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *In: Revista da EMERJ*, v. 2, n. 8, 1999.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. PEREIRA; Maria E.G.G. [trad.]. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

- PIMENTA, Viviane Raposo. **Textos forenses: um estudo de seus gêneros textuais e sua relevância para o gênero sentença**. 2007. 501 f. Dissertação (Mestrado em Linguística Letras e Artes) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2007. P. 165-166. Disponível em <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/15339>.
- PISTORP, Maria Helena Cruz. A formação linguístico-discursiva do profissional da área jurídica. *In: Revista do Grupo de Estudos Linguísticos do Estado de São Paulo (GEL)*, v. 3, pp. 25-45, 2006.
- NEAGU, Carmen. Legal rethoric and its evolution through history. *In: Contemporary Readings in Law and Social Justice*, vol. 5, pp. 854-857, 2013.
- QUINTILIANO. **Instituições oratórias**. Coimbra : Imprensa da Universidade, 1836.
- REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. BENEDETTI, Ivone Castilho [trad.]. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2004.
- TARUFFO, Michele. **La semplice verittà. Il giudice e la costruzione dei fatti**. Bari : Laterza, 2009.
- _____. **A motivação da sentença civil**. MITIDIERO, Daniel; ABREU, Rafael; RAMOS, Vitor de Paula [trad.]. 1ª. Ed. São Paulo : Marcial Pons, 2015.
- TESHEINER, José Maria Rosa. Os elementos da ação. *In: Revista da Faculdade de Direito UFRGS*, n. 10, pp. 213-231, jul.1994
- WAYHS, João Paulo Freire. **A argumentação e a utopia de um modelo ideal**. 2011. P. 4-5. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/wayhs-joao-a-argumentacao-e-a-utopia-de-um-modelo-ideal.pdf>
- WERESH, Melissa. Morality, trust and illusion: ethos as relationship. *In: Legal Communication and Rhetoric: JALWD*, v. 9, pp. 229-272. 2012.

A elocução e sua função persuasiva retórica

Haroldo Augusto da Silva Teixeira Duarte

Introdução

Para podermos situar o nosso problema, começaremos com um brevíssimo panorama da retórica. Os elementos da retórica são (1) o componente lógico-argumentativo; (2) o passional e (3) a credibilidade do orador. Esses elementos costumam ser designados, respectivamente, como *Logos*, *Pathos* e *Ethos*. Já os momentos do discurso são os seguintes: (a) invenção, (b) disposição; (c) elocução, (d) memória e (e) ação (também chamada de pronúnciação).

Pois bem, na retórica forense, a elocução teria um papel de mero aformoseamento do discurso, ou se poderia esperar que ela desempenhasse também um papel persuasivo?

Nossa hipótese será a de que a elocução pode sim desempenhar um papel importante no poder de persuasão do argumento.

Um exemplo pode nos ajudar a ilustrar o nosso ponto. Há alguns anos foi notícia o fato de que consumidores tiveram dedos machucados ao tentar acessar o *step* de certo modelo de carro. Também foi o notícia o fato de que certo utilitário ficava instável em curvas rápidas. Nesses casos, o projeto, o *design* dos automóveis, criou um problema para as vendas. Podemos imaginar uma reunião na qual os executivos intimaram os projetistas a resolver o problema, a eliminar esse ruído que atrapalhava as vendas.

Algo diferente acontece com os projetistas de carros de corridas. Espera-se que o *design* do carro tenha um impacto no seu rendimento. Espera-se que o carro seja projetado para ser aerodinâmico e estável, e que alguns segundos possam ser ganhos com um bom design. Em suma, podemos desejar que o *design* seja belo e não comprometa (não crie problemas) ou que o *design* seja belo e nos ajude a alcançar nosso resultado. Esses dois modos de se lidar com o design de um automóvel são análogos a dois modos de se lidar com a elocução. Interferindo, por isso, na sua própria definição. Isso porque alguns a definirão como um meio, e outros como um elemento de persuasão, como já veremos.

Mas o que é elocução? Para os efeitos desse artigo, nós a definiremos como o estilo de expressão. Usaremos, ainda, a palavra linguagem, mas sempre no sentido de estilo. Mas cabe salientar que existem definições diferentes de acordo com as diferentes funções da elocução. É possível que se coloque a elocução a serviço da invenção (ênfase no argumento) ou que se destaque o seu papel persuasivo (elocução como reforço do argumento).

Quintiliano define a elocução pondo ênfase no argumento (no *logos*, ou elemento lógico do discurso). Para ele, a elocução é a virtude de dizermos a quem nos ouve todos os nossos pensamentos, de modo que, sem ela, o discurso é como uma espada em uma bainha¹. O papel da elocução, portanto, seria o de desembainhar a espada do argumento.

Já Antônio Soárez Abreu, realça o papel persuasivo da elocução ao colocar que o design de um texto é a arte de conciliar beleza e funcionalidade². Ora um discurso retórico é funcional quando, além de ser claro e adequado, é persuasivo.

¹ Cf. (QUINTILIANO, *Instituições*). A seguinte passagem da mesma obra explica que, em Quintiliano, a invenção tem certa precedência sobre a elocução: “Cuidemos em boa ora e muito da elocução, mas compreendamos que não são as palavras o fim da oratória, eis que essas se inventaram para o adorno, e que as melhores palavras são aquelas que manifestam melhor nossos pensamentos e causam no ânimo dos juizes o afeto que desejamos” (QUINTILIANO, *Instituições*, VIII, Proêmio, 4). Também em Cícero observamos essa precedência. Isso porque ele afirma que o orador eloquente não pode se formar sem a assistência da filosofia. Com isso Cícero não está afirmando que a filosofia é suficiente, mas que ela é necessária à formação de um grande orador. Como exemplos, menciona o orador Péricles que fora aluno do filósofo Anaxágoras; Demóstenes, que foi aluno de Platão Cf. (CÍCERO, *Orador*).

² Cf. (ABREU, 2008).

Em qualquer um desses aspectos (elocução como meio ou como persuasão) podemos considerá-la nas palavras tomadas por si, ou unidas em uma oração. Isoladamente, as palavras devem ser (a) castiças; (b) claras; (c) adornadas e (d) acomodadas ao assunto. As palavras unidas (a construção das frases) devem ser (a) corretas; (b) bem colocadas e (c) acompanhadas de figuras³. Observe-se, todavia, que a elocução castiça e correta é tema da gramática.

Em resumo, se a invenção diz respeito àquilo que é dito; e a disposição à ordem em que os argumentos são apresentados; a elocução diz respeito a como isso é dito. Essas são as três perguntas que definem esses três momentos do discurso: O que? Em que ordem? e Como algo é dito? Um outro modo de entendermos esses três momentos do discurso é o seguinte: A Invenção diz respeito aos pensamentos; a disposição, aos pensamentos e palavras e a elocução, às palavras.

A seguir, apresentamos as partes desse artigo.

Quando se trata do modo como dizemos algo, nossa primeira preocupação é a de não cometermos erros (elocução como meio). A isso dedicamos o item 1. Mas uma outra preocupação é a de, para além de não cometermos erros, escolhermos as palavras de modo virtuoso (de um modo eloquente, persuasivo). O item 2 trata disso. Mas do mesmo modo que o nosso interesse pelo estilo não se dá por motivos exclusivamente estéticos, mas também persuasivos. Também podemos estreitar ainda mais o escopo do nosso artigo para afirmar que nossa preocupação não é meramente persuasiva, mas especificamente prática (forense). Por isso, ao longo do artigo ilustraremos as categorias retóricas com exemplos do mundo jurídico.

Já antecipamos que, quanto a sua função, a elocução pode ser abordada sob uma perspectiva voltada ao argumento ou sob um ponto de vista de reforço persuasivo. Na primeira perspectiva, a ênfase é dada à invenção. Assim, a preocupação seria a de garantir que o estilo não se transforme em um obstáculo à transmissão de ideias. Na segunda,

³ Cf. (QUINTILIANO, *Instituições*).

ênfatiza-se o fato de que também o estilo (o modo de dizer algo) pode conferir mais força persuasiva ao discurso. No primeiro caso, a meta última da elocução será a clareza e adequação, no segundo, a persuasão. No primeiro, o estilo seria transparente; no segundo, ele próprio seria um elemento de convencimento. Tratem-se, pois desses dois pontos (1) Elocução como meio de se alcançar Clareza e Adequação e (2) Elocução como meio de se obter um ganho persuasivo.

Creemos que, em tese, seria possível tratar exclusivamente da elocução sem entrar nos tópicos do *Logos*, do *Pathos* e do *Ethos*. No entanto, essa pureza metodológica poderia tornar o presente artigo pouco interessante aos olhos do leitor, que não veria como o estilo ajuda (a) a tornar clara a estrutura lógica do discurso; (b) a construir uma comunhão com o estado emocional da audiência e (c) a aumentar a credibilidade do orador. Por isso, nas seguintes reflexões também traremos para o centro do palco os três elementos da retórica.

1 Estilo como meio

Aristóteles⁴ pondera que embora a linguagem (o modo de se dizer) tenha apenas uma importância menor na retórica (embora real), deve ser dito que o modo como algo é dito afeta na sua inteligibilidade. Nesse sentido, para que o estilo seja bom, e não interfira negativamente na inteligibilidade do discurso, ele deve ser (a) claro e (b) adequado. O estilo é apropriado quando não é nem primário e nem excessivamente elaborado. Falaremos em clareza e adequação.

⁴ Cf. (Retórica, Livro III).

1.1 Clareza

A clareza nasce principalmente da propriedade das palavras. A propriedade, por sua vez, consiste em darmos o nome que pede a coisa, em usarmos o seu sentido denotativo, designando cada coisa pelo seu nome próprio. Quando falhamos em fazê-lo cometemos o vício da impropriedade⁵. A impropriedade, por sua vez, pode se dar por ambiguidade ou por obscuridade.

Algumas dificuldades surgem nesse ponto.

Em primeiro lugar devemos destacar que não se pode ambicionar, em um discurso com linguagem natural alcançar a univocidade própria da linguagem matemática. Usamos a expressão “linguagem natural” em oposição à linguagem formal e à linguagem matemática. Então, linguagem natural é a linguagem com a qual as pessoas se comunicam no dia a dia. Toda a retórica forense se desenvolve, em regra, no seio da linguagem natural, de modo que os eventuais aportes de linguagem formal (como a Fórmula de Hand, na Responsabilidade Civil⁶) são episódicos e laterais.

Aqui nos contentaremos com o nível de determinação semântica que podemos alcançar quando, como dito, usamos as palavras preferencialmente no seu sentido denotativo, e quando evitamos as duas formas de impropriedade (ambiguidade e a obscuridade).

Em segundo lugar, temos que levar em conta que a clareza é uma das preocupações do orador, mas não deve ser a única e talvez não seja sempre a mais importante. Isso porque, em alguns casos, ela pode ser um obstáculo para certas funções da linguagem⁷. Desenvolvamos esse ponto.

⁵ Cf. (QUINTILIANO, *Instituições*).

⁶ No julgamento *United States v. Carroll Towing Co.* (Corte de Apelação do 2º Circuito, 1947), o Juiz Learned Hand fez as seguintes considerações, que até hoje são levadas em conta no Direito Privado Norte-Americano quando se trata de apurar se uma omissão que levou a um dano pode ser considerada como negligente: A não tomada de uma precaução será negligente se o custo da precaução (C) for menor do que a probabilidade do acidente acontecer (P) multiplicada pelo dano causado (D). Assim, temos que a “fórmula da negligência” seria $C < P.D$. Mas observe-se que essa fórmula apenas sintetiza o seguinte lugar-comum da Responsabilidade Civil: Aquele que, culposamente, causa um dano a um terceiro deve indenizá-lo. Ora, a culpa do agente restará caracterizada se ele tiver agido de um modo irrazoável. Essa irrazoabilidade, por sua vez, estará presente se ficar demonstrado que se ele tivesse tomado precauções simples (e baratas) o dano não teria ocorrido. Essa é a ideia básica por trás da Fórmula de Hand.

⁷ Cf. nesse sentido (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2019, p. 150).

A linguagem não se presta apenas a descrever e explicar fenômenos (quando a clareza será essencial), mas também a construir áreas de consenso a respeito de questões polêmicas a serem enfrentadas em uma comunidade (quando, então, a falta de clareza poderá ser útil)⁸. Um exemplo muito conhecido de falta de clareza que possibilitou o consenso é o do tratamento do direito de propriedade na Constituição Federal, em cujos incisos XXII e XXIII do art. 5º dispõem, respectivamente, (a) que é garantido o direito de propriedade e (b) que a propriedade atenderá a sua função social⁹.

Além disso, um discurso que usasse as palavras apenas em seu sentido próprio (sentido denotativo) não surpreenderia a audiência. Daí a importância de se temperar o uso do sentido denotativo com o uso do sentido conotativo. Vejamos esse ponto mais de perto. Como já dito, a clareza é obtida com o uso de palavras comuns. Com isso se evita, portanto, a obscuridade. Para evitarmos o excesso de simplicidade, por outro lado, temos que recorrer a palavras incomuns. O equilíbrio entre clareza e adequação está na combinação de palavras comuns e incomuns. Mas essas palavras incomuns devem ser usadas com moderação. São como o tempero da comida ou a dissonância da música tonal. Um bom escritor usará dessa dissonância para produzir um estilo que seja distinto (reconhecível) sem ser impróprio.

Aprofundemos agora a distinção entre ambiguidade e obscuridade¹⁰.

⁸ Cf. (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2019, p. 152).

⁹ Sabemos que esses dispositivos podem ser lidos de um modo conciliatório. E geralmente é assim que os juristas costumam pensar não só esses dispositivos como quaisquer outros que apresentem diretrizes contraditórias. Isso se dá porque uma das preocupações do jurista é a de sistematizar o direito. Seguindo essa linha de raciocínio, podemos dizer, por exemplo, que o primeiro inciso trata do conteúdo do direito de propriedade, que é garantido, ao passo que o segundo trata dos seus limites, que são demarcados a partir da noção de função social da propriedade. Mas se esses conceitos são conciliáveis juridicamente, ao menos na origem eles são aporéticos politicamente, dado que eles eram bandeiras de grupos antagônicos. De um lado havia aqueles que queriam absolutizar o direito de propriedade, e de outro, aqueles que queriam relativizá-lo muito, quando não extingui-lo. Por isso cremos que podemos dizer que ao menos politicamente (ou ideologicamente) esse é um exemplo de síntese confusa. Nesse sentido é que afirmamos que essa foi uma confusão que propiciou um consenso formal, materializado na aprovação da redação final da Constituição.

¹⁰ As reflexões que se seguem foram desenvolvidas a partir de Govier (2014), embora utilizemos a palavra “obscuridade” para nos referirmos ao vício que Govier identifica como “vagueza”, e façamos também outros reparos terminológicos que serão registrados nas notas seguintes.

A ambiguidade ocorre quando um signo possui mais de um significado. Ela pode se dar na palavra, na frase ou no encadeamento do argumento. No primeiro caso, estaremos diante da ambiguidade semântica; no segundo, da ambiguidade sintática e no terceiro, da ambiguidade argumentativa¹¹.

Na ambiguidade semântica, os vários sentidos são das palavras. Govier exemplifica esse tipo de ambiguidade, apontando para os vários sentidos da palavra *spot*, que pode ser usada como conjugação dos verbos “apontar” e “auxiliar” ou como o substantivo “mancha”¹².

Como exemplo de ambiguidade sintática, a autora menciona a frase “Robert ficou profundamente chateado porque Jim quebrou a promessa que fizera a sua esposa”¹³. Essa frase é ambígua, porque o leitor não é capaz de compreender se a esposa de que se trata é a esposa de Robert ou a de Jim. Observe-se que não é possível reduzir o problema dessa frase a uma ambiguidade semântica, uma vez que nos dois sentidos possíveis, “sua” significa “dele”. A dúvida reside em saber quem é aquele de cuja esposa se está falando.

Na ambiguidade argumentativa, por fim, uma das proposições que compõem o argumento possui mais de um sentido. É desse modo, por exemplo, que a falácia do termo médio¹⁴ funciona. Exemplifiquemos considerando o seguinte argumento: “(1) A Receita Federal do Brasil integra o serviço público. (2) O que é público não é sigiloso. Portanto, (3) Os dados fiscais dos cidadãos podem ser transmitidos à imprensa”. Nesse caso, o problema do argumento (sua ambiguidade) está no sentido da palavra “público”, que na proposição (1) designa o serviço público, e na (2), designa aquilo que não é sigiloso. Nesse caso, cremos que podemos reduzir essa ambiguidade a uma ambiguidade semântica, posto que o equívoco decorre dos dois sentidos de uma palavra. Mas na medida em

¹¹ Mesmo sem usar essa terceira expressão, Govier também trata da ambiguidade argumentativa de que falamos. Cf. (GOVIER, 2014, p. 66).

¹² Cf. (GOVIER, 2014, p. 65).

¹³ Cf. (GOVIER, 2014, p. 66).

¹⁴ Que Govier chama de falácia da equívocação, cf. (2014, p. 66).

que essa palavra desempenha o papel do termo médio de um silogismo, é que falamos se tratar de uma ambiguidade argumentativa.

Por fim, chegamos à obscuridade.

Se na ambiguidade, existem vários sentidos (na palavra, na frase ou no argumento), na obscuridade, a expressão não traduz um sentido distinto, mas apenas um muito geral. É como se as fronteiras do sentido ficassem borradas. Geralmente, a obscuridade está na frase. Govier exemplifica a obscuridade com a passagem de um artigo no qual se diz que a mera existência de professores desatentos caracterizaria um tipo de abuso infantil¹⁵.

Há um evidente exagero aqui, uma linguagem carregada emocionalmente. Trata-se de um recurso estilístico válido, desde que não se pretenda, com essa linguagem, evitar a tarefa de apresentar argumentos¹⁶. Mas no caso dos professores desatentos que estariam “abusando” das crianças, o exagero é tão grande que o próprio conceito de *abuso infantil* parece ter se tornado vago e impreciso¹⁷.

Para fecharmos esse tópico, introduzimos o pensamento de Quintiliano a respeito da clareza, que ele relaciona com a propriedade (da qual já cuidamos), a ordem (que diz respeito mais de perto à disposição), a clausulação do discurso (a divisão do discurso em itens, de modo que a

¹⁵ Cf. (GOVIER, 2014, p. 69).

¹⁶ Ver, a respeito da linguagem emocionalmente carregada, (GOVIER, 2014, p. 58).

¹⁷ Esse ímpeto de carregar emocionalmente a linguagem de modo estratégico para comover (e mover) a audiência, mas que pode, se não for devidamente freado e modulado, levar à obscuridade está presente em diversas áreas da literatura jurídica. Parece que a hipérbole viciosa é o pecado de estimação do jurista. Às vezes não conseguimos, por exemplo, citar um autor sem enfatizar o quanto ele é renomado, festejado, preclaro etc. Mas esse excesso laudatório não é nosso problema mais grave. O exagero retórico se torna obscuridade, por exemplo, quando se comparam os presídios dos Estados Unidos da América e do Reino Unido aos *gulags* soviéticos, e o sistemas criminais desses países ao sistema de segregação racial da África do Sul nos tempos do *apartheid*. Cf. (GARLAND, 2008, p. 381 e 429). Também encontramos um exagero retórico em outra obra que trata do sistema carcerário norte-americano. Falamos de *Crook County*, de Nicole Gonzalez Van-Cleve. Cf. (VAN CLEVE, 2016, p 187), passagem na qual, Van Cleve aponta para uma “continuidade simbólica” entre os linchamentos e os julgamentos que observou em Chicago a partir da década de 1990. Embora ela não esclareça o que quer dizer com “continuidade simbólica”, podemos presumir que ela não enxerga uma diferença essencial entre os julgamentos que observou no Condado de Cook e práticas próprias da etapa da vingança privada do Direito Penal. Pois caso enxergasse, ela não usaria a palavra “continuidade”, que transmite a ideia de uma conservação da substância (da essência) com a alteração de meros acidentes (do grau, por exemplo). Então, para ela, o julgamento criminal nada mais seria do que uma modalidade mitigada de linchamento. Percebe-se que o conceito de linchamento está obscuro e impreciso quando ele serve para designar mesmo um julgamento realizado seguindo os ditames do devido processo legal.

organização as ideias se torne mais clara) e a justeza do estilo (da qual trataremos no tópico a respeito da adequação). Eis suas palavras:

Tenho como as principais virtudes da clareza: a propriedade das palavras, a boa ordem, o ser medido nas cláusulas e, por último, que nem falte nem sobre nada. Desse modo, o discurso será aprovado pelos sábios e compreensível para os leigos¹⁸.

Em suma, a clareza, que não se confunde com a univocidade, se alcança ao se utilizar as palavras preferencialmente no seu sentido denotativo e ao se evitar os vícios da ambiguidade, em suas várias modalidades, e da obscuridade.

Resta-nos, para concluirmos a abordagem do Estilo como meio, tratar da adequação.

1.2 Adequação

A linguagem será adequada se corresponder (a) ao assunto, (b) aos objetivos do orador e (c) às expectativas da audiência.

Começemos pela correspondência ao assunto. De algum modo, o conteúdo do discurso influenciará no estilo a ser adotado. Isso significa, por exemplo, que não é adequado falar de um modo casual sobre assuntos graves e nem de uma forma grave sobre assuntos amenos. Também não devemos adicionar epítetos ornamentais a substantivos comuns. Em síntese, o estilo acompanha o assunto; e o ornato deve ser adequado ao substantivo que se pretende ornar.

Quanto à adequação do estilo aos objetivos do orador, Munter e Hamilton (2014) ponderam que, aqui, não se trata de escolher o estilo “certo”, mas o apropriado. As quatro situações comunicativas consideradas são, em ordem crescente de participação da audiência: (1) Contar (*tell*); (2) Vender (*sell*); (3) Consultar (*consult*) e (4) Articular (*join*)¹⁹. A primeira

¹⁸ (QUINTILIANO, *Instituições*, VIII, 2, 2)

¹⁹ Cf. (MUNTER e HAMILTON, 2014, p. 6).

situação é uma exposição não dialogada, na qual o foco está no conteúdo da mensagem. As demais são cada vez mais dialogais e voltadas à audiência.

Vejamos qual é o uso dessas modalidades.

É o caso de usar o estilo Contar/Vender quando o comunicador tem informação suficiente, não precisa ouvir a opinião dos outros e quer controlar o conteúdo da mensagem.

Já o estilo Consultar/Articular deve ser utilizado quando se quer aprender com a audiência. A consulta pode assumir a forma da aplicação de um questionário, enquanto que a articulação pode se dar mediante a adoção de um método ainda mais colaborativo, como um *brain-storming*. Nesses casos, o orador não tem informação suficiente, quer conhecer a opinião dos outros e quer envolver a audiência.

Em alguns casos pode ser necessário usar uma combinação de estilos.

No âmbito da retórica forense, o orador estará quase sempre nas duas primeiras situações.

Ainda no item da adequação do estilo aos objetivos, é pertinente colocar em revista os diferentes gêneros discursivos, dado que cada um deles tem um conjunto específico de objetivos e dissertar, ainda que brevemente, a respeito da credibilidade do orador. É o que faremos a seguir.

São três os gêneros discursivos: o político, o forense e o epidíctico (ou cerimonial)²⁰.

O discurso político tem por objetivo mover a audiência. Portanto, dentre os objetivos gerais do orador (o de deleitar, ensinar e persuadir), há uma ênfase maior nesse último. Diz respeito ao futuro e ao bem comum da pólis. O discurso forense também tem por objetivo principal o de persuadir. Ele diz respeito ao passado e à justiça. Por fim, o discurso epidíctico tem por objetivo reforçar os laços comunitários (elogiando quem é digno de elogios ou condenando que é digno de censura). Diz respeito ao presente e aos valores da comunidade. As orações fúnebres,

²⁰ Cf (ARISTÓTELES, 2018).

os encômios, o discurso laudatório e o elogio são exemplos de discursos epidícticos. Considerado o trinômio deleitar-ensinar-persuadir, temos que no discurso epidíctico há uma ênfase no primeiro elemento.

Outro ponto importante, quando se trata de adequação do estilo do discurso, é o tema da credibilidade (*Ethos*). É necessário que o orador tenha uma percepção clara de qual é a credibilidade que a sua audiência lhe atribui. E isso passa por uma análise que levará em conta pelo menos os seguintes elementos a serem verificados na audiência, no orador ou em ambos. O elemento a ser observado na audiência é (1) sua boa vontade. Os elementos a serem observados no orador são (2) o seu *expertise*; e (3) a sua imagem. Por fim, os elementos a serem observados no modo como o orador e a audiência se relacionam são (4) o ranqueamento; e (5) a comunhão²¹.

