



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

LEANDRO RAMALHO

**A RETÓRICA NAS DECISÕES DO JUDICIÁRIO
CONTEMPORÂNEO – UMA ANÁLISE DE JULGADOS DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)**

**Juiz de Fora
2012**



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

Leandro Ramalho

**A RETÓRICA NAS DECISÕES DO JUDICIÁRIO
CONTEMPORÂNEO – UMA ANÁLISE DE JULGADOS DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)**

Dissertação de mestrado apresentada ao curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC –, como parte integrante das exigências de conclusão do Programa de Mestrado Hermenêutica e Direitos Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos
Coelho

**Juiz de Fora
2012**

R165r Ramalho, Leandro

A retórica nas decisões do judiciário contemporâneo: uma análise de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) . / Leandro Ramalho – Juiz de Fora, 2012.

86f

Orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho

Dissertação (Mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais) – Universidade Presidente Antônio Carlos, 2012.

1. Aristóteles 2. Retórica 3. Decisões judiciais contemporâneas 4. Supremo Tribunal Federal (STF) I. Título II. Universidade Presidente Antônio Carlos

CDD - 808.066658



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

Leandro Ramalho

**A RETÓRICA NAS DECISÕES DO JUDICIÁRIO
CONTEMPORÂNEO – UMA ANÁLISE DE JULGADOS DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho Santos Coelho (orientador)

Prof. Dr. Sebastião Trogo (banca)

Prof. Dr. José Luiz de Oliveira (convidado)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, meu orientador pessoal, aquele que me protege, me guia e me dá forças para superar os obstáculos apresentados pela vida.

Agradeço também, e de forma não menos importante, aos meus pais, exemplos de vida, coragem e caráter. Obrigado pelos conselhos, pelos diálogos, pelas ajudas, pela compreensão de nem sempre poder estar perto em prol de um objetivo maior: a conclusão do mestrado! Certo de que sem vocês não teria sido possível concluir esta jornada, reitero meu amor e minha imensa gratidão.

Ao meu irmão, que mesmo morando longe está sempre perto, agradeço pelos conselhos, conversas e desabafos. Certamente, junto com meus pais, meus melhores amigos.

À minha namorada, Amanda Vieira, pelo carinho e amor dispensados a mim, e, principalmente, por ter me ouvido quando precisei desabafar e incentivado nos momentos de angústias e incertezas ao longo da elaboração e defesa desta dissertação.

Ao meu amigo e chefe, na Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Deputado Rômulo Viegas, pelo incentivo e, principalmente, pela compreensão nas vezes em que me ausentei ou saí mais cedo do trabalho para assistir às aulas do mestrado. Grato, também, por permitir a antecipação das minhas férias para a melhor conclusão desta dissertação.

Agradeço, ainda, aos meus grandes amigos que trago comigo desde a adolescência, Vitor, Ulisses, Miranda e Bruno, que por vezes não pude usufruir da presença de vocês, grato pela compreensão. Obrigado pelos momentos de confraternização que, sem a menor dúvida, me fizeram distrair, revigorando-me para continuar esta caminhada que se encerra agora.

Ao coordenador do mestrado e meu orientador, Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, minha gratidão pela amizade, pelas orientações e pelo mais sublime conhecimento compartilhado, que, certamente, sem ele, não seria possível concluir esta dissertação.

Ao Prof. Dr. Cleyson Moraes de Mello, membro da pré-banca, ao Prof. Dr. José Luiz de Oliveira e ao Prof. Dr. Sebastião Trogo, membros da banca, que, com suas importantes sugestões, indubitavelmente, agregaram imensurável valor a este trabalho.

Aos meus colegas, discentes do mestrado, que me engrandeceram com os debates em sala de aula; em especial, aos meus amigos Rômulo e Waidd, pessoas que conheci no mestrado, mas que se fizeram grandes companheiros ao longo deste tempo.

Às amigas, Bruna Andrade e Livia Couto, pelas sugestões a mim dadas.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, exemplos de força e dedicação, bases da minha educação, que semearam e cuidaram com amor e carinho do meu crescimento pessoal e profissional.

Dedico também ao meu irmão, companheiro, confidente e, certamente, meu melhor amigo.

“Se é vergonhoso que um homem não possa se defender com seu próprio corpo, seria muito mais vergonhoso não poder se defender por meio da linguagem.”

(ARISTÓTELES. *Rhétorique* I, 1, 1355 a 38 – 1355 b 1-2)

RESUMO

A presente dissertação tem o intuito de demonstrar que há uma relação estreita e íntima entre o Direito e a Retórica nas decisões do Judiciário contemporâneo, em especial naquelas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A Retórica de Aristóteles, técnica de argumentação, mais especificamente voltada para a persuasão (*peithó*), serviu de fundamento para que Chaim Perelman elaborasse uma teoria da argumentação e, a partir dela, uma nova retórica. Por esse motivo, sendo fundamento da nova retórica, tratar-se-á do que é a retórica clássica de Aristóteles, abordando os gêneros do discurso, seus meios de prova e os tipos de argumentos retóricos. Far-se-á, também, a seleção de argumentos éticos (*ethos*), patéticos (*pathos*) e dialéticos (*logos*) em três julgados emblemáticos do STF, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, com o objetivo de provar que os ministros do STF usam desses tipos de argumentos na elaboração dos seus votos. Esses julgados tratam, respectivamente, da constitucionalidade da união homoafetiva estável, da legitimidade da antecipação terapêutica do parto na gestação de feto anencéfalo e da legitimidade das pesquisas científicas em células-tronco. Foram usados julgados do STF porque, conforme serão demonstradas, as decisões judiciais contemporâneas são formadas por teses que possuem o intuito de conseguir a adesão do maior número de mentes ou espíritos do auditório do orador (nova retórica), com mais ênfase ainda as enunciadas por órgãos colegiados. Analisar-se-ão quais as personagens da ciência do Direito que buscam alcançar a adesão do seu auditório por meio de teses retóricas, bem como qual a melhor compreensão de equidade em face das decisões do Judiciário contemporâneo.

Palavras-chave: Aristóteles; Retórica; Decisões judiciais contemporâneas; STF.

ABSTRACT

The present thesis has the intention to demonstrate a narrow and inner relation between Law and Rhetoric in the Contemporaneous Judicial Decisions, in special those pronounced by the Supremo Tribunal Federal (STF). The Aristotle Rhetoric, discussion technique, more specifically turned to persuasion (*peithó*), suits for base so that Chain Perelman elaborated a theory of discussion and, from it, a new rhetoric. For this reason, being the base of the new rhetoric, it will deal with what is the Classical Aristotle Rhetoric approaching kinds of discussion, it's means of proof and the types of rhetoric arguments. Also, will be shown, a selection of ethical arguments (*ethos*), *pathetic* (*pathos*), *dialectic* (*logos*) on three emblematic judgments of the STF, the Action of Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 and the Direct Action of Inconstitucionalidade nº 4.277, the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, with the objective to prove that ministers of the STF uses these types of arguments to elaborate their votes. These judgments treats, respectively, of Constitutionality of stable union, legitimacy therapeutic anticipation of birth in pregnancy of anencephalic fetus and the legitimacy of scientific researches in stem cells. These judgments of STF were used, as will be shown, that contemporaneous judicial decisions were set up from theses with the intention to gather the adherence of as many minds or spirits in the orator auditorium (new rhetoric), with more emphasis still announced by collegiate parts. Will be analyzed which scientific Law characters seeks to aim the adherence by rhetoric theses, as well as the best comprehension of equity in face of decisions of Contemporaneous Justiciary.

Keywords: Aristotle; Rhetoric; Contemporary judicial decisions; STF.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
1.1 Contextualização e Justificativa	13
1.2 Problematizações e Hipóteses	14
1.3 Objetivos	14
1.4 Metodologia	15
1.5 Pertinência da Dissertação à Linha de Pesquisa “Perspectivas da realização do Direito no contexto da crise da razão”	15
1.6 Organização da Dissertação	17
2 A RETÓRICA DE ARISTÓTELES	18
2.1 A Retórica.....	18
2.2 A Universalização da Retórica.....	22
2.3 Os Três Gêneros do Discurso	22
2.4 Os Meios de Prova Não-técnicos ou Independentes da Retórica	29
2.5 Argumentos Éticos, Patéticos e Dialéticos (<i>Ethos</i> , <i>Pathos</i> e <i>Logos</i>)	31
3 A RETÓRICA E A TEORIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO	36
3.1 A Recuperação da Retórica no Século XX	36
3.2 A Retórica do Século XX	36
3.2.1 A Nova Retórica de Chaim Perelman	36
3.2.2 A Retórica de João Maurício Adeodato	43
3.2.3 A Retórica de Tércio Sampaio	47
4 A RETÓRICA NOS ARGUMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) – ANÁLISE DOS ARGUMENTOS USADOS EM TRÊS DECISÕES EMBLEMÁTICAS	58
4.1 A Nova Retórica e o Direito – a influência retórica nas decisões do judiciário contemporâneo	69
4.1.1 A Tensão entre o Legalismo e o Decisionismo e a Relação entre a Retórica e o Direito	72
4.1.2 Os Personagens que Compõem o Direito e suas Atuações Retóricas: estudo de três casos emblemáticos do Supremo Tribunal Federal (STF)	74
CONCLUSÃO	81

REFERÊNCIAS 87

1 INTRODUÇÃO

1.1 Contextualização e Justificativa

A presente dissertação busca demonstrar que o modelo de racionalidade usado na retórica aristotélica é aplicado nas decisões do Judiciário contemporâneo, em especial no Supremo Tribunal Federal (STF). Todo jurista, no processo jurídico de persuasão, seja ele advogado, público ou privado, promotor de justiça, juiz, desembargador ou até mesmo ministro do STF, no exercício das suas funções, ao elaborar sua tese no intuito de conseguir o maior número de adesões, utiliza-se de um exercício retórico.

No século XX, a teoria que tratava do bem falar, de técnicas argumentativas que visam a persuadir um auditório, esquecida durante muito tempo, foi novamente trazida à baila e passou a ser estudada por três autores de respeito. Fundamentados na retórica aristotélica, Tércio Sampaio Ferraz Junior, João Maurício Adeodato e Chaim Perelman escreveram diversos livros na tentativa de ressuscitar uma teoria tão importante que, segundo eles, faz parte do nosso dia a dia. Basta pensarmos que a vida é feita de ações. Correr, nadar, pensar e olhar são ações que transmitem mensagens, isto é, são ações que refletem o ato de comunicar. Até quem não se comunica, comunica que não quer se comunicar. Isso quer dizer que a retórica está presente no cotidiano do ser humano. Aristóteles já dizia que o homem é um ser vivo dotado de fala (*zôon logon ekhôn*).

Com o intuito de traçar a interdependência da retórica e do funcionamento das decisões judiciais no Judiciário contemporâneo, pretende-se-á fazer uma análise criteriosa dos argumentos retóricos utilizados pelo STF em três julgados emblemáticos: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que tratam da constitucionalidade das decisões homoafetivas estáveis; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, que discutiu a legitimidade da antecipação terapêutica do parto da gestante de feto anencéfalo; e, por fim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510, que analisou a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2008 (chamada Lei de Biossegurança).

Pretende-se, pois, mostrar que uma teoria criada na Grécia Antiga, sistematizada por Aristóteles, que ficou esquecida por anos e anos, com a contribuição de autores modernos como os já citados, é hoje utilizada como base das decisões judiciais da contemporaneidade.

1.2 Problematizações e Hipóteses

Para que seja viável responder às indagações e colocações que serão tratadas nesta dissertação, é necessário delimitar uma hipótese como ponto de partida da análise: se a retórica é fundamento das decisões do Judiciário contemporâneo, em especial nas decisões do STF. Assim, buscar-se-á entender como a retórica influencia no desenvolvimento dos processos judiciais, servindo de base para a defesa de cada tese alegada pelos personagens do Direito, entendido este como um sistema de regras, sejam eles advogados, promotores, juízes, desembargadores ou ministros.

Desse modo, pretender-se-á diagnosticar quais os argumentos retóricos existentes nos três julgados analisados nesta dissertação. Pegar-se-á argumento por argumento, dentre os argumentos retóricos, éticos (*ethos*), patéticos (*pathos*) e dialéticos (*logos*), e traçar-se-ão comentários para a melhor compreensão dos mesmos. Tentar-se-á detalhar a forma como os ministros do STF, em seus votos, usam argumentos retóricos.

Compreender-se-á, também, como funciona o desenrolar da argumentação jurídica no processo se, à letra fria da lei, o direito posto, muitas das vezes superado pelo tempo, tornando-se obsoleto, é suficiente para ser fundamento de uma tese digna de um grande número de adesões ou assentimentos por parte dos auditórios específicos (próprios do Direito, haja vista ser uma ciência que não permite a utilização de argumentos irrefutáveis, prevalecendo a melhor tese dentre as possíveis em um caso concreto).

Questiona-se, então: pode-se compreender o raciocínio jurídico usado pelo STF com recurso às categorias retóricas forjadas por Aristóteles?

Essa é a pergunta a que se busca responder ao longo desta dissertação.

1.3 Objetivos

A relevância do presente estudo é demonstrar que uma técnica marcada pela argumentação sistematizada na Antiguidade Clássica por Aristóteles é fundamento para as decisões do Judiciário contemporâneo.

Tem-se como objetivo geral mostrar que as decisões jurídicas quando eivadas do elemento retórico são mais equitativas e, conseqüentemente, mais justas. Se entendermos a equidade como a melhor forma de proporcionar aos indivíduos os seus direitos na sua maior medida, entende-se que as decisões do Judiciário nos dias atuais, realmente, devem ser equitativas, além de serem imbuídas do nobre sentimento de justiça. É o que, no desenrolar desta dissertação, será apresentado.

O objetivo específico desta dissertação é reconstruir o discurso do STF à luz dos operadores retóricos de Aristóteles.

1.4 Metodologia

Sabe-se que, para cada área de conhecimento, existe uma metodologia específica, que atenda a determinadas exigências, visando a alcançar os objetivos traçados.

O método que se ressaltou como estrutura metodológica básica para conquista dos resultados neste trabalho foi a análise de argumentos retóricos aristotélicos presentes nos votos dos ministros do STF na ADI 4.277 e na ADPF 132, que declararam constitucional a união homoafetiva estável; na ADPF 54, que considerou legítima a antecipação terapêutica do parto da gestante de feto anencéfalo; e na ADI 3.510, que analisou a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005, considerando-o constitucional.

Foram retirados argumentos éticos (*ethos*), patéticos (*pathos*) e dialéticos (*logos*) das três decisões. Baseando-se nos argumentos selecionados, analisou-se cada argumento e dissertou-se a respeito, explicando o porquê desse tipo de argumento e qual sua importância.

Diante dessa seleção de argumentos retóricos, cada qual com sua importância ou valor dentro de uma decisão, pretende-se provar o uso da retórica nas decisões judiciais, em especial no STF.

1.5 Pertinência da Dissertação à Linha de Pesquisa “Perspectivas da realização do Direito no contexto da crise da razão”

O Mestrado “Hermenêutica e Direitos Fundamentais” assume-se como um Programa na área da Teoria/Filosofia do Direito, em especial diálogo com o Direito Constitucional.