A credibilidade é uma função diretamente proporcional dessas cinco variáveis. Assim, por exemplo, quanto maior for a boa vontade da audiência e o *expertise* do orador, maior será a sua credibilidade. Do mesmo modo, sua credibilidade será tanto maior quanto mais íntegra for sua imagem, mais elevado for o seu ranqueamento e quanto maior for a comunhão de valores entre ele e a audiência.

Ao considerar esses itens, o orador descobrirá qual é a sua Credibilidade Inicial (que também poderíamos chamar de *ethos* pré-discursivo). Tudo se daria como se o orador comesse o discurso com uma “conta” de credibilidade, de modo que podem ser feitos saques ou depósitos nessa conta²². Se ao comunicador é atribuída uma grande credibilidade, a audiência irá acreditar nele mesmo em assuntos polêmicos, impopulares ou contra intuitivos. Mas isso corresponde a um saque na “conta” de credibilidade. Então não convém fazer muitos saques já de saída. E, sempre que possível, é importante fazer novas aplicações nessa “conta”, usando os itens já mencionados. É o que se chama de credibilidade adquirida.

²¹ Cf. (MUNTER e HAMILTON, 2014, p. 8). Adotamos a nomenclatura dos autores, embora substituindo “base comum” por “comunhão”.

²² Devemos a metáfora com a conta bancária a Munter e Hamilton (2014, p. 8).

Com isso chegamos à adequação do estilo à audiência.

Nesse ponto, há de se direcionar a mensagem para que ela vá ao encontro das necessidades e interesses a audiência²³. Para tanto, há de se descobrir o seguinte sobre a audiência (a) Quem eles são; (b) O que eles sabem; (c) O que eles sentem e (d) Como eles podem ser persuadidos.

Na identificação da audiência, o orador determinará qual é sua audiência primária e sua audiência secundária. Audiência primária é composta pelos tomadores de decisão que o orador pretende persuadir. Mas além dos tomadores de decisão, também existem os líderes de opinião, que influenciam indiretamente na decisão a ser tomada e “porteiros”, que são pessoas com poder de veto.

Já a audiência secundária é formada pelos terceiros que terão acesso à mensagem.

Quanto ao ponto “o que eles sabem”, é necessário que o comunicador não se afaste muito de sua audiência. É importante (principalmente nas modalidades contar/vender) que o discurso seja informativo. É dizer, que ao final a audiência aprenda algo que antes não sabia. Nesse sentido, ele deve ser, em alguma medida, desafiador. No entanto, ele não pode ser tão desafiador que se torne inacessível ao ouvinte. Por isso é importante saber o que a audiência sabe para, se for o caso, fornecer informações niveladoras que permitam que ela acompanhe o raciocínio que será desenvolvido. Brocardo que sintetizaria o que acabamos de dizer seria: “O orador deve estar um degrau acima da sua audiência, mas não mais do que isso”.

A necessidade de se fornecer informações niveladoras se manifestará de modo mais premente quando o orador estiver diante de uma plateia não homogênea. Nesse caso, o estilo deverá contemplar os *experts* presentes sem deixar ninguém para trás, ainda que se tenha um alvo específico (alguém em especial, um tomador de decisões, que se queira persuadir).

Por fim, é necessário levar em conta o que a audiência está sentindo.

²³ É o que Munter e Hamilton chamam de “*you attitude*”, que consistem em se assumir o ponto e vista da audiência. Cf. (2014, p. 10). Devemos as considerações seguintes sobre a adequação do estilo à audiência a esses autores.

Afinal, Qual é a sua situação emocional atual e em que ponto poderão chegar com a sua comunicação?

As emoções podem ser divididas em eufóricas (que conduzem a ação) e disfóricas (que levam a retração)²⁴. As emoções eufóricas são o amor e a alegria (as pessoas agem em busca dessas emoções). As disfóricas são tristeza, raiva e medo (as pessoas agem, fugindo ou para evitar essas emoções). Elas podem se combinar para criar emoções mais complexas, como ciúmes. As emoções indicam quais são os valores da audiência. Embora o mais importante seja saber de que modo a audiência hierarquiza os seus valores. Por exemplo. A maior parte das pessoas valoriza tanto o aumento da renda, como a possibilidade de dispor de mais tempo livre. O crucial, para que se diga corretamente que se conhece uma pessoa, é sabe se ela está disposta a sacrificar a renda a bem de ter mais tempo livre, ou a ter menos tempo livre para ter mais renda.

Uma outra pergunta importante caso se queira adequar o estilo à audiência é a seguinte: Qual é o interesse na sua mensagem? Caso desde o início o interesse seja alto, o orador pode ir direto ao ponto sem a preocupação de elevar gradualmente o nível de interesse. Caso o nível inicial de interesse seja baixo, será conveniente usar, no início, um estilo de consultoria/articulação (que conta com maior participação e engajamento da audiência).

Também se deve levar em conta o provável viés da audiência. Caso ela tenha um viés negativo (esteja tendente a rejeitar a proposta que se está vendendo) o orador pode: (1) Apresentar um problema, para depois solucioná-lo; (2) Começar com os pontos com os quais a audiência presumivelmente irá concordar; (3) Limitar o seu pedido; (4) Responder antecipadamente a objeções mais comuns.

Em todo caso, se deve mostrar que a ação desejada se harmoniza com as crenças da audiência (é a já mencionada *you attitude*).

²⁴ Cf. (ABREU, 2009).

Por fim, se a ação que se está a demandar da audiência é muito difícil, as técnicas sugeridas por Munter e Hamilton²⁵ são as seguintes: (1) Fragmentar a ação e (2) Tornar a ação o mais fácil possível

Um exemplo do emprego dessa técnica é o discurso *We choose to go to the Moon*, proferido pelo Presidente Kennedy na Universidade Rice em setembro de 1962. Cabe fazer uma breve contextualização da corrida espacial. Em 1957 a União Soviética colocara em órbita o primeiro satélite artificial (Sputnik I). E em 1961 Yuri Gagarin se tornara o primeiro homem a chegar ao espaço. O objetivo de Kennedy era o de obter apoio para o Programa Apollo. Eis suas palavras:

Nós escolhemos ir à Lua nesta década e fazer outras coisas não porque elas sejam fáceis, mas porque elas são difíceis! Porque esse objetivo vai servir para organizar e medir o melhor das nossas habilidades. Porque este desafio é um desafio que estamos dispostos a aceitar, um desafio que não pretendemos deixar para depois. E um desafio que pretendemos vencer.

Essa é a parte emocional do discurso. A parte seguinte é técnica e descreve um desafio que só poderia ser descrito como impossível. Por isso mesmo, essa missão impossível é descrita em partes menores:

Nós enviaremos à Lua, há 380.000 Km de distância de uma estação de controle em Houston um foguete gigante com a altura de quase 100 metros, do tamanho desse campo de futebol, feito de novas ligas metálicas, algumas das quais sequer ainda nem foram inventadas, capazes de suportar o calor e a pressão maiores do que qualquer outro equipamento já suportou e montado com uma precisão maior do que a dos melhores relógios...²⁶

Em suma, quando consideramos a elocução como meio, o foco será o de construir um discurso claro e adequado. A clareza será tanto maior quanto mais se alcance a propriedade e quanto mais os vícios da ambiguidade e da obscuridade forem evitados. Já a adequação nada mais

²⁵ Cf. (MUNTER e HAMILTON, 2014, p. 14)

²⁶ Fonte: <https://er.jsc.nasa.gov/seh/ricetalk.htm>.

é do que a adaptação do estilo ao conteúdo, ao objetivo do orador e à audiência.

No entanto, parece que, ainda que nos esforcemos para colocá-las de um modo positivo²⁷, a clareza e a adequação não são verdadeiras virtudes, mas apenas a ausência de vícios. Afinal, um discurso é claro e adequado quando não é obscuro e inadequado. Seguindo essa linha de raciocínio, temos que a verdadeira virtude do orador, aquilo que o distingue dos que meramente falam corretamente é o poder de convencimento. Tratemos, agora, da função mais marcadamente persuasiva do estilo.

2 Estilo com um fim persuasivo

Podemos afirmar de antemão que a elocução não é só aformoseamento. Ela também produz um efeito persuasivo. E isso se dá através das figuras de retórica. Mas para que possamos elucidar esse conceito, devemos começar esboçando uma concepção de natureza humana, para então chegarmos ao conceito de prova. Vejamos²⁸.

2.1 Prova Retórica

Se concebermos o Homem como um ser vivo, sensível, racional e livre, poderemos afirmar que essas três características apontam para três faculdades humanas: a sensibilidade, a razão e a vontade²⁹. Deixemos essas faculdades de lado só por um instante para afirmarmos que o pensamento moderno se desenvolveu em duas diferentes correntes filosóficas: Uma, muito voltada para uma abordagem fenomenológica da realidade, mediante a utilização de um método indutivo; e outra que desenvolveu uma

²⁷ Como “acertos” e não como ausência de “erros”.

²⁸ As reflexões presentes no parágrafo seguinte foram desenvolvidas a partir da leitura que fizemos de Perelman (2004, p. 265 e seguintes). Embora designemos como idealismo aquilo que o autor identifica como racionalismo.

²⁹ A sensibilidade é uma faculdade que compartilhamos com os animais. Quando tratamos dos cinco sentidos ou ainda de sentimentos (geralmente chamados de paixões) como medo, raiva etc. estamos no âmbito da sensibilidade. Já as duas últimas faculdades são as que definem o homem. Razão é a capacidade de compreender o mundo através de conceitos. Vontade é a capacidade de fazer escolhas.

abordagem sistematizadora, mediante a aplicação de um método dedutivo. Podemos chamar a primeira vertente de empirismo, e a segunda de idealismo. Pois bem, o empirismo está voltado para a sensibilidade humana, ao passo que o idealismo está voltado para a razão. Aprofundemos esse ponto. Esses modos de pensar desenvolveram conceitos próprios de prova que possuem os seguintes pontos em comum: (a) são objetivos, de maneira que a prova aponta para uma verdade que está fora do sujeito, (b) correspondem a uma dada faculdade humana (o conceito empirista de prova se relaciona com a sensibilidade, e o idealista, com a razão), (c) seguem a lógica do tudo ou nada e, finalmente, (d) levam de modo necessário a uma dada conclusão. O conceito empirista e o conceito idealista de prova podem ser reunidos sob o epíteto de conceitos lógicos de prova. Voltando às três faculdades humanas (sensibilidade, razão e vontade), diríamos que a abordagem empirista parte da premissa de que o orador deve ter como objetivo mover a audiência (influenciando a sua vontade) por meio da sua sensibilidade; ao passo que a abordagem idealista postula que o orador deve tentar influir na vontade da audiência através da sua razão³⁰.

O problema é que esses dois conceitos de prova não dão conta de explicar o modo como tomamos decisões. Isso porque a nossa vontade pode ser movida mesmo quando nos deparamos com um dado que não é objetivo e nem leva necessariamente a uma dada conclusão. Com efeito,

³⁰ É evidente que um orador diante da sua audiência não se limitará a apresentar apenas argumentos racionais ou apenas argumentos passionais em decorrência das suas convicções filosóficas a respeito da natureza humana e do modo como as faculdades humanas interagem entre si. Conhecendo sua audiência, ele apresentará os argumentos mais aptos a persuadir-na. Sejam eles racionais, passionais ou compostos de partes racionais e passionais. Afinal, quando se quer convencer alguém, se quer convencer a pessoa por inteiro e não apenas a sua sensibilidade ou a sua racionalidade. Mas isso não afasta o fato de que, na história da filosofia, um modo de pensar mais voltado aos fenômenos se opõe a um outro mais voltado às ideias. Essa tensão produz efeitos, por exemplo, no modo como os pensadores entendem que as categorias da essência (que está no âmbito do ideal) interage com a categoria da existência (que está no âmbito do empírico). Apenas para ilustrarmos esse ponto, e para mostrarmos que efetivamente o pensamento filosófico oscila entre uma primazia do idealismo e uma primazia do empirismo, mostraremos como a essência se relaciona com a existência em Aquino. Em Aquino, a Existência acompanha a Essência. Ver, a propósito, as seguintes passagens da *Suma Teológica*: “Deve-se considerar que, como nenhum ser opera senão enquanto atual, o modo de qualquer coisa operar segue-se-lhe ao modo de ser” (ST, I, q. 89, a. 1, c.); e “Pois, dependendo a operação da natureza do ser...” (ST, I, II, q. 4, a. 5, c.). Isso significa que quando o Ser muda, o seu modo de operar também muda. Ou seja, há uma prioridade ontológica do Ser (da essência) sobre o Ente (a existência). No entanto, há uma prioridade epistêmica do Ente sobre o Ser, pois em Aquino nós podemos conhecer o Ser através das suas operações. Exemplo: Conhece-se a natureza humana através de suas capacidades; as capacidades através dos atos e os atos através dos objetos (os fins das ações). Ou seja, conhecemos o ser através da sua operação. Esse movimento racional do ente ao ser é o que se chama de *analogia entis*.

muitas vezes nós agimos de determinado modo não porque temos certezas, mas porque nossas dúvidas foram, de algum modo, apaziguadas. Em suma, aceitamos como prova, todo argumento que diminui a nossa dúvida ou suprime a nossa hesitação. Dado que o conceito lógico de prova (seja o empirista, seja o idealista) não alcança essa realidade, temos que é necessário introduzir a noção de prova retórica. Nas palavras de Perelman:

Essa ampliação da noção de prova nos permite estudar, ao lado da prova clássica, que poderíamos qualificar de lógica, as numerosas espécies de prova dialética ou retórica, que, via de regra, diferem da prova lógica porque dizem respeito a qualquer tese – e não somente à verdade das proposições ou à sua conformidade aos fatos – e porque não são coercivas nem necessárias³¹.

Pois bem, as figuras de retórica nada mais são do que figuras estilísticas (como metáfora, prosopopeia, metonímia etc.) que desempenham, no argumento, um papel de prova retórica.

Cabe-nos agora apresentar os tipos de figura de retórica. Para tanto, temos que dar um passo para trás para considerarmos como o raciocínio jurídico normalmente funciona.

2.2 Figuras de Retórica

É comum que as proposições formuladas em um discurso jurídico assumam a seguinte forma: (1) descrição dos fatos, (2) consideração da qualificação jurídica controvertida e (3) identificação da decisão tomada. Utilizando esse modelo, temos que um cabeçalho de uma ementa de acórdão poderia ser redigido da seguinte forma: “Subtração de coisa alheia móvel. Furto. Caracterização”. Ou ainda “Transcurso de mais de cinco anos desde a constituição definitiva do crédito quando do ajuizamento da execução fiscal. Prescrição tributária. Configuração”.

³¹ (PERELMAN, 2004, p. 266 – 267).

Os elementos do discurso, em Perelman e Olbrechts-Tyteca³² (Presença, Escolha e Comunhão), correspondem, em alguma medida, a essa forma de pensar.

Isso porque a Presença nada mais é do que seleção dos dados que serão levados em conta na argumentação; dos pontos que tocarão diretamente a sensibilidade da audiência³³. Desse modo, podemos pensar na Presença como uma figura análoga às “questões de fato” que são suscitadas no discurso jurídico. É verdade, no entanto, que não há uma correspondência perfeita entre as chamadas “questões de fato” do Direito e a Presença, uma vez que essa seleção de dados também recai, em um discurso jurídico, sobre as “questões de direito”. Então podemos sintetizar a questão do seguinte modo. Em um discurso jurídico, na etapa da Presença, o orador selecionará os tópicos que levará em conta na sua argumentação. Esses tópicos, por sua vez, dirão respeito a questões de fato e a questões de direito. Por exemplo: (a) O sujeito foi visto por uma testemunha subtraindo coisa alheia móvel e (b) O Art. 155 do Código Penal estabelece que constitui crime a subtração de coisa alheia móvel. Essa é uma etapa prospectiva do argumento. Nela, todos os tópicos dignos de menção devem ser “colocados sobre a mesa”. Até aqui não há propriamente um argumento, mas apenas a seleção de ideias e de proposições.

Já a Escolha consiste na qualificação dos dados já selecionados e tornados presentes³⁴. Então ela corresponde às outras duas etapas do raciocínio jurídico (a consideração da qualificação e a decisão). Continuando no nosso exemplo, nessa etapa o orador postularia que (c) O testemunho é digno de credibilidade e (d) A lei é constitucional. E que, portanto (e) Configurou-se o crime de furto na espécie. Aqui entra propriamente o *logos*.

A Comunhão, por sua vez, corresponde à função epidíctica do discurso. Nesse momento, o orador colocará em relevo o fato de que

³² Aqui nos valem das reflexões que os autores desenvolvem a partir do § 29 do seu *Tratado da Argumentação* (2019, p. 131 e seguintes).

³³ Cf. (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2019, p. 132).

³⁴ Cf. (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2019, p. 143)

compartilha valores com a audiência³⁵. Nesse ponto estamos falando basicamente de *pathos* e *ethos*.

Dito isso, podemos afirmar que as figuras de estilo que funcionem como provas retóricas a respeito da Presença são Figuras de Presença. As que atuem como provas retóricas no que toca à Escolha serão Figuras de Escolha, e as que realcem a Comunhão, serão Figuras de Comunhão.

Como exemplo de Figura de Presença podemos citar a repetição. Isso porque se o dado mais forte da tese do orador for reiterado, ele estará mais vivo na mente da sua audiência. Então, por exemplo, se a prova mais importante for a testemunhal, caberia repetir que a testemunha viu o sujeito subtraindo coisa alheia móvel.

Como exemplo de Figura de Escolha podemos mencionar a antecipação (ou prolepsis), na medida que essa funcione no sentido de afastar uma qualificação indesejável. Por exemplo, antecipando que o Réu alegará que o art. 155 do Código Penal é inconstitucional, o Promotor se antecipa para defender que ele é constitucional.

Por fim um exemplo de Figura de Comunhão é a citação. Isso porque a citação de uma autoridade admirada pela audiência realçará que, nesse ponto, o orador e o seu auditório estão em comunhão.

Concluiremos.

Considerações finais

Consideremos por um instante dois aspectos da ação humana: (a) um pessoal, que represente a história, as experiências e em síntese a individualidade do sujeito e (b) um outro impessoal, formal e metodológico. Designaremos o primeiro como *Eu*, e o segundo como *Método*.

Na Ciência, o Eu parece se ocultar para que o método se torne visível. Isso porque o discurso subjacente nesse caso é o de que se está a investigar uma verdade objetiva. Desse modo, o resultado alcançado por um primeiro

³⁵ Cf. (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2019, p. 201)

cientista é suscetível de ser obtido também por um segundo cientista que siga estritamente o método adotado pelo primeiro. Esse é o primado do método (científico).

Já na Arte em geral, ou na Poesia em particular, ocorre o contrário. O Eu se torna visível para que o método criativo se oculte. A Poesia não se constrange com a existência de formas e métricas fixas (sonetos, redondilhas etc.), e nem com um repertório limitado de temas (amizade, redenção etc.). Isso porque o diferencial será dado pela pena do escritor. Esse é o primado do Eu (poético).

Pois bem, na Retórica parece haver um equilíbrio entre esses dois elementos. Uma metáfora nos ajudará a ilustrar esse ponto. A Arte é como um restaurante, que nos deleita, embora não saibamos precisar de modo detalhado quais foram os processos utilizados na elaboração dos pratos (podemos saber quais são os processos de modo geral, mas certamente não conhecemos o “segredo do chef”); ao passo que a Ciência é um *workshop* de culinária, do qual esperamos sair aptos a reproduzir os pratos ensinados. Onde a retórica se situaria então? Sendo fundada em entimemas, a retórica se situa em algum lugar entre uma coisa e outra. O orador pode, ao receber o cliente no restaurante, convidá-lo para um tour pela cozinha. Esse tour não pode ser ligeiro demais, para não parecer que o orador esconde algo, e nem demorado demais, para não distrair o cliente do essencial: a experiência culinária em si.

Creemos que elocução, com os seus aspectos de floreio e aformoseamento (Eu) e de persuasão e convencimento (Método) é o *locus* onde se dá o encontro desses dois elementos na Retórica.

Referências

ABREU, Antônio. Suárez. *O design da escrita: Redigindo com criatividade, e beleza, inclusive ficção*. Cotia: Ateliê Editorial, 2008.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*: vol. 3. Trad. de Alexandre Correia. Campinas: Ecclesiae, 2016.

- ARISTÓTELES. *Rhetoric*. In *The Complete Aristotle*. ATOZ Classicis, 2018.
- CÍCERO, Marcus Tullius. *Orator*. In *Cicero's Brutus or History of Famous Orators; Also his Orator, or Accomplished Speaker*. Library of Alexandria.
- GARLAND, David. *A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GOVIER, Trudy. *A practical study of argument*. 7ª ed. Boston: Cengage Learning, 2014.
- MUNTER, Mary e HAMILTON, Lynn. *Guide to Managerial Communication*. 10ª ed. New Jersey: Prentice Hall, 2014.
- PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: A nova retórica*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado-Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado-Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- QUINTILIANO, Marco Fábio. *Instituciones Oratorias*. Madrid: Librería de la Viuda de Hernando y C, 1887.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *38 Estratégias para vencer qualquer debate: A arte de ter razão*. Tradução de Camila Werner. Faro Editorial, 2014.
- VAN CLEVE, Nicole Gonzalez. *Crook County: Racism and Injustice in America's Largest Criminal Court*. Stanford: Stanford University, 2016.

Desnaturalizando o disfuncional: fundamentos e disfunções das sustentações orais nos tribunais brasileiros

Márcin Barcellos Gawski

Introdução

Naturalizar práticas, conceitos e institutos é sempre uma postura temerária para juristas e operadores do Direito. Sem a percepção de que o fenômeno jurídico é produto da cultura, dos valores e dos interesses predominantes em uma sociedade em determinado contexto histórico, há o risco de inadvertidamente zelarmos pela conservação do *status quo*, mesmo naquilo em que ele se afigura disfuncional. Nada obstante, a naturalização do Direito é muito comum tanto em nossa dogmática como em nossa jurisprudência¹.

¹ Por “*naturalização do Direito*”, referimo-nos à percepção de práticas, conceitos e institutos jurídicos como atemporais, imutáveis e inquestionáveis. Ovídio A. Baptista da Silva descrevia precisamente tal fenômeno – primeiro se referindo à dogmática jurídica em geral e após à doutrina processual em especial –, indicando-o como decorrência de um pensamento estritamente dogmático: “O dogmatismo determinou duas conseqüências indesejáveis para o Direito. A primeira decorrente da própria formação do *dogma* e da correspondente supressão de qualquer vestígio de pensamento crítico. O dogmático perde a capacidade de indagar pelo ‘por que’ dos fenômenos, das circunstâncias e obstáculos que o embarçam. O pensamento dogmático não pergunta pelas causas daquilo que acontece no domínio do Direito. Limita-se ao ‘como’. Isto acaba fortalecendo o próprio *dogma*. [...] A segunda conseqüência do *dogmatismo* é sua tendência para conceber as categorias processuais – por isso que apenas conceituais – como se elas fossem eternas. Este pendor pela ‘naturalização’ das instituições processuais constitui propriamente o *dogma*. Uma de suas expressões mais óbvias é a formação de um direito processual eminentemente *conceitual*, que se desliga da realidade social.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 299-300. Já sobre a mencionada naturalização em nossos tribunais, frequentemente envolvendo o emprego de argumentos de autoridade como estratégia para promovê-la e conservá-la, cf. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes? Para uma Crítica do Direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, pp. 59-146.

Exemplo dessa naturalização irrefletida é a temática das sustentações orais em nossos tribunais, relativamente ao julgamento de causas cíveis. Com previsão legal semelhante nos códigos processuais civis de 1939 (art. 875, caput), 1973 (art. 554) e 2015 (art. 937, caput), o tema não costuma ser aprofundado pela doutrina para além do tratamento das respectivas regras de procedimento — como tempo de duração e hipóteses de cabimento —, provavelmente por ser compreendido como de caráter eminentemente prático. De tão arraigado — ou naturalizado — em nosso sistema processual civil, pouco se perquire acerca dos fundamentos para a existência do instituto, tampouco se questionam suas disfunções na prática ou mesmo se aventam outros modelos possíveis para a participação oral das partes em nossos tribunais.

Tendo isso em vista, o presente artigo, em sua primeira parte, propõe-se a desenvolver uma reflexão teórica sobre as sustentações orais no Direito Processual Civil brasileiro, identificando e examinando os dois principais fundamentos para a sua previsão legal: a oralidade e o contraditório. Na sua segunda parte, busca desnaturalizar esse modelo de participação oral das partes nos tribunais, igualmente identificando e examinando duas disfunções suas na prática. Ao final, esboça um debate sobre a viabilidade de outro modelo de expressão oral dos litigantes em nossos tribunais, de modo a mitigar ou até mesmo corrigir as mencionadas disfunções.