Todas as suas Linhas de Pesquisa, Projetos de Pesquisa e Disciplinas encontram-se unificados em torno do desafio contemporâneo dos direitos fundamentais da pessoa humana na dimensão de sua efetivação prática, concreta e problemática; por isso “hermenêutica e direitos fundamentais”. Não se trata simplesmente de pensar os direitos, mas os direitos fundamentais, especialmente tendo em atenção os nada fáceis problemas contemporâneos de sua realização jurídica (que passa pelos planos legislativo, administrativo e, particularmente, judiciário).

É evidente ser inevitável refletir sobre como os direitos fundamentais se legitimam hoje. É verdade que, ao menos no plano retórico, os direitos humanos parecem ser o único consenso ético-político ocidental que adentrou o século XXI. O problema coloca-se especialmente no horizonte da sua realização e concretização. Não há como dissociar, enfim, legitimidade e efetividade dos

direitos fundamentais. A reflexão dessas duas inevitáveis faces do problema orienta-se sempre pela exigência de realização prática do direito, a mobilizar, assim, sempre também uma reflexão hermenêutica.

É comum identificar a crise da experiência jurídica contemporânea com o irreversível desalojamento do paradigma científico-jurídico positivista. Mas, diante da crise do positivismo, não há a possibilidade de retorno às concepções essencialistas modernas ou pré-modernas. A par de uma crise epistemológica, que atinge também os processos de educação jurídica, o direito e a teoria do direito passam também pelos efeitos da crise geral de valores e da desconstrução do conceito de pessoa, que sempre esteve na base do pensamento jurídico ocidental. Trata-se, ao mesmo tempo, de uma crise da razão. Que bases podem fundar a renovação da experiência jurídica contemporânea? Como dar conta das renovadas exigências por direitos fundamentais ante o exaurimento das categorias fundantes do direito?

Com o intuito de responder a essa pergunta, partindo de um projeto de pesquisa intitulado “Argumentação Jurídica na crise do constitucionalismo moderno”, tentar-se-á demonstrar como a lógica formal não consegue desenvolver o direito contemporâneo. A mera subsunção da norma ao fato não é suficiente para que o Direito, casuisticamente, traga a decisão mais equitativa possível, permitindo ao cidadão que exerça seus direitos fundamentais na maior medida possível.

Para isso, faz-se necessário conseguir uma nova logística de funcionamento do Direito, das decisões judiciais, um fundamento plausível que distribua da melhor maneira possível os direitos fundamentais nas decisões do Judiciário contemporâneo.

Partindo da premissa de que no Direito, em um caso concreto, não há verdades irrefutáveis, e, sim, argumentos menos ou mais fortes que conseguem ou não a adesão das mentes que formam seus auditórios específicos em um confronto argumentativo, cabe ao julgador ou julgadores decidir(em) qual a tese mais relevante. Posteriormente, deve o juiz elaborar uma decisão que nada mais é que uma tese juridicamente fundamentada na letra fria da lei, mas imbuída do elemento retórico do discurso, a aceitação social. Assim, o julgador ou julgadores (caso seja um órgão colegiado), mediante um exercício retórico, irá(ão) conseguir o assentimento do maior número de mentes que formam o seu auditório específico. Destarte, durante o caminhar das linhas desta dissertação, argumentar-se-á no sentido de que o fundamento do Direito nas decisões judiciais contemporâneas, em especial no STF, é a arte retórica.

As decisões emblemáticas dos três julgados trazidos em pauta nesta dissertação vão demonstrar como o nosso órgão constitucional máximo, o STF, por meio de uma prática retórica, traz a letra fria da lei, muitas das vezes obsoleta e ultrapassada, para a atualidade, com o objetivo de aplicar a equidade e materializar os direitos fundamentais dos indivíduos da melhor maneira e na maior extensão possível.

Compreender-se-á que a equidade é o instituto jurídico que permite aos indivíduos a realização dos direitos fundamentais na sua maior medida. Perceber-se-á, então, que o STF, hoje, é um órgão realizador de uma prática retórica nas suas decisões com o intuito de decidir da forma mais esquitativa e justa imaginável.

1.6 Organização da Dissertação

No primeiro capítulo desta dissertação, abordar-se-á, de forma detalhada, o que é a retórica sistematizada por Aristóteles, bem como todas as decorrências dela advindas. Ainda no primeiro capítulo, explicar-se-ão os gêneros do discurso retórico, que se classificam em político ou deliberativo, forense ou judicial e epidítico ou demonstrativo. Logo depois, dissertar-se-á sobre os tipos de argumentos – patéticos (*pathos*), éticos (*ethos*) e dialéticos (*logos*). Em seguida, tratar-se-ão dos meios de prova artísticos e inartísticos.

O conceito Aristotélico *zoôn ekon logon* (ser vivo dotado de fala) virá no segundo capítulo quando se abordará o raciocínio para mostrar que a retórica é universal. Logo após, com base nos ensinamentos de Chaim Perelman, João Maurício Adeodato e Tércio Sampaio Ferraz Junior, explicar-se-á como é entendida a retórica no século XX.

No terceiro capítulo, com fulcro em três julgados emblemáticos do STF, a ADI 4.277 e a ADPF 132, as quais consideraram constitucional a união homoafetiva estável; a ADPF 54, a qual permitiu a antecipação terapêutica do parto da gestante de feto anencéfalo; e, por fim, a ADI 3.510, que analisou a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005, far-se-á a análise dos tipos de argumentos retóricos usados pelos ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa em seus respectivos votos.

Superado o estudo dos três julgados, trabalhar-se-ão o Direito, entendido com um sistema de regras, e a retórica, mais precisamente a nova retórica de Perelman. Demonstrar-se-á que as decisões do Judiciário contemporâneo, na verdade, são um exercício retórico dos personagens que compõem o Direito.

2 A RETÓRICA DE ARISTÓTELES

2.1 A Retórica

Entende-se por retórica a utilização dos meios adequados para se conseguir a persuasão (CASSIN, 1999, p. 71).¹ Frisa-se que cada parte possui maior retórica dentro da sua área de atuação, de competência, v. g. o médico ao abordar a saúde e as doenças, o aritmético em relação aos números, e assim acontece com todas as ciências e artes. Como a retórica possui a característica de se adequar a qualquer tema e sobre ele escolher os meios necessários para persuadir, conclui-se que as suas regras não se aplicam a nenhum gênero específico de coisas (*Retórica*, 1355 b).

Dentre as provas necessárias para persuadir, umas são próprias da retórica, outras não. As provas que não são elaboradas por nós mesmos já preexistem e são chamadas inartísticas. Exemplificam-se com os testemunhos, confissões mediante tortura, documentos escritos e adjacências. Por outro lado, as provas artísticas são aquelas que podem ser preparadas pelo método e por nós mesmos. Por isso é fundamental inventar as segundas e apenas utilizar as primeiras (*Retórica*, 1355 b).

Ainda tratando-se das provas, aquelas originadas pelo discurso podem ser classificadas em três: as primeiras, aquelas que se baseiam no caráter moral de quem fala; as segundas, no modo como se dispõe o ouvinte; e, por fim, outras que se baseiam no discurso em si, no que ele demonstra ou aparenta demonstrar (*Retórica*, 1356 a).

Nítido, fica, que, desses meios de prova, se valem aqueles que usam silogismos, bem como aqueles que são capazes de teorizar sobre as virtudes, os caracteres e as paixões. Entende-se, pois, que a retórica é um rebento da dialética e da política, considerada esta um saber prático. É por esse motivo que a retórica se cobre com a figura da política, bem como aqueles, seja por qual razão inerente à condição de ser humano for, que possuem a pretensão de conhecê-la. De fato, a retórica é uma parte da dialética e a ela se assemelha, haja vista nenhuma das duas ser ciência por definição. Na verdade, são meras faculdades para possibilitar razões para certos argumentos (*Retórica*, 1356 a).

¹ Na Grécia antiga, havia a crença de que do discurso emanava uma força divina, denominada persuasão (*peithô*).

O ato de persuadir pode acontecer de diversas formas. Persuade-se pelo caráter² quando se percebe que o orador tem autoridade suficiente e transmite credibilidade ao falar. Isso porque acreditamos com mais veemência e com mais rapidez nas coisas honestas, nas coisas em geral, mas especialmente naquelas em que não há margem para dúvida. Frisa-se que essa confiança é resultado do discurso, e não de uma pré-concepção sobre o caráter do orador, pois não há como considerar sem valor para a persuasão a credibilidade do orador. Pode-se até dizer que o caráter é o meio de persuasão que possui mais relevância (*Retórica*, 1356 a). Por outro lado, é possível persuadir através da emoção dos ouvintes, quando, por meio do discurso, geram-se sentimentos como ódio, paixão, tristeza ou alegria no ouvinte (*idem*). Portanto, conclui-se que o discurso é, então, o meio usado para persuadir, e por intermédio da verdade ou do que parece ser a verdade, em cada caso em particular (*ibidem*).

A persuasão pode ocorrer sobre a demonstração real ou aparente. Assim como na dialética se dão a indução, o silogismo e o silogismo aparente, na retórica é da mesma forma. Para clarear, o exemplo nada mais é que uma indução, o entimema é um silogismo e o entimema aparente é um silogismo aparente (*Retórica*, 1356 b).

O entimema, para Aristóteles (*Retórica*, 1356 b), é entendido como um silogismo retórico, e o exemplo como a indução retórica. Sendo assim, com intuito de demonstração, há a produção de provas por meio da persuasão, sejam elas entimemas ou exemplos, pois, além deles, não existem outros. Frisa-se que toda demonstração é feita por indução ou por silogismo. Devem, pois, ser idênticos nas duas artes (retórica e dialética).

Quando se demonstra algo pelo uso de muitos casos semelhantes, chama-se, na retórica, de exemplo e, na dialética, de indução. Por outro lado, quando ainda com o objetivo de demonstração, por meio de premissas, tenta-se extrair nova e diversa premissa, simplesmente porque ela é, em regra, verdadeira, chama-se, na dialética, de silogismo e, na retórica, de entimema (*Retórica*, 1356 b).

Não menos importante é asseverar que alguns oradores se destacam em seus discursos no uso de entimemas. Contudo, outros ressaltam aos olhos o brilhante uso de exemplos. Aristóteles (*Retórica*, 1356 b) expressa que não é menos crível o discurso baseado em exemplos, mas aquele que usa entimemas é mais aplaudido pelo auditório.

2 “Clearly, although the three factors are distinguishable, they are almost invariably interrelated and, to some extent, interdependent in practice. Consider only how the audience's mental or emotional or moral state might incline them to misjudge the character of the speaker, or how the evidence and logical rigor of an argument might alter the emotional tone of an assembly. Yet again, the command of relevant evidence and the precision and judiciousness with which it is deployed by the speaker may cause auditors to impute an exceptional character to him. Against the opinions prevailing among writers on rhetoric in his own time, Aristotle takes the character of the speaker to be the primary source of rhetoric's power of persuasion” (ROBINSON, 2006, p. 3-15).

A retórica funciona da mesma forma que a medicina. Esta não busca tratar particulares, ou seja, o remédio para Sócrates ou Cálias, mas, sim, direciona um remédio para uma certa condição de um grupo de indivíduos. Aquela não visa a atingir o particular A, B, ou C mediante o que provavelmente seja verdade. Na realidade, o intuito da retórica é sempre almejar um grupo de pessoas específicas, um auditório determinado, da mesma forma que a dialética (*Retórica*, 1356 b).

A função da retórica é abordar as questões sobre as quais se delibera e para as quais não se possui formas específicas; sempre para um auditório sem capacidade de observar muitas coisas ao mesmo tempo, e muito menos, de elaborar um raciocínio por longo tempo. É normal se deliberar sobre questões que possuem duas formas de solução ou resultado, já que ninguém ousa deliberar sobre as coisas que não podem ter acontecido, muito menos que não virão a acontecer, nem ser de maneira diversa, tendo em vista que, nesses casos, não há o que se fazer (*Retórica*, 1357 a).

É plenamente viável criarem-se silogismos e tirar conclusões partindo de coisas antes já estabelecidas pelo silogismo, bem como de premissas de que não se formou o silogismo, mas que são necessárias por não serem frequentemente aceitas. A partir dessas duas linhas de raciocínio, conclui-se que a primeira, devido à sua extensão, é obviamente difícil de seguir, pois parte-se da premissa de que o juiz é uma pessoa simples. A segunda linha de raciocínio, por não ser plausível nem admitida, não é persuasiva. Dessa feita, é fundamental que o entimema e o exemplo se ocupem de coisas que para a maioria possam ser feitas de modo diferente: o entimema como silogismo e o exemplo como indução formado de poucas premissas e, em geral, menos do que o silogismo primário (aquele formado por premissa maior, menor e conclusão; no caso do entimema, sem uma das premissas, em regra a menor). Isso porque, no caso de notoriedade da premissa ausente, ela não precisa aparecer, pois o próprio ouvinte a supre graças ao seu conhecimento prévio sobre a mesma (*Retórica*, 1357 a).

Já que os silogismos retóricos precisam de poucas premissas necessárias à sua formação, ao receber juízos e deliberações, reflete-se sobre ações, podendo resultar em soluções diferentes. Todas possuem essa característica e nenhuma dessas premissas é necessária. Como só é possível provar as coisas que acontecem mediante silogismos formados por premissas semelhantes, as premissas que formam os entimemas são em sua maioria frequentes e não necessárias. Levando em conta que os entimemas derivam de sinais e probabilidades, cada um dos sinais deve identificar-se com a classe de entimemas correspondente (*Retórica*, 1357 a).

Há dois tipos de entimemas: os demonstrativos e os refutativos. Os demonstrativos são a conclusão das premissas aceitas pelo adversário; ao contrário dos refutativos, que possuem conclusões não-aceitas pelo adversário (OLIVEIRA, 2010, p. 79).

Em relação à probabilidade, para Aristóteles (*Retórica*, 1357 b), esta é entendida como aquilo que, em circunstâncias normais, acontece, mas não em todos os casos, como outros a

definem. Eles tratam de coisas que podem acontecer de outra forma. Têm relação direta com o provável, bem como o universal com o particular. Já os sinais apresentam uma relação do particular para o universal; outros do universal para o particular. Desses sinais, os necessários são considerados argumentos impossíveis de se refutar. Assim, sinais são aqueles que podem ser transformados em silogismos.

Ainda abordando os sinais, para exemplificar os que partem do particular para o universal: um sinal de que os sábios eram justos é que Sócrates era sábio e justo. Apesar de ser um sinal, é um sinal refutável. Malgrado seja verdade, não é possível fazer um silogismo. Por outro lado, o sinal necessário é como dizer que o sinal de alguém estar doente é ter febre, alguém ter dado à luz é ter leite. Esse é um *teckmerion* (*teckmar* = conclusão). Se verdadeiro, é irrefutável, pois é um argumento concludente. Exemplifica-se a relação do universal para o particular, como ter febre é sinal de respirar rapidamente, de forma ofegante. Então, é refutável, haja vista alguém ter a respiração ofegante e rápida e não ter febre. Os demonstrativos são a conclusão das premissas aceitas pelo adversário, ao contrário dos refutativos que possuem conclusões não aceitas pelo adversário (*Retórica*, 1357 b).

Após a distinção de probabilidade, sinal e *teckmerion*, retomam-se os exemplos. Como explicado, os exemplos não partem da parte para o todo, nem do todo para a parte, mas, sim, da parte para a parte, do semelhante para o semelhante. Se, por acaso, há dois termos que são do mesmo gênero e um é mais conhecido que o outro, tem-se um exemplo. É o caso de Dionísio, que, ao pedir uma guarda, tenta a tirania. Conclui-se isso dos fatos anteriores, como foi o caso de Pesístrato, que, ao intentar a tirania, também requereu uma guarda. Esses e outros exemplos anteriores, quando quiseram a tirania, solicitaram uma guarda pessoal (*Retórica*, 1357 b). Isso quer dizer que o exemplo se baseia em fatos passados, do mesmo gênero e que são mais conhecidos.

Portanto, os silogismos retóricos e dialéticos são aqueles que se tem em mente quando se fala de tópicos. Os tópicos, ou *topoi*, são pontos de vista empregáveis em diversas instâncias, com validade geral, lançados na ponderação de pós e contras das opiniões e podem inferir o que é verdadeiro (LARENZ, 1997, p. 202). Eles são conhecidos como os lugares-comuns em questões de direito, de física, de política, de muitas outras disciplinas que se diferem, como ocorre com o tópico de mais e de menos. É plenamente possível formar-se silogismo ou dizer entimemas sobre questões de Física, Direito ou qualquer outra disciplina. Frisa-se que são específicas as conclusões retiradas das premissas que se referem a um determinado gênero ou espécie, isto é, às questões que abordam física, não se permite retirar silogismos ou entimemas relacionados à política, e vice-versa. O mesmo se dá com as demais disciplinas (*Retórica*, 1358 a).

Assim, a maior parte dos entimemas tem origem nas espécies particulares e específicas, enquanto a menor parte deriva daquelas chamadas comuns. Faz-se necessário diferenciar espécies e

lugares onde se devem tomar os entimemas. Espécies são as premissas de cada gênero. Por outro lado, lugares são as premissas que são igualmente comuns a todos (*Retórica*, 1358 a).

Em breves linhas, sintetizou-se o que é retórica. Passa-se a desenvolver os três gêneros do discurso retórico.

2.2 A Universalização da Retórica

A retórica clássica pode ser definida como a arte do bem falar, ou melhor, a arte do falar ou do escrever de modo persuasivo, que se propunha a estudar os meios discursivos de ação sobre um auditório, com o intuito de conquistar ou aumentar a adesão às teses proferidas (PERELMAN, 2004a, p. 177). É uma arte universal, pois o homem, para Aristóteles, é *zôon logon ekhôn*, ou seja, um ser vivo dotado de fala. Na medida em que a preocupação de todo cidadão é discorrer, discursar uns com os outros. O que o homem tem de mais importante é o *logos* (linguagem, razão) (CASSIN, 1999, p. 49-50).

Além disso, o homem é um ser mais político (*zôon politikon*) do que qualquer outro animal gregário, como a abelha, a formiga ou a vespa. Isso porque o homem é o único entre os animais a ter *logos*. Os outros animais possuem os sons da voz, que traduzem a dor e o prazer. Contudo, não sabem manifestar o útil e o prejudicial, o bem e o mal e, por consequência, o justo e o injusto. Apenas o homem tem a condição de se comunicar, sabendo o que é bem e mal, justo e injusto (CASSIN, 1999, p. 49-50).

2.3 Os Três Gêneros do Discurso Retórico

Existem três gêneros de discurso retórico, quais sejam: deliberativo ou político, judiciário ou forense e demonstrativo ou epidítico. Os dois primeiros abordam uma controvérsia política ou um litígio no Judiciário, enquanto o epidítico não leva a nenhuma decisão em especial (PERELMAN, 2004b, p. 147).

O discurso deliberativo ou político é aquele em que o orador se preocupa em falar de fatos futuros. Geralmente, ocorre nas assembleias em assuntos de interesse público. Diferentemente, o discurso forense ou judiciário abarca a defesa ou a acusação de alguém, cabendo às partes sempre sustentar uma ou outra. Esse discurso trata do passado. A acusação e a defesa sempre irão girar em torno de fatos já ocorridos. Por fim, o discurso demonstrativo ou epidítico preocupa-se com o louvor ou a censura de alguém. Ocorre no presente, não obstante seja comum a referência do orador ao passado ou ao futuro (*Retórica*, 1358 b).

Conforme já explicado, o discurso deliberativo nos induz a praticar ou não algo. Segundo Aristóteles (*Retórica*, 1358 b), isso é muito comum em relação aos conselheiros quando tratam de questões de interesse particular, além daquelas pessoas que vão às assembleias públicas para discutirem questões de interesse público.

A função do gênero deliberativo é diagnosticar o danoso e o útil de um determinado procedimento sugerido. Na hipótese de o orador aconselhar a aceitação de um procedimento, subentende-se que ele será benéfico. Se, de outra forma, aconselha pela rejeição, ele certamente o faz consciente de que será prejudicial. Todos os demais procedimentos, como se a proposta for justa ou injusta, honrosa ou desonrosa, para esse tipo de discurso tornam-se subsidiários (*Retórica*, 1358 b).

É mister entender quais são as coisas boas ou más com que o orador do tipo deliberativo se ocupa, isto é, ele se ocupa apenas do que é provável ou não de acontecer. Se houver certeza de ocorrer, não há porque deliberar a respeito. Ressalta-se que se delibera apenas sobre o que é objeto de deliberação, ou seja, aquilo sobre o qual se delibera é, naturalmente e em último caso, apto para depender de nós mesmos e que esse princípio de ação está em nosso poder (*Retórica*, 1359 a).

Aristóteles (*Retórica*, 1359 b) diz que não cabe à retórica enumerar quais temas ou questões podem ser abordados nas assembleias públicas, muito menos adequar definições. Isso caberia a uma disciplina que melhor se encaixe com a ideia de verdadeiro, oposta à essência da retórica.

No discurso deliberativo, os assuntos mais deliberados são as finanças, a guerra e a paz, a defesa nacional, as importações e as exportações e a legislação (*Retórica*, 1359 b).

O orador que discursar sobre as finanças deve ter consciência plena do número e da extensão das fontes de renda do Estado, de modo que, se qualquer uma destas passar despercebida ou deficiente, poderá ser somada às outras ou aumentada. Deverá conhecer, também, as despesas do Estado, haja vista que, havendo alguma despesa que não seja necessária, possa, então, ser suprimida ou reduzida. Aristóteles (*Retórica*, 1359 b) ainda aconselha que o orador de finanças não tenha conhecimento restrito apenas dos negócios nacionais, mas ainda deve estar a par daqueles praticados pelos outros povos.

Quanto à guerra e à paz, aquele que faz uso da palavra deve conhecer o poderio bélico de seu Estado, seja ele potencial ou real, bem como a natureza desses poderes. Além disso, deve saber quais e como foram as guerras em que seu Estado e quais Estados vizinhos estavam envolvidos. Deve, também, observar para detectar quais os prováveis conflitos futuros para ficar em paz com os fortes e, no momento correto, atacar os fracos (*Retórica*, 1359 b, 1360 a).

Em relação à defesa nacional, cabe ao orador saber os métodos defensivos empregados, bem como a extensão, o caráter, a força e a disponibilidade do poder defensivo e das fortalezas e suas guarnições. Deve ter conhecimento, mediante o conhecimento íntimo do território do Estado,

da localização das fortalezas, para que possa aumentar a guarnição caso seja pequena, diminuí-la se for excessivamente grande, ou até mesmo extinta se indesejada. Destarte, é de fundamental importância ser criterioso quanto à estratégia usada para defender o território do Estado (*Retórica*, 1360 a).

Ao dissertar sobre o abastecimento alimentar, Aristóteles (*Retórica*, 1360 a) afirma ser necessário ter conhecimento sobre o *quantum* de alimento é o bastante para atender aos habitantes do Estado, saber quais alimentos são produzidos internamente e quais são importados, bem como saber fazer uma análise de quais alimentos poderão ser exportados e quais terão que ser importados. É mister ter domínio sobre esses tópicos, tendo em vista acordos e tratados comerciais que poderão ser feitos com outros Estados. Existem os grandes Estados com os quais se necessita manter relações, como também os Estados menores com os quais é lucrativo manter relações de comércio para o abastecimento alimentar.

Não obstante seja extremamente relevante o conhecimento de todos esses temas para conseguir a segurança do Estado, nada é mais importante do que o domínio da legislação. Por isso, antes de qualquer outro tema, deve o orador ter pleno conhecimento da legislação, pois é dela que depende o bem-estar dos seus habitantes. Dessa feita, é preciso saber quantas formas de governo existem, quais as suas respectivas naturezas, em quais circunstâncias essas formas de governo prosperam e quais condições, inerentes ou não a elas, contribuem para seu declínio. Toda forma de governo, exceto a melhor delas, é modificada e levada à ruína tanto por não ser devidamente desenvolvida quanto por o ser excessivamente. A democracia perde sua força quando não é, de forma adequada, impulsionada, bem como quando é impulsionada ao extremo (*Retórica*, 1360 a).

O orador político deve ter conhecimento sobre a melhor forma de governo para seu Estado, mas também deve estudar, estar atento a quais formas de governo estão vigentes nos demais Estados e quais são as mais adequadas para os outros Estados (*Retórica*, 1360 a). São esses, portanto, os temas relevantes sobre os quais o orador político ou deliberativo deve ter domínio.

Passa-se, agora, ao discurso epidítico. Para Aristóteles, o discurso epidítico não tinha função de levar os ouvintes a tomar uma decisão, mas, sim, que eles apreciassem o talento do orador; não passava de um espetáculo (PERELMAN, 2004b, p. 147).

No discurso epidítico, o orador pode louvar ou censurar alguém, tendo em vista a presença da virtude ou do vício, da nobreza ou da característica daquele que é vil. Os meios que tornam uma pessoa digna de confiança e credibilidade, sendo analisado a partir da virtude, são exatamente os mesmos que fazem você destinar a sua confiança em nós. O louvor pode ser frívolo ou sério. Nem sempre, é destinado aos homens ou aos deuses. Em alguns casos, destina-se a seres inanimados ou a animais inferiores (*Retórica*, 1366 a).

O nobre é aquele que tanto é desejável por si mesmo como é digno de louvor, ou o que, sendo bom, e simplesmente por isso, é prazeroso. Sabendo que isso é ser nobre, conclui-se que a virtude é obrigatoriamente nobre, pois ela é algo bom e também louvável. A virtude, segundo o senso comum, é a faculdade responsável por adquirir e conservar as coisas boas, ou a faculdade responsável pela concessão de benefícios relevantes, benefícios de todas as espécies em todas as situações. As partes da virtude são: a justiça, a coragem, a moderação, a magnificência, a magnanimidade (grandeza da alma), a generosidade, a brandura, a prudência e a sabedoria (*retórica*, 1366 b).

Nesse sentido, a virtude é a faculdade que capacita a beneficência. Assim, as partes mais elevadas dela são as úteis aos outros. É por isso que as pessoas honram mais os justos que os corajosos. A coragem é fundamental na guerra, mas a justiça não existe apenas em tempos de guerra; no de paz, também. Aquele que é generoso dispensa a riqueza ao invés de lutar por ela, enquanto outros são gananciosos, dando maior valor à riqueza do que a toda e qualquer outra coisa. O corajoso possui a virtude que lhe permite realizar nobres ações em situações de risco, de acordo com o que manda a legislação e a favor dela, sendo a covardia o seu oposto. Moderado é aquele que acata e obedece às leis no que diz respeito aos prazeres do corpo; já o desregramento, o seu oposto. Avarento é o ser humano que não dispõe seu dinheiro para o bem dos outros. Ao contrário, o generoso é aquele que o faz. Possui grandeza de alma o homem que se torna apto a ajudar muito os outros. Aquele que não o faz possui pequenez de alma. A magnificência é virtude que nos possibilita o gasto do dinheiro e, dessa forma, realizar coisas grandiosas; o seu contrário, a mesquinhez e a pequenez. Prudente é aquele que é capaz de decidir no tocante aos bens e aos males que têm relação com a felicidade (*Retórica*, 1366 b).

É de vital importância considerar a natureza dos nossos ouvintes, ou seja, do nosso auditório, quando temos o objetivo de realizar um discurso de louvor, pois, como Sócrates costumava dizer, não é difícil louvar os atenienses para um auditório ateniense. Se o auditório tem em alto grau de estima uma determinada qualidade, em nosso discurso, devemos dizer que aquele que é objeto de nosso louvor possui tal virtude. Isso porque as pessoas têm em grande estima o que é considerado nobre e estimável (*Retórica*, 1367 b).

O discurso que louva um terceiro exibe a virtude em tamanho exponencial. Para que esse discurso tenha êxito, é de fundamental importância demonstrar que os atos são bons produtos da virtude. Algumas circunstâncias agregadas contribuem para alcançar a persuasão; por exemplo, o bom nascimento e a boa educação, pois é provável que bons pais tenham bons filhos, e a boa educação resulte em bom caráter. Feitos reais também somam para a constatação do bom caráter do autor, isto é, mesmo que uma pessoa não tenha praticado uma determinada coisa boa, dá-se louvor a ela se tivermos a certeza que se trata de alguém que a realizaria (*Retórica*, 1368 a).

Existem muitos meios para se ampliar o efeito do louvor. Podemos exaltar os atos praticados pelo indivíduo, inclusive dizendo que ele foi o único ou o primeiro a realizar um certo ato, ou até mesmo que realizou melhor do que qualquer outra pessoa. Não se pode deixar de falar dos encorajamentos e das marcas distintivas da honra encontrados e instituídos para ele (*Retórica*, 1368 a).

Contudo, por outro lado, se o orador não sabe muito sobre quem vai louvar, será necessário usar da comparação, isto é, comparar com outros de renome, o que fortalece e dá credibilidade ao discurso. Superar pessoas que já apresentaram sua grandeza fortalece o caso. Em última instância, caso não seja possível esse tipo de comparação, é preciso comparar aquele que tentamos louvar com outros comuns, pois a virtude aparecerá (*Retórica*, 1368 a).

Em regra, entre as formas comuns a todos os discursos, a ampliação do efeito é a que se adapta melhor aos discursos demonstrativos. Isso porque o orador toma os fatos como plausíveis, bastando apenas juntar grandeza e beleza. E é assim que se constrói um discurso para o louvor ou a censura, pois, estudadas as virtudes para o louvor, a censura é composta dos seus contrários (*Retórica*, 1368 a).

Finalmente, no tocante aos discursos judiciais e forenses, pode-se constatar que, em meio a uma lide, durante o tramitar de um processo judicial, a análise é feita sobre a questão do justo e do injusto. As demais questões são subsidiárias (*Retórica*, 1368 b).