1. Fundamentos das sustentações orais no direito brasileiro

As sustentações orais nos tribunais indubitavelmente constituem, em nosso Direito Processual Civil, o momento mais solene de participação oral das partes em juízo. Tratando-se de recurso ou ação de competência originária dos tribunais com previsão no rol do art. 937 do CPC/2015, e não sendo caso de julgamento monocrático das pretensões deduzidas (art. 932, incisos III, IV e V do CPC/2015), os litigantes podem, por meio de seus advogados, sustentar oralmente suas razões em sessão de julgamento perante o órgão colegiado.

O uso da palavra pelas partes nesses casos ocorre *após o relatório*, isto é, depois da exposição da causa pelo magistrado relator (art. 937, caput, do CPC/2015). Embora o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906/1994), em seu art. 7º, inciso IX, tenha tentado estabelecer — ainda sob a vigência do CPC/1973 — ser direito do advogado a sustentação oral *após o voto do relator*, os julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 1.105 e 1.127, ocorridos em 2006, declararam inconstitucional o mencionado dispositivo².

Em causas cíveis³, as sustentações orais têm, como regra geral, a duração de 15 minutos, haja vista a disposição expressa do CPC/2015 (art. 937, caput). Trata-se de previsão reforçada pelos regimentos internos da maioria dos nossos principais tribunais, sendo exemplos o STF (art. 132, caput), o STJ (art. 160, caput), o TRF1 (art. 46, caput), o TRF2 (art. 141, caput), o TRF3 (art. 143, § 3º), o TRF4 (art. 106, caput) e o TRF5 (138, caput). Sobressaem-se como principais exceções o TST (art. 161, § 1º) e o TSE (art. 23, caput), os quais, em geral, disponibilizam aos advogados o tempo de 10 minutos na tribuna. Ademais, há certos órgãos judiciais e administrativos que preveem o tempo máximo de apenas cinco minutos⁴.

Provavelmente por ser percebida como de caráter eminentemente prático, a temática das sustentações orais, prevista de modo semelhante nos códigos processuais civis de 1939 (art. 875, caput), 1973 (art. 554) e 2015 (art. 937, caput)⁵, tradicionalmente não costuma ser aprofundada

² A ADI n. 1.105 foi ajuizada em 1994 pela Procuradoria-Geral da República; ao passo que a ADI n. 1.127 foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, também naquele ano. No julgamento da primeira, que tratou exclusivamente do mencionado dispositivo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a sustentação oral após o voto do relator afrontaria o devido processo legal, além de poder causar “tumulto processual”, uma vez que o contraditório se estabeleceria entre as partes e não entre estas e o magistrado. Situação semelhante já havia ocorrido com a promulgação da Lei n. 2.970/1956, que tentara modificar o disposto no art. 875 do CPC/1939, para posicionar as sustentações orais após o voto do relator — diploma, contudo, declarado inconstitucional pelo STF no mesmo ano de sua promulgação e cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 23/1959.

³ Emprega-se, aqui, a expressão “causas cíveis” em sentido amplo, abrangendo conflitos de natureza não penal processáveis, ainda que de modo subsidiário, conforme as normas do Direito Processual Civil brasileiro.

⁴ Mencionam-se, como exemplos, as Turmas Recursais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul (art. 15, § 5º, do seu regimento interno), na esfera judicial; e o Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (art. 5º, caput, do seu regimento interno), na esfera administrativa.

⁵ A comparação entre os mencionados dispositivos dos códigos de 1939, 1973 e 2015 revela que as modificações mais relevantes de lá para cá, a respeito das sustentações orais, ocorreram em suas hipóteses de cabimento. O CPC/1939 vedava expressamente a realização de sustentações apenas para embargos declaratórios. O CPC/1973 não só manteve

por nossa dogmática jurídica, para além do tratamento das respectivas regras de procedimento, como tempo de duração e hipóteses de cabimento⁶. A título exemplificativo, mesmo Pontes de Miranda, em seus *Comentários* ao Código de 1939, para além da menção a aspectos procedimentais, limitava-se a destacar que “a prática de falar do advogado depois do relatório atende à sugestão mesma das circunstâncias na distribuição da justiça”, situação diferente daquela em que o causídico faz uso da palavra após o voto do magistrado, pelo jurista definida como “anarquia”, na medida em que, afirmava, “[v]oto de juiz é para ser discutido por juízes, e não pelos advogados”⁷. Posteriormente, ao comentar o equivalente dispositivo do Código de 1973, observou ainda que “[c]ada um dos advogados expõe, na sustentação oral, as razões que lhe parecem fundamentais para a solução”, ainda que invocando somente questões prejudiciais⁸.

Para citar outro exemplo, Barbosa Moreira, em seus *Comentários* ao Código de 1973, tratou do art. 554 também praticamente se restringindo à análise de alguns aspectos procedimentais das sustentações orais, como

a referida vedação, como a estendeu para agravos de instrumento. Já o CPC/2015 optou por permitir a manifestação oral das partes em um rol previamente definido de hipóteses: apelação, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência, ação rescisória, mandado de segurança, reclamação, agravo de instrumento contra decisões interlocutórias sobre tutela provisória e “outras hipóteses previstas em lei ou no regimento interno do tribunal”. O inciso VII do art. 937 do atual Código, que previa tal possibilidade para “agravo interno originário de recurso de apelação, de recurso ordinário, de recurso especial ou de recurso extraordinário” foi objeto de veto presidencial, sob a justificativa de que “[a] previsão de sustentação oral para todos os casos de agravo interno resultaria em perda de celeridade processual, princípio norteador do novo Código, provocando ainda sobrecarga nos Tribunais”.

⁶ Sem a possibilidade de aqui registrarmos minuciosa revisão de nossa dogmática acerca do tema, optamos por apenas ilustrar essa afirmação, citando como exemplos dois dos principais juristas que, sob a vigência de códigos anteriores, se propuseram a tratar analiticamente da temática da ordem dos processos em nossos tribunais. Mas vale destacar que, da análise de nossa doutrina, da mais tradicional à mais contemporânea, constata-se que as sustentações orais costumam ser tratadas de modo um pouco mais minudente em obras de *comentários* à legislação processual civil — em razão de nestas ser inevitável discorrer, ainda que de modo breve, sobre os dispositivos que especificamente tratam da participação oral das partes nos tribunais. Por seu turno, em *manuals* e *cursos*, salvo honrosas exceções, as sustentações orais geralmente têm pouco espaço para aprofundamento, diante de outras temáticas envolvendo os meios de impugnação às decisões judiciais e a própria ordem dos processos nos tribunais. *Monografias* e *artigos* que se propõem a minimamente aprofundar o tema em questão são ainda mais escassos.

⁷ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Tomo XII: Arts. 853-881. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1961, p. 326.

⁸ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Tomo VIII: Arts. 539-565. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 233.

hipóteses de cabimento e tempo de duração⁹. Paradoxalmente, análise mais voltada aos fundamentos do instituto foi empreendida pelo jurista em seu ensaio – mais prático do que teórico – sobre fatores extrajurídicos verificáveis nos julgamentos colegiados:

Na maioria dos recursos e ações da competência originária de tribunais, os advogados das partes têm oportunidade de fazer-se ouvir. [...] A sustentação oral das razões destina-se, obviamente, a influir nos votos, e sem dúvida é suscetível de fazê-lo: menos, em regra, quanto ao relator e, se houver, ao revisor, que se presume hajam examinado com atenção a causa e formado convencimento antes de virem para a sessão; mais, com referência aos juízes que não tiveram contacto direto com os autos. [...] Fácil compreender que a influência poderá ser maior, em princípio, se se permite ao advogado falar depois do voto do relator, cujos argumentos, sendo o caso, se lhe abrirá o ensejo de refutar.¹⁰

Afinal, por que há, tradicionalmente, a possibilidade de sustentações orais das partes em nossos tribunais? Na sequência, serão examinados aqueles que consideramos serem os dois principais fundamentos para a previsão legal do instituto: a oralidade e o contraditório.

1.1. Expressão da oralidade

Primeiro fundamento para a previsão legal das sustentações orais no Direito Processual Civil brasileiro, a nosso ver, consiste na oralidade. Dito de outro modo, as sustentações orais, nas hipóteses legalmente previstas, têm como função possibilitar a expressão oral das partes em nossos tribunais.

“Oralidade” é, atualmente, um conceito de difícil definição na dogmática processual civil. Para Giuseppe Chiovenda, indubitavelmente o mais destacado estudioso do tema, o assim chamado princípio da oralidade consistiria em um complexo de ideias distintas, apesar de intimamente

⁹ BARBOSA MOREIRA, J. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Volume V: Arts. 476 a 565. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 645-646.

¹⁰ BARBOSA MOREIRA, J. C. Notas sobre Alguns Fatores Extrajurídicos no Julgamento Colegiado. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 8, n. 5, pp. 241-242, 1994.

associadas, como (i) prevalência da palavra oral sobre a escrita, (ii) imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deva apreciar, (iii) identidade física do magistrado, (iv) concentração do conhecimento da causa em uma ou poucas audiências e (v) irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias. O denominado processo oral seria, em sua visão, “com ampla vantagem, melhor e mais conforme à natureza e às exigências da vida moderna”, pois, além de melhor assegurar “a excelência intrínseca da decisão”, o faria com mais economia, simplicidade e celeridade¹¹.

Apesar dos méritos de Chiovenda, ter sido o mais profundo teórico sobre oralidade, como referia Mauro Cappelletti, não implica também ter sido “o mais feliz”¹². E, mesmo que o tivesse sido, é importante ter presente o contexto social, político e cultural das ideias chiovendianas — Europa da primeira metade do Século XX —, sensivelmente distinto da nossa realidade atual. Por isso, o tema aqui merece algumas considerações gerais, antes de ser examinada sua vinculação com as sustentações orais.

Para se compreender a atual dificuldade de conceituação da oralidade, é necessário considerar primeiro que, no mundo ocidental contemporâneo, são raríssimos, para não dizer improváveis, os exemplos de sistemas processuais civis pautados por uma oralidade pura, isto é, pela total ausência de escritura — diferentemente do que, como se sabe, ocorria nos primórdios da resolução de conflitos por meio do processo¹³. Ressaltava Cappelletti que, mesmo quando, a partir do Século XIX, o princípio da oralidade entrou em voga na Europa para reagir ao modelo então vigente — rigidamente pautado por um princípio da escritura — e

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*: V. III: As Relações Processuais: A Relação Processual Ordinária de Cognição. Trad. J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, pp. 45-55.

¹² CAPPELLETTI, Mauro. O Valor Atual do Princípio da Oralidade. Trad. Daniel Ustárroz. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 21, p. 257, 2002.

¹³ Como refere Rolf Stürner: “Naturalmente, os primórdios de todos os processos eram orais. E isto porque a escrita, a princípio, não era um meio comunicativo dinâmico, mas sim um instrumento para a declaração e o legado de regras fundamentais. No processo romano, a escritura teve seu início no processo das *legis actiones*.” STÜRNER, Rolf. *Oralidade e Escritura no Processo Civil Europeu*. Trad. Ronaldo Kochem. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 223, p. 112, 2013.

acarretou diversos exageros¹⁴ na conformação dos procedimentos, os sistemas processuais civis ocidentais, em geral, mantiveram ao menos a forma escrita da demanda¹⁵. Por isso, é fora de questão que a oralidade não pode significar, hoje, ausência de escritura.

Entretanto, também não se afigura mais adequado sustentar, como fazia Chiovenda, que um processo pautado pela oralidade seja aquele com mera prevalência da comunicação oral sobre a comunicação escrita – critério, nada obstante, até pouco tempo atrás predominante na dogmática para qualificar ou não um modelo como processo oral¹⁶. Isso porque, caso esse aspecto quantitativo continuasse a sobressair, não haveria dúvidas de que, no mundo ocidental, predominariam hoje modelos de processo escrito, posto que, na maioria desses sistemas, a oralidade costuma ser tanto precedida de escritura – ou “preparada” por escrito¹⁷ –, como também sucedida, com o registro escrito dos atos orais praticados¹⁸. É por isso que, adotando-se tal critério, a oralidade fica invariavelmente fadada

¹⁴ Nessa época, observava Cappelletti, “o *quod non est in actis non est in mundo* não era abolido, mas conservado, com a simples transformação do significado do substantivo: *acta* como atos orais, em lugar de escritos. Daí, novos inconvenientes gravíssimos, novos formalismos vazios. As partes ou os seus defensores, que deveriam repetir oralmente (geralmente com a vedação de sustentar seu discurso na leitura da escrita ou de apontamentos) na audiência de instrução, as argumentações que já estavam exaurientemente expostas nas petições; a necessidade *quoad substantiam* de expressar-se oralmente, naquela audiência, quais fossem as conclusões acerca da instrução e do mérito, conclusões estas que já figuravam claramente nas petições; a necessidade de ler os documentos produzidos, e até o texto da perícia e assim por diante. Absurdas e inúteis perdas de tempo, historicamente explicáveis somente como reação a um método que se pretendia radicalmente abandonar, sem se dar conta, que se caía, assim, [em] não menos grave excesso de formalismo.” CAPPELLETTI, Mauro. O Valor..., cit., pp. 255-256, 2002.

¹⁵ Referia o mestre italiano que ambas as posições extremadas – a primeira de um processo rigidamente pautado pela escritura, regido sob a máxima da inexistência jurídica de todo ato processual não escrito (*quod non est in actis non est in mundo*), e a segunda de um processo cujo juiz deve apreciar em sua sentença apenas os atos praticados na audiência – levam a formalismos excessivos e vazios. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. O Valor..., cit., pp. 255-256, 2002.

¹⁶ Por exemplo, apesar de ser crítico das ideias chiovendianas sobre oralidade, o próprio Cappelletti também parecia adotar tal critério, ao afirmar que o problema envolvendo a oralidade e a escritura é “posto como um problema de predominância, ou de coordenação, e não de exclusão total”. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Procédure Orale et Procédure Écrite: Oral and Written Procedure in Civil Litigation*. Milano: Giuffrè Editore. 1973, p. 12. Entre nós, Ovídio A. Baptista da Silva empregava-o para distinguir ordenamentos processuais orais de ordenamentos processuais escritos. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: V. 1: Processo de Conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 66.

¹⁷ Cf. STÜRNER, Rolf. Oralidade..., cit., p. 129, 2013.

¹⁸ Hoje, a maioria dos sistemas processuais ocidentais, emprega, nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, uma *oralidade mitigada*, “em que, embora o debate da causa ocorra de forma oral, esses atos são registrados, até para viabilizar, ao final, eventual impugnação por meio de recurso das questões *decididas incidentalmente*”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: V. 1: Teoria do Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 573.

a um papel secundário no processo e deixa de ser percebida em seu aspecto qualitativo.

Por conseguinte, não mais parece apropriado conceber a oralidade como um *princípio*, ao menos no atual sistema processual civil brasileiro. Embora seja legalmente prevista como tal em alguns de nossos microsistemas como o dos Juizados Especiais Cíveis (art. 2º da Lei n. 9.099/1995) e o da resolução de conflitos por meio de mediação e conciliação (art. 166 do CPC/2015 e art. 2º, inciso III, da Lei n. 13.140/2015), a oralidade, se já teve mais destaque no sistema instituído pelo CPC/1939¹⁹, nos sistemas inaugurados pelo CPC/1973 e pelo CPC/2015 certamente não poderia ser considerada uma norma destinada a promover um estado ideal de coisas²⁰⁻²¹.

No ponto, aliás, é precisa a constatação de Alvaro de Oliveira. Para o jurista, é de se observar que, em razão de a questão da oralidade ter sido durante muito tempo pensada como um verdadeiro programa de reforma — a fim de substituir o modelo de processo escrito então vigente —, passou ela a ser situada pela doutrina exclusivamente no contexto dos princípios processuais, isto é, “como elemento norteador da estruturação e organização do processo em geral”. Com isso, tradicionalmente deixou-se de “atentar ao

¹⁹ A própria exposição de motivos do CPC/1939, assinada pelo então ministro da justiça Francisco Campos, destacava a tentativa de valorização da oralidade naquele código: “Clamava-se por uma reforma de base, orientada nos princípios da oralidade e da concentração. [...] [O] processo oral [...] confere ao processo o caráter de instrumento público: substitue a concepção dualística pela concepção autoritária ou pública do processo; simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza o processo no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas.” No entanto, cabe registrar a crítica de Galeno Lacerda de que o Código de 1939 “[p]retendeu introduzir a oralidade moderna, mas olvidou a audiência inicial com as partes, com tentativa direta de conciliação. Substituiu tudo isto por uma fase postulatória rigidamente escrita, e pelo despacho saneador, ato que, a nosso ver, evidencia as características predominantemente escritas do processo brasileiro.” LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura. Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 3, p. 84, 1961.

²⁰ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 102.

²¹ Para Cândido Dinamarco, a oralidade atualmente seria um “falso princípio” no Processo Civil brasileiro, pois, como observa, embora ainda tenha ela relevante lugar no interior do nosso sistema, não atua como pilar sobre o qual este hoje se sustenta — constituindo, assim, mera regra técnica, aplicável a um setor específico do processo. Apesar disso, o autor flexibiliza sua posição, admitindo não haver grande problema no emprego da nomenclatura “princípio” nesse caso, “para evitar inúteis discrepâncias verbais em face da doutrina em geral”. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil: V. I*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 324-326.

seu caráter técnico, na medida em que compreensivo de *meios* empregados para melhorar ou facilitar o alcance de determinados resultados²².

De fato, não faz mais sentido tratar da oralidade e da escritura a partir desse dualismo, no qual apenas uma vigeria enquanto princípio em cada sistema processual civil. Particularmente, no atual contexto do Processo Civil brasileiro, não levaria a lugar algum sustentar a vigência de um “princípio da escritura”. Na verdade, os sistemas processuais civis contemporâneos, em vez de tentarem pautar-se predominantemente pela escritura ou pela oralidade, têm buscado, cada um, os seus melhores modos de mesclar esses dois elementos²³, levando em consideração as peculiaridades locais e as limitações de tempo e de recursos disponíveis. Portanto, deslocar essa temática do plano principiológico para o das *técnicas processuais*, além de evitar uma abordagem excessivamente estática de um fenômeno tão dinâmico no tempo e no espaço, permite a identificação dos fins que devem ser perseguidos em cada momento do processo, seja por meio de comunicações escritas ou comunicações orais²⁴.

Sendo assim, a oralidade deve ser entendida, atualmente, como uma técnica processual que visa a privilegiar o uso da comunicação oral entre os sujeitos do processo quando ela se mostra adequada a promover determinado fim²⁵.

Isso posto, é notório que a ideia de oralidade — com todos os seus elementos tradicionalmente correlatos, sobretudo a imediação, a identidade física do juiz e a concentração — costuma ser muito mais

²² ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. *Do Formalismo no Processo Civil*: Proposta de um Formalismo-Valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 173.

²³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Procédure...*, cit., p. 101.

²⁴ Como observa Michele Taruffo, tratando da problemática em termos de eficiência, não é possível estabelecer aprioristicamente uma preferência absoluta nem pela oralidade nem pela escritura, pois, se aquela pode melhor servir a certos propósitos, esta pode ser mais indicada a outros. TARUFFO, Michele. *Orality and Writing as Factors of Efficiency in Civil Litigation*. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (Ed.). *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente: Oral and Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure*. V. I. Valencia: Universidad de Valencia, 2008, pp. 185-204. Cf. também: IURA, Alexandre Miura. *Oralidade e Escrita no Processo Civil*. Orientador: José Rogério Cruz e Tucci. Dissertação (Mestrado em Direito) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2012, p. 65.

²⁵ Semelhante era a definição de Alvaro de Oliveira: “A técnica da *oralidade* implica privilegiar o uso da palavra oral nos contatos das partes com o órgão judicial, principalmente na realização da *audiência*, isto é, naquele dado momento e lugar no qual o juiz deve dialogar com os participantes do processo, dirigir a coleta das provas e eventualmente sentenciar o feito.” ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. *Do Formalismo...*, cit., p. 174.

vinculada pela doutrina ao primeiro grau de jurisdição²⁶. E, de fato, sua importância para o juízo da primeira instância é muito evidente, sobretudo no que concerne à produção de provas. Como ressalta Ovídio A. Baptista da Silva, referindo-se justamente ao juízo de primeiro grau, a oralidade tem a vantagem de forçar o contato pessoal entre o juiz e as partes, possibilitando àquele “uma apreensão imediata do litígio, em sua versão original e autêntica, que lhe transmitem de viva voz os próprios contendores”, além de permitir, quando da coleta do material probatório, a avaliação da “credibilidade das informações prestadas em juízo, certamente com muito maior segurança do que teria o julgador que apenas recebesse essa prova reduzida a um simples registro mecânico constante do processo, que [...] lhe chegaria às mãos muito tempo depois de prestado o depoimento”²⁷.

Alguns autores, inclusive, rejeitam expressamente a vinculação da oralidade às instâncias jurisdicionais de grau superior. José Rogério Cruz e Tucci, por exemplo, afirma que o “princípio da oralidade” não vigoraria perante os tribunais²⁸. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart vão além: afirmam serem incompatíveis as ideias de oralidade, compreendida sobretudo em termos de imediação, e de duplo grau de jurisdição, entendido como duplo exame do mérito, na medida em que seria “contraditório falar em benefícios da oralidade e pensar em um juízo repetitivo sobre o mérito, proferido por juízes que não tiveram qualquer contato com as partes e com a prova”²⁹.

Nada obstante, o que ora afirmamos é que a oralidade, quando entendida como técnica e não como princípio, não se expressa tão somente no primeiro grau de jurisdição, mas também nas instâncias jurisdicionais

²⁶ Por exemplo, cf. GUEDES, Jefferson Carús. *O Princípio da Oralidade: Procedimento por Audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 91 e ss. O autor, em seu minucioso estudo, restringe a expressão da oralidade ao chamado “procedimento por audiências”, não dedicando um item sequer às manifestações orais das partes nos tribunais.

²⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso...*, cit., pp. 66-67.

²⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Quando É Oportuna a Sustentação Oral perante os Tribunais*. 2018. Disponível em: <conjur.com.br/2018-fev-20/paradoxo-corte-quando-oportuna-sustentacao-oral-tribunais>. Acesso em: 10 fev. 2020.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 386.

de grau superior, embora com conteúdo distinto³⁰. E que, no Direito Processual Civil brasileiro, bem ou mal, essa expressão se concretiza eminentemente por meio das sustentações orais. Isso sem contar outras manifestações de oralidade verificáveis em nossos tribunais, como o uso da palavra para arguir questões de ordem³¹ (art. 7º, inciso X, da Lei n. 8.906/1994) e as chamadas audiências privadas entre magistrados e advogados³². Também não pode ser ignorada a possibilidade de produção de provas orais no tribunal, ordenada pelo relator (art. 932, inciso I, do CPC/2015), mesmo quando em exercício de competência recursal³³.

Sabe-se que a comunicação oral, quando comparada à comunicação escrita, é mais dialógica, tendo assim maior propensão à interatividade entre orador e auditório³⁴. Ademais, a oralidade, cotejada com a escritura, também se caracteriza pela vantagem da simplicidade com que permite a exposição dos temas³⁵. Não se nega que a comunicação escrita seja mais idônea ao debate de temas complexos, geralmente permitindo a quem argumenta maior nível de ponderação e menor necessidade de improviso³⁶. No entanto, a comunicação oral, quando utilizada de modo

³⁰ Nesse sentido, cf. SOKAL, Guilherme Jales. *O Julgamento Colegiado nos Tribunais: Procedimento Recursal, Colegialidade e Garantias Fundamentais do Processo*. São Paulo: Método, 2012, pp. 255-268; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Os Ritos Judiciários e o Princípio da Oralidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, pp. 253 e ss.

³¹ As *questões de ordem*, suscitadas mediante intervenção sumária, podem se referir, por exemplo, a equívocos ou dúvidas surgidos sobre fatos relevantes para o julgamento, sejam alegações ou provas apresentadas nos autos; a violação de regras de julgamento, como ordem de votação, modo de tomada dos votos e proclamação do resultado; ou a defesa de prerrogativas profissionais violadas.

³² As chamadas *audiências privadas entre magistrados e advogados* serão abordadas no item 2.2 do presente artigo.