Retira-se, do já explicado, que nos três gêneros do discurso deve haver proposições. São proposições da retórica os signos, as evidências e as probabilidades, lembrando que todo tipo de silogismo é composto por premissas (proposições) (*Retórica*, 1368 b).

Haja vista o objetivo desta dissertação, dar-se-á mais ênfase ao discurso forense ou judiciário, que tem por finalidade, como já exposto, o justo e o injusto.

Inicialmente, é importante ressaltar que as ações justas e injustas dividem-se em dois tipos de direito ou duas classes de pessoas. No primeiro caso, são classificadas em leis particulares e leis comuns. Aquela varia de acordo com cada povo e aplica-se aos membros de cada povo, sendo parcialmente escrita, parcialmente não-escrita. Esta é a lei natural, haja vista ser, de fato, uma justiça ou injustiça que todos têm, a intuição, e que são, de forma natural, comuns a todos, independentemente de toda convenção recíproca e de todo Estado. v. g. *A Antígona de Sófocles*³

3 A peça “Antígona”, de Sófocles, é até hoje estudada no curso de Direito, em especial na disciplina “Introdução ao Estudo do Direito”, pois a obra é uma das primeiras a retratar o eterno embate entre o direito natural e o direito positivo; melhor dizendo, entre a justiça e a lei. O enredo é o seguinte: um sujeito chamado Polínice tenta realizar um golpe de Estado para tomar o poder em Tebas, no que foi assassinado. Quebrando as tradições da época, Creonte, na época, o governante, determina que o morto não poderá ser enterrado e que quem descumprir a sua ordem também será assassinado. Antígona, que era irmã de Polínice, não se conforma com aquela medida. Para ela, seria uma desonra inaceitável não enterrar o irmão. Por esse motivo, em claro descumprimento da ordem de Creonte, Antígona resolve praticar todos os rituais fúnebres devidos em favor do morto. Creonte, enfurecido, chama Antígona para um diálogo em particular, que se desenvolve da seguinte forma:

“Creonte – ô Antígona. Que parte da minha ordem ‘não pode enterrá-lo’ você não entendeu? Vai dizer que não sabia?

expressa com clareza ao declarar que o sepultamento de Polínie fora um ato justo, independentemente da proibição. Ela quis dizer que fora um ato justo por ser um direito natural (*Retórica*, 1368 b).

As ações, justas ou injustas, que as pessoas devem realizar também foram divididas em duas classes, ou seja, direcionadas a alguns de seus membros ou a toda comunidade. Ao passo que aquele que comete adultério está cometendo um dano a uma pessoa; por outro lado, aquele que nega servir ao exército está causando um dano à comunidade. Dessa forma, é possível dividir as ações injustas naquelas que atingem a um indivíduo ou naquelas que atingem toda uma comunidade (*Retórica*, 1373 b).

Neste momento, pretende-se definir o que é, para Aristóteles, ser vítima de injustiça. Seria experimentar um dano procedente de uma ação voluntária (consciente do que faz, com pleno conhecimento de causa) de uma pessoa. A partir dessa definição, poder-se-á concluir que todas as acusações dizem respeito à comunidade ou a um indivíduo e investigam se o agente agiu com ignorância e involuntariamente ou com conhecimento de causa e voluntariamente. No caso da voluntariedade, divide-se em atos que foram originados da escolha e de outros produtos da paixão (*Retórica*, 1372 a).

Acontece, com certa frequência, uma pessoa admitir um ato, mas não aceitar a qualificação dada pelo acusador. Trazendo para os dias atuais a tipificação como crime, aceitará que apanhou algo; contudo, não furtou. Por isso, aqui é importante sabermos onde está o direito, seja qual for nosso objetivo, e demonstrar a inocência ou a culpabilidade. De toda forma, sempre será aferido se a ação do acusado é injusta e má, ou não. A ação é injusta e má quando se trata de uma escolha deliberada. Isso porque nem sempre quando se apanha algo significa que ocorreu um furto. Lembrando: o que vale para essa acusação também vale para as demais (*Retórica*, 1374 a).

Existem duas espécies de atos justos e injustos praticados contra terceiros: uma relacionada com as leis escritas e outra com as não-escritas. Os atos referentes a leis não-escritas também se dividem em dois. Os primeiros são atos que revelam um elevado grau de vício ou virtude, objetos de censura ou louvor, de desonra ou honras, e recompensas, como ser grato por quem nos fez o bem e devolvê-lo da mesma forma. A segunda forma tenta compensar as deficiências dos códigos de leis particulares e escritas por meio da equidade (justa), que independe da lei escrita. Essa deficiência

Antígona – Estaria mentindo se dissesse que não conhecia a ordem. Como poderia ignorá-la? Ela era muito clara.

Creonte – Portanto, tu ousaste infringir a minha lei? Tá maluca?

Antígona – Descumpri, mesmo. Quer saber por quê? Porque não foi Zeus que a proclamou! Não foi a Justiça, sentada junto aos deuses inferiores; não, essas não são as leis que os deuses tenham algum dia prescrito aos homens, e eu não imaginava que as tuas proibições fossem assaz poderosas para permitir a um mortal descumprir as outras leis, não-escritas, inabaláveis, as leis divinas! Estas não datam nem de hoje nem de ontem, e ninguém sabe o dia em que foram promulgadas. Poderia eu, por temor de alguém, qualquer que ele fosse, expor-me à vingança de tais leis?" (MARMELESTEIN, 2008, *online*).

existe contrariando a vontade dos legisladores (quando um fato ou falha passa despercebido pelos legisladores), bem como por decorrência dessa vontade (quando não conseguem definir todas as hipóteses com precisão, tendo que formular princípios gerais). Podemos elucidar esse conceito com a hipótese do indivíduo que, usando um anel na mão, ergue-a e atinge um terceiro. Pela legislação, houve crime. Entretanto, na realidade, não. E é nisso que consiste a equidade (*Retórica*, 1374 a).

Aristóteles (*Retórica*, 1374 b) explica com clareza e precisão a equidade⁴. Partindo desse conceito, observa-se que tipo de pessoas são equitativas ou o inverso. Não se deve punir da mesma forma erros e ações injustas, muito menos erros e equívocos. Equívoco seria o ato destituído de maldade, que possuiu resultado inesperado; erro é o ato sem perversidade, mas que poderia ser evitado. O ato injusto produz resultados esperados que procedem da perversidade, tal qual acontece nos atos movidos pela paixão (*ibidem*).

Quanto maior a injustiça, maior o crime que dela resulta. Maior será o grau da injustiça quando não houver punição suficiente severa e adequada para ela, ou quando se trata de uma injustiça, cujo dano é irremediável, sendo o crime irreparável ou intolerável; ou uma injustiça, a qual a vítima não consiga obter justiça junto aos tribunais; e ainda a injustiça que obriga a pessoa a sofrer severo castigo a ela mesma. Nesse último caso, deverá o acusado receber punição ainda maior (*Retórica*, 1374 b).

Considera-se mais brutal a injustiça a premeditada, bem como a que nela existe mais terror do que compaixão. Existem meios retóricos, muito eficientes, para postular em juízo a condenação do acusado que cometeu injustiças mais graves. Pode o orador declarar que o acusado violou várias disposições e deveres solenes; como juramento, deveres recíprocos. Nessa hipótese, a injustiça é mais grave por ser constituída por muitos crimes. O crime é, também, mais grave quando cometido no local reservado à punição dos culpados, como o crime de falso testemunho. Entende-se que quem comete um crime em um tribunal o cometeria em qualquer lugar (*Retórica*, 1375 a).

Aristóteles (*Retórica*, 1375 a) ainda considera mais grave a injustiça quando se transgridem leis escritas, pois aquele que pratica um crime severa e expressamente punido na lei não hesitará em cometer crimes se não possuir punição a temer.

Dentro do gênero de discurso forense, é de suma importância abordar os meios de persuasão. Estes, que também são chamados de meios de prova, dividem-se em meios técnicos e não-técnicos. Os meios de prova técnicos são aqueles que o próprio orador inventa e por isso fazem

⁴ “Ser equitativo é mostrar indulgência ante as fraquezas humanas; é também levar em conta menos a lei do que o legislador; considerar não a letra da lei, mas a intenção do legislador; não tanto as ações do acusado, mas as suas deliberações; não tanto este ou aquele detalhe parcial, mas o todo; indagar não o que o acusado é agora, mas a respeito do que sempre foi ou que tem sido na maioria das situações. É também lembrarmos mais do bem do que do mal que nos foi feito; mais dos benefícios que recebemos dos que oferecemos; sermos pacientes quando atingidos pela injustiça; preferirmos dirimir um desentendimento por meio da negociação do que mediante um recurso à justiça; preferirmos uma arbitragem a um litígio, já que o árbitro leva em conta a equidade, ao passo que o juiz leva em conta a lei” (p. 108).

parte do meio linguístico. Haja vista o tema desta dissertação, importa-nos mais os meios de prova não-técnicos.

2.4 Os Meios de Prova Não-técnicos ou Independentes da Retórica

Poder-se-á conceituar os meios de prova não-técnicos como aqueles que existem independentemente do discurso do orador e, conseqüentemente, da arte retórica. Dividem-se em cinco: leis, testemunhas, contratos, confissões obtidas mediante tortura e juramentos (*Retórica*, 1375 a).

Tratar-se-á, em primeiro lugar, das leis. Ressalta-se que julgar consoante a própria consciência não significa recorrer a todo o rigor da lei escrita. Os princípios da equidade são permanentes, ao passo que as leis escritas mudam frequentemente. É importante ressaltar que o justo consiste no verdadeiro e no útil, e não se confunde com aquilo que dele somente tem a aparência (*Retórica*, 1375 b).

Segundo Aristóteles (*Retórica*, 1376 a), há mais honestidade em seguir as leis não-escritas e por elas orientar-se, lembrando sempre que deve ser analisado se uma lei contradiz uma lei universalmente aprovada ou a si mesma. Havendo ambigüidade em uma lei, ela deve ser interpretada de forma a adaptar-se aos interesses da justiça e da utilidade. Deixando de existir o fundamento de uma lei, esta deverá ser combatida. Diz ainda que utilizar as leis é tão ruim quanto não ter lei alguma.

O segundo meio de prova não-técnico são as testemunhas. As testemunhas dividem-se em antigas e recentes. As testemunhas antigas são compreendidas como os poetas e as demais personalidades, cujo juízo é de conhecimento geral. São testemunhas usadas para testemunhar os acontecimentos passados e são incorruptíveis. Já as testemunhas recentes são pessoas conhecidas que declararam sua opinião sobre algum assunto polêmico. Tais testemunhas servirão de respaldo para uma futura discussão. Contudo, as testemunhas recentes podem ser consideradas falsas, uma vez que podem ser consideradas corruptíveis. Por outro lado, em relação aos acontecimentos futuros, utilizam-se as interpretações dos oráculos. Outro tipo de testemunhos ou evidências são os provérbios (*Retórica*, 1376 a).

Não havendo testemunhas no caso concreto, o seguinte argumento é de grande valia: deverão os juízes julgarem de acordo com o que é provável, ou seja, com suas consciências, pois as probabilidades jamais serão subornadas. Caso contrário, havendo testemunhas apenas de uma das partes, usa-se este argumento: probabilidades não cabem à Justiça e sequer seria necessária a evidência das testemunhas se os discursos bastassem por si só (*Retórica*, 1376 a).

Os testemunhos podem referir-se a questões pessoais ou a questões fáticas dos litigantes e serem relacionados ao próprio homem ou até a seu adversário. No caso de não dispor-se de nenhuma testemunha, pode-se agarrar aos costumes para demonstrar a honestidade ou a desonestidade do adversário.

O terceiro meio de prova não-técnico são os contratos. Nós somos os responsáveis por aumentar ou diminuir a sua credibilidade de acordo com o nosso aproveitamento deles. Quanto maior o nosso aproveitamento em uma lide, mais devemos valorizá-los. Importa-nos ressaltar, também, que a credibilidade dos contratos varia de acordo com a importância da assinatura expressa em seu corpo (*Retórica*, 1376 b).

Pode-se dizer que contrato é lei. Apesar de eles não dispensarem validade às leis, estas podem dar-lhes autoridade, desde que feitos dentro da legalidade. Como quase todo negócio é feito com base nos contratos, devemos dar-lhes importância, salvo quando o contrato nos é desfavorável. Sendo o juiz responsável por distribuir a justiça, é vedado ao mesmo destruir um contrato justo mesmo que seja fadado ao vício de fraude ou coação, tornando uma das partes vítima da outra. Por outro lado, insta saber se o contrato contraria uma lei comum ou lei do Estado a que se pertence (*Retórica*, 1376 b).

As confissões obtidas mediante tortura são o quarto meio de prova não-técnico. Nesse caso, também trabalhamos conforme nossa conveniência. Caso a confissão nos favoreça, alegaremos ser o único meio de prova disponível. Por outro lado, se nos desfavorecer, argumentaremos que qualquer pessoa mediante tortura assume o falso como verdadeiro para pôr fim ao sofrimento (*Retórica*, 1376 b).

Quanto ao juramento, o quinto meio de prova não-técnica, existem quatro casos: é possível tanto fazer quanto aceitar um juramento, ou nem uma coisa nem outra, ou pode fazer um juramento mas não aceitar um, ou aceita o juramento, mas não fazer um. Ainda há aquele que já fez o juramento por ele mesmo ou pelo adversário (*Retórica*, 1377 a).

Pode-se recusar o juramento baseado no argumento que as pessoas juram por dinheiro e facilmente incorrem em perjúrio. Por outro lado, é possível aceitar o juramento fundado no argumento de que confia nas palavras e nas virtudes daquele que jurou (*Retórica*, 1377 a).

Superados os meios de prova, passa-se a dissertar sobre os argumentos retóricos.

2.5 Argumentos Éticos, Patéticos e Dialéticos (*Ethos*, *Pathos* e *Logos*)

Os argumentos retóricos dividem-se em três⁵. São como meios de persuasão na comunicação e compõem a autoapresentação dos oradores⁶. De forma sintética, a primeira espécie varia de acordo com o caráter pessoal do orador; a segunda tem o intuito de manipular o auditório por meio do seu estado de espírito; por fim, a terceira trata-se da prova ou da aparente prova, resultante das palavras do discurso em si (ADEODATO, 2010, p. 53-54).

Aristóteles (2011, p. 54) junta, claramente, a retórica com a arte moral (*areté*) e com a ponderação ou prudência (*phrónesis*). Contudo, desde o princípio, os eruditos questionaram sobre essa junção, debatendo diversos critérios na busca de uma separação conceitual entre *ethos*, *areté* e *phrónesis*. Existem posições contrárias a Aristóteles que defendem a utilização da retórica para qualquer fim. Contudo, ele assevera a necessidade da ligação entre retórica e uma boa ética.

O *ethos* designava um caráter que é resultado do hábito, perceptível no olhar, nas características, no porte. Partindo desse sentido mais físico, tinha o significado de onde se está acostumado a viver (habitar), incluindo os animais; por isso a palavra *habitat*. Em seguida, passava a significar uso, costume, maneiras. Há também uma terceira acepção: a inclinação a determinadas escolhas ou atitudes, como ter um *ethos* sonhador. Posteriormente, passava a se referir à impressão criada no ouvinte, o que se aproxima do conceito de *pathos* (Aristóteles, 2011, p. 54).

Pode-se compreender o conjunto de conhecimentos ligados ao *ethos* como “ética”. Não é somente a doutrina ou a disciplina para o estudo do *ethos*, mas também no sentido de designar simultaneamente metalinguagem (estudo do caráter humano) e linguagem-objeto (o caráter humano, tal qual ele se apresenta). Certos doutrinadores chamam essa ética-objeto de “moral”, e filosofia moral relaciona-se com conhecimento do objeto (Aristóteles, 2011, p. 54).

No plano da metalinguagem, há uma diferenciação importante: ética, entendida, primeiramente, como o estudo dos fins que efetivamente guiam a conduta e dos meios que levam a esses fins, chamados valores. Outra forma de se entender a ética é como o estudo das maneiras de controlar e guiar esses meios e fins. Podemos exemplificar dentro da primeira concepção que os indivíduos inseguros tendem a aproximar-se de bajuladores (dado empírico). Pela outra, tanto os bajuladores como os inseguros devem ser evitados (ou louvados, a depender da ética). A primeira concepção é conhecida como uma ética descritiva; a segunda, prescritiva (Aristóteles, 2011, p. 54).

5 “Aristotle distinguishes three interconnected dimensions of persuasion (*pistis*): *ethos*, *pathos*, and *logos*. Each of these interdependent avenues to persuasion provides a distinctive reason for the dominant place that Aristotle accords his discussion of psychology in the Rhetoric. First, the knowledge of psychology enables the orator to present himself as having a trustworthy *ethos*. Second, it enables him to address his audience persuasively. Third, it provides some of the basic premises for his arguments” (RORTY, 1992, p. 70).

6 “There is a series of statements in the introduction (1355a 1- 1359a 29) which taken together make it quite apparent that the rhetorical act for Aristotle was a very intimate fusion of the intellectual and appetitive elements in man. The *pathos* and *ethos* are not merely expedient additions, but must function as an integral part of *nous*” (GRIMALDI, 1958, p. 372).

Um dos argumentos mais concretos no plano da metalinguagem a favor da ética prescritiva é que a abordagem descritiva já é responsabilidade de outras ciências, tal qual a psicologia, a antropologia e a sociologia (Aristóteles, 2011, p. 54).

Buscando sanar o problema, far-se-á, aqui, a equivalência entre os dois sentidos tradicionais da expressão “ética” (metalinguagem e linguagem-objeto), sendo que a metalinguagem divide-se em ética descritiva e ética prescritiva, o que resulta em três acepções: retórica material, prática e analítica (Aristóteles, 2011, p. 56).

João Maurício Adeodato (2010) transcreve com clareza o conceito de *Pathos*:

Pathos, plural *páthe*, significa paixão, emoção, sentimento. Fora dos círculos filosóficos, a expressão era usada na linguagem comum e designava qualquer forma de sentimento, mais no sentido de sofrimento, em oposição a ‘fazer’ ativamente. Na retórica de Aristóteles, o *pathos* está associado ao ouvinte e o *ethos* ao orador, ainda que essa associação tenha diminuído e até desaparecido em autores posteriores. O conceito de *pathos* firma-se para designar qualquer emoção de dor ou alegria, ou por meio da qual as pessoas se modificam de tal modo que suas decisões se tornam diferentes do seu estado habitual. No Renascimento, a retórica do *pathos* é sistematizada como parte da tópica, reunindo os denominados ‘argumentos práticos’ (p. 53-54).

Além do conceito de significado d’alma, *pathos*⁷ também quer dizer a expressão ou manipulação desses sentimentos e indica uma qualidade do discurso, consistindo em fazer nascer no ouvinte os mesmos sentimentos que o orador deseja transmitir. Esse é o significado que mais interessa ao sentido retórico. Eis o ponto central: o *pathos* que desperta o *pathos* por artes da retórica. Essa transmissão patética do discurso acontece quando o orador consegue adesão àquilo que quer defender (comiseração, compaixão) ou quando atinge uma disposição contrária àquilo que quer atacar (indignação) (ADEODATO, 2010, p. 56).

No tempo de Aristóteles, a importância dada ao *pathos* pelos oradores era expressivamente grande. Tanto é que o filósofo grego tece críticas aos sofistas que faziam discursos excessiva ou exclusivamente centrados no *pathos*. Entretanto, ainda assim, em sua ética, Aristóteles demonstra a

⁷ “Aristotle gives us several different lists or catalogues of path. In each case, he selects examples from what is after all a vast and heterogeneous class in such a way as to forward his immediate concerns. The catalogue of sample emotions (appetite [*epithumia*], anger, fear, confidence, envy, joy, friendliness, hatred, longing, jealousy, and pity) presented in *Nicomachean Ethics* 2.5 is introduced tangentially, in the course of locating the genus of virtue. The inclusion of appetite which, like desire, would seem to be an endogenous function of character might initially seem anomalous. But since the Ethics list is focused on those conditions for which a person is not praised or blamed, and since *epithumiai* can be roughly characterized as constitutionally based appetites, they can (for the purposes of that particular discussion) be listed with path, even though their basic character logical and motivational status is quite different from standard passions. Although the virtues and vices are like passions in being accompanied by pleasure and pain, they are not passions: for we are not praised or blamed for being frightened or indignant, but for our dispositions concerning them, whether we flee in fear or are steadfast, whether we speak out in indignation at tyranny or remain self-protectively silent. Moreover, we are said to be moved by our emotions (*kata men ta path kineisthai*), but disposed towards virtue and vice rather than moved by them (*oukineisthai alia diakeisthai*) (1106a5-7)” (RORTY, 1992, p. 82-83).

importância do *pathos* e traça uma relação estreita entre *pathos* e *ethos*. Para ele, os afetos devem ser controlados pela virtude do caráter e buscar um meio termo racionalmente desejado, prudentemente, a *metriopatia* entre os extremos maléficos da paixão, pois “a virtude refere-se a paixões e ações, nas quais o excesso é uma forma de fracasso...” (Aristóteles, 2011, p. 56-57).

Hoje, o adjetivo patético ainda possui conotação pejorativa, haja vista, como já advertia a retórica antiga, que o perigo maior do *pathos* é o exagero. Transformar a indignação ou a compaixão em afetação faz do *pathos* vazio, muito profundo, *bathos* (Aristóteles, 2011, p. 57).

Os argumentos dialéticos são a arte de trabalhar com opiniões opostas, que instauram um diálogo, confrontando-as. Sendo assim, a dialética está ligada à retórica em oposição às demonstrações da ciência que são apodíticas (JUNIOR, 2008, p. 327).

Os raciocínios dialéticos são provenientes dos *Tópicos*, da *Retórica* e das *Refutações Sofísticas*, obras Aristotélicas que abordaram as controvérsias e as deliberações, e não as demonstrações científicas. Tratam dos meios de persuadir, de convencer pelo discurso, de defender e justificar suas teses como crítica às do adversário, pautando-se de argumentos mais ou menos fortes (PERELMAN, 2004a, p. 2).

Por outro lado, há também os raciocínios analíticos. São aqueles que partem de premissas necessárias ou, no mínimo, verdadeiras, a ponto de não permitirem discussão, e graças a referências válidas, redundam em conclusões igualmente necessárias ou válidas (PERELMAN, 2004a, p. 1).

Pelo fato de, necessariamente, nos silogismos analíticos, a premissa maior ser indubitavelmente verdadeira, transferem-se à conclusão a necessidade e as verdades das premissas: torna-se inviável que a conclusão seja falsa, na hipótese de o raciocínio ter sido feito de forma correta, partindo de premissas corretas. Esse raciocínio analítico, para Aristóteles, era representado pelo clássico silogismo: “Se todos os B são C e se todos os A são B, todos os A são C” (PERELMAN, 2004a, p. 2). Percebe-se que, independentemente de quais sejam os termos colocados em “A”, “B” e “C”, esse raciocínio sempre será válido (*ibidem*).

Esse raciocínio travado no parágrafo anterior demonstra a lógica formal sempre que tratamos da validade de inferências que nada dependem da matéria sobre a qual raciocinamos. Isso quer dizer que é a própria forma do raciocínio que lhe garante a validade. Exige-se apenas, para resguardar a idoneidade e verdade da conclusão, sendo verdadeiras as premissas é que “A”, “B” e “C” sejam substituídos pelos mesmos termos (PERELMAN, 2004a, p. 2).

Aristóteles diferencia o raciocínio analítico, o raciocínio dialético e o silogismo dialético (também denominado entimema) do silogismo rigoroso da lógica formal. Segundo ele, no entimema, não são trazidas todas as premissas, lembrando que aquelas que nos são, seriam apenas plausíveis ou verossímeis. Isso porque temos a crença de que as premissas omitidas fazem parte da cognição do auditório a que nos direcionamos (*Retórica*, 1357 a).

Aristóteles (*Retórica*, 1360 a), ao diferenciar retórica e dialética, afirma: “Na verdade, a retórica é um ramo da dialética e a esta semelhante, [...]. Nem uma nem outra é uma ciência com um objeto definido de estudo; as duas são faculdades fornecedoras de argumentos”.

Quando se baseia a demonstração de uma proposição ao grande número de casos semelhantes, temos a indução na dialética. Por outro lado, temos, na retórica, o exemplo. Na hipótese de haver proposições verdadeiras e, como consequência, uma proposição distinta e adicional obrigatoriamente tornar-se verdadeira, de maneira majoritária ou universal, isso é chamado de silogismo na dialética e entimema na retórica (*Retórica*, 1356 b).

Caso algo seja persuasivo para alguém, será assim porque é de imediato e por si só evidente ou devido às premissas apresentadas parecer assim serem (*Retórica*, 1355 a).

Os raciocínios demonstrativos do *logos* não possuíam o mesmo prestígio que a ciência lógica. Já na época de Aristóteles, na Grécia antiga, havia uma clara percepção de que alguns tipos de auditórios pouco têm a fazer com a razão lógica (ADEODATO, 2010, p. 57).

Logos, no plural *lógoi*, ganhou a tradução de razão ou ciência. Contudo, na origem, possuía o significado de linguagem. O primeiro sentido de *logos* é falar, dizer, ou seja, o próprio ato. Posteriormente, passou a designar o resultado da ação, ou seja, a fala em si. Uma segunda conotação adquirida é reunir, colecionar, tal qual *katálogos*. O significado de razão, pensamento, argumentação é ligado à palavra *logos* desde o seu surgimento, muitas das vezes utilizada com ligação à retórica (ADEODATO, 2010, p. 57).

Deve-se frisar que, para Aristóteles, o que se contrapõe à retórica não é a lógica, e, sim, a analítica, entendida como o estudo metódico do pensamento racional dedutivo (ADEODATO, 2010, p. 58).

Em suma, *logos* é a linguagem no sentido performático, com suas estratégias, não designando apenas o sistema de regras dirigentes do pensamento. Somente em um segundo momento se separa o *logos* lógico da razão da opinião, da percepção e do mito. Nesse sentido, Protágoras defende o *dissoi logoi*, afirmando que é possível contradizer opiniões em qualquer tema. É por isso que as coisas, ao mesmo tempo, são justas e injustas, boas e más, verdadeiras e falsas (ADEODATO, 2010, p. 58).

Sabe-se que são três as fontes de persuasão, podendo atuar sobre as emoções dos próprios juízes ou lhes transmitindo a impressão correta sobre o orador, ou, por fim, demonstrando a verdade sobre as afirmações feitas (ADEODATO, 2010, p. 58).

Aristóteles (*Retórica*, 1391 b) fala sobre o discurso persuasivo de forma clara e sistemática:

O objetivo do texto persuasivo é levar a uma decisão ou julgamento (uma vez que, no que tange aos pontos por nós conhecidos acerca dos quais já deliberamos ou julgamos, não há mais necessidade de discurso). Há deliberação ou julgamento nas

seguintes situações: se empregamos o discurso dirigindo a um único ouvinte, visando a aconselhá-lo ou desaconselhá-lo, como se faz chamar a atenção de alguém sobre sua conduta ou incitando-o a se decidir – nesse caso, esse único ouvinte não deixa de ser um juiz, porque a pessoa que se deve persuadir é, pura e simplesmente, um verdadeiro juiz; em segundo lugar, se discursarmos contra um opositor, ou se combatemos a tese aventada, pouco importa – nesse caso, é forçoso empregar adequadamente o discurso visando a destruir os argumentos contrários, como se combatêssemos a parte adversária; enfim, o mesmo aplica-se aos discursos epidíticos. O auditório ao qual esse discurso é dirigido é tratado como seu juiz. Todavia, a bem da verdade, só é um autêntico juiz aquele que nos debates públicos pronuncia-se a respeito dos assuntos controvertidos. Ora, é em torno das questões debatidas e que constituem o objeto de uma deliberação que se busca uma decisão.

Sendo assim, considerando que nossa Corte Maior (STF) é formada por 11 ministros, ou melhor, 11 juízes/julgadores, interessa-nos analisar não apenas o discurso do orador para persuadi-los, mas, também, os argumentos usados por esses magistrados, com o objetivo de persuadir os demais que formam o órgão colegiado.

Para isso, analisar-se-ão os argumentos éticos, patéticos e dialéticos usados pelos ministros nos principais votos em três decisões emblemáticas.

Portanto, no capítulo terceiro, logo após analisar-se a universalização da retórica e como ela é entendida no século XX, verificar-se-ão os principais votos dos ministros do STF em três julgados emblemáticos: ADI 4.277 e a ADPF 132, a constitucionalidade da decisão sobre a união homoafetiva; ADPF 54, a legitimação da antecipação do parto da gestação de feto anencéfalo; e, por fim, a ADI 3.510, análise da suposta inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/08)⁸.

⁸ Para conferir os votos na íntegra, acessar: www.stf.jus.br

3 A RETÓRICA E A TEORIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

3.1 A Recuperação de Aristóteles no Século XX

No decorrer dos anos 60 e 70 do século passado, produziu-se uma retomada da filosofia prática⁹ na Alemanha e posteriormente em outros lugares (BERTI, 1997, p. 229).

Na Alemanha, nos últimos 20 anos, prevaleceu essa tendência no cenário filosófico, difundindo-se também para a Inglaterra e os Estados Unidos. Surgiram, então, duas direções fundamentais: a retomada da filosofia prática propriamente aristotélica e o retorno da filosofia prática de Kant. (BERTI, 1997, p. 230). Diante do tema deste trabalho, focar-se-á na filosofia prática de Aristóteles.

Busca-se, então, a retomada da noção grega de *polis* e ao tipo de *práxis* política a ela vinculada em oposição ao Estado Moderno. Em segundo plano, ela implica o retorno da concepção clássica do saber prático em clara contraposição à ciência moderna. (BERTI, 1997, p. 232).