³³ Sobre a produção de prova oral nos tribunais, interessante é o depoimento de Barbosa Moreira, sobre experiência pessoal sua como relator de recurso: “Tratava-se de saber se esses menores, que estavam confiados à guarda de um parente, depois da separação dos pais, deviam passar as férias, ou a maior parte delas, com o pai ou com a avó materna. A causa chegou-me como relator já em grau de embargos infringentes. E eu, sinceramente, não conseguia saber qual era a melhor solução; só com a leitura dos autos não era possível. E decidi-me – contrariando um pouco a praxe – a chamar os menores e ouvi-los. Achei que a melhor fonte eram os próprios menores. Eram dois adolescentes [...]. Chamei-os aqui, levei-os primeiro ao bar, dei-lhes sorvete, mostrei-lhes a paisagem, a ponte, para, ganhar confiança. Depois, falei sobre futebol... Levei uma tarde, mas valeu a pena, porque, quando eles estavam já mais descontraídos, o que disseram me deu a convicção sólida de que a avó era uma autêntica ‘megera’. Eles preferiam tudo a passar as férias em casa dela. Os menores não eram partes no feito, nem foram ouvidos como testemunhas; mas foi uma oportunidade magnífica para mim de obter informações imprescindíveis para que se pudesse dar uma solução justa.” BARBOSA MOREIRA, J. C. *Provas Atípicas*. *Revista de Processo*, v. 76, pp. 118-119, 1994.

³⁴ Cf. RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação Jurídica: Técnicas de Persuasão e Lógica Informal*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 271-280.

³⁵ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Procédure...*, cit., p. 101.

³⁶ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O Valor...*, cit., pp. 256-257, 2002.

complementar àquela, é muitas vezes não apenas útil, como decisiva, para destacar pontos relevantes e muitas vezes ignorados pelo leitor, seja por terem sido expressos de modo muito prolixo no texto escrito ou mesmo em razão de uma leitura apressada.

É exatamente nesse ponto que reside um dos fundamentos para as sustentações orais em nossos tribunais. Diante da atual massificação dos julgamentos, haja vista a bem conhecida sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário, trata-se de instrumento de grande valia para as partes tentarem garantir que os seus principais argumentos sejam de fato levados em consideração pelo órgão colegiado³⁷. Essa constatação é importante sobretudo em um contexto no qual, excetuado o relator, frequentemente os demais julgadores não dispõem do tempo necessário para se aterem de modo tão minudente à causa, antes da sessão de julgamento³⁸.

Demais disso, as sustentações orais garantem a realização de um debate público sobre a causa, assim densificando o direito fundamental à publicidade dos atos processuais (arts. 5º, inciso LX, e 93, inciso IX, da CRFB/1988). Aliás, a oralidade costuma ser referida pela dogmática justamente como garantidora de maior publicidade dos atos praticados no processo — face à possibilidade de acesso popular às audiências, “com o consequente controle social que daí pode advir”³⁹. Nas sessões de julgamento dos tribunais, não sucede de modo diferente.

Portanto, a oralidade subjacente às sustentações orais, além de promover um debate público sobre a causa, possibilita aos litigantes, por meio dos seus advogados, mais do que meramente reforçar as alegações

³⁷ Embora baseadas no modelo norte-americano de participação oral das partes nos tribunais — que, como brevemente referiremos no item 3, possui diferenças consideráveis em comparação com o brasileiro —, são aqui dignas de menção as considerações pessoais de Warren Wolfson, que atuou como magistrado no Tribunal de Apelação do Primeiro Distrito de Illinois: “Há outros benefícios substanciais das sustentações orais, para além de provocar uma mudança de ideia [no julgador]. Esses demais benefícios mais do que justificam os argumentos orais. As sustentações ajudam-me a focar meu pensamento e a clarificar as questões. Vislumbro mais o que importa e o que não importa. Isso me leva a melhor escrever e me ajuda a evitar erros. As sustentações auxiliam-me a testar minhas impressões e quaisquer que sejam as conclusões a que eu tenha chegado. O que eu ignorei? O que eu deveria ter considerado e não considerei? Será que eu estava prestes a fazer algo estúpido? As sustentações me ajudam a enxergar o impacto daquilo que eu tenho em mente. Que mundos cairiam? Quanto dano eu causaria?” WOLFSON, Warren D. *Oral Argument: Does It Matter?* *Indiana Law Review*, v. 35, p. 454, 2002, tradução livre.

³⁸ Essa disfunção dos nossos julgamentos colegiados será abordada no item 2.1 do presente artigo.

³⁹ GUEDES, Jefferson Carús. *O Princípio...*, cit., p. 77.

já escritas, utilizar-se da interatividade e da simplicidade, características da expressão oral, para esclarecer e ressaltar questões de fato e, inclusive, contribuir para o debate sobre as próprias questões de direito — na medida em que é direito das partes influenciar no convencimento do órgão julgador. Porém, aí já se adentra a seara da do contraditório como outro fundamento para as sustentações orais, objeto do próximo item.

1.2. Garantia do contraditório

Segundo fundamento para a previsão legal das sustentações orais no sistema processual brasileiro, a nosso ver, consiste no princípio ou direito fundamental ao contraditório. Em outras palavras, as sustentações orais, nas hipóteses legalmente previstas, têm como função garantir o contraditório das partes nos tribunais.

É indubitável que o significado de contraditório, como o de oralidade, tem variado ao longo dos tempos — de resto como ocorre com todos os conceitos e institutos processuais⁴⁰. Ao que aqui interessa, o chamado processo liberal — nascido com a estatização do direito processual e a transformação do *iudicium* ou *ordo iudiciarius* em *processus* no Século XVII, com ápice entre o Século XIX e a primeira metade do Século XX — representou a passagem de um modelo isonômico⁴¹ a um modelo assimétrico⁴², relativamente à divisão de trabalho entre os sujeitos do

⁴⁰ “O direito processual, como fenômeno cultural, produto exclusivo do homem e por consequência empolgado pela liberdade, não encontrável *in rerum natura*, tem o seu tecido interno formado pela confluência das idéias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço. [...] O mesmo se passa com os princípios, que haerem seu significado, alcance, extensão e aplicação nos valores imperantes no meio social, em consonância com o *specificum* de cada tempo e espaço social. O princípio do contraditório não foge à regra geral e também tem sua história, não se mostrando indiferente às circunstâncias e valores da época em que exercido.” ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. A Garantia do Contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, pp. 7-8, 1998.

⁴¹ As características do *modelo isonômico* podem ser assim sintetizadas: (i) certa indistinção entre indivíduo, sociedade civil e Estado, com paridade nas relações políticas; (ii) emprego predominante de uma racionalidade prática e da dialética para a resolução de conflitos; (iii) percepção do contraditório como instrumento para possibilitar o diálogo judicial; (iv) uso da boa-fé subjetiva para a apreciação da conduta das partes; e (v) busca da verdade no processo como tarefa de incumbência das partes. Cf. MITDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Do Modelo ao Princípio*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 101.

⁴² Os traços predominantes do *modelo assimétrico* podem ser assim resumidos: (i) radical separação entre indivíduo, sociedade civil e Estado, com assimetria — em favor deste último — nas relações políticas; (ii) emprego predominante de uma racionalidade teórica e da lógica apodítica para a resolução de conflitos; (iii) percepção do contraditório como

processo⁴³. Nessa perspectiva, o contraditório passou a ser durante muito tempo compreendido como mera bilateralidade de instância, isto é, uma formalidade ou “garantia considerada atendida quando assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida”⁴⁴.

Com isso, o conteúdo do contraditório resumia-se a apenas uma das suas atuais dimensões: o direito à informação-reação — cuja função é “facultar oportunidades de reagir ou evitar posições jurídicas processuais desfavoráveis”⁴⁵. Sob a exclusividade dessa concepção, é evidente a predominância de uma lógica demonstrativa, operável com base em premissas apodíticas e conclusões necessárias⁴⁶: uma vez que o juiz conhece o direito (*iura novit curia*), cumpriria às partes contribuir para o processo tão somente com os fatos (*da mihi factum, dabo tibi ius*), sendo indiferentes ao resultado do julgamento as manifestações dos litigantes relativamente ao direito aplicável.

No entanto, o período pós-Segunda Guerra Mundial, ao provocar alterações estruturais nos sistemas jurídicos ocidentais — neles reconstruindo os modelos de Estado de Direito então vigentes, em torno de pilares como os direitos fundamentais, a dignidade humana e o acesso à justiça —, implicou uma ressignificação também do conceito de contraditório. Trata-se de movimento geralmente denominado pela doutrina de revalorização ou resgate do contraditório⁴⁷. Essa renovada visão reincorporou as dimensões dialética e argumentativa presentes no modelo

mera bilateralidade de instância; (iv) uso da boa-fé subjetiva para a apreciação da conduta das partes; e (v) busca da verdade no processo como tarefa de incumbência do Estado. Cf. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...*, cit., pp. 101-102.

⁴³ Cf. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Org. e Trad. C. A. Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 135-137; ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. A Garantia..., cit., pp. 7-8, 1998.

⁴⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. A Garantia..., cit., p. 9, 1998.

⁴⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo; KATAOKA, Eduardo; GALDINO, Flavio. *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, pp. 194-195, 2011. Observa o autor que o *direito à informação-reação* “abarca não só o conhecimento dos atos processuais praticados ou pendentes de realização, como também a possibilidade de pronunciamento a respeito. Compreende o direito de presença e de ser comunicado dos fatos processuais; abarca as faculdades de contra-argumentar, examinar os autos do processo, dirigir requerimentos ao Estado-juiz, formular perguntas a testemunhas e quesitos periciais, sustentar oralmente em audiência, em grau de recurso ou no plenário do Tribunal do Júri, dentre outras.”

⁴⁶ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. Trad. Vergínia Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 15-16.

⁴⁷ Cf. PICARDI, Nicola. *Jurisdição...*, cit., pp. 140-143.

isonômico de processo característico do direito comum europeu, anterior ao modelo assimétrico do processo liberal, porém com importantes diferenças.

Atualmente, os sistemas processuais civis ocidentais têm convergido para a adoção de um modelo cooperativo, em que o juiz, com papel redesenhado, é paritário no diálogo e assimétrico na decisão, devendo observar diversos deveres cooperativos⁴⁸. Nessa perspectiva, o contraditório passa a ser compreendido em duas outras dimensões, além daquela tradicional do direito à informação-reação: a do direito de influência e a do direito de participação.

Na dimensão da influência, de um lado, as partes não mais são tratadas “como simples ‘objeto’ de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado” e de contribuir “para fins de formação do convencimento do juiz, [...] como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição”⁴⁹. Em outras palavras, as partes passam a influir também sobre a interpretação e a aplicação do direito, mesmo porque deixa de ser aceitável a radical separação entre “questão de fato” e “questão de direito” outrora pressuposta⁵⁰. De outro lado, o magistrado passa a ter um dever de atenção às alegações das partes, este intimamente ligado ao próprio dever de motivação das decisões judiciais⁵¹.

Já na dimensão da participação, o processo passa a ser compreendido como âmbito de exercício da própria democracia participativa, na qual a sociedade civil tem o direito de influir nos atos

⁴⁸ Sobressaem, nesse quadro, os deveres de *esclarecimento*, de *consulta*, de *prevenção* e de *auxílio*. Cf. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...*, cit., pp. 102-104.

⁴⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. A Garantia..., cit., pp. 12-13, 1998.

⁵⁰ Como afirma Castanheira Neves, “o ‘puro facto’ e o ‘puro direito’ não se encontram nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar ao facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como *matéria* do direito, quando pensa o direito, pensa-o como *forma* destinada ao facto”. CASTANHEIRA NEVES, A. A Distinção entre a Questão-de-Facto e a Questão-de-Direito e a Competência do Supremo Tribunal de Justiça como Tribunal de ‘Revista’. In: CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 522.

⁵¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Contraditório...*, cit., p. 200, 2011.

decisórios estatais⁵². Em uma tal perspectiva, o contraditório é justamente o princípio processual que mais densifica esse direito à participação, promovendo no âmbito do Poder Judiciário um debate plural e efetivo⁵³.

É de se ressaltar que, no ordenamento jurídico brasileiro, além de a CRFB/1988 ter pioneiramente estendido o alcance do contraditório para o Processo Civil em seu rol de direitos fundamentais⁵⁴ (art. 5º, inciso LV), o CPC/2015 claramente adotou uma postura de valorização do contraditório, compreendido em todas as referidas dimensões⁵⁵. Logo em sua parte geral, relativamente às normas fundamentais do Direito Processual Civil, estabeleceu um dever do juiz de “zelar pelo efetivo contraditório” (art. 7º), além de vedações a decisões “contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (art. 9º, caput) e às chamadas decisões-surpresa, isto é, aquelas “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (art. 10).

Assentadas essas premissas, não restam dúvidas de que a previsão legal de sustentações orais em nossos tribunais, exatamente por oportunizar a manifestação das partes perante o órgão julgador, encontra fundamento no princípio ou direito fundamental ao contraditório⁵⁶ — o qual, por seu turno, não pode ser atualmente dissociado da dimensão do direito de influência. Desse modo, as sustentações orais, na condição de

⁵² Como observava Calmon de Passos, superadas as concepções políticas de processo como mero *instrumento de poder político*, decorrente da época em que era utilizado a serviço da arbitrariedade de governos autocráticos, e como mera *garantia constitucional* contra o arbítrio, uma conquista das democracias liberais; cumpre, modernamente, compreendê-lo também como *instrumento político de participação*, por meio do qual os indivíduos e as coletividades reclamam mecanismos de participação direta nas decisões estatais. CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, Participação e Processo. In: CALMON DE PASSOS, J. J. *Ensaios e Artigos*. V. II. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 369-371.

⁵³ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório..., cit., p. 200, 2011; ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. A Garantia..., cit., p. 15, 1998.

⁵⁴ Até então o contraditório só era expressamente previsto, em nível constitucional, para o Direito Processual Penal (art. 150, § 16, da CRFB/1967).

⁵⁵ Cf., por todos, KOPLIN, Klaus Cohen. O Contraditório como Direito de Influência e o Dever de Consulta no Novo CPC. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; DOTTE, Rogéria (Coord. e Org.). *O Processo Civil entre a Técnica Processual e a Tutela dos Direitos*: Estudos em Homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 127-142.

⁵⁶ No mesmo sentido, cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*: V. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 81.

garantia do contraditório, devem — ou deveriam — ser aptas a efetivamente influenciar o convencimento do órgão colegiado. Duas razões apresentam-se para justificar essa afirmação.

Primeiro, o contraditório não faz distinção quanto ao grau de jurisdição, como fica claro a partir da interpretação do art. 5º, inciso LV, da CRFB/1988, o qual assegura aos litigantes o contraditório e a ampla defesa “com os meios e recursos a ela inerentes”, e do art. 10 do CPC/2015, ao empregar a locução “em grau algum de jurisdição”. Em última análise, o modelo colaborativo hoje vigente em nosso Direito Processual Civil, e que confere ao contraditório o seu atual conteúdo, informa toda a condução do processo, incluindo a fase recursal⁵⁷.

Segundo, considerando que os sistemas processuais civis contemporâneos, incluindo o brasileiro, mesclam, em maior ou menor medida, escritura com oralidade como técnicas para a consecução de certos fins, tanto as manifestações escritas como as manifestações orais devem logicamente ser idôneas a perseguir tais escopos. Nesse sentido, conceber as sustentações orais nos tribunais como mera “bilateralidade de instância” — isto é, a partir de uma já ultrapassada compreensão de contraditório — implicaria afirmar que a sua finalidade nessas instâncias é a de cumprir uma mera formalidade, sem nada acrescentar à formação do convencimento judicial e por conseguinte sem exigir um dever de atenção do julgador às falas das partes naquele instante. Todavia, admitindo-se um tal entendimento contemporaneamente, melhor seria repensar a conveniência em manter essa “ineficiente” etapa procedimental, considerando a eficiência como um princípio norteador de nosso sistema processual civil (art. 8º do CPC/2015).

Não por acaso, essa visão “mínima” do significado de contraditório como fundamento para a previsão de sustentações orais nos tribunais foi utilizada como premissa para o STF, em 2006, declarar inconstitucional o inciso IX do art. 7º do Estatuto da Advocacia e da OAB — dispositivo que, como já referido, tentara estabelecer ser direito do advogado a sustentação

⁵⁷ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...*, cit., pp. 111-112 e 174-177.

oral depois, e não antes, do voto do relator. À época, o relator para acórdão da ADI n. 1.105, ministro Ricardo Lewandowski, afirmou em seu voto estar convencido de que “o contraditório se estabelece entre as partes”, e que, caso se estabelecesse também com o relator, tal situação poderia “causar uma inversão tumultuária do procedimento”.

Nada obstante, a participação oral das partes nos tribunais não mais pode ser compreendida como uma mera formalidade, senão como um instrumento posto à sua disposição a fim de efetivamente contribuir para a formação do convencimento dos julgadores. Se assim deveria funcionar na prática, todavia, veremos que não é desse modo que sucede em nosso cotidiano forense.

2. Disfunções do modelo brasileiro

Nos dois itens anteriores, foram estabelecidas as premissas de que a previsão legal de sustentações orais das partes no Direito Processual Civil brasileiro encontra como fundamentos a oralidade e o contraditório. Nessa linha de raciocínio, é possível afirmar que possibilitar a expressão oral dos litigantes nos tribunais e garantir o contraditório perante os órgãos colegiados consistem em funções a serem desempenhadas pelas sustentações orais em nosso Processo Civil⁵⁸.

Nada obstante, afirmar que algo desempenha essa ou aquela função não implica dizer que funciona bem, isto é, que se afigura verdadeiramente funcional diante dos fins almejados. Muitas vezes, nos deparamos com o velho problema da disfunção do direito. Tendo isso em vista, a partir de agora serão analisadas aquelas que, a nosso ver, constituem duas disfunções decorrentes do modelo brasileiro de participação oral das partes nos tribunais — assim percebidas a partir de um olhar empírico para a prática das sustentações orais e para a própria sistemática dos julgamentos colegiados no Direito Processual Civil brasileiro.

⁵⁸ Evidentemente, a oralidade e o contraditório não são finalidades em si mesmos, mas *meios* para a consecução de fins, como ressaltado, ainda que brevemente, nos itens 1.1 e 1.2.

2.1. Sustentações inefetivas? Tentando convencer julgadores já convencidos

Carlos Bastide Horbach, atualmente ministro substituto do Tribunal Superior Eleitoral, conta que, em ocasião na qual, como advogado, faria sustentação oral no Supremo Tribunal Federal, foi apresentado a um juiz do Tribunal de Apelação do 9º Circuito dos Estados Unidos, que naquele instante visitava nossa Corte Suprema. Os fatos assim sucederam, conforme narra:

Iniciados os julgamentos da tarde e tendo o juiz Clifford Wallace ao meu lado, passei a explicar ao visitante os procedimentos do STF e o teor das discussões travadas em idioma que lhe era incompreensível. Surpreendeu especialmente ao magistrado americano o modo como decidia o Supremo, com a apresentação do sumário da causa e do voto pelo relator, seguida da imediata e pública discussão, com a conseqüente formação de uma decisão por parte dos ministros. Em seguida, tendo vestido a beca, perguntou-me se eu iria “discutir um caso” — *argue a case* — no tribunal, ao que respondi que no sistema brasileiro não se trata verdadeiramente de uma *oral argument* nos moldes americanos, pois não se tem um diálogo com a corte, mas uma simples exposição dos argumentos do cliente por parte do advogado, sem que os ministros formulem perguntas ao expositor. Nesse momento, juntando a informação que há pouco tivera de que os relatores trazem seus votos prontos para o Plenário com a minha explicação sobre as sustentações orais, o juiz Wallace fez uma pergunta que, ao mesmo tempo, mostrou sua surpresa e trouxe uma crítica ao modelo que naquele momento conhecia: “Qual a utilidade disso?”⁵⁹

De fato, as sustentações orais, nos moldes em que hoje praticadas no sistema processual civil brasileiro, parecem ter maior relevância como um ritualismo ou uma formalidade a ser cumprida pelos advogados em nossos tribunais, do que como um instrumento moldado para efetivamente influenciar a formação do convencimento dos órgãos julgadores.

⁵⁹ HORBACH, Carlos Bastide. *Qual é a Utilidade da Sustentação Oral nos Tribunais?* 2014. Disponível em: <conjur.com.br/2014-fev-09/analise-constitucional-qual-utilidade-sustentacao-oral>. Acesso em: 10 fev. 2020.

Sobretudo por força da tradição bem arraigada de os votos – ao menos os dos relatores – serem levados já prontos às sessões de julgamento, a participação oral das partes em nossos tribunais prescinde do potencial que poderia ter, sob outras configurações, para alcançar os fins perseguidos pela oralidade e pelo contraditório – que, como visto, são os fundamentos para a referida participação.

Antes de examinarmos de modo mais minudente essa constatação, exemplifiquemo-la com três cenários observados com bastante frequência em nossos tribunais, por quem neles atua ou ao menos observa as sessões de julgamento neles realizadas.

No Cenário 1, imagine-se que o relator indaga o advogado do recorrente sobre a permanência ou não do seu interesse em sustentar oralmente, após antecipar a inclinação do órgão colegiado em dar provimento unânime às suas razões. O causídico, constatando que advogado do recorrido não se encontra presente na sessão, abre mão de realizar sustentação oral, por economia de tempo e de esforço.

No Cenário 2, tenha-se em mente que, realizadas as sustentações orais das partes, o órgão colegiado decide com base em fundamento por elas sequer suscitado oralmente. Exemplos frequentes aqui são matérias de ordem pública como prescrição e decadência – que, como se sabe, podem ser invocadas pelo magistrado de ofício (art. 487, II, do CPC/2015).

No Cenário 3, considere-se que, após a leitura do primeiro voto pelo relator, o advogado que sustentou oralmente utiliza-se novamente da palavra, agora para suscitar questão de ordem, a fim de tentar corrigir equívoco ou suprimir omissão a respeito de fatos relevantes para o julgamento, ou mesmo para apontar pedido ou requerimento não analisado no voto. O relator ou o magistrado a presidir a sessão, ainda que admita o erro ou a omissão, orienta o advogado a opor embargos declaratórios, a fim de agilizar o andamento da pauta do dia.

Em comum, os três cenários – que o leitor familiarizado com a atuação em tribunais provavelmente já presenciou – evidenciam a prescindibilidade, na prática, das alegações orais dos litigantes para a

formação do convencimento dos nossos órgãos colegiados. No Cenário 1, afigura-se literalmente inexistente o elemento oral no processo decisório. Já no Cenário 2, destaca-se a inobservância do contraditório, que deveria ser respeitado em qualquer grau de jurisdição, a fim de evitar decisões-surpresa (art. 10 do CPC/2015), inclusive em casos de reconhecimento de prescrição ou de decadência (art. 487, § único, do CPC/2015). Por fim, no Cenário 3, o descompromisso com a participação oral das partes nos tribunais fica ainda evidente quando se percebe que, já não bastasse os votos serem previamente redigidos, muitas vezes há pouca ou nenhuma disposição para alterações suas durante a sessão — sendo preferível para muitos julgadores, como no caso ilustrado, a interposição de mais um recurso pela parte do que a conclusão do julgamento na própria sessão ou até um pedido de vista.

A tradição da nossa prática forense de os votos — ao menos dos relatores — serem redigidos previamente às sessões de julgamento é indubitavelmente a principal razão para a inefetividade das sustentações orais nos tribunais brasileiros, como atualmente praticadas. Não há dúvidas de que um julgador com seu voto já elaborado sobre a causa a ser julgada não possui a mesma disposição de espírito para considerar a argumentação da parte que sustenta oralmente, em comparação com a de um julgador que, mesmo previamente ciente dos termos da controvérsia, ainda não firmou uma convicção — ou, ao menos, ainda não investiu o seu tempo e o da sua assessoria para materializá-la por escrito. Já se afirmou com rara precisão que “ouvir alguém é mostrar-se disposto a aceitar-lhe eventualmente o ponto de vista”⁶⁰.

De outro lado, é verdade que, em razão da sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário, tenha se tornado comum que, quando do julgamento de uma causa sem especial complexidade ou sem repercussão pública, os demais membros do órgão colegiado tenham um contato mais aprofundado com os autos apenas durante o “debate oral” realizado na

⁶⁰ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado...*, cit., p. 19.

respectiva sessão e, portanto, não elaborem voto prévio⁶¹⁻⁶². Por isso, não deixa de ter razão quem alega que, em face dessa frequente superficialidade de conhecimento das causas em julgamento pela maior parte do órgão julgador, a sustentação oral seria justamente uma oportunidade da parte de provocar divergência ou pedido de vista entre um dos julgadores que não seja o relator, sobretudo quando ela logra destacar alguma questão do seu caso até então não considerada pelos magistrados.

Todavia, nosso sistema processual civil, do modo como hoje estruturado, parece conferir “peso” desproporcional ao voto do relator. Por diversas razões, inclusive extrajurídicas, que poderiam ser aqui cogitadas – merecendo, porém, um estudo próprio –, o voto do relator costuma ser decisivo para balizar a apreciação dos demais julgadores em nossos tribunais⁶³⁻⁶⁴. Em um tal contexto, há pouca ou nenhuma disposição dos vogais para divergir do relator – que presumidamente estudou os autos com profundidade em seu gabinete –, em razão de alguns minutos de exposição oral das partes na tribuna.