Os defensores do saber prático, cada qual com intensidades diferentes, tinham na filosofia aristotélica o fundamento para concepções políticas diversas em relação às existentes no Estado moderno (BERTI, 1997, p. 232).

A grande pergunta é: porque, ainda hoje, Aristóteles é tão comentado? Enrico Berti (1997) responde:

A filosofia de Aristóteles talvez seja um caso único, na história, de ‘sistema aberto’, isto é, de filosofia que, por um lado, é um verdadeiro sistema, vale dizer, um complexo articulado e orgânico de partes, dotado de uma grande diferenciação interna, mas igualmente também de uma certa unidade; e, por outro, é um sistema aberto, no sentido de que é suscetível de contínuas integrações, ou melhor, de múltiplas utilizações, dada a sua grande versatilidade, atestada por uma fortuna entre as maiores que jamais se deram e por uma presença maciça, [...] no século XX (p. 320).

O segundo motivo que reforça a ideia da atualidade de Aristóteles é o seu amor pela experiência: “[...] ou seja, por isso que se vê, por isso que se toca, e também por isso que se escuta, pelas opiniões, pelos discursos, pelas tradições, pela história, ou seja – por tudo isso que está ao alcance de todos [...]” (BERTI, 1997, p. 322).

⁹ “Expressão que remonta a Aristóteles, mas usada desde o início do século XVIII para indicar o conjunto de reflexões filosóficas sobre a *práxis*, isto é, a ética, a econômica e a política, assim como as correspondentes disciplinas ensinadas nas universidades europeias” (BERTI, 1997, p. 229).

Outra grande paixão de Aristóteles foi a argumentação¹⁰, isto é, um discurso concatenado formado por palavras e afirmações, que derivando uma das outras, não estão em liberdade:

O amor pela argumentação significa o amor pela explicação, isto é, por dar razão, por justificar, por motivar; significa, portanto, investigação de um 'porquê', por isso interrogação, problematidade, alcance crítico, ou seja, em tudo o contrário do dogmatismo, da imposição, da assertoriedade categórica e sem motivo, do arbítrio, da violência verbal, da intimidação (BERTI, 1997, p. 323-324).

É da argumentação, mais especificamente da retórica, que se passa a explicar como ela é vista no século XX por meio de três grandes autores: Chaim Perelman, João Maurício Adeodato e Tércio Sampaio Ferraz Junior.

3.2 A Retórica do Século XX

3.2.1 A Nova Retórica de Chaim Perelman

Chaim Perelman, professor de lógica da Universidade Livre de Bruxelas, polonês naturalizado belga, é considerado um dos atuais expoentes da Filosofia do Direito. Suas obras trouxeram contribuições importantes no tocante à metodologia do Direito e, pela Teoria da Argumentação, propõe uma aplicação prática dos juízos de valores (SANTIAGO, 2010). Esse novo paradigma do Direito ficou conhecido como a nova retórica de Perelman.

Para Perelman (2004b, p. 58), o estudo da retórica deve ser centrado nos meios de argumentação, excluindo-se, assim, o conjunto de procedimentos usados para se obter adesão que não sejam por intermédio da argumentação propriamente dita. Isso significa que o autor exclui o recurso à experiência, seja ela interna ou externa, mas aceita a argumentação a respeito da interpretação da experiência. Por exemplo: um comerciante tenta convencer um consumidor que o diamante não possui a mancha amarela que este alega ter. Exclui, também, procedimentos chamados de ação direta, como o afago e o tapa. Contudo, ao raciocinarmos sobre o tapa ou lembrarmos um afago, estaremos dentro da órbita dos procedimentos de argumentação.

Para entendermos a nova retórica de Perelman, faz-se necessário, em breves linhas, demonstrar a forma como o Direito era interpretado dentro do paradigma legalista.

¹⁰ “Argumentar significa respeitar certas regras, as ‘regras do jogo’, as que tornam o jogo leal, honesto (*fair play*): mas as regras podem ser muitas e diferentes, segundo as exigências do objeto, isto é, da matéria tratada, e do sujeito, isto é, daquele que fala e daqueles aos quais se fala. Eis, então, o reconhecimento de muitas formas diferentes de argumentação, de muitos tipos de raciocínio: o apodítico, o dialético, o retórico, a indução, a dedução, o exemplo, a analogia, o contraste, as que alhures denominei ‘as razões de Aristóteles’. Cada tipo de argumentação tem seu rigor, sua exatidão, seu grau de precisão: em todo lugar que é possível, é necessário tender para o rigor, mas nem sempre é possível chegar ao mesmo grau de rigor, ou melhor, onde o objeto ou o sujeito não o permitem, seria pouco rigoroso pretender sê-lo de modo absoluto” (BERTI, 1997, p. 324).

A doutrina da separação dos poderes é ligada a uma psicologia das faculdades, em que vontade e razão são faculdades separadas. Significa que o poder legislativo, por sua vontade, determina qual direito deve orientar uma sociedade. Isso porque o direito é a manifestação da vontade do povo por meio da representação dos membros do Poder Legislativo. Por outro lado, ao Poder Judiciário, é vedado criar o direito, podendo apenas dizê-lo. É o que chamamos de jurisdição, e, no latim, de *iuris dictio*. Ao juiz, era limitado apenas aplicar o direito que lhe era dado, sendo apenas a boca da lei. Após a Revolução Francesa, essa mera repetição da lei pelo Judiciário, de forma mecânica, era representada pela expressão *bouche de la loi* (PERELMAN, 2004a, p. 32).

A passividade do magistrado no exercício das suas funções satisfazia de forma plena a segurança jurídica. Essa visão da aplicação do direito gerava uma aproximação entre direito e ciências, o que fazia do juiz necessariamente um ser imparcial, efetuando uma “pesagem” de natureza impessoal. O juiz deverá pesar a gravidade dos delitos e as pretensões das partes para alcançar o ideal de justiça. Por isso, não há a possibilidade de o magistrado julgar envolvido com sentimentos como paixão, raiva, temor ou piedade, representação essa feita pela venda nos olhos da Deusa da Justiça, Thémis¹¹. A intenção desta aplicação mecânica do direito desprovida de sentimentos visava, no Antigo Regime, a proteger os cidadãos dos abusos cometidos por uma Justiça corrompida. O direito era bem próximo, então, a uma pesagem ou a um cálculo no ato de sua aplicação. Isso transmite a ideia de que estamos protegidos pelas instituições, e não ao bel prazer da vontade dos homens (PERELMAN, 2004a, p. 32-33).

Diagnosticados os fatos, somente restava produzir o silogismo judiciário, cuja premissa maior devia ser fornecida pela regra de direito apropriada, a premissa menor pela comprovação de que as condições previstas na regra haviam sido satisfeitas, e por fim, a decisão dada pela conclusão do silogismo (PERELMAN, 2004a, p. 33).

A partir desse panorama de atuação judicial, a doutrina contentava-se em apenas sistematizar o conjunto de normas jurídicas existentes, permitindo ao juiz e aos litigantes no processo um instrumento formado pelo conjunto das regras de direito, e dele extrairiam a premissa maior do silogismo judiciário (PERELMAN, 2004a, p. 33).

¹¹ “Segundo a mitologia grega, a deusa Thémis era a filha de Urano (Céu) e de Gaia (Terra). Sendo dotada de grande inteligência e saber, era esposa de Zeus, o deus supremo, e sua conselheira. Foi a criadora das leis, dos ritos e dos oráculos. As leis e os oráculos proferidos por Thémis eram acatados tanto por homens como por deuses e, por isso, é por muitas vezes considerada a deusa da justiça, quando na verdade não o é. A verdade é que, para os gregos, ela era a deusa guardiã dos juramentos dos homens e das leis, sendo invocada durante os juramentos em frente aos magistrados. Ela era normalmente representada com uma balança em uma das mãos e uma cornucopia (vaso repleto de flores e frutos, em forma de chifre, que representava fertilidade, riqueza e abundância) na outra. Essa Deusa dotada dos mais nobres atributos teve três filhas: Eumônia (a Disciplina), Diké (a Justiça) e Eiriné (a Paz). Thémis significa lei, ordem e igualdade e fez da sua filha Diké (ou Astraea), que viveu junto aos homens na Idade do Ouro, a Deusa da Justiça” (SANVITO, 2012, p. 135-136).

Na busca da formação de um instrumento perfeito, coerente e completo por parte da doutrina, seria necessário existir uma e somente uma regra de direito aplicável para cada caso. Frisa-se que a hipótese de essa regra ser ambígua é inaceitável (PERELMAN, 2004a, p. 34).

Sendo esse instrumento completo, é preciso haver condições para demonstrar cada proposição formulada na linguagem ou a sua negação. Com a coerência, ficaria impossível demonstrar dentro dele uma proposição e uma negação. A exigência de coerência é imperativa, pois só existe contradição na incoerência. Nesse caso, o sistema torna-se inutilizável e faz-se necessário corrigi-lo. Por fim, a completude do sistema, que permite decidir se uma proposição do sistema é demonstrável ou não, pois em sua maioria comportam proposições que não aceitam decisão (PERELMAN, 2004a, p. 34).

O Código de Napoleão, em seu artigo 4º, ao expressar que ao juiz é vedado recusar-se a julgar com base na justificativa de silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, gera um sistema de direito como completo, coerente, sem antinomias, sem lacunas e sem ambiguidades que permitem interpretações diversas. Somente tendo um instrumento como esse, seria possível ao juiz determinar os fatos do processo e extrair as consequências jurídicas, sem ele mesmo participar da elaboração da lei no ato de julgar. Portanto, a escola da exegese se empenhava em limitar o papel do juiz à determinação dos fatos e à sua, consequente, subsunção sob os termos da lei (PERELMAN, 2004a, p. 34-35).

Discordando do pensamento positivista que direciona a lógica, o método científico à mera solução de problemas teóricos, deixando aos interesses, à emoção e à violência a resolução de problemas humanos, Perelman direciona suas pesquisas no que ele chama de uma racionalidade ética, isto é, de uma lógica voltada para os valores. Conclui, então, que não há uma lógica dos juízos de valor. Contudo, há em todos os campos do conhecimento, nos quais é comum a controvérsia de opiniões, tal qual a filosofia, a moral, o direito etc., o uso de técnicas argumentativas. Sendo assim, a dialética e a retórica são meios para se chegar a um acordo sobre os valores e sua aplicação (MAZZELI, 2008).

Nesse contexto, Perelman, em sua obra, resgata os ensinamentos aristotélicos acerca da retórica, ciência vista por Platão de forma pejorativa, mais precisamente como a arte e o instrumento de persuadir e manipular (em nítida associação com a sofística). Graças a Platão, a retórica passou a ser vista como uma técnica de embelezamento da oratória. Perelman busca na retórica dos antigos o caráter de elemento essencial para o desenvolvimento da argumentação, esta, de suma importância na Ciência do Direito (SANTIAGO, 2010).

Descartes e os racionalistas abandonaram a retórica na medida em que a verdade das premissas era garantida pela evidência. Isso porque se referiam a ideias claras e distintas (axiomas), sem as quais nenhum questionamento poderia ser feito, o que resultou num desinteresse pela

linguagem. Entretanto, a palavra pode ser usada em vários sentidos, resultando no problema de decisão e de escolha. Deve-se fornecer os motivos para adesão a uma solução proposta; e isso cabe à retórica (PERELMAN, 2004a, p. 142). Cartesianamente, a verdade se impõe pela evidência; não resulta, por esse motivo, de uma deliberação, muito menos pode ser considerada objeto de um consenso. Deliberação e evidência são conceitos quase contraditórios. Afinal, como Perelman afirma: “Não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência” (CARDOSO, 1998, *online*).

Uma proposição é evidente quando toda mente que lhe apreende os termos tem certeza da sua verdade. Faz-se a adesão do intelecto, ao contrário daquela da vontade, por intermédio do seu objeto: o intelecto não tem o poder de regular a intensidade dessa adesão, que é proporcional à evidência e à inteligibilidade do objeto. Deve-se não confundir uma certeza infalível com uma convicção meramente objetiva, que não é garantidora da ausência de ilusão ou de erro. Reafirma-se que a certeza não é ausência de dúvida, mas algo positivo, e, sim, a ausência de qualquer falsidade (PERELMAN, 2004a, p. 154).

De acordo com os racionalistas, a evidência é uma característica de uma proposição necessária quando a verdade desta resulta da distinta apreensão dos termos; ou, conforme entendem os empiristas, do nexos ou da não-compatibilidade entre as ideias (PERELMAN, 2004a, p. 154-155).

Importante ressaltar que uma proposição é evidente antes mesmo de ser percebida e mantém essa característica mesmo que não consiga atingir uma mente, pelo fato de esta não conseguir entender os termos da proposição e não apreender suas relações mútuas. Talvez, seja necessário um prévio conhecimento dos termos da proposição, pois servem de elo na demonstração. Nesse caso, a proposição já não será evidente por si só, mas, dependendo da demonstração, ela será mediata (PERELMAN, 2004a, p. 155).

Nessa perspectiva, a propósito da evidência como fundamento do conhecimento e critério de verdade, surgiu o problema da definição e, de um modo mais geral, da linguagem. Para diminuirmos a dificuldade que resultou desse raciocínio e a obrigação de definirmos todos os termos introduzidos, um após o outro, conclui-se que o fundamento de toda evidência se encontre em uma intuição de naturezas, de termos simples ou de ideias, em que signo e significado se correspondam sem erro e sem ambiguidade (PERELMAN, 2004a, p. 155).

De cada vez que dois homens fazem juízos contraditórios sobre uma mesma coisa, certamente um dos dois estará enganado, e mais: não possuirá a verdade. Isso porque, se tivesse uma visão clara e distinta, convenceria o seu adversário ao expô-la (CARDOSO, 1998).

E mais, se de forma preliminar aceitarmos que os fatos e as verdades são sempre compatíveis, chegaremos à conclusão de que duas proposições evidentes não podem se contradizer em suas teses. Se assim fosse, a evidência perderia seu estatuto e se tornaria aparência, e uma das

verdades seria desqualificada a erro, o que não acontece quando nos referimos a uma escolha entre valores (PERELMAN, 2004a, p. 143).

Portanto, a evidência tem estreita ligação com a verdade e a ciência filosófica, que trabalha com o auditório universal; ou seja, todas as premissas, por serem incontestavelmente verdadeiras, têm a adesão de um auditório completo, total, de todos. Isso acaba por tornar a retórica e a argumentação desnecessárias, haja vista a reluzente verdade atemporal das premissas. É, portanto, demonstrativa e não argumentativa, como é característica da matemática.

O discurso retórico, com o objetivo de persuadir, convencer, influenciar, se utiliza da linguagem comum ou da linguagem comum adaptada conforme cada caso. Trata-se, pois, de um discurso não-especializado. Não é o fato de a tese ser verdadeira que resulta em uma adesão por parte do auditório. É possível que se opte por uma tese por ela ser mais equitativa, mais razoável, mais proporcional, mais oportuna, mais bem adaptada ao caso (PERELMAN, 2004a, p. 156).