⁶¹ É de se registrar a descrição etnográfica feita por Bárbara Gomes Lupetti Baptista sobre os julgadores vogais, definindo-os como aqueles que, em regra, “não lêem o processo antes da sessão, conhecendo-o, pela primeira vez, no dia do julgamento”. BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Os Ritos...*, cit., p. 273.

⁶² Bem observa Guilherme Sokal que essa situação caracteriza um *déficit de cognição* por parte do órgão colegiado, o que contraria uma das razões de ser da própria colegialidade, qual seja, o reforço da cognição judicial – sendo as demais a garantia de independência dos julgadores e a contenção do arbítrio individual. Cf. SOKAL, Guilherme. *O Julgamento...*, cit., pp. 81-108 e 261-262. Porém, pelas razões já expostas no item 1.1, não concordamos com a posição do autor de que, só enquanto persistir esse estado de coisas de déficit da cognição do órgão julgador, haveria sentido em garantir às partes o direito de manifestação oral nas sessões de julgamento dos tribunais.

⁶³ Como afirmava Barbosa Moreira: “É fora de dúvida que os primeiros votos proferidos – independentemente, em certa medida, da solidez dos argumentos em que se apoiem – costumam exercer maior influência sobre o sentido da deliberação do que os proferidos mais para o fim. Isso se acentua notavelmente quando a marcha da votação desde logo revela tendência nítida ao prevalecimento de qualquer das teses em jogo; mais ainda, quando se atinge determinada altura sem divergência alguma. Não poucos juízes inclinam-se de hábito a aderir à corrente predominante, e são em número ainda maior os que hesitam em adotar posição totalmente isolada.” BARBOSA MOREIRA, J. C. *Notas...*, cit., p. 237, 1994.

⁶⁴ Em estudo empírico no qual entrevistou ninguém menos do que membros do STF, Virgílio Afonso da Silva verificou uma difusa percepção entre os próprios ministros e ex-ministros sobre o papel do relator como decisivo na maioria das deliberações da Corte, a partir de expressões como “ele baliza todo o debate”, “ele fixa a moldura do debate”, “é um ponto de partida para discussão” e “é uma posição preponderante”. SILVA, Virgílio Afonso da. “Um Voto Qualquer”? O Papel do Ministro Relator na Deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, p. 188, 2015.

São precisas, nessa linha de raciocínio, as constatações de Bárbara Gomes Lupetti Baptista, a partir de etnografia sobre a oralidade em nossos rituais judiciais:

Os relatores elaboram os seus votos por escrito e unilateralmente, antes mesmo de tomarem ciência da argumentação oral dos advogados e, independentemente do debate a ser travado entre os demais julgadores, publicamente, no dia da sessão. Isto é, o ritual do julgamento nada mais é do que mero compromisso burocrático, tendo em vista que o convencimento do relator se forma livre, isolada e previamente. Tal prática sugere que, com efeito, tudo aquilo que é sustentado oralmente na sessão, seja pelos advogados, seja pelos demais julgadores com poder de decisão, têm muito pouca ou nenhuma influência no julgamento, pois, tanto o relator quanto o revisor – quando há revisão – já têm os seus votos definidos previamente, sendo difícil que modifiquem a posição tomada no aconchego dos seus gabinetes por uma outra, a ser adotada em uma sessão de julgamento [...] com pressa e sem maiores cautelas. A sessão de julgamento, desta feita, só se realiza para dar cumprimento à lei. Por conseguinte, a oralidade (ou melhor, os resquícios de oralidade que sobrevivem no sistema recursal) é mero formalismo, uma vez que nada contribui para a formação da verdade processual ou do convencimento dos magistrados [...].⁶⁵

É claro que a inefetividade das sustentações orais nos tribunais brasileiros não se explica tão somente em razão da prática dos votos previamente elaborados. Trata-se, mais do que isso, de um problema estrutural. Não se podem ignorar raízes mais profundas como a já mencionada sobrecarga de trabalho, que induz o órgão judicial a optar pela quantidade em detrimento da qualidade dos julgamentos – implicando que as razões orais das partes sejam percebidas como desnecessárias para a formação do convencimento judicial, ante a presença das alegações escritas. Ou até mesmo como o paulatino aumento de poderes do relator⁶⁶,

⁶⁵ BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Os Ritos...*, cit., pp. 281-282.

⁶⁶ Em especial, com a ampliação dos poderes do relator para preferir decisões monocráticas – sobretudo a partir da alteração do art. 557 do CPC/1973 pelas Leis n. 9.139/1995 e 9.765/1998 –, os números dessas decisões têm paulatinamente aumentado, a ponto de, em muitos casos, superarem os das decisões colegiadas. É o que evidenciam estudos como os de Ivar Hartmann e Lívia Ferreira, no âmbito do STF, corte com 93% das suas decisões entre 1992 a 2013 tomadas monocraticamente; e de Leslie Ferraz quanto ao TJ/RS, tribunal cujas câmaras cíveis em 2010 já apresentavam 48,3% das suas decisões tomadas de modo individual, percentual que era de 22,4% em 2003. Essas

estratégia que, adotada nas últimas décadas para aumentar a eficiência do nosso sistema recursal, contribuiu para construir um cenário no qual cada julgador, em regra, só se atém detalhadamente aos autos dos processos em que possui tal incumbência – tendendo, assim, a acompanhar o entendimento firmado pelos relatores dos demais casos.

No entanto, não parece mais razoável admitir esse *status quo*, em uma época na qual se exige do nosso sistema processual civil uma oralidade eficiente e um contraditório efetivo. Atualmente, mesmo quando uma sustentação oral logra êxito em modificar um entendimento ou provocar um pedido de vista, essa “efetividade” dificilmente terá ocorrido em razão da qualidade ou da força persuasiva da argumentação desenvolvida pelo advogado, senão por algum equívoco ou alguma desatenção admitidos pelos julgadores⁶⁷. Fora essas hipóteses, a participação oral dos litigantes em nossos tribunais mais se assemelha a uma inócua formalidade, realizável apenas porque prevista em lei. Em um tal contexto, tornam-se comuns episódios de magistrados que sequer prestam atenção nos discursos orais dos advogados, como aqueles referidos por Piero Calamandrei ao estudar a distração de juízes na Alemanha⁶⁸.

Em síntese, no tradicional modelo brasileiro de participação oral das partes nos tribunais, tanto a oralidade como o contraditório –

constatações são sugestivas de que, na prática, em nossos tribunais, a decisão monocrática atualmente esteja tornando-se a regra e a decisão colegiada, a exceção. Cf. HARTMANN, Ivar; FERREIRA, Livia. Ao Relator, Tudo: O Impacto do Aumento do Poder do Ministro Relator no Supremo. *Revista Opinião Jurídica*, n. 17, pp. 268-283, 2015; FERRAZ, Leslie. Decisão Monocrática e Agravo Interno no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Uma Análise Empírica. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 136, pp. 295-320, 2014.

⁶⁷ Aqui subjaz indubitavelmente uma *lógica demonstrativa* e não uma *lógica argumentativa*, relativamente ao raciocínio decisório construído pelo órgão colegiado em face das sustentações orais. Cf. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado...*, cit., pp. 15-16.

⁶⁸ Cf. CALAMANDREI, Piero. A Distração dos Juízes como Motivo de Nulidade do Julgamento. Trad. José Rogério Cruz e Tucci. *Revista de Processo*, v. 56, pp. 208-209, 1989. Calamandrei examinou casos levados ao à época existente Supremo Tribunal do Império Alemão (*Reichsgericht*), os quais discutiam a possibilidade de nulidade da decisão judicial “quando um dos juízes, embora fisicamente presente, busca refúgio naquela doce evasão psíquica que é o sono”. Na dogmática brasileira, essa prática é expressamente censurada, por exemplo, por Sergio Bermudes: “[É] preciso que os juízes se compenentrem do fato de que, quem usa a tribuna, ali está exercendo um direito, que é, também, o de ser ouvido. Os juízes que conversam, ou permanecem desatentos, durante a sustentação, demonstram censurável descaso pela função jurisdicional e condenável descortesia para com quem fala.” BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*: V. VII: Arts. 496 a 565. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 380.

fundamentos para a previsão legal das sustentações orais em nosso sistema processual civil — parecem esvaziar-se. No primeiro caso, pois o convencimento do órgão colegiado, geralmente balizado pelo voto do relator, costuma ser formado antes da sessão de julgamento, apenas com base nas razões escritas já constantes dos autos. No segundo caso, pois, como decorrência dessa prática, as sustentações orais passam a representar um contraditório identificado tão somente com a “bilateralidade de instância”, perfectibilizado a partir da mera oitiva formal dos litigantes.

2.2. Audiências privadas como sucedâneo? Relativa atipicidade do instituto e riscos a direitos fundamentais processuais

Evidenciada a disfunção das sustentações orais no Processo Civil brasileiro relativamente ao problema da sua pouca efetividade no convencimento do órgão julgador, cumpre, agora, expor uma segunda disfuncionalidade sua — que, a exemplo da primeira, só tende a ser percebida empiricamente, por aqueles que atuam no cotidiano forense. No entanto, não se cuida agora de disfunção diretamente direcionada à execução das sustentações orais, mas de verdadeiro sucedâneo encontrado pelos advogados para, também por meio da oralidade, obterem efetivo contraditório nos tribunais. Trata-se das audiências privadas entre magistrados e advogados, comumente denominadas de “despachos em gabinete”⁶⁹.

Nessas “audiências”, dotadas de relativa informalidade e frequentemente acompanhadas da entrega de memoriais escritos⁷⁰, os

⁶⁹ Na prática, observa-se que as audiências privadas ou despachos em gabinete também ocorrem, em alguma medida, perante o juízo singular do primeiro grau de jurisdição. Embora a situação também seja merecedora de análise dogmática, o presente artigo toma como objeto de reflexão apenas as mencionadas “audiências” nos tribunais, em razão da sua direta vinculação à problemática analisada.

⁷⁰ Sobre os memoriais frequentemente entregues nessas “audiências”, descreve Bárbara Gomes Lupetti Baptista a partir de sua etnografia acerca da oralidade em nossos rituais judiciários: “Os memoriais constituem um resumo do processo e são elaborados pelos advogados das partes de forma a ressaltar aquilo que mais lhes convier e de forma a chamar a atenção dos julgadores para a necessidade de uma análise mais minuciosa do seu processo. O objetivo fundamental da entrega dos memoriais é, portanto, distinguir um processo específico de outros, uma vez que, no momento em que o advogado deixa os memoriais com os julgadores e tem com eles um contacto pessoal antes da

advogados buscam destacar os seus principais argumentos sobre a causa junto aos magistrados que a julgarão. Não há dúvidas de que, com elas, os procuradores tentam de algum modo influenciar o convencimento dos julgadores antes de estes firmarem suas posições e as materializarem por meio de votos escritos. No mínimo, visam a extrair algum “indício de como se comportará na sessão cada membro do colegiado, notadamente a partir das reações esboçadas enquanto durar a recepção no gabinete”⁷¹. Por isso, embora geralmente seja o relator o mais visado para essas informais conversas, os demais integrantes do órgão julgador também são corriqueiramente procurados, sobretudo nos casos em que, já conhecido o posicionamento daquele magistrado, se pretende nestes outros provocar uma divergência ou um pedido de vista.

Embora seja esse expediente consideravelmente difundido em nossa prática forense, é ainda menos examinado pela dogmática do que as sustentações orais, provavelmente em razão da sua relativa atipicidade. Guilherme Sokal, um dos poucos autores a tratarem academicamente da problemática, observa que, por não ser prevista legalmente qualquer audiência formal nos tribunais, foi justamente essa a “válvula de escape” encontrada pelos advogados “para dar vazão à demanda pela instauração de um contato humano com o julgador na instância recursal”. Conclui, porém, que “tal prática ocorre absolutamente à margem do procedimento recursal formal, sem que, no comum os casos, seja sequer retratada nos autos”⁷².

É de se ressaltar, todavia, que essas audiências privadas não são totalmente atípicas. Há a prerrogativa legal do advogado de ser recebido e ouvido pelo magistrado em seu gabinete. O art. 7º, incisos VI, alínea “a”, e VIII, do Estatuto da Advocacia e da OAB dispõe serem direitos do advogado ingressar livremente “nas salas de sessões dos tribunais, mesmo além dos

sessão, ele se destaca individualmente dos demais, inclusive, no momento de eventual sustentação oral na tribuna. [...] Trata-se de um mecanismo que legitima uma espécie de oralidade velada. Não têm previsão legal e não estão descritos, sequer, na doutrina. Portanto, só reconhece os memoriais quem atua no cotidiano dos Tribunais, o que significa dizer tratar-se de um instrumento representativo de um conhecimento exclusivo, isto é, aqueles que o detêm possuem certa vantagem sobre aqueles que não o detêm.” BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Os Ritos...*, cit., p. 284.

⁷¹ SOKAL, Guilherme Jales. *O Julgamento...*, cit., p. 214.

⁷² SOKAL, Guilherme Jales. *O Julgamento...*, cit., pp. 214-215.

cancelos que separam a parte reservada aos magistrados”, e “dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada”. Também cabe ressaltar o art. 35, inciso IV, da Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN – Lei Complementar n. 35/1979), que, embora se atenha a hipóteses de urgência, estabelece ser dever do magistrado “atender aos que o procurarem, a qualquer momento”. Por fim, cabe mencionar decisão do STJ datada do início dos anos 1990, que, ao tratar do direito de ingresso e atendimento em repartições públicas, estabeleceu ser vedado ao magistrado impedir ou dificultar o atendimento de advogado, mesmo em horários reservados a expediente interno⁷³.

Apesar dessas prerrogativas legais, e dos fins legítimos buscados pela imensa maioria dos advogados a partir dessas “audiências”, o instituto – se é que é possível assim enquadrá-lo – suscita a discussão de alguns aspectos polêmicos.

O primeiro aspecto refere-se justamente à sua relativa atipicidade. Não parece razoável extrair, como consequência da previsão legal de uma genérica prerrogativa do advogado de ser atendido pelo magistrado em seu gabinete, o direito a uma audiência como etapa da ordem dos processos nos tribunais. É verdade que hoje vigora um modelo de procedimento não mais tão rígido como outrora, senão pautado pela adaptabilidade ou flexibilização – seja jurisdicional, para concretizar os direitos fundamentais e promover a tutela dos direitos, seja convencional, como forma de respeito ao autorregramento da vontade das partes no processo⁷⁴. Contudo, também é certo que há limites tanto à flexibilização jurisdicional, impondo ao juiz o dever de observar o rito legalmente estabelecido e de evitar mudanças procedimentais atípicas que o

⁷³ RMS n. 1.275/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, STJ, Julgado em 05/02/1992, DJ em 23/03/1992.

⁷⁴ Cf. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança Jurídica e Processo: Da Rigidez à Flexibilização Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 171-182.

desnaturem⁷⁵; como à flexibilização convencional, incumbindo o magistrado do dever de controlar a validade das convenções celebradas, sendo um dos critérios para tanto a margem de disponibilidade das partes (art. 190 do CPC/2015). Nesse quadro, não parece ter sido a intenção do legislador do CPC/2015 (arts. 929 a 946)⁷⁶, por qualquer das mencionadas vias, franquear às partes a realização de uma audiência no tribunal.

O segundo aspecto, decorrente do primeiro, são os riscos que essas “audiências”, por serem relativamente atípicas, apresentam a certos direitos fundamentais processuais. Podem ser elencados ao menos três deles: (i) a segurança jurídica, (ii) a igualdade processual e (iii) a publicidade dos atos processuais.

Relativamente à segurança jurídica, embora se possa discutir o seu caráter enquanto direito fundamental processual⁷⁷, não se pode negar a sua condição de elemento imprescindível ao devido processo legal⁷⁸ (art. 5º, inciso LIV, da CRFB/1988). Entendida mais contemporaneamente, e de modo geral, a partir dos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade⁷⁹, a segurança jurídica pouco pode ser promovida em um cenário no qual é difícil tanto compreender as normas jurídicas que especificamente regem a realização dessas “audiências”, como cultivar as mesmas expectativas sobre as posturas e os procedimentos a serem adotados pelos diferentes sujeitos — em especial, pelos magistrados — durante sua realização. Paire um verdadeiro estado de dúvidas a respeito.

⁷⁵ Cf. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança...*, pp. 272-278. É de lembrar também que o legislador do CPC/2015 optou por não adotar uma *cláusula geral de adequação jurisdicional do processo*, nos moldes daquela prevista no art. 107, inciso V, do anteprojeto apresentado em 2010 pela comissão de juristas instituída pelo Senado Federal.

⁷⁶ Tampouco parece ter sido essa a intenção do legislador dos códigos de 1973 (arts. 547 a 565) e de 1939 (arts. 870 a 881).

⁷⁷ Marinoni, Arenhart e Mitidiero, por exemplo, tratam a segurança jurídica como direito fundamental processual. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso...*, cit., pp. 553-556.

⁷⁸ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. *Do Formalismo...*, pp. 100-107; OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança...*, pp. 113 e ss.; MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 184-190.

⁷⁹ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, pp. 140-144 e 268-274. Especificamente no âmbito processual, como propõe Paulo Mendes de Oliveira, é possível distinguir entre *segurança jurídica pelo processo*, abrangendo o que denomina de segurança-cognoscibilidade e de segurança-realização, e *segurança no processo*, relacionada à observância das garantias do devido processo legal. Cf. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança...*, pp. 118-130.

Por exemplo, pode o julgador formular perguntas ao advogado ou com ele de outra forma interagir oralmente, a fim de esclarecer eventuais dúvidas sobre o caso; ou deve permanecer silente diante da exposição oral do causídico? Ainda, deve o magistrado ordenar o registro escrito da ocorrência dessa audiência, para que seja ela minimamente publicizada; ou não há problemas em não ser ela retratada nos autos? Por fim, a outra parte deve ser intimada para que, querendo, também tenha esse contato com o julgador, ou se trata de medida exclusivamente dependente de iniciativa dos litigantes? Havendo tantas dúvidas elementares como essas, não surpreende a diversidade de posturas dos magistrados face a essas audiências privadas, variando de tratamentos cordiais, com a atenciosa oitiva dos advogados, a tratamentos hostis, com impaciência e desconfiança diante da presença dos procuradores.

Quanto à igualdade processual (art. 7º do CPC/2015), não se ignora que as partes de um processo tenham direitos, ônus, poderes e faculdades, que podem ou não por elas ser exercidos. Porém, a igualdade, na perspectiva de equilíbrio das posições dos sujeitos do processo, pressupõe a “necessidade de que esses disponham de equivalentes oportunidades práticas, durante todo o iter procedimental, em matéria de debate probatório, alegações, recursos e demais posições, para que tenham, na prática (e não simplesmente na teoria), iguais possibilidades de obter justiça”, devendo esse equilíbrio ser promovido em função do contraditório, para que haja “iguais possibilidades de influência”⁸⁰. Isso posto, ainda que as audiências privadas sejam realizadas de boa-fé pela imensa maioria dos advogados, uma vez que inegavelmente buscam de alguma forma influenciar o convencimento dos julgadores – mesmo que apenas para destacar argumentos já escritos –, em uma realidade de massificação dos julgamentos podem elas acarretar significativo benefício para a parte que toma semelhante iniciativa. Portanto, não havendo previsão legal e específica para essa informal conversa com os julgadores,

⁸⁰ ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e Processo: Posições Processuais Equilibradas e Unidade do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 79 e 90-91.

nem a intimação da parte contrária para também usufruir de tal oportunidade⁸¹, são inevitáveis situações de desigualdade, motivadas por inúmeros fatores — como residência de um dos advogados em localidade distante do tribunal ou mesmo insegurança sua sobre como será recebido pelo magistrado.

Já no que diz respeito à publicidade dos atos processuais, duplamente garantida em nível constitucional (arts. 5º, inciso LX, e 93, inciso IX, da CRFB/1988), as audiências privadas também oferecem sério risco de violação. Isso porque, em regra, não é empreendido qualquer registro escrito nos autos sequer a respeito da sua ocorrência, em razão da simples inexistência de norma processual que o determine. Com isso, se, como já referido, a oralidade costuma ser apontada pela dogmática justamente como garantidora de maior publicidade dos atos processuais, nas audiências privadas paradoxalmente ocorre o contrário, dificultando-se o controle dos atos que nelas ocorrem. Embora sejam dignas de reconhecimento iniciativas como a do STF, que divulga em seu portal eletrônico as agendas dos ministros, contendo o registro das “audiências” marcadas, dos seus participantes e dos números dos processos a serem discutidos⁸², não há propriamente uma publicidade institucionalizada e estimulada por nossos tribunais em geral, relativamente a esses atos.

Por fim, o terceiro aspecto a ressaltar, como arremate, é justamente a relação de causa e consequência que parece existir entre a inefetividade das sustentações orais e a prática das audiências privadas em nosso sistema processual civil. Uma vez que a participação oral das partes em

⁸¹ Cabe registrar a iniciativa da ministra do STJ Nancy Andrighi em instituir a Ordem Interna n. 1/2007, estabelecendo que, diante da solicitação de “audiência” por uma das partes, a parte contrária deveria ser convidada a também participar. Entre as justificativas para o ato, expôs que, “apesar [...] da ausência de disposição regimental disciplinando a audiência entre Ministros do STJ e advogados, tal prática é costumeira e, em última análise, encontra, igualmente, respaldo na CF (art. 5º, LV)” e que “a ausência de uma disciplina legal acerca de tal prática apenas incrementa a necessidade de se garantir, em um procedimento informal, as mesmas garantias de paridade de armas que os litigantes têm em suas demais manifestações processuais, ainda em respeito aos incisos LV e LX do art. 5º da CF, sendo verdadeiro dever constitucional proporcionar tratamento isonômico entre as partes”. Porém, o ato em questão foi impugnado em sede de mandado de segurança — MS n. 13.080/DF, impetrado pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) —, sob o argumento de que teria indevidamente estipulado condições para a admissão e o deferimento do requerimento de “audiência”, com o que foi revogado pela própria ministra.

⁸² Disponível em: <stf.jus.br/portal/agendaMinistro>. Acesso em: 20 fev. 2020.

nossos tribunais, conforme já argumentado, na prática não funciona a contento como meio de influência no convencimento do órgão julgador, tais “audiências” parecem surgir informalmente como um sucedâneo de uma eficiente oralidade e de um efetivo contraditório nessas instâncias⁸³. Essa condição caracteriza tais “audiências” como mais uma disfunção do modelo de participação oral dos litigantes em nossos tribunais.

3. Esboço de um debate sobre a viabilidade de outro modelo de participação oral das partes nos tribunais brasileiros

A problemática ora exposta mostra-se útil para suscitar o debate sobre a viabilidade de adoção de outro modelo de participação oral das partes em nossos tribunais, o qual possa mitigar ou até mesmo corrigir as mencionadas disfunções. O objetivo, aqui, é de apenas esboçar essa discussão, sem a pretensão nem a possibilidade de aprofundá-la neste momento.

A primeira das disfunções analisadas — pouca efetividade das sustentações orais como instrumento para influenciar a formação do convencimento dos órgãos colegiados — poderia ser mitigada a partir de uma repositura legislativa da proposta contida no inciso IX do art. 7º do Estatuto da Advocacia e da OAB, dispositivo declarado inconstitucional pelo STF em 2006. Após quase quinze anos, período que incluiu o advento de um código processual civil alicerçado na colaboração (art. 6º) e no efetivo contraditório (art. 7º, 9º e 10), não parecem mais sustentáveis os principais argumentos que justificaram aquela decisão — quais sejam, o de que o contraditório se estabeleceria apenas entre os litigantes e o de que o formalismo representado pela suposta inconveniência de se interromper um julgamento já iniciado deveria prevalecer sobre um efetivo diálogo

⁸³ Para Carlos Horbach, as audiências privadas consistem em “consequência impensada da inutilidade das sustentações orais”, representando nada mais “do que uma tentativa de discutir os casos, tirar dúvidas, antes da cristalização do juízo de mérito do julgador”. Conclui que, “[s]e houvesse um momento em que magistrados e advogados pudessem, em público, discutir os casos, para que estes auxiliassem na deliberação daqueles, não haveria necessidade de audiências individuais”. HORBACH, Carlos Bastide. *Qual...*, cit., 2014.

entre as partes e o órgão jurisdicional. Se ao advogado fosse dada a oportunidade de conhecer o voto do relator antes da sustentação oral, teria o defensor um ponto de partida mais definido para desenvolver a sua argumentação e mais elementos para tentar influenciar o convencimento dos demais julgadores. Com tal medida – que poderia ser a simples mudança de redação do caput do art. 937 do CPC/2015 –, ganharia em qualidade o debate oral das sessões de julgamento dos tribunais⁸⁴.

Já a segunda disfunção – uso de audiências privadas como sucedâneo de uma eficiente expressão oral dos litigantes nos tribunais – provavelmente seria mitigada também a partir de uma medida legislativa relativamente simples. No início do capítulo do CPC/2015 sobre a ordem dos processos nos tribunais (arts. 929 a 946), poderia ser inserido dispositivo que minimamente regulasse a prática das audiências privadas e a entrega de memoriais escritos em gabinete. Além de promover segurança jurídica sobretudo a partir de maior cognoscibilidade sobre as normas a informarem essas “audiências”, um tal dispositivo poderia determinar o registro escrito da sua ocorrência nos autos, em observância à publicidade dos atos processuais, bem como a intimação da parte que não houvesse tomado semelhante iniciativa para usufruir da mesma oportunidade antes da respectiva sessão de julgamento, como garantia da igualdade processual.

Nada obstante, as duas medidas referidas, ainda que bem-vindas para o aprimoramento da ordem dos processos em nossos tribunais, seriam apenas paliativas, na medida em que manteriam na essência uma sistemática de julgamentos colegiados na qual os julgadores já formam

⁸⁴ Nesse sentido é a posição de Paulo Lôbo: “Se o advogado apenas se manifesta antes do voto do relator, vê-se na contingência de realizar verdadeiro exercício de premonição, para sacar do relatório a possível orientação do voto que ainda não foi manifestado. [...] Manifestando-se após o voto, no entanto, sobretudo quando lhe for desfavorável, o advogado pode encetar o contraditório de teses, no derradeiro esforço de convencimento dos demais juízes do colegiado. Cumprem-se mais claramente as garantias constitucionais do contraditório e do amplo direito de defesa em benefício da parte cujos interesses patrocina. O argumento contrário funda-se no aspecto formal de que, iniciado o julgamento pela manifestação do voto do relator, não pode mais ser interrompido. Contudo, todos os meios que contribuam para aumentar o grau de certeza e justiça da decisão devem ser valorizados. [...] Ora, o inciso IX do art. 7º da Lei n. 8.906/94 é [...], acima de tudo, garantia processual das partes, porque a estas e não às pessoas dos advogados interessa a ampliação de suas possibilidades de defesa.” LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 96-97.

suas convicções antes das manifestações orais das partes. Em razão disso, parece-nos que ideal seria uma reforma mais profunda, com a completa substituição do atual modelo de sustentações orais por um modelo de audiências nos tribunais.

Essas audiências difeririam significativamente das atuais sustentações orais. De um lado, manter-se-ia a apresentação do resumo da causa pelo relator aos presentes, tanto para fins de ciência dos demais membros do órgão colegiado, como para fins de controle da atividade jurisdicional pelos litigantes⁸⁵. De outro lado, franquear-se-ia às partes a apresentação de suas razões orais – em tempo evidentemente pré-fixado – sem que os julgadores estivessem com seus votos já redigidos e suas convicções pré-estabelecidas, pois não haveria a necessidade de proferir a respectiva decisão na mesma data. Outro diferencial seria que os magistrados poderiam formular aos advogados perguntas para esclarecer questões pertinentes ao deslinde do julgamento da causa. Para tanto, poderia ser tomado como parâmetro – sempre com a ressalva de se evitar o transplante acrítico de institutos jurídicos estrangeiros – o modelo norte-americano dos *oral arguments* nos tribunais, em que há informalidade suficiente para os julgadores interromperem as falas dos procuradores a fim de buscarem os mencionados esclarecimentos⁸⁶.

Afinal de contas, como já afirmava Calamandrei:

O discurso da defesa, para ser verdadeiramente útil, deveria ser não um monólogo continuado, senão um diálogo vivo com o juiz, que é o verdadeiro

⁸⁵ Como já afirmava Pontes de Miranda, sobre o interesse no relatório exposto em sessão de julgamento: “Não são apenas os outros juizes os interessados em conhecer o que lhes comunica como matéria de fato o relator ou o revisor; são-nos também as partes e seus advogados. [...] É intuitivo que o relatório deve ser conhecido dos outros juizes e das partes, para que o achem ‘conforme’ ou ‘não conforme’ [...]” PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários...*, cit., 1975, p. 233.

⁸⁶ No sistema processual norte-americano, os litigantes, após apresentarem suas razões ou contrarrazões recursais escritas (*briefs*) ao tribunal (*appellate court*), podem manifestar-se oralmente perante o órgão colegiado, em tempo geralmente pré-fixado. Como observam Geoffrey Hazard Jr. e Michele Taruffo, os *oral arguments* constituem momento caracterizado por relativa informalidade, uma vez que os julgadores frequentemente interrompem os advogados a fim de indagá-los sobre questões importantes e ainda pendentes de esclarecimento. HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: An Introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, p. 181. Sobre o modelo norte-americano de participação oral das partes nos tribunais, cf., ainda, WOLFSON, Warren. *Oral...*, cit., pp. 451-456, 2002; HATCHETT, Joseph Woodrow; TELFER, Robert. *The Importance of Appellate Oral Argument*. *Stetson Law Review*, v. 33, pp. 139-151, 2003.

interlocutor; e este deveria responder com os olhos, com os gestos e com as interrupções. O advogado deve estimar as interrupções do juiz, porque comprovam que este não permanece inerte e estranho ao seu discurso. Interromper quer dizer reagir; e a reação é o melhor reconhecimento da ação estimuladora. O processo se aproximará da perfeição quando se fizer possível, entre juízes e advogados, o intercâmbio de perguntas e respostas que se desenvolvem normalmente entre pessoas que se respeitam, quando, sentadas em uma mesa, tratam, no interesse de todos, de esclarecer reciprocamente as ideias. Desfeito o discurso em um diálogo, com isso perderá a oratória forense, mas ganhará a justiça.”⁸⁷

Em última análise, um modelo de participação oral das partes nos tribunais imbuído desse espírito de diálogo e não de monólogo, além de potencializar ao máximo a expressão da oralidade e a garantia do contraditório nos julgamentos colegiados, refletiria, também nessas instâncias, um verdadeiro modelo cooperativo de processo (art. 6º do CPC/2015).

Outrossim, essas audiências “propriamente ditas” teriam o condão de eliminar, na maioria dos casos, a razão de ser das “audiências privadas” hoje recorrentes em nossos tribunais – mantida, por óbvio, a prerrogativa legal dos advogados de serem atendidos pelos julgadores em seus gabinetes, especialmente em casos de necessidade de medidas urgentes. Em comparação com as “audiências privadas”, um modelo de audiências nos tribunais teria a vantagem de (i) promover mais segurança jurídica sobre os atos a serem praticados e as posturas a serem adotadas pelos sujeitos do processo; (ii) promover a igualdade processual, por facultar aos litigantes iguais oportunidades de manifestação oral perante os julgadores; e (iii) pautar-se pela publicidade, com o registro escrito nos autos dos atos praticados⁸⁸.

⁸⁷ CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado*. Trad. Ayerra Redín, Santiago Sentís Melendo e Conrado Finzi. Buenos Aires: Librería El Foro, 1997, p. 101.

⁸⁸ Em linha semelhante, sustenta Guilherme Sokal: “[A] melhor solução parece se encontrar na aproximação das figuras da ‘entrega de memoriais’ e do ‘despacho com o relator’ com o regime jurídico formal de uma audiência em segundo grau. Para tanto, [...] é imprescindível a incidência de parâmetros mínimos de publicidade sobre a designação da data em que ocorrerá a audiência, para que a parte contrária, se desejar, possa se fazer presente,

Para o debate ora esboçado, deve ser ressaltada, por fim, a necessidade de considerarmos as particularidades da nossa realidade sociojurídica. É certo que reformas legislativas, sobretudo se profundas, não podem — ou não deveriam — ser empreendidas sem base em dados da realidade⁸⁹, nem de modo isolado. Se o principal escopo buscado com a substituição do modelo de participação oral das partes em nossos tribunais seria, em última análise, promover uma maior qualidade dos debates orais nas suas sessões de julgamento e, conseqüentemente, das próprias decisões colegiadas, é claro que não se poderia prescindir de medidas outras como restringir a via de acesso às cortes, para que estas julguem menos a fim de julgarem melhor. Afinal de contas, retomando a ideia apresentada à guisa de introdução, não é possível desvincular o fenômeno jurídico do meio social em que se insere — e os modelos de participação oral das partes nos tribunais não escapam dessa sorte.

Síntese conclusiva

O presente artigo, em sua primeira parte, propôs-se a desenvolver uma reflexão teórica sobre as sustentações orais no Direito Processual Civil brasileiro, identificando e examinando a oralidade e o contraditório como os dois principais fundamentos para a previsão legal do instituto. Na sua segunda parte, buscou desnaturalizar esse modelo de participação oral das partes nos tribunais, com regramento pouco alterado na comparação entre os códigos processuais civis de 1939, 1973 e 2015 e escasso aprofundamento em nossa dogmática, para além do tratamento das respectivas regras de procedimento. Para tanto, identificou e examinou duas disfunções suas na prática: (i) a sua pouca efetividade como instrumento para influenciar a formação do convencimento dos órgãos colegiados; e (ii) a recorrente

determinando-se ainda a juntada aos autos de qualquer documento eventualmente apresentado em tal oportunidade como meio de influir sobre a convicção do julgador.” SOKAL, Guilherme Jales. *O Julgamento...*, cit., p. 219.

⁸⁹ É ainda atual a crítica de Barbosa Moreira, que há muito atentava para a circunstância de as reformas processuais, no Brasil, serem tradicionalmente feitas com pouco ou sem qualquer embasamento empírico, senão com arrimo nas percepções pessoais dos seus responsáveis. Cf. BARBOSA MOREIRA, J. C. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. In: BARBOSA MOREIRA, J. C. *Temas de Direito Processual: Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 10-12.

iniciativa dos advogados de, antes das sessões de julgamento, intentarem junto a magistrados a realização de audiências privadas, instituto relativamente atípico e sucedâneo de uma eficiente expressão oral dos litigantes nessas instâncias jurisdicionais. Ao final, esboçou um debate sobre a viabilidade de adoção de outro modelo de participação oral das partes em nossos tribunais, o qual possa mitigar ou até mesmo corrigir as mencionadas disfunções.

Referências

- ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e Processo: Posições Processuais Equilibradas e Unidade do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 285 pp.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A Garantia do Contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, pp. 7-20, 1998.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um Formalismo-Valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 338 pp.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, 774 pp.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, 239 pp.
- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Os Ritos Judiciários e o Princípio da Oralidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, 334 pp.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil: V. 1: Processo de Conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 576 pp.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 342 pp.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil: Volume V: Arts. 476 a 565*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 781 pp.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre Alguns Fatores Extrajurídicos no Julgamento Colegiado. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 8, n. 5, pp. 225-249, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual: Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 1-13.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas Atípicas. *Revista de Processo*, v. 76, pp. 114-126, 1994.

BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil: V. VII: Arts. 496 a 565*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, 484 pp.

BOBBIO, Norberto. A Análise Funcional do Direito: Tendências e Problemas. In: BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, pp. 81-113.

CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio. *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, pp. 193-210, 2011.

CALAMANDREI, Piero. A Distração dos Juízes como Motivo de Nulidade do Julgamento. Trad. José Rogério Cruz e Tucci. *Revista de Processo*, v. 56, pp. 208-209, 1989.

CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado*. Trad. Ayerra Redín, Santiago Sentís Melendo e Conrado Finzi. Buenos Aires: Librería El Foro, 1997, 288 pp.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, Participação e Processo. In: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Ensaios e Artigos: V. II*. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 361-373.

CAPPELLETTI, Mauro. O Valor Atual do Princípio da Oralidade. Trad. Daniel Ustárroz. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 21, pp. 255-260, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Procédure Orale et Procédure Écrite: Oral and Written Procedure in Civil Litigation*. Milano: Giuffrè Editore. 1971, 116 pp.

CASTANHEIRA NEVES, António. A Distinção entre a Questão-de-Facto e a Questão-de-Direito e a Competência do Supremo Tribunal de Justiça como Tribunal de 'Revista'. In: CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: Escritos acerca do Direito*, do

Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 483-530.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil: V. III: As Relações Processuais: A Relação Processual Ordinária de Cognição*. Trad. J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, 352 pp.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Quando É Oportuna a Sustentação Oral perante os Tribunais*. 2018. Disponível em: <conjur.com.br/2018-fev-20/paradoxo-corte-quando-oportuna-sustentacao-oral-tribunais>. Acesso em: 10 fev. 2020.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: V. 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, 896 pp.

DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil: V. I*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, 910 pp.

FERRAZ, Leslie. Decisão Monocrática e Agravo Interno no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Uma Análise Empírica. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 136, pp. 295-320, 2014.

GUEDES, Jefferson Carús. *O Princípio da Oralidade: Procedimento por Audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 255 pp.

HARTMANN, Ivar; FERREIRA, Lívia. Ao Relator, Tudo: O Impacto do Aumento do Poder do Ministro Relator no Supremo. *Revista Opinião Jurídica*, n. 17, pp. 268-283, 2015.

HATCHETT, Joseph Woodrow; TELFER, Robert. The Importance of Appellate Oral Argument. *Stetson Law Review*, v. 33, pp. 139-151, 2003.

HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: An Introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, 230 pp.

HORBACH, Carlos Bastide. *Qual é a Utilidade da Sustentação Oral nos Tribunais?* 2014. Disponível em: <conjur.com.br/2014-fev-09/analise-constitucional-qual-utilidade-sustentacao-oral>. Acesso em: 10 fev. 2020.

- IURA, Alexandre Miura. *Oralidade e Escrita no Processo Civil*. Orientador: José Rogério Cruz e Tucci. 141 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2012.
- KOPLIN, Klaus Cohen. O Contraditório como Direito de Influência e o Dever de Consulta no Novo CPC. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; DOTTI, Rogéria (Coord. e Org.). *O Processo Civil entre a Técnica Processual e a Tutela dos Direitos: Estudos em Homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 127-142.
- LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 3, pp. 74-86, jul./dez. 1961.
- LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 408 pp.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, 944 pp.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: V. 1: Teoria do Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, 670 pp.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, 270 pp.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Do Modelo ao Princípio*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, 215 pp.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança Jurídica e Processo: Da Rigidez à Flexibilização Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, 349 pp.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. Trad. Vergínia Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 653 pp.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Org. e Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 166 pp.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Tomo VIII: Arts. 539-565. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, 364 pp.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Tomo XII: Arts. 853-881. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1961, 467 pp.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes? Para uma Crítica do Direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, 250 pp.
- RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação Jurídica: Técnicas de Persuasão e Lógica Informal*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015, 337 pp.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “Um Voto Qualquer”? O Papel do Ministro Relator na Deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 180-200, 2015.
- SOKAL, Guilherme Jales. *O Julgamento Colegiado nos Tribunais: Procedimento Recursal, Colegialidade e Garantias Fundamentais do Processo*. São Paulo: Método, 2012, 359 pp.
- STÜRNER, Rolf. Oralidade e Escritura no Processo Civil Europeu. Trad. Ronaldo Kochem. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 223, pp. 111-130, 2013.
- TARUFFO, Michele. Orality and Writing as Factors of Efficiency in Civil Litigation. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (Ed.). *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente: Oral and Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure: V. I. Valencia*: Universidad de Valencia, 2008, pp. 185-204.
- WOLFSON, Warren D. Oral Argument: Does It Matter? *Indiana Law Review*, v. 35, pp. 451-456, 2002.

Consequencialismo no estado democrático de direito: retórica possível?

Rodrigo Baraldo Mendonça

Introdução

O presente texto procura apresentar breve reflexão sobre um movimento relativamente recente, que tem contado, como se verá a seguir, com ecos tanto em pronunciamentos de juízes, quanto na própria lei, no sentido de que cabe ao próprio Poder Judiciário sopesar (ou mesmo definir) as consequências de suas decisões. A extensão de tal compreensão leva a uma alteração no modo pelo qual se entendem as balizas de correção de uma decisão judicial, no sentido de ser ou não tomada como jurídica e, assim, amparada (ou não) por uma fonte determinada do direito, como, por exemplo, a lei.

Uma passagem rápida pelos quadros de formandos de qualquer Faculdade de Direito permitirá encontrar, com alguma frequência, o velho adágio "Faça-se justiça, ainda que pereça o mundo" (*"Fiat justitia, et pereat mundus"*). O discurso que se revela por formulações como essa é o de que o justo deve prevalecer, independentemente das consequências decorrentes: mais apropriadamente, em tal concepção, a efetivação da justiça é prioritária sobre todas as demais consequências que possam ser aventadas acerca de uma tomada de decisão – a consideração sobre o justo deve preponderar sobre todos os outros aspectos, inclusive sobre a própria manutenção do mundo – em outras palavras, e de forma caricata, que o mundo acabe, mas

que, antes disso, a justiça seja feita. Em contraponto a afirmações como essa, aparece, com frequência, o argumento de que uma justiça que implique o perecimento do mundo é de uma espécie que não servirá a ninguém: de nada adiantaria, diz-se, uma justiça que não seja capaz de manter o mundo – a ordem das coisas não poderia ficar à mercê de um único critério como o da justiça, ainda que de todo importante – considerar que seja feita a justiça é, nessa linha de raciocínio, relevante, mas uma justiça que levasse ao "perecimento do mundo" acabaria por não servir a ninguém.

Evidentemente, há exagero nas formulações acima¹, que levam a uma espécie de caricatura do processo decisório, com base em uma situação "limítrofe" da decisão (a da consequência mais desastrosa possível, de perecimento do mundo). Apesar disso, considerar as consequências das ações – entre elas, as das ações de decidir (inclusive judicialmente) – sempre está no horizonte agente, ainda que de modo implícito. Qualquer ser humano minimamente prudente pondera as consequências de atravessar uma rua sem olhar para os lados, para conferir a existência de carros em sua direção, avalia as consequências de assinar um contrato sem lê-lo e compreendê-lo por inteiro (quando imagina que vá entender os seus termos), sopesa as vantagens e desvantagens de assumir publicamente o relacionamento com alguém. Especificamente no âmbito das decisões judiciais, a análise das consequências pode exigir, no entanto, alguma definição acerca de quais delas importam ou devem importar, isto é, acerca de quais são ou devem ser relevantes e passíveis de consideração pelos julgadores.

Não raro, ouvem-se afirmações como "não devem ser proferidas decisões judiciais que não possam ser cumpridas, que só sirvam para ser emolduradas na parede", o que parece levar a crer que as soluções jurídicas conferidas aos casos devem considerar se, dados os contornos fáticos, serão ou não exequíveis, critério para além do que seria a solução "estrita" que o ordenamento jurídico indicaria como o direito posto. Esse raciocínio, em forma de esquema, seria o seguinte: a solução do caso *A* é *x*, o que implica a

¹ Kant, em abordagem diversa, propõe outra leitura para a frase em análise, que se revela, como se verá mais adiante, mais compatível com a abordagem deste trabalho.

medida *y*, mas, considerada a impossibilidade de cumprimento da medida *y* (consequência da solução *x*), adota-se a solução *z*, alternativa, que implica a medida *w*, esta, sim, passível de efetiva realização do ponto de vista fático – nesse esquema, como se verifica, a solução *x* é preterida em favor de *z*, apenas porque *y* é menos passível de efetivo cumprimento do que *w*. O que governa a tomada de decisão, portanto, é o receio de que não seja cumprida. Em um contexto como esse, o questionamento que ressalta é se razões quanto à praticidade ou quanto à efetividade do cumprimento de decisões judiciais podem ser determinantes para afastar (eventuais) soluções conferidas pelo ordenamento jurídico a um caso, e, mais ainda, se tais razões podem ser legitimamente lançadas como fundamentação.

Esse olhar sobre as consequências revela-se não só quanto à possibilidade de efetivo cumprimento das decisões (consequências da solução dada ao caso), mas, também, quanto às consequências da própria medida de cumprimento demandada pela solução adotada. Com efeito, talvez seja possível uma distinção entre optar pela medida *w*, em vez de *y*, apenas porque *w* é mais tendente a ser cumprida (ou seja, considerando, estritamente, a sua possibilidade de cumprimento – o que não deixa de ser uma consequência da própria adoção da medida), e optar por *w*, pelas demais consequências trazidas pela realização prática de *w*. Uma distinção poderia ser formulada desta maneira, a partir das eficácias das tutelas jurisdicionais: pense-se, por um lado, em uma tutela declaratória de um direito, que implicaria uma tutela condenatória consectária – diante da impossibilidade prática da tutela condenatória, a tutela declaratória não seria concedida, ou, em outras palavras, haveria uma resistência a declarar o direito que sofra com dificuldade para o seu efetivo cumprimento de ordem prática, e, por outro lado, pense-se, exclusivamente, nos efeitos benéficos ou nefastos das próprias medidas de cumprimento da decisão; no primeiro caso, o que se questiona é se a decisão é exequível, e, no outro, se a decisão "executada" leva a quais efeitos. De qualquer maneira, tal distinção não deixa de levar ao mesmo horizonte de análise de consequências, ainda que umas sejam mais imediatas que outras.

Exemplo elucidativo desse modo de pensar, por meio do qual caberia ao Poder Judiciário ponderar as consequências de suas decisões e tomá-las em consideração exatamente para decidir (isto é, de análise das consequências benéficas ou prejudiciais do cumprimento de uma solução adotada) encontra-se no julgamento do Supremo Tribunal Federal, sobre a possibilidade de prisão a partir do julgamento de segunda instância. No julgamento do *habeas corpus* nº 126.292, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao proferir seu voto, apresenta tópico específico sobre os “fundamentos pragmáticos para o novo entendimento” (entendimento relativo à possibilidade de prisão em segunda instância), apontando como características do pragmatismo tanto o contextualismo, importância da “realidade concreta para a tomada de solução adequada ao caso, quanto o próprio consequencialismo, entendido como a consideração que o intérprete deve ter ao resultado prático de uma decisão. Apenas para fins de delineamento do que tal consideração pode significar, em termos práticos, considere-se o seguinte excerto do voto do Ministro Barroso:

Além disso, a execução provisória da pena permitirá reduzir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro. Atualmente, como já demonstrado, permite-se que as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo que condenadas, não cumpram a pena ou possam procrastinar a sua execução por mais de 20 anos. Como é intuitivo, as pessoas que hoje superlotam as prisões brasileiras (muitas vezes, sem qualquer condenação de primeiro ou segundo graus) não têm condições de manter advogado para interpor um recurso atrás do outro. Boa parte desses indivíduos encontra-se presa preventivamente por força do art. 312 do Código de Processo Penal. A alteração da compreensão do STF acerca do momento de início de cumprimento da pena deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução –, bem como produzirá um efeito republicano e igualitário sobre o sistema².

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário. *Habeas corpus* 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/fev.2016.

Do ponto de vista teórico, o mesmo julgador afirma que o “momento brasileiro” é “de refundação”, o que implica um “processo de transformação” que “envolve um choque de iluminismo, idealismo e pragmatismo”. Para a presente discussão, o que é dito sobre este terceiro elemento, o “pragmatismo”, amparado em Richard Posner, é o que importa:

Por fim, *Pragmatismo* significa, em essência, que o mérito de uma ideia, de uma política pública ou das ações em geral se mede pelos resultados práticos que são capazes de produzir. O significado das coisas e a verdade de qualquer proposição são determinados pela experiência e pelas consequências sobre o mundo real e a vida das pessoas, e não por dogmas ou teorias. Conforme uma sistematização de amplo curso, o pragmatismo filosófico apresenta três características essenciais. A primeira é o *antifundacionalismo*, no sentido de não buscar um fundamento último, de ordem moral, para justificar uma decisão. A segunda é o *contextualismo*, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada. E, por fim, e muito particularmente, o *consequencialismo*, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento decisivo de sua prolação. [...] não estando em jogo valores ou direitos fundamentais, o papel de qualquer agente público – seja o juiz, o legislador ou o administrador – é adotar o curso de ação que produza os melhores resultados para a sociedade, aferidos com base em pesquisa séria, dados concretos e informações³.

A título exemplificativo, também, ecoam concepções como a acima descrita na própria lei, na qual o Poder Judiciário passa a receber a incumbência de, ao tomar determinada decisão (jurídica), ser obrigado a indicar as suas consequências não apenas jurídicas, mas “administrativas” também, isto é, explicitar como a decisão será viabilizada, do ponto de vista prático:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma

³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, p. 27.

administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Então, quais consequências podem ou devem ser consideradas pela autoridade julgadora, quando da tomada de decisão? É legítimo que tais consequências sejam consideradas e indicadas – implícita ou explicitamente – como razões para decidir? A legitimidade de tais razões envolve consideração sobre o que constitui o Estado de Direito e quais os limites possíveis aos fundamentos ditos jurídicos das decisões. O Estado de Direito é compatível com a ideia de um “juiz de resultados”, cujo papel seria, como dito acima, “adotar o curso de ação que produza os melhores resultados para a sociedade, aferidos com base em pesquisa séria, dados concretos e informações”? Devem ser vistas com alguma "reticência" as abordagens "cegas" para consequências ou aquelas abordagens que considerem com tanta preocupação as consequências que ignorem a realização da justiça e a aplicação do Direito? O questionamento que se faz, nesse contexto, relaciona-se a qual a extensão do olhar do juiz para as consequências de sua decisão: é da esfera da atividade do magistrado a aplicação do direito, com olhos para a economia ou para a intromissão de elementos externos que não estão, de modo estrito, previstos na norma jurídica?