Dessa forma, argumentar uma tese contra um adversário e reconhecê-lo como interlocutor, e abster-se da agressão da imposição é reconhecer no outro a dignidade de quem pode ser racionalmente convencido (PERELMAN, 2004a, p. 156).

Partindo do conceito de Aristóteles sobre retórica como a arte de procurar, em qualquer situação, os meios de persuasão disponíveis, Perelman, estendendo e desenvolvendo esse conceito, diz “que seu objeto é o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2002, p. 5). Perelman (2004a, p. 142-143) inclui quatro observações para completar essa definição, que, de acordo com o autor, permitirão precisar-lhe o alcance. A primeira é que a retórica tem o intuito de persuadir por meio do discurso. A segunda refere-se à demonstração e à relação da lógica formal com a retórica, pois uma palavra pode ser entendida em vários sentidos, e quando se trata de esclarecer uma noção confusa ou vaga, daí aparece o problema da escolha e da decisão que a lógica formal não consegue solucionar, uma vez que o estudo dos argumentos cabe à retórica. A terceira observação assevera que a adesão de uma tese pode ter intensidade variável. Na hipótese de se aderir a uma tese ou a um valor, a intensidade da adesão sempre pode ser aumentada, pois nunca se sabe com qual tese ou qual valor ela poderia entrar em competição, em caso de incompatibilidade e, portanto, de escolha inevitável.

A quarta observação, que diferencia a lógica formal das ciências positivas da retórica, é que ela diz respeito mais à adesão do que à verdade propriamente dita. As verdades são impessoais para todos ao contrário da adesão, que é sempre o ato de convencer um ou mais espíritos aos quais nos dirigimos, ou seja, o nosso auditório (PERELMAN, 2004a, p. 143). Perelman frisa que toda argumentação se desenvolve em função de um auditório e que, para convencer os espíritos formadores do auditório, usa-se como meio exclusivo de persuasão a palavra (CARDOSO, 1998).

Segundo o autor, a noção de auditório é central na retórica. Aristóteles defendia a ideia de auditórios diferenciados pela fortuna ou pela idade, formados pela multidão, ou seja, um auditório não-especializado, sem potencial para traçar um raciocínio complicado. Isso porque um discurso só pode ser eficaz se adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer. O auditório tem como característica ser particular, ou seja, ser diferente em razão de suas competências, crenças, emoções ou pontos de vistas (PERELMAN, 2004a, p. 143-144).

A nova retórica assevera que a argumentação pode dirigir-se a diversos auditórios e não se restringe, como a retórica clássica, às técnicas do discurso público dirigido a um auditório não-especializado. A nova retórica visa ao diálogo socrático, à dialética, à arte de atacar o adversário em meio à defesa de uma tese, quando há uma controvérsia, tal qual foi ensinado por Platão e Aristóteles (PERELMAN, 2004a, p. 144).

O contato dos espíritos faz questão de uma linguagem comum que possa ser absorvida por todos os ouvintes. Sendo o auditório homogêneo quanto à formação, profissão, isso fica fácil. Contudo, quando o auditório não é especializado, dificulta-se a adaptação do orador àquele. É o que chamamos de vulgarização (PERELMAN, 2004a, p. 145).

O conhecimento do auditório é vital para o sucesso da argumentação. Quanto melhor se conhece o auditório, maior é o número de acordos prévios que se têm à disposição; portanto, melhor fundamentada será a argumentação (PERELMAN, 2004a, p. 146).

Para melhor adesão dos espíritos, não basta um discurso direcionado às teses adotadas pelo auditório, mas também é preciso que o orador tenha ciência da intensidade de adesão do mesmo. Em regra, quando há teses confrontantes, prevalecerá aquela a qual lhe confere maior peso e com maior intensidade se adere aos ouvintes (PERELMAN, 2004a, p. 146).

Enquanto os raciocínios demonstrativos e as inferências formais se baseiam no correto e no incorreto, os argumentos, sejam eles a favor ou contra alguma tese, possuem uma força maior ou menor e fazem a intensidade de adesão do auditório variar. As técnicas de argumentação têm o intuito de reforçar ou enfraquecer a adesão ou suscitar a mesma a novas teses, que podem ser consideradas resultado da adaptação de teses antigas (PERELMAN, 2004a, p. 147).

Para evitar o que Perelman chama de petição de princípio (um erro de argumentação), o orador deve conhecer o auditório ou, pelo menos, conhecer os posicionamentos deste em relação ao assunto que será tratado. Há uma forma de o orador “salvar” o discurso quando se encontra em uma situação em que não sabe a opinião do auditório. O orador, mediante perguntas e respostas, método socrático da maiêutica, poderá confirmar quais teses o auditório aceita. Mas se for grande o auditório, o orador terá que partir de presunções ou hipóteses sobre o que é permitido ou não pelo auditório, tendo por base um corpo de conhecimentos, um código social ou um programa político da sociedade em questão, entre outros (MAZZELI, 2008).

Exclui-se, também, da retórica, tanto a carícia como a violência. Contudo, é difícil eliminar a promessa e a ameaça, pois ambas utilizam a linguagem para materializar e ganhar adesão (PERELMAN, 2004a, p. 142).

No caso de auditório heterogêneo, o orador pode tirar o fundamento do seu discurso em teses, em regra, admitidas, em opiniões baseadas no senso comum. Para Perelman, as ideias da razão, indubitavelmente, têm vínculos com a ideia de senso comum (MAZZELI, 2008).

Uma das características de todas as teorias da argumentação, já estudadas por Aristóteles, é a do lugar-comum (*topos*), que nada mais é do que um ponto de vista, um valor que é preciso considerar em qualquer discussão e cuja elaboração apropriada redundará numa regra, que o orador utilizará em seu esforço de persuasão. Perelman (2004a) explica que uma reflexão sobre a liberdade pode partir de um lugar comum, tal como “a liberdade vale mais do que a escravidão” (p. 159).

Devido ao fato de a retórica se utilizar da linguagem comum (*topos*), sujeita à ambiguidade e imprecisão, a teoria da argumentação ressalta a importância da interpretação daquilo que é dado, isto é, daquilo que não é passível de ser discutido. Já que a argumentação tem o objetivo de adesão do auditório a determinadas teses, as técnicas de argumentação se apresentarão sob dois aspectos: positivo e negativo. O primeiro consiste no estabelecimento de uma solidariedade entre teses que se procuram promover e as teses já admitidas pelo auditório. Já o segundo visa a abalar ou a romper a solidariedade entre as teses aceitas e as que se opõem às teses do orador (MAZZELI, 2008).

Perelman (2004a, p. 159) frisa o fato de que aquele que argumenta tenta exercer com sua retórica uma influência sobre seu auditório e é obrigado a fazer escolhas. Para tanto, é preciso que sejam demarcados os pontos de desacordo e reconduza, a partir de então, o discurso a um plano em que as teses contraditórias possam ser comparadas. E assim, os argumentos utilizados a favor de uma solução se transformem em objeções à outra, e vice-versa (PERELMAN, 2004a, p. 159).

Sempre que houver contradição na lógica formal, seu discurso será absurdo em virtude do princípio da identidade. Já na seara da argumentação, como não existe univocidade na linguagem, não se fala em contradição, mas apenas em incompatibilidade. Sendo assim, seguindo essa linha de raciocínio, o discurso será considerado, no máximo, ridículo e, mesmo assim, somente se o orador não conseguir escapar utilizando-se da reinterpretação de termos (PERELMAN, 2004a, p. 159).

De acordo com o Tratado da Argumentação, escrito em parceria com L. Olbrechts-Tyteca, Perelman propõe-se a estudar as técnicas discursivas por intermédio das quais acredita ser possível provocar ou aumentar a adesão das pessoas às teses que são apresentadas à sua aceitação. O Tratado da Argumentação vai buscar fundamento em juízos de valor, que possuem relação direta com a dimensão social e histórica do pensamento. Conforme já explicado, a ideia central de Perelman é que, entre a força de arbitrariedade das crenças e a da demonstração científica, há uma lógica do

verossímil que constitui a argumentação. Assim, o raciocínio retórico-dialético retoma a noção de “acordo” desprezada pelo pensamento positivista (PERELMAN, 2004a, p. 159).

De fundamental importância é lembrar que, para Perelman (2004a, p. 159), a noção de acordo torna-se necessária, em especial nos casos em que não há ou são insuficientes os meios de prova e nas hipóteses, nas quais o objeto do debate não é a verdade de uma proposição, mas, sim, o valor de uma decisão, considerada conforme o direito. Nesse sentido, uma decisão será aceita se for oportuna, justa e socialmente útil.

Por fim, para melhor compreensão de sua tese, Perelman (2004a, p. 159) cita o exemplo do advogado que, ao relatar ao juiz o caso que está a defender, está na verdade buscando a adesão deste e só pode obtê-la mostrando-lhe que tal adesão está justificada, porque será deferida pelas instâncias superiores e pela opinião pública. Para tanto, o advogado não parte de verdades (axiomas), mas, sim, de alguns acordos prévios ou assentimentos que lhe permitirão conseguir a adesão do seu auditório.

Destarte, Perelman, partindo dos ensinamentos aristotélicos sobre retórica, reformula alguns pontos da mesma e tenta retirá-la do esquecimento. Assim, a retórica volta a ser estudada no século XX não como uma técnica persuasiva e vista de forma pejorativa, como acontecia com os sofistas, mas como técnica argumentativa fundamental para o próprio dia a dia, já que o homem é um ser vivo dotado de fala (*zôon logon ekhôn*) e todo comportamento ou ação humana é, na verdade, uma forma de se comunicar.

3.2.2 A Retórica de João Maurício Adeodato

Antes de explicarmos a concepção retórica de João Maurício Adeodato,¹² faz-se necessário analisar como se posicionou Aristóteles em relação a ela.

Aristóteles inicia sua vida intelectual em meio ao conflito estabelecido entre a ontologia de Platão e a retórica dos sofistas. Ainda que concorde com Platão ao assegurar que a verdade é o objetivo da filosofia e que o seu método é a demonstração necessária, Aristóteles volta sua atenção para o lado opinativo da experiência humana, possuindo, assim, mais afeição à retórica, lembrando que este lado opinativo, a *doxa*, era completamente descartável para Platão (ADEODATO, 2007, p. 328).

Enquanto Platão pensa que a *doxa* não se confunde com a técnica nem com a ciência, Aristóteles entende a retórica como *techne*. Ele divide o conhecimento em teórico, prático e poético.

¹² João Maurício Adeodato é professor titular da Faculdade de Direito do Recife, pesquisador 1º do CNPq, Mestre e Doutor da Universidade de São Paulo e Pós-Doutor nas Universidades de Mainz e Heidelberg pela Fundação Alexander Von Humboldt em Teoria Geral do Direito e em Retórica Jurídica.

Como ciências teóricas, têm-se a filosofia, a matemática e a ciência natural; e como ciências práticas, têm-se a ética e a política, cujo bem agir é o maior objetivo. Aristóteles é muito claro ao expressar que a retórica não é uma ciência poética, conceituada como aquela que produz seu próprio objeto, ao contrário da sofística. O meio técnico originário da dialética e transportado para a retórica é conhecido como entimema. Em Aristóteles, a dialética é vista como uma técnica argumentativa, bem mais do que como uma ciência teórica sobre estruturas argumentativas (ADEODATO, 2007, p. 328).

Em geral, o silogismo é conhecido como uma argumentação na qual, se certos enunciados são pressupostos, algo diferente desses pressupostos surge necessariamente deles. Classifica-se os silogismos em apodícticos, dialéticos, erísticos e retóricos (entimemas) (ADEODATO, 2007, p. 329).

Os entimemas são silogismos retóricos, incompletos ou imperfeitos, podendo uma de suas premissas ou até, a conclusão, estar subentendida, haja vista a notoriedade da premissa oculta. Malgrado seja o núcleo central da persuasão, o entimema não é a única via, tendo em vista a preocupação da retórica com a credibilidade do orador e da relação de afeto entre orador e ouvinte (ADEODATO, 2007, p. 329).

Como explicado, Aristóteles cresce sob a influência de Platão, depreciando a retórica¹³ em face da filosofia. Algumas pessoas na Grécia consideravam a retórica a mais alta ocupação espiritual do cidadão. Objetivando localizar a retórica no conjunto de conhecimentos humanos que deveriam formar o conhecimento do cidadão, Aristóteles sintetiza em sua retórica o platonismo, haja vista que tende a procurar a dignidade ética da ciência, da dialética e até da sofística; além disso, separar a má e a boa retórica, admitindo apenas a segunda. Considera a retórica judicial, a má retórica, por estar destinada a gerar emoções no espectador, fundadas em provas de fato, que para ele são frágeis. Mesmo considerando a retórica judicial um exemplo de má retórica, ele, de certo modo, a considera legítima; inclusive, a estuda (ADEODATO, 2007, p. 329).

A retórica, para Adeodato (2010, p. 47), é uma forma de “experimental” o mundo, incluindo as associações que o verbo traz consigo, a exemplo de sentir, olhar, pensar, julgar e provar. É uma maneira de, ao mesmo tempo, estar no ambiente e observar. Isso quer dizer que a retórica não é especificamente uma filosofia, muito menos uma escola do pensamento.

A depender do conceito que se adote de filosofia, a retórica poderá fazer parte dela ou não. Considerando a filosofia a busca da verdade, exclui-se a retórica da mesma, pois esta prescinde desse conceito. Contudo, caso a concepção adotada de filosofia não tenha a verdade como

¹³ “The idea of rhetoric has fallen into disrepute. A man who uses rhetoric appears to have something to hide. He uses his talk about justice and the common good as a cloak for his selfish aims and unjust purposes. In this view, rhetoric is not a means to convey knowledge; it is rather a tool used by those who would distort the truth for their own purposes” (NICHOLS, 1987, p. 657).

pressuposto de investigação, a retórica se opõe à ontologia, concretizando uma das dicotomias básicas da filosofia ocidental. Entende-se, então, a retórica como uma espécie de filosofia, mais do que uma escola, devido à sua longevidade, abrangência e amplitude. Para Adeodato (2010, p. 47), o único campo para o conhecimento que o homem pode ter no mundo é a retórica. Todas as concepções que partem de uma “antropologia pobre” são retóricas, enquanto todas as concepções que partem de uma “filosofia rica” são ontológicas.

A metáfora citada pode ser explicada da seguinte maneira: houve uma mudança de paradigma na modernidade e na pós-modernidade em face do ser humano. Deixou de ser uma espécie triunfante, que cria seu próprio mundo (intuito da filosofia da história e da biologia evolucionária) para se tornar um ser retardado, intermediado pela sua relação com o meio ambiente. Portanto, o ser humano ora é visto como um ser rico ou pleno (*reiches Wesen*), ora como um ente pobre ou carente (*arms Wesen*), de acordo com suas relações com o meio ao seu redor (ADEODATO, 2007, p. 329).

Os primeiros essencialistas defendiam que a linguagem é um meio para se alcançar a verdade, sendo aparente para alguns e capaz de se esconder atrás das aparências para outros. Para os retóricos, sejam eles quais forem, o ponto comum tomado aqui é a certeza de que isso é uma ilusão e a linguagem não é o máximo de acordo possível, é o único, constituindo um ambiente comum a todos, com objetividade diminuta e relacionada aos diferentes contextos (ADEODATO, 2007, p. 310).