O presente texto pretende discutir, assim, a possibilidade de os argumentos consequencialistas comparecerem como fundamentos jurídicos relevantes para a fundamentação de decisões judiciais. Para tanto, abordam-se aspectos relativos à fundamentação em geral, com ênfase nos aspectos evidenciados por Neil MacCormick, em sua obra "Retórica e o Estado de Direito", para, na sequência, avaliar quais tipos de consequências cabem ser consideradas no espaço de decisão e de fundamentação, definindo-se quais argumentos são aceitáveis

juridicamente, em uma perspectiva que considere o conceito de Estado Democrático de Direito.

1 O espaço da retórica no estado de direito

O que constitui uma decisão fundamentada ou que tipos de argumentos podem ser lançados como razões de decidir jurídicas é tema de ampla discussão em obras de Direito e de Filosofia, principalmente a Filosofia do Direito e a Filosofia Política. De modo singelo, que tipos de argumentos podem justificar as decisões judiciais é um tema de debate jurídico e filosófico.

Ainda chamam a atenção, no estudo da Ciência do Direito, os temas que dizem respeito aos mecanismos para chegar-se a uma decisão “justa” ou “correta”. Por mais que pare, sobre tal questão, uma infinidade de discordâncias teórico-filosóficas, é certo que se espera, atualmente, dos órgãos julgadores a competência não só para tomar uma decisão, provendo a jurisdição no caso em concreto, mas também para demonstrar, de modo preciso, o caminho de que lançaram mão, para a determinação do *decisum*.

Espera-se dos órgãos julgadores, no contexto do Estado Democrático de Direito, não apenas a tarefa de dizer a decisão considerada justa, mas também a tarefa de demonstrar, motivada/fundamentadamente, o raciocínio judicial utilizado para a definição dessa decisão – é assim que, genericamente, pode-se afirmar a tarefa de que todos os órgãos jurisdicionais devem motivar suas decisões. Trata-se de um instrumento de baliza da atividade final do julgador (de decidir), atividade essa que, como se verá, tem implicações significativas para o respeito a uma variada gama de princípios definidos constitucionalmente.

A seguir, abordam-se aspectos mais gerais sobre a fundamentação das decisões, para, então analisar-se a relação entre retórica e Estado de Direito, nos termos delineados por Neil MacCormick, o que constitui avanço nos requisitos do que se considera uma decisão efetivamente motivada.

1.1 A fundamentação das decisões

O apanhado histórico de como a motivação das decisões judiciais veio à categoria de norma insculpida em textos constitucionais é tema que demanda estudo pormenorizado, incabível neste trabalho. No entanto, linhas gerais atinentes à questão podem fornecer subsídios à compreensão do fenômeno relativo a tal constitucionalização de regra de natureza eminentemente processual, o que vem a ser relevante para a definição de quais espécies de argumentos consequencialistas podem vir a ser utilizados.

A despeito de tal inviabilidade de discussões mais pormenorizadas, o que se percebe é que, de regra, tanto nas cartas de declarações de direitos quanto nas cartas constitucionais em geral, há um movimento que demonstra a tendência de as decisões judiciais não se bastarem pela mera "justiça da decisão", sendo necessária a explicitação pelo juiz de suas razões de decidir. Isso, de modo geral, verifica-se ocorrer em três momentos distintos. Em um primeiro, anterior à previsão de quaisquer direitos e garantias relacionados, vige o império da arbitrariedade da decisão, cabendo esta ao "príncipe", sem qualquer satisfação informativa do conteúdo fundamentado da decisão – é essa a circunstância que se descreve, em alguma medida, no próprio contexto anterior à *Magna Charta Libertatum*, de 1215 – ainda que elencados alguns direitos ao povo inglês, veja-se, no entanto, que o texto em questão se encontra desprovido de mecanismos efetivos de garantia mais profunda da própria motivação, não havendo referência a ela em nenhum ponto notável⁴.

Em um segundo momento, que se circunscreve à Revolução Francesa (e a partir dela), passa a surgir a menção mais enfática de que as decisões não podem ser arbitrárias, a despeito de essa determinação não configurar

⁴ Pode-se dizer, de modo bastante genérico, que a preocupação inicial diz respeito, tão somente, ao direito de ter uma decisão proferida por um órgão competente e imparcial; cabe, ainda, citar que, de regra, a preocupação diz respeito à privação de liberdade. A leitura de documentos históricos referentes aos direitos humanos é bastante indicada, nesse sentido – veja-se, por exemplo, a obra de Fábio Konder Comparato intitulada *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. De outra parte, cabível mencionar que, mesmo na *Magna Charta Libertatum*, há já rudimentos de um devido processo legal.

necessária fundamentação expressa⁵. Há preocupação com que não sejam as decisões tomadas de modo aleatório ou arbitrário, sem deixar de se considerar que de tal previsão não decorre a imposição de expressa motivação.

É apenas em um terceiro momento, bastante recente, que surge a expressa determinação, mormente em Constituições, de motivação das decisões judiciais. Visa-se à documentação de como o julgador tomou esta ou aquela decisão, de maneira a dar a conhecer suas razões de decidir. Nesse último caso, é cabível considerar, de outra sorte, que mais recente ainda é a concepção de que a motivação não se presta apenas a satisfazer um interesse das partes em lide, mas, também, uma necessidade social de que se conheça o modo por meio do qual o Poder Judiciário estabelece o seu entendimento acerca do Direito no caso concreto. Todas essas observações coadunam-se com as lições de Enrico Tulio Liebman, em seu "Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença", bastante significativas:

A história do processo, nos últimos séculos, pode ser concebida como a história dos esforços feitos por legisladores e juristas, no sentido de limitar o âmbito de arbítrio do juiz, e fazer com que as operações que realiza submetam-se aos imperativos da Razão. Antes de tudo, há a lei, naturalmente. Mas não basta. Porque é exatamente a lei que, de forma cada vez mais penetrante, quer que o magistrado ao realizar as diversas tarefas de ordem material e intelectual a ele confiadas, tenha um comportamento racional, equilibrado, de acordo com a lógica natural, compreensível e convincente, para quem esteja interessado nas peculiaridades do caso ou as observe com atenção⁶.

⁵ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, por exemplo, em seu art. 7º, dispõe que "os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser castigados". A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por sua vez, faz menção à arbitrariedade no art. 9º. ("Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado."), no art. 15, §2 ("Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.") e no art. 17, §2 ("Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.").

⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 29, ano VIII, jan./mar.1983.

Enfim, o que se pode dizer, genericamente, é que, em um primeiro momento, centra-se a preocupação em ter uma decisão por um órgão competente; em um segundo, mais próximo, começa a surgir a preocupação, ainda que rudimentar, com a motivação das decisões judiciais. E, apenas hodiernamente, dá-se real relevância à motivação como requisito essencial à decisão. Como se busca postular a seguir, parece ser possível visualizar um quarto momento, mais recente, com base na obra de Neil MacCormick, relativa à relação entre o conceito de retórica e o de Estado de Direito.

De toda sorte, pode-se compreender que o “princípio da motivação dos atos judiciais” é, em verdade, bem considerado, como regra, no sentido de que seu teor não comporta juízo de ponderação, não comporta colisão com outros princípios, de modo direto. Na linha de Dworkin, as regras são aplicáveis tendo em vista a ideia de “tudo-ou-nada”, o que implica, no caso da motivação dos atos judiciais, considerar que não se verifica uma dimensão de sopesamento, em face de outras regras, mas apenas a necessidade de solução de uma antinomia, por meio da qual se definirá qual a regra que será aplicada no caso em concreto⁷. Ainda que por via diversa, não chega a distanciar-se dessa visão a concepção de Alexy, ao tratar dos mesmos conceitos, a partir de uma “teoria semântica”, na qual os princípios são mandamentos de otimização, diferentemente das regras, que não comportam o cumprimento em diferentes graus (“são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”) – nesse caso, a motivação dos atos judiciais compatibiliza-se mais à noção de regra, já que o respeito à motivação por parte dos órgãos judiciais não comporta cumprimento em espectro: ou se cumpre, ou não se cumpre⁸.

O que se verifica que é que os estudos teóricos, no âmbito da motivação das decisões judiciais aferem-lhe caráter vinculativo, obrigatório ao órgão julgador, não lhe cabendo discricionariedade na sua aplicação. É nesse sentido que a motivação dos atos judiciais pode ser vista como regra que se constitui em direito – é regra não passível, em tese, de

⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes, 2010, p. 39

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

ponderação. Há, ainda, que se pensar, no âmbito da tarefa de julgar, o papel que têm os órgãos julgadores, em um Estado de Direito Democrático, em compatibilidade com o Direito Constitucional vigente. Não se pretende análise profunda dos aspectos relacionados à atividade de julgar em geral, mas apenas daqueles que influem na motivação das decisões judiciais. Em suma, o que se pretende é verificar a relação entre a legitimação da atividade judicial e a sua vinculação à regra de motivação.

A fundamentação de sua tomada de posição, em julgamento, desvincula o juiz da característica de arbitrariedade no processo decisório. Suprime do julgamento eventual poder totalmente discricionário que faria o julgador ver-se livre de sustentar, de forma racional, os motivos de sua decisão. A documentação dessa tomada de posição, com a fundamentação para tanto, garante, em um primeiro passo, maior confiança nas decisões: confiança em que a decisão tenha sido tomada, após convencimento documentado nos autos. Para o âmbito interno do processo, há também que se considerar que tal documentação vem a conferir prova da apreciação real do juiz do que está posto nos autos: é medida que, em última análise, demonstra e atesta a atuação inscrita do julgador no feito. Objetiva-se, assim, a consecução de maior confiança também no fato de ter o órgão jurisdicional prestado a devida análise, a análise real do caso.

Tais atitudes legitimam a atuação do Poder Judiciário, na medida em que correspondem ao zelo no cumprimento de sua tarefa, constitucionalmente prevista. A essa luz, a motivação explícita dos atos judiciais decisórios tem força tendente à pacificação social, dada a demonstração do raciocínio lógico-jurídico que levou à decisão, conferindo legitimidade à função jurisdicional, em uma perspectiva de devido processo legal, essencial e consectário do Estado de Direito Democrático. Enfim, nesse sentido, a questão envolve a compreensão da identidade do próprio Poder Judiciário como Poder Constituído, diante de seu papel nesse Estado Constitucional.

Feitas tais considerações, cabe analisar os avanços de Neil MacCormick, na obra que mobiliza a relação entre a retórica e o Estado de

Direito e que, em síntese, avança nos estudos acerca da fundamentação das decisões e de que modo é possível pensar, de modo mais aprofundado, sobre o que constitui a tarefa de fundamentar decisões judiciais. Essa abordagem será relevante para definir quais consequências importam e podem ser utilizadas como fundamentos jurídicos.

1.2 A conciliação entre a retórica e o estado de direito

A obra “Rhetoric and the Rule of Law” [“Retórica e o Estado de Direito”], de 2005, constitui remodelagem teórica de obra de trinta anos antes, “Legal Reasoning and Legal Theory” [“Argumentação Jurídica e Teoria do Direito”]. A obra mais recente tem como foco a reconciliação entre o conceito de Estado de Direito e o caráter argumentativo das decisões jurídicas. MacCormick mobiliza a reflexão a partir da possível contradição que parece emergir de dois aspectos que se encontram no horizonte das discussões acerca do Estado de Direito: de um lado, há a certeza no Direito, aspecto relacionado à segurança jurídica e à percepção de que há expectativas legítimas das pessoas acerca do que podem ou devem fazer legisladores e juízes; por outro, essa segurança parece ser abalada pelo que MacCormick chama de “caráter argumentativo do Direito” – a certeza alegada parece estar sempre sujeita à presença de uma argumentação específica que permita reformulações sobre o que seria o Direito no caso.

A tarefa de reconciliação entre a certeza no Direito e o seu caráter argumentativo é atribuída pelo autor à retórica, em um contexto de aplicação do Direito que depende da persuasão racional. A argumentação jurídica desenvolve-se, para MacCormick, no formato silogístico, colocando-se em operação premissas maiores, premissas menores e conclusões, ou, ainda, a partir de fatos operativos e de consequências normativas passíveis de aplicação a casos concretos. Apesar disso – da existência de um silogismo final –, este não é definitivo, mas sempre passível de excepcionalidade: em outras palavras, o Direito sempre

permitirá questionamentos e problematizações que levem a reconsiderar o que, até então, tomou-se como certo. Será sempre possível excepcionar a certeza do Direito, e isso, antes de ser contrário ao próprio caráter do Direito, é algo que lhe constitui.

A argumentação jurídica continua a ser, nessa perspectiva, e de um modo importante, dependente do silogismo jurídico, uma vez que o requisito para a fundamentação é que se permita às pessoas que pautem a sua conduta por regras. Nesse sentido, é que surge o requisito essencial para a dita reconciliação, no contexto da retórica: as decisões jurídicas dependem da característica estrutural de serem passíveis de universalização. O requisito, portanto, é o da universalizabilidade: a razão jurídica adotada, para que assim seja considerada, depende de que a resposta conferida ao caso não seja apenas particular para ele, mas para todos os outros casos de mesma natureza que venham a ser dados a conhecer.

A decisão judicial, no Estado de Direito, não pode constituir-se, apenas e estritamente, por operações de decisão particularista ou particularizada de casos: a preocupação com formulações justificatórias em níveis mais abstratos, dependentes da definição de regras, não pode ser ignorada. Reproduzem-se alguns argumentos de MacCormick sobre o tema, verificando-se a sua concepção acerca da importância da universalização como parte do processo justificatório:

Já houve, e há, teorias acerca do julgamento prático que consideram as razões para decidir e emitir julgamentos como razões fundamentais e intrinsecamente particulares. Essas teorias nos dizem, e nisso estão corretas, que nossas decisões são sempre decisões sobre coisas particulares. Assim, a tomada de decisões nos exige que sopesemos as razões particulares a favor e contra uma ou outra linha de conduta aberta a nós. Essas razões particulares são encontradas entre os fatores particulares e as circunstâncias do caso que demanda decisão. Proposições universais – regras e princípios – podem ser construídas por meio de generalizações indutivas, a partir das razões particulares utilizadas em casos particulares. Mas essas generalizações, ainda que possam ser úteis, para o fim de fornecerem uma orientação geral, não são nunca adequadas em si mesmas para justificar a decisão. Isso porque elas não

podem suplantar a necessidade, em qualquer dilema particular, de analisar e avaliar, completa e cuidadosamente, todas as considerações que são relevantes, para fazer uma escolha entre uma ou outra solução para o problema.

Este livro não endossa nenhuma dessas teorias puramente particularistas. Ele apresenta a universalização como algo essencial à justificação no campo da argumentação prática. Essa tese está alinhada com aquela visão do princípio do Estado de Direito que ressalta seu caráter universalista e, portanto, igualitário.⁹

Em suma, a legitimação da atuação jurisdicional depende de que a decisão motivada comporte uma regra universalizável, que se aplique a todos os casos revestidos de características compatíveis às do caso julgado. Em linhas gerais, é essa a segurança possível em um Estado de Direito, de modo a cindir um poder de discricionariedade ou de arbitrariedade do órgão julgador. Acerca do tema, ainda que em perspectiva bastante diversa, encontra-se a lição de clássicos autores de Teoria Geral do Processo:

Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vista à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação (CPP, art. 381; CPC, art. 165 c/c art. 458; CLT, art. 832).

Mais moderadamente, foi sendo salientada a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas quisquis de povo, com a

⁹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 103. “There have been, and are, theories of practical judgement that represent reasons for decision and for judgement as fundamentally and intrinsically particular. Such theories tell us, quite correctly, that our decisions are always decisions to do particular things. Hence decision-making requires us to weigh the particular reasons for and against the one and the other particular course of conduct open to us. These particular reasons are found among the particular facts and circumstances of the case for decision. Universal—rules and principles—may be constructed by way of inductive generalization from particular reasons in particular cases. But such generalizations, though they may be useful by way of general guidance, are never in themselves adequate to justify a decision. For they cannot supplant the need in any particular dilemma for a full and careful review and evaluation of all the considerations that are relevant to making a choice between the one and the other horn of the dilemma.

This book does not endorse any purely particularistic theory. It presents universalization as essential to justification within practical reasoning. This is in line with that strand in thought about the Rule of Law that stresses its universalist, and thus egalitarian, character.” MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 78.

finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões¹⁰.

Assim, entende-se que, vista como direito-dever, uma regra do Estado de Direito Democrático, a motivação das decisões judiciais comporta um aspecto retórico de apresentação de persuasão racional, que permita pautar a conduta a partir de razões objetivas, baseadas em critérios universalizáveis, sem o que não há, de fato, motivação. Essa compreensão parece contemplar um novo momento e uma nova abordagem acerca do que constitui o ato de fundamentar decisões – notadamente – judiciais. Com base em tais elementos, torna-se possível analisar o consequencialismo, mais especificamente, considerando-se, em especial, de que modo há alguma relação possível entre as ponderações de MacCormick e o que se entende por abordagem que tome em consideração as consequências.

2 Consequencialismo e decisão judicial: um poder judiciário “pragmático” é possível?

A fim de dar início à segunda parte do presente estudo, cabe uma ilustração do que se está a analisar. A seguinte decisão, proferida pelo Ministro Luiz Fux, no contexto de um dos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal em relação à forma de correção monetária e de aplicação de juros moratórios incidentes sobre as condenações contra a Fazenda Pública parece ser um exemplo passível de análise. Ao apreciar embargos de declaração que pleiteavam, em suma, que a decisão de mérito já proferida pelo Supremo Tribunal Federal não fosse aplicada pelas instâncias inferiores, até que tal Corte se manifestasse quanto à modulação de efeitos. Ao decidir monocraticamente, o Ministro relator fundamentou a decisão de suspensão de efeitos, exatamente, a partir do risco de “dano

¹⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Aratijo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 92.

grave ao erário”, em não sendo concedido o efeito suspensivo, uma vez que entendimento diverso poderia “dar ensejo à realização de pagamento de consideráveis valores, em tese, a maior pela Fazenda Pública, ocasionando grave prejuízo às já combalidas finanças públicas”. A reprodução do teor da decisão como um todo aponta a real extensão das razões suscitadas:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/1997 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009. TEMA 810 DA REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. ARTIGO 1.026, § 1º, DO CPC/2015. DEFERIMENTO. Decisão: Tratam-se de pedidos de concessão de efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos pelo Estado do Pará (Doc. 60, Petição 73.194/2017) e pelos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e pelo Distrito Federal (Doc. 62, Petição 73.596/2017), reiterados pelo Estado de São Paulo através das Petições 2.748/2018 (Doc. 64) e 58.955/2018 (Doc. 152) e pelos demais Estados embargantes através da Petição 39.068 (Doc. 146), nos termos do § 1º do artigo 1.026 do CPC, sustentando os embargantes o preenchimento dos requisitos da plausibilidade jurídica dos argumentos expendidos em sede de embargos de declaração e do periculum in mora. A Confederação Nacional dos Servidores Públicos – CNSP e a Associação Nacional dos Servidores do Poder Judiciário – ANSJ manifestaram-se, por seu turno, através das Petições 3.380/2018 (Doc. 75), 59.993/2018 (Doc. 154) e 60.024/2018 (Doc. 156), pelo indeferimento de efeito suspensivo aos referidos embargos declaratórios. É o breve relato. DECIDO. Estabelece o Código de Processo Civil em seu artigo 1.026, caput e § 1º, in verbis: “Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso. § 1o A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.” Destarte, com fundamento no referido permissivo legal, procede-se à apreciação singular dos pedidos de concessão de efeito suspensivo aos indigitados embargos de declaração. In casu, sustentam os entes federativos embargantes, em apertada

síntese, padecer o decisum embargado de omissão e contradição, em face da ausência de modulação de seus efeitos, vindo a sua imediata aplicação pelas instâncias a quo a dar causa a um cenário de insegurança jurídica, com risco de dano grave ao erário, ante a possibilidade do pagamento pela Fazenda Pública de valores a maior. Pois bem, apresenta-se relevante a fundamentação expendida pelos entes federativos embargantes no que concerne à modulação temporal dos efeitos do acórdão embargado, mormente quando observado tratar-se a modulação de instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade de leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, como a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima. Encontra-se igualmente demonstrada, in casu, a efetiva existência de risco de dano grave ao erário em caso de não concessão do efeito suspensivo pleiteado. Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, para fins de aplicação da sistemática da repercussão geral, não é necessário se aguardar o trânsito em julgado do acórdão paradigma para a observância da orientação estabelecida. Nesse sentido: “Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Processual Civil. 3. Insurgência quanto à aplicação de entendimento firmado em sede de repercussão geral. Desnecessidade de se aguardar a publicação da decisão ou o trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Negativa de provimento ao agravo regimental.” (RE 1.129.931-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 24/8/2018) “DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. SISTEMÁTICA. APLICAÇÃO. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PARADIGMA. IRRELEVÂNCIA. JULGAMENTO IMEDIATO DA CAUSA. PRECEDENTES. 1. A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. 2. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada da na instância anterior, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.” (RE 1.112.500-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 10/8/2018) Desse modo, a imediata aplicação do decisum embargado pelas instâncias a quo, antes da apreciação por esta Suprema Corte do pleito de modulação dos efeitos da orientação estabelecida, pode realmente dar ensejo à realização de pagamento de consideráveis valores, em tese, a maior pela Fazenda Pública, ocasionando grave prejuízo às já comalidas finanças públicas. Ex positis, DEFIRO excepcionalmente efeito suspensivo aos embargos

de declaração opostos pelos entes federativos estaduais, com fundamento no artigo 1.026, §1º, do CPC/2015 c/c o artigo 21, V, do RISTF. Publique-se. Brasília, 24 de setembro de 2018. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente¹¹.

Como se pode perceber, o fundamento central da decisão é a possibilidade de ocorrência de pagamentos em quantia superior à devida, em prejuízo à Fazenda Pública¹². A decisão considera, essencialmente, um tipo de consequência – o do eventual prejuízo a uma das partes (no caso, a Fazenda Pública) –, para suspender a aplicação do próprio entendimento consolidado em decisão do colegiado. É importante observar, no entanto, que outras espécies de consequências também poderiam estar em consideração, como o prejuízo aos particulares, que não receberam os valores devidos e que não poderiam valer-se, pelo menos até a modulação dos efeitos, da própria decisão do Tribunal Pleno quanto à matéria.

O que se evidencia, com isso, é que apenas se focalizou uma espécie de consequência, para justificar a suspensão dos efeitos de uma decisão, mas os efeitos de um encaminhamento em sentido contrário, por exemplo, não foram considerados. Distinguem-se, a seguir, diferentes formas de consideração quanto às consequências, para, ao fim, analisar quais delas são argumentos juridicamente aceitáveis, em uma perspectiva que tome em relevância o conceito de Estado Democrático de Direito.

2.1 Abordagens consequentialistas

Parece ser possível afirmar que devem ser vistas com alguma "reticência" tanto abordagens "cegas" para consequências, isto é, que

¹¹ Supremo Tribunal Federal, Min. Rel. Luiz Fux. Embargos de declaração no recurso extraordinário 870947, decisão monocrática proferida em 24set./2018, public. DJe-204, DIVULG 25set.2018, public. 26set.2018.

¹² Não se ignora a previsão do art. 27 da L 9.868/1999, que diz respeito à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal pode alterar a extensão temporal da decisão em questão, considerando, nos termos da lei, "razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social". Apesar disso, há que se notar que, no contexto desse dispositivo, é a própria lei que confere ao Poder Judiciário a consideração sobre esse tipo de razão de decisão, o que, de toda sorte, leva a ponderar que há necessidade de abordar uma gama mais extensa de razões, não limitada, por exemplo, a aspectos de ordem estritamente financeira.

admitam soluções que apliquem uma "justiça a qualquer preço", quanto abordagens que considerem com tanta preocupação as consequências que ignorem a realização da justiça e a aplicação do Direito. O questionamento que se faz, nesse contexto, relaciona-se a qual a extensão do olhar do juiz para as consequências de sua decisão: é da esfera da atividade do magistrado a aplicação do direito, com olhos para a economia ou para a intromissão de elementos externos que não estão, de modo estrito, previstos na norma jurídica?

Uma análise atenta acerca do fenômeno permite observar que o juiz considera as consequências em âmbitos distintos. Há uma gama de sentidos, ao falar-se na relação entre a atividade de julgar e a consideração de consequências. Para os fins do presente texto, consideram-se três espécies de consequências que merecem ser reconhecidas, ao menos. A análise delas ficará reservada à última parte do trabalho.

Há uma espécie de consideração de consequências que se relaciona, tal como se discutiu, na primeira parte do trabalho, à universalizabilidade da definição das razões jurídicas, abordagem desenvolvida por Neil MacCormick, em "Rhetoric and the Rule of Law"¹³: ao formular uma norma jurídica – ou a razão jurídica que define a resposta de um caso –, o julgador precisa, sempre, prever qual o escopo que a sua formulação abrangerá, antevendo possíveis casos que, pretensamente, venham a ser abrangidos pela mesma regra. Isso é especialmente visível na análise de precedentes, por meio dos quais fica claro que a formulação linguística do precedente pode ampliar ou reduzir o escopo de sua incidência. O julgado relativo ao "aborto de anencéfalo"¹⁴ ilustra, de modo significativo, esse aspecto relativo à formulação da razão de decidir e a resolução de casos futuros, uma vez que estava em questão a subsunção ou não de tal espécie de caso ao tipo penal do aborto, de modo que estava em discussão se tal subsunção abriria ou não um verdadeiro "flanco" para a descriminalização

¹³ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

¹⁴ A decisão da ADPF 54, acerca do aborto de anencéfalo, definiu, em essência, o seguinte: "[m]ostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal."

do aborto para um grupo maior de casos – nesse contexto, veja-se, o que estava em questão eram as consequências relacionadas à extensão do que, ali, estava sendo decidido pela Corte. Exemplo de que tal percepção corrobora o que estava sendo mobilizado foi o pronunciamento – já em outra circunstância – do Min. Gilmar Mendes, quando do julgamento da ADI 5394, em discussão com o Ministro Luís Roberto Barroso:

É preciso que a gente denuncie isto, que a gente antevêja esse tipo de manobra, porque não se pode fazer isso com o Supremo Tribunal Federal. ‘Ah, agora eu vou dar uma de esperto, e vou conseguir a decisão do aborto, sendo de preferência na turma com dois, com três ministros, aí a gente faz um dois a um’.¹⁵

Outra espécie de consequências passíveis de consideração são aquelas que envolvem, especificamente, o ato de coibir determinadas condutas, a partir das consequências visualizadas como possíveis. A função preventiva da pena é exemplo desse aspecto, na esfera criminal: independentemente de sua real efetividade, há um caráter manifestamente consequencialista em uma abordagem que considere a aplicação de penas mais severas para determinados crimes. Na esfera cível, também, há uma função repressiva dos "punitive damages" (função punitiva da responsabilidade civil), vislumbrando-se a tentativa de ampliar o dever de cuidado por parte de determinadas categorias de pessoas, a quem incumbe um determinado comportamento especial que, se não atendido e judicializado, poderia levar ao aumento de eventual valor de indenização devido.

Por último, há as consequências em sentido amplíssimo – nesse caso, o que está em consideração é, em geral, um estado de coisas almejado, a partir das possibilidades de efetivação da decisão judicial pretendida. Aqui, juízos de outras ordens, para além da jurídica, entram em mobilização retórica. A Análise Econômica do Direito, especialmente em sua segunda fase, voltada ao pragmatismo, já citado em decisão do Min. Luís Roberto

¹⁵ BRASIL. TV Justiça. Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5394. Disponível em: <<<https://www.youtube.com/watch?v=PiNADMPw8dA>>>. Acesso em: 31dez.2019.

Barroso, tem relação bastante ilustrativa desses aspectos. Como refere Ronaldo Porto Macedo Jr., após fazer extensa análise do pensamento de Richard Posner, envolve uma percepção do Direito como algo essencialmente indeterminado, que depende de algumas pretensões voltadas ao que o Direito propriamente deva ser – por exemplo, o Direito deveria, necessariamente, considerar a predição de comportamentos (a partir da decisão proferida), e, ainda, ser eficiente, no sentido de que seria uma exigência que as medidas determinadas nas decisões tenham os efeitos concretos efetivamente pretendidos (isto é, que se façam valer)¹⁶. Nesse contexto, a concepção pragmática passaria de uma vertente teórica utilitarista ou consequencialista efficientista, apenas, para uma concepção pragmática.

Importa observar, então, quais dessas consequências podem ou devem ser tomadas em consideração e de que forma, na fundamentação das decisões judiciais. É o que se avalia nesta última parte do trabalho.

2.2 Consequências juridicamente relevantes/admissíveis

Exemplo de argumento com base consequencialista que, talvez, mereça alguma atenção diz respeito à revisão geral anual assegurada à remuneração dos servidores públicos e ao subsídio dos agentes políticos, conforme conferida pela Constituição. Como sabido, o inc. X do art. 37 da Constituição prevê que "a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices". Diante da ausência de regulamentação do direito, o Supremo Tribunal Federal tem de manifestar-se quanto à questão, no caso do recurso extraordinário n. 565.089, contando com o Min. Marco Aurélio, a Min. Cármen Lúcia e o Min. Luiz Fux pelo provimento, e o Min. Luís

¹⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: _____. *Ensaio de Teoria do Direito*. Col. Teoria e História do Direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

Roberto Barroso, o Min. Teori Zavascki, a Min. Rosa Weber e o Min. Gilmar Mendes, pelo desprovimento. O argumento que desponha, nesse caso, é o de que a existência da chamada "data-base" criaria um indexador da economia. Ainda que seja pertinente o argumento, do ponto de vista econômico, seria jurídico? Como compatibilizá-lo com o exato texto da Constituição?

À luz das reflexões de Jeremy Waldron¹⁷, parece dever ser analisada com parcimônia a possibilidade de os argumentos consequencialistas constituírem balizas de decisão jurídica, em um Estado Democrático de Direito. O autor, em "Law and Disagreement" – sob a premissa de permitir que a Teoria Política possa fornecer bases à Teoria do Direito, as quais, ao fim, permitirão valorizar a legislação como fonte de direito que receba autoridade suficiente – confere alguns elementos importantes que podem levar à compreensão de que uma abordagem dessa espécie – fundada em consequências, estritamente – é contrária ao Estado Democrático de Direito.

Talvez não seja de todo arriscado afirmar que o consequencialismo acabou por tomar proporções mais significativas (e, talvez, exageradas), quando o direito começou a apelar a princípios, a cláusulas abertas e gerais e a conceitos jurídicos indeterminados. Mitigada a certeza do Direito, passa a ser possível uma ampliação da análise de quais os efeitos da opção por essa ou por aquela medida – em outras palavras, parece ficar ao alvedrio do julgador optar pelos efeitos que considere mais desejáveis, conferindo a si mesmo o poder dessa apreciação que, em um modelo mais voltado a regras, seria impensável. Sobre o ponto, ainda que de modo lateral, cabe reproduzir a afirmação de David Beatty, em "The Ultimate Rule of Law": "[a] proporcionalidade transforma o controle judicial de constitucionalidade, de exercício interpretativo, no qual se dá significados às palavras do texto constitucional, numa pesquisa factual bastante focada nos bons e maus efeitos de atos específicos do Estado"¹⁸. O que se

¹⁷ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

¹⁸ BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 182-3.

questiona, nesse contexto, em que o Direito não se encontra limitado à categoria normativa das regras, é de que modo as consequências devem ser legitimamente consideradas como relevantes/admissíveis como fundamentos de decisão¹⁹.

Na linha do que se analisou anteriormente, para MacCormick, a universalizabilidade é a única forma pela qual há devida justificação: só há justificação, se a resposta jurídica conferida ao caso abarca não apenas ele – o caso em consideração – mas todos os outros possíveis e eventuais casos que, presentes as mesmas circunstâncias, devam ser julgados da mesma forma. A universalizabilidade é, assim, o mecanismo pelo qual a decisão presente define que se aplica, juridicamente, não apenas para o caso que está, presentemente, em consideração, mas para todo e qualquer caso que contemple as mesmas circunstâncias. Esse mecanismo é consectário da não arbitrariedade da decisão, uma vez que esta não é mera resposta particularmente dada ao caso: a análise depende da percepção sobre quais elementos importam e são considerados efetivamente aptos a conferir determinada resposta jurídica.

O Estado Democrático de Direito depende, exatamente, de que os casos não recebam respostas aleatórias e de que A não seja submetido a tratamento diferente de B, por razões espúrias ou desconhecidas. Todo caso será, em alguma medida, diferente daquele já julgado; estará em questão, no entanto, que as diferenças identificáveis sejam ou não suficientes para um tratamento desigual: para algumas circunstâncias, a idade importará, e, para outras, não; para algumas, o tipo de formação da pessoa importará, e, para outras, não. Disso decorre que um caso *prima facie* tomado por igual só poderá receber julgamento diverso de um anterior, se motivos justificarem as diferenças: poderá ocorrer, por

¹⁹ O que se afirmou parece justificar, em alguma medida, a disposição do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, recentemente incluída pela Lei nº 13.655/2018: "Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão". O dispositivo define que, se os valores jurídicos são abstratos, devem ser consideradas as consequências práticas da decisão, isto é, não se pode apelar a valores jurídicos abstratos, sem indicar como efetivar as medidas. Isso, em linhas gerais, parece justificado, cabendo alguma reflexão adicional sobre o que constitui valor jurídico abstrato.

exemplo, a identificação de fatos relevantes que determinem a diferença de julgamento, ou, ainda, poderá ocorrer uma reformulação pioneira na forma de solucionar um caso (o *overruling* é um exemplo disso). Note-se que mesmo a alteração de entendimento que leva a que seja conferida nova solução jurídica, diversa da já estabelecida, será tomada como não arbitrária (no sentido de "aleatória"), se o caso novo em questão conferir uma resposta que venha a aplicar-se não apenas a este, mas, como dito, a todos os outros casos de igual natureza. É condição do Estado de Direito o tratamento como tal – essa compreensão relaciona-se, fundamentalmente, com a ideia de motivação antes referida, e evidencia que tal modo de consideração das consequências – consideração do horizonte do que se encontra em decisão – sempre é relevante e deve estar sob a atenção do julgador.

Uma compreensão atenta sobre a obra de Waldron – especialmente no que diz respeito ao Estado de Direito – permite concluir que o espaço do Legislativo envolve uma atividade mais complexa do que o mero ato de votar projetos de lei, cabendo considerar que a tarefa de legislar envolve não só a votação de propostas que venham a tornar-se lei (como fim do que é a atividade legislativa), mas também a discussão e a deliberação prévias, como parte importante e essencial do que deve ocorrer nos parlamentos. Nesse sentido, o produto que deriva desse espaço público de deliberação – a lei – deve ser especialmente considerado, porque justamente foi o palco e a arena dos argumentos postos em evidência²⁰.

Para o âmbito da presente discussão, poder-se-ia afirmar que é nesse espaço de debate que podem ser suscitadas, por excelência, as consequências que a opção por uma solução normativa ou outra implica. É essencial perceber, aliás, que tais consequências são identificadas e consideradas no processo de deliberação, e isso é feito, justamente, em um espaço em que o debate viabiliza o desacordo, a polêmica, a crítica e a consideração dos interesses expostos em público. O procedimento deliberativo é, nesse caso, elemento que referenda o valor do resultado:

²⁰ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

deve-se ter mais atenção ao resultado, porque ele foi produzido e pensado no contexto de um espaço público de debate²¹.

Soma-se a isso a característica de esse espaço público ser, em contextos efetivamente democráticos, plural. A pluralidade revela-se no próprio fato – ao qual Waldron confere ênfase – de que as pessoas que se encontram no debate têm o papel de atuar como representantes e, nesse sentido, suas posições são tomadas como a reverberação de um discurso não apenas próprio, mas de interesses que se veem, no contexto do parlamento, representados²². As consequências, por isso, supõe-se, já devem ter sido objeto de análise e de sopesamento, por parte de quem deliberou, não cabendo, via de regra, a reapreciação desse horizonte de consequências.

É preciso considerar, ainda na linha de abordagem de Waldron, que o espaço da Assembleia envolve um procedimento estruturado justamente com vistas à definição da vontade popular (que considerou possíveis consequências), o que pode não ser compatível com as consequências vislumbradas pelo julgador que dinamiza, sozinho, um cálculo sobre as “melhores” consequências, na sua visão. Nesse ponto, há evidente prejuízo, em sendo privilegiadas as consequências vistas pelo julgador, sozinho. Nesse caso, a concepção do que corresponde a “melhores resultados” pode ser autoritária, ignorando-se o que foi pensado e produzido após o debate público. Em outras palavras, não haveria legitimidade a justificar que esses “melhores resultados” fossem descobertos por uma categoria específica de agentes públicos, quando são esses que devem conferir a última resposta a uma determinada espécie de conflito. A diversidade de perspectivas, portanto, permite identificar consequências não consideradas²³, e isso é mais compatível com um Estado que se pretenda Democrático de Direito: o contrário, por exemplo, seria a criação de um órgão como uma Corte Suprema, na qual todas as

²¹ *Ibidem*, p. 70.

²² *Ibidem*, pp. 70-2.

²³ *Ibidem*, pp. 73-75.

vontades populares fossem objeto de avaliação das consequências que este toma como relevantes, ainda que não jurídicas: um modo de proceder que crie uma "Supremocracia" pode ser prejudicial ao Estado Democrático de Direito, mormente quando, em um sistema constitucional como o brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem por função a guarda da Constituição.

Há um aspecto relevante, também, no que diz respeito àquilo que Waldron chama de "texto resultante": é preciso privilegiar o trabalho desenvolvido no parlamento, na linha de raciocínio exposta acima, exatamente, com base na deferência ao conteúdo textual que foi produzido. As consequências não podem ser consideradas como fator decisório, se a intenção disposta pelo órgão legislativo é clara e compatível com os demais critérios de juridicidade. O texto resultante, nesse sentido, deve ser visto como fonte com autoridade, no sentido de que tais diretrizes de autoridade foram estabelecidas pelos próprios cidadãos, no contexto de formação da vontade, por meio dos representantes eleitos²⁴. O respeito à fonte do direito é, nesse caso, o respeito à formalidade que foi escolhida, do ponto de vista político, para expressar a vontade popular²⁵.

Há graves riscos, inclusive à própria harmonia e à separação dos Poderes, ao utilizar-se o argumento consequencialista como razão determinante da decisão jurídica. A extensão de análise de efeitos é abordagem típica do Legislativo e, eventualmente, do Executivo, mas, não, do Judiciário. Cabe ponderar que argumentos consequencialistas entendidos como absurdos (hoje) possam passar a ser considerados. Para um exemplo, retomando o tema dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública: se se considerar que, a toda vez que a Administração Pública tem de pagar algo ao particular, ela reduz a possibilidade de investir esses valores em educação, saúde, segurança, então, seria possível, em um extremo, afirmar que seria sempre uma má consequência exigir da Administração Pública qualquer pagamento ao particular, mesmo que

²⁴ *Ibidem*, pp. 77-82.

²⁵ *Ibidem*, pp. 83-87.

devido – quer por repetição de indébito, quer por responsabilização civil do Estado, por exemplo. Por evidente, tal avaliação de consequências está fora do escopo de atuação do Poder Judiciário, porque a escolha pela existência de institutos capazes de condenação da própria Fazenda Pública já se deu no âmbito do quadro normativo constitucional e legal, não cabendo negar vigência aos dispositivos relacionados.

Ministros do Supremo Tribunal Federal têm apontado concepções que se orientam na linha do que aqui se procurou defender. O espaço das consequências a serem consideradas, como pontua o Ministro Celso de Mello, não pode servir a um juízo de conveniência ou de oportunidade, voltado a percepções pragmáticas que ignorem as opções dotadas de força normativa, conformes ao Direito vigente, sob pena de constituírem razões de Estado inadmissíveis:

A invocação das razões de Estado – além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas – representa, por efeito das gravíssimas consequências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política²⁶.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Medida Cautelar na ADI 2010/DF, Rel. Min. Celso de Mello. DJU 12abr.2002, p. 51.

O Min. Barroso, igualmente, reconhece a necessidade de o consequencialismo estar vinculado às opções de sentidos previstas nos próprios textos normativos:

O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o *contextualismo*, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o *consequencialismo*, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.²⁷

Todas essas ponderações levam a aduzir que as consequências devam ser consideradas dentro do horizonte do sistema normativo (jurídico). A vinculação à ordem jurídica decorre, dessa preocupação com as consequências, nesses termos. As consequências extrajurídicas não podem ser as balizadoras das consequências previstas no próprio sistema normativo (dado)²⁸. Por outro lado, as consequências ditas "extrajurídicas" podem vir a constituir importantes balizas de decisão, em contextos nos quais seja possível mais de uma interpretação dos dispositivos normativos: nesses casos, sopesar as consequências de escolha de uma ou de outra solução para a controvérsia pode representar instrumento relevante na tomada de decisão.

²⁷ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Habeas Corpus 126292, voto do Min. Luís Roberto Barroso, p. 24 do acórdão.

²⁸ Apenas a título de observação, cabe considerar que o tema é objeto, na Filosofia do Direito, de larga discussão (mais geral), entre abordagens mais teóricas e abordagens mais práticas. Em "Justice in Robes" ("A Justiça de Toga"), Ronald Dworkin dedica o capítulo intitulado "In Praise of Theory" ("O Elogio da Teoria") ao papel da teoria no raciocínio jurídico e na prática jurídica, opondo-se a autores como Cass Sunstein, que enfatizariam uma "abordagem prática", em oposição à sua, "teórica". A questão subjacente à oposição suscitada por Dworkin é mais ampla e mais profunda, e diz respeito à identificação da "maneira adequada de raciocinar ou apresentar argumentos sobre a veracidade de alegações de direito": Dworkin defende a abordagem teórica, sustentando que o raciocínio jurídico envolvido nos problemas jurídicos particulares depende da aplicação de uma vasta rede de princípios de natureza jurídica ou de moralidade política, não sendo possível, pelo menos como melhor descrição do fenômeno, uma tal abordagem estritamente prática, voltada à identificação acerca "do que funciona" no raciocínio jurídico.

Conclusão

É, enfim, possível reformular a abordagem inicial quanto à afirmação do "Fiat justitia, pereat mundus", de modo a fazer confrontar o Direito com abordagens que sejam conformadoras (mesmo conformistas, talvez?) a uma realidade injusta. Como afirma Kant, tal princípio deve ser entendido de modo que aqueles que detêm o poder não podem negar o direito de alguém ou diminuí-lo por antipatia ou compaixão, isto é, ao dever jurídico deve ser dada vigência:

A frase, verdadeira, mas bastante pomposa, e que se tornou provérbio, 'fiat iustitia, pereat mundus', pode traduzir-se ao alemão assim: 'que reine a justiça para que se afundem todos os males que há no mundo'. É um valente princípio de direito que detém todos os caminhos torcidos pela violência ou a insídia. Não há que erroneamente compreendê-lo, contudo, como uma autorização a usar do próprio Direito com o máximo rigor (que seria contrário do dever ético). O princípio deve ser entendido como a vinculação dos detentores do poder a não negar a ninguém seu direito nem a diminuí-lo por antipatia ou compaixão. Para isto, é necessária uma Constituição interna do Estado em conformidade com os princípios do Direito, mas, além disso, é imprescindível a união com os outros Estados, vizinhos ou lonjanos, para o objeto de solucionar legalmente as suas discrepâncias.

Esta frase não quer dizer nada além disso: as máximas políticas não devem partir do bem-estar e da felicidade que cada Estado espera de sua aplicação; não devem partir, portanto, do fim que cada Estado propõe, não devem partir da vontade como supremo princípio da sabedoria política (ainda que princípio empírico), mas do conceito puro do dever jurídico, sejam quaisquer as conseqüências físicas que se derivem (a partir do dever, cujo princípio está dado a priori pela razão pura).

O mundo não perecerá somente por haver menos homens malvados. O mal moral possui a característica, inseparável de sua natureza, de contradizer-se e destruir seus próprios propósitos (sobretudo em relação a outros malvados) e assim deixa espaço, ainda que lentamente, ao princípio (moral) do bem²⁹.

²⁹ KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*. Trad. Bárbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, pp. 105-106.

O consequencialismo, portanto, está presente na elaboração da fundamentação de toda e qualquer decisão judicial, sob o ponto de vista de que é necessário produzir uma norma que abarque todos os casos concernentes a uma categoria própria de pessoas, ações e circunstâncias, o que leva a uma redação que considere esses aspectos. Há que se considerar, no entanto, que o “outro” consequencialismo – aquele que visualiza as demais formas de consequências decorrentes da tomada de decisão – só encontra espaço juridicamente justificado – e, assim, legítimo – quando os dispositivos normativos conferem a possibilidade de existirem variadas interpretações, contexto em que é possível a adotar aquela que atenda a determinados fins, passíveis de serem atingidos a partir da visualização de tais possíveis consequências.

Conclui-se que são equivocadas tanto as concepções que ignoram, de todo, as consequências das decisões judiciais, quanto aquelas que superestimam a sua importância, para além do direito posto. Não parece ser admissível, à luz do postulado da segurança jurídica³⁰, que o julgador tenha ciência de qual a resposta jurídica conferida pelo ordenamento, mas opte por outra, isto é, saiba que está agindo de modo contrário ao direito, mas o faça com a certeza de que tal opção leva em consideração as consequências que – segundo sua visão – são mais oportunas para o caso. As consequências não podem ser razão prioritária dos juristas, sob pena de o ato de decisão pautar-se por critérios alheios ao direito – exclusivamente econômicos ou utilitaristas, por exemplo –, e sob pena de ofensa ao Estado Democrático de Direito. Na linha do que afirma Waldron, o respeito à vontade deliberada no Legislativo não pode ser desrespeitada frente à percepção sobre o que é melhor, em termos de consequências, por um órgão com menor legitimidade representativa direta da vontade popular.

³⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica* (2011). 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008
- ARENHART; Sérgio; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil* (2015). 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica* (2011). 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 11abr.2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Habeas corpus 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17fev.2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Medida Cautelar na ADI 2010/DF, Rel. Min. Celso de Mello. DJU 12abr.2002, p. 51.
- _____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Recurso extraordinário 330.817/RJ. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 8mar.2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Recurso extraordinário 574.706/PR. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15mar.2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no recurso extraordinário 565.089. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14set.2018, DJe 20set.2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Decisão nos embargos de declaração no recurso extraordinário 870.947. Rel. Min. Luiz Fux, j. 24set.2018.
- _____. TV Justiça. Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5394. Disponível em: <<<https://www.youtube.com/watch?v=PiNADMPw8dA>>>. Acesso em: 31dez.2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DWORKIN, Ronald (1931-2013). *Levando os direitos a sério*. São Paulo. Martins Fontes, 2010.

_____. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*. Trad. Bárbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 29, ano VIII, jan./mar.1983.

MACCORMICK, Neil (1941-2009). *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978). Oxford: Oxford University Press, 2003.

_____. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: _____. *Ensaio de Teoria do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 225-248.

POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Sobre os Autores

Eduardo Scarparo. Doutor em Direito (UFRGS). Professor Adjunto na Faculdade de Direito da UFRGS e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFRGS). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual IBDP. Advogado em Porto Alegre.

Isadora Formenton Vargas. Mestre em Argumentação Jurídica pela Universidade de Alicante (ESP) e de Palermo (ITA). Mestranda e Graduada em Direito pela UFRGS. Assessora do Procurador-Geral do Ministério Público de Contas junto ao TCE/RS.

Stefan Espirito Santo Hartmann. Mestre e Doutorando em Direito (UFRGS). Professor na Escola dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul (ESMAFERS) e na Escola Superior da Magistratura Federal do Estado de Santa Catarina (ESMAFESC). Diretor Jurídico na Associação dos Juízes Federais de Santa Catarina (AJUFESC). Juiz Federal.

Guilherme Stefan. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPeL). Bolsista de Mestrado CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade (GPDS-UFRGS) e do Laboratório Imagens da Justiça (UFPeL).

Alexandre Schmitt da Silva Mello. Mestre em Direito pela PUCRS e Doutorando em Direito pela UFRGS. Especialista em Processo Civil pela UFRGS. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, Associação dos Advogados de São Paulo. Advogado.

Laíza Rabaoli. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Deborah Soares Dallemole. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Bolsista de Mestrado CAPES. Pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa em Direito de Família, Sucessões, Mediação e Bioética (UFRGS).

Haroldo Augusto da Silva Teixeira Duarte. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Doutorando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Procurador da Fazenda Nacional em Pelotas.

Márcin Barcellos Gawski. Mestrando e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisador Vinculado aos Grupos de Pesquisa CNPq “Processo e Argumento” e “Direito e Sociedade”. Advogado.

Rodrigo Baraldo Mendonça. Doutorando e Mestre em Direito (UFRGS). Bacharel em Direito (UFRGS) e licenciado em Letras (UFRGS). Professor do Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org