Aquele que tem condição de falar possui condição de influenciar no mundo em que vive de forma razoavelmente eficaz, podendo chegar à verdade ao usar a língua como instrumento e a retórica como mero ornamento. Percebe-se que o ser humano não possui capacidade para diagnosticar as verdades relativas ao mundo, independentemente de um contexto linguístico, considerada única realidade artificial com que é competente para lidar (ADEODATO, 2010, p. 49).

Busca-se rebater as convicções equivocadas e difundidas não só pelos leigos, mas também no meio filosófico, que a retórica serve apenas como ornamento e para influir na opinião dos incautos. Engano grave! A retórica serve também para situar o homem de modo mais adequado no mundo, quando se refere ao relacionamento com os demais seres, bem como quanto ao conhecimento (ADEODATO, 2010, p. 50).

Desde a Grécia antiga, há uma oposição filosófica entre a ontologia (estudo do ser) e a retórica. A partir disso, há o confronto entre racionalistas e empiristas, pelo menos até Descartes e Locke, e as sínteses propostas por Kant, Hegel e outros pensadores não solucionaram a questão (ADEODATO, 2010, p. 51-52).

Fica clara, então, a prevalência das ontologias em face da retórica nas concepções filosóficas do Ocidente, de todo mundo, principalmente após a vitória dos monoteísmos e a defesa

intransigente de sua própria verdade. Põe-se de lado a retórica que é perpetuada no Ocidente desde a época dos sofistas. Marilena Chauí (*apud* ADEODATO, 2010) afirma: “A filosofia é uma deliberação orientada por um valor: a verdade. É o desejo do verdadeiro que move a filosofia: a verdade. É o desejo do verdadeiro que move a filosofia e suscita filosofias” (p. 51). Não se trata, nesse caso, simplesmente da defesa feita por Platão ao abordar a verdade. Talvez, a verdade realmente seja um corolário de uma necessidade buscada pelo homem para sentir segurança e verdade na teoria do conhecimento e justiça na esfera ética (ADEODATO, 2010, p. 51-52).

A procura da verdade por juristas práticos¹⁴ apenas demonstra o intuito de esconder o caráter retórico de sua profissão para fortalecer os próprios argumentos. Ignorando que não há “a verdade da lei e dos fatos”, mas meramente opiniões, o jurista apresenta-se como um teórico ou cientista, mas jamais como um doutrinador¹⁵ ou dogmático (ADEODATO, 2010, p. 51-52). Esse é o verdadeiro sentido para o real jurista, em especial na prática.

Desde a época dos sofistas, a retórica carrega um sentido pejorativo, herdado pelos antigos sofistas. Muitos identificam a retórica com a erística, o que coloca em mesmo patamar entimemas e erismas. Entimemas são premissas notórias faltantes em um silogismo retórico, isto é, tem-se a premissa maior, ausente à premissa menor por ser de natureza notória, e há a conclusão. Por exemplo: João é mortal (premissa maior). Portanto, João é homem (conclusão). Percebe-se ausente a premissa menor: todo homem é mortal, já que é notória essa frase. Contudo, não é cabível a confusão entre entimema e erisma. Este é chamado o falso juízo. *V.g.* Deus é bom (premissa maior). José é bom (premissa menor). Portanto, José é Deus (conclusão). É um silogismo do ponto de vista lógico, perfeito. Contudo é um erisma, haja vista a conclusão ser falsa. O erisma possui dois sentidos. O juízo erístico considerado o falso argumento, uma associação pejorativa feita à sofística, com o intuito de ser vencedor custe o que custar; e o de controvérsia, do *dissoi logoi*, ligado à agonística, à arte do debate do discurso. A tradição antirretórica não apenas considera como iguais entimema e erisma, bem como reduz o próprio erisma a uma condição negativa, que não é a única (ADEODATO, 2010, p. 52).

Por meio de uma análise analítica e afastando os juízos de valor, pode-se entender a erística como sendo uma forma de argumentação que se vale da ignorância do opositor, seja qual for o assunto, para induzi-lo a erro e contradições, afirmações inverossímeis ou falsas, confusões e, por consequência, vencer o debate. É importante ressaltar que as informações podem ser conscientemente falsas, ou seja, o orador pode ter ciência de que está faltando com a verdade, mas

14 Entende-se jurista prático como aquele personagem do Direito, seja ele advogado, juiz, desembargador ou ministro, que exerce a prática do Direito.

15 Dogma, que vem do latim *Dokein* e significa doutrinar, ensinar.

isso não ocorre de forma obrigatória. Frisa-se ser impossível haver argumentos erísticos objetivamente falsos, pois isso ultrapassa o controle público normal sobre a linguagem (ADEODATO, 2010, p. 52).

A retórica pode ser considerada método filosófico. Entretanto, seria uma informação sem completude, haja vista a existência de outra tese que assevera a retórica como, além de método, metodologia e metódica, tendo como fundamento as retóricas materiais, analíticas e práticas (ADEODATO, 2010, p. 50).

Com olhos modernos, pode-se entender a retórica nos três sentidos citados. O primeiro deles é chamado retórica material, ou seja, significa a própria linguagem, o fato linguístico, a experiência e descrição dos eventos, a própria condição humana de significar por meio do discurso. Essa retórica é a realidade mesma, a realidade que vivemos. A segunda são as retóricas práticas. Elas ensinam como devemos nos comportar frente à retórica material, as técnicas e as experiências eficientes para agir, isto é: argumentar, compreender, decidir, persuadir; em síntese, a retórica como oratória. Por último, há a retórica analítica, que é o estudo dos outros dois níveis, em uma dupla abstração, com o intuito de, mediante um sistema, compreender as relações entre as retóricas materiais e práticas sob uma perspectiva epistemológica (ADEODATO, 2007. p. 332).

Portanto, João Maurício Adeodato, forte expoente na retórica do século XX relaciona o Direito com a tão criticada retórica, afirmando, como pode ser comprovado nas linhas anteriores, que no Direito não há verdades ou axiomas, mas apenas argumentos, e estes jamais são irrefutáveis. Por isso, na prática jurídica, não há a busca da verdade, mas, sim, o assentimento ao melhor argumento.

3.2.3 A Retórica de Tércio Sampaio

Em uma breve retrospectiva histórica, na Antiguidade Clássica, o direito era um fenômeno de ordem sagrada, imanente à vida e à tradição romana. Era conhecido como um saber de natureza ética a prudência. Com a cristianização, a Idade Média adquiriu um caráter transcendente, o que permite um saber prudencial com toques dogmáticos. Em analogia com as verdades bíblicas, o direito tem origem divina e como tal deve ser aceito e interpretado pela exegese jurídica. Em consequência, o direito se torna uma sistemática racional capaz de operar as divergências em todas suas circunstâncias. A crise dessa racionalidade conduzirá ao aparecimento de formulações românticas sobre o direito, visto como fenômeno histórico, sujeito às contingências de cada povo (JUNIOR, 2008, p. 71-72).

O século XIX representa a destruição e o triunfo do pensamento sistemático legado pelo jusnaturalismo,¹⁶ com base na crença ilimitada na razão humana. Os teóricos do direito racional não estavam presos a nenhuma fonte positiva do direito. Até que, entre os séculos XVI e XVIII, o direito se tornou cada vez mais escrito, seja devido à quantidade de leis emanadas pelo poder constituído, quer pela redação oficial e decretação da maior parte das regras costumeiras (JUNIOR, 2008, p. 72).

O aparecimento do direito escrito aumenta a segurança, ao mesmo tempo a precisão de seu entendimento, e aguça a consciência dos limites. Ao aumentar-se a quantidade de fontes, surge também a hierarquia das mesmas, nas quais prevaleciam os costumes em face do direito escrito. Posteriormente, isso foi invertido. Para isso, contribuiu o aparecimento do Estado Absolutista e o desenvolvimento progressivo da concentração do poder de legislar. Necessitava-se de um aumento de leis interpretativas, o que culminou em duas condicionantes: uma, de natureza política, com a noção de soberania e o princípio da separação de poderes; e outra, de natureza técnico-jurídica, com o caráter privilegiado que a lei ganha como fonte de direito e a concepção do direito como sistema de normas postas (JUNIOR, 2008, p. 72-73).

A soberania,¹⁷ centralizando o poder na nação e não mais no rei, trouxe relevante mudança, bem como o princípio da separação dos poderes que contribuiu decisivamente para a separação da política e do direito, haja vista ao Legislativo e ao rei não serem permitidos exercerem o Poder Judiciário nem este exercer o poder daqueles. Sendo assim, a política se torna influente no Poder Legislativo, parcialmente no Poder Executivo e completamente neutralizada no Poder Judiciário. Surgiu, então, a ciência jurídica do século XIX (JUNIOR, 2008, p. 73).

A concepção da lei como principal fonte do direito e solidificação do pensamento que o direito é mutável, ou seja, a consciência social do século XIX torna regra que todo direito muda e a exceção que algum direito não muda. Essa institucionalização da mutabilidade do direito na cultura da época foi chamada de positivação do direito.

16 Direito natural é a procura de uma justiça superior, proveniente, quase sempre, da reação contra a justiça positiva. O direito fundado na vontade divina, o direito natural teleológico e o direito natural racional se direcionavam em busca do justo natural em detrimento da justeza das normas positivadas pelo Direito. Ele buscava sua fonte na natureza, na revelação ou na razão. O direito natural da Antiguidade relacionava-se diretamente com a natureza; o da Idade Média, com a revelação; e o dos tempos modernos, com a razão. No contexto do parágrafo, trata-se de um Direito natural referente à razão, pois ela era fundamento da religião, moral, economia, inclusive do Direito da época. Dessa forma, o Direito natural foi construído sobre a liberdade de consciência, jurídica, econômica e pessoal, estando o rei acima de todos, mas não acima da lei (MELLO, 2008, p. 3-9).

17 Rousseau (1996), em sua obra *O Contrato Social*, já afirmava que a soberania é o exercício da vontade geral, da vontade do povo: “Afirmo, pois, que, não sendo a soberania senão o exercício da vontade geral, não pode alienar-se, e ainda que seja o soberano, que é o ser coletivo, não pode representar-se senão por si mesmo, podendo o poder ser transmitido, mas não a vontade. [...] Pela mesma razão que a soberania é inalienável, é indivisível, porque a vontade é ou não geral: é a de todo o povo ou a de uma parte dele. No primeiro caso, esta vontade declarada é um ato de soberania e faz lei; no segundo, é simplesmente uma vontade particular, um ato de magistratura, ou, quando muito, um decreto” (p. 43-44).

No sentido filosófico, positivação é o ato de positivar e estabelecer um direito mediante um ato de vontade. Por isso dizer que o direito é um conjunto de normas que vale por força de serem postas pela autoridade constituída e só por força de outra posição podem ser revogadas. À medida que tais atos de vontade são atos decisórios, positivação passa a ser temo correlato de decisão. Assim, positivação passa a ser um fenômeno em que todas as valorações, regras e expectativas de comportamento da sociedade têm de ser filtradas por meio de processos decisórios antes de adquirir validade jurídica. A tese de que só existe um direito nos termos expostos é o fundamento do chamado positivismo¹⁸ jurídico (JUNIOR, 2008, p. 74).

Por outro lado, o sentido sociológico representa a extrema valorização das leis votadas pelos parlamentares. O antigo regime traz um enfraquecimento da Justiça, tendo em vista a valorização da decisão. Os pensadores iluministas e a classe burguesa passaram a exigir a valorização dos preceitos legais no julgamento dos fatos, a qual resultou em um respeito mítico à lei e a redução do jurídico ao legal. Essa tendência foi crescendo durante o século XIX até culminar no legalismo (JUNIOR, 2008, p. 74-75).

A chamada escola histórica divide a ciência do direito, conforme um paradigma kantiano, em dogmática, filosofia do direito e história do direito. A primeira e a segunda referem-se ao presente e a terceira ao passado. Por outro lado, a primeira e a terceira são históricas, e não a segunda (JUNIOR, 2008, p. 74-75).

Em resumo, a representação da razão para os jusnaturalistas foi substituída pelo fenômeno histórico. Surgiu, então, dessa exigência de uma fundamentação, a mutabilidade do direito, a moderna dogmática.¹⁹

Nota-se que não se trata de um conjunto de ações humanas, recolhidas de seu acontecer efêmero e que exigia do historiador imparcialidade, mas da experiência humana que, como um todo, tem um começo, um meio e um fim, exigindo do historiador objetividade. Assim, como o historiador faz história, cujo processo deve ser captado pelo cientista de modo objetivo, ao perceber-lhes as leis em formação, o homem também faz o direito de forma histórica. Apesar de a

¹⁸ O positivismo jurídico possui algumas características marcantes: a) o direito no positivismo jurídico não permite juízos de valor; portanto, é avalorativo. Não há preocupação com o conteúdo normativo, o Direito é realizado com a lógica formal (subsunção da norma ao fato). A interpretação do Direito é feita de forma mecânica mediante um raciocínio lógico-dedutivo. b) o Direito é definido levando-se em conta sua força coativa; c) a principal fonte do Direito é a lei, isto é, o legislador possui o monopólio de elaboração da lei; e d) não são aceitas as possibilidades de antinomias (normas em sentido oposto) e anomias (lacunas ou brechas na lei), haja vista a coerência e completude do ordenamento jurídico (MELLO, 2008, p. 23).

¹⁹ É possível entender uma disciplina como dogmática quando ela considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, abstendo-se do ato de pesquisar. Dentro do direito, são consideradas dogmáticas as disciplinas: direito penal, civil, comercial, internacional, econômico e do trabalho, entre outras. Haja vista os enunciados dogmáticos serem finitos, partimos do princípio da inegabilidade dos pontos de partida (JUNIOR, 2008, p. 48, 78).

Escola Histórica²⁰ insistir na historicidade do direito, o resultado passou a ser mais importante que a investigação que o precedera. Sendo assim, a dogmática ganha em importância dentro do direito (JUNIOR, 2008, p. 78).

A primeira característica da Ciência Dogmática do Direito é a ausência de lacunas. Sendo o sistema jurídico um sistema fechado, no qual as normas possuem íntima conexão, as normas mais importantes, hierarquicamente superiores, abarcam as inferiores. Devem as lacunas serem absorvidas pela correção num ato interpretativo, e não na criação de nova lei especial (JUNIOR, 2008, p. 79).

A segunda característica é o dogma da subsunção. Por intermédio dele, as normas jurídicas se referem a um ou a vários princípios, e daí deduzidas. Haverá, assim, uma premissa maior, a qual conteria uma diretiva genérica, e uma premissa menor, a qual expressaria um caso concreto, sendo a conclusão a manifestação do juízo concreto ou decisão. Esse procedimento lógico-formal marca de forma significativa a dogmática no século XIX (JUNIOR, 2008, p. 80).

Chegando ao século XX, percebe-se uma preocupação exacerbada com a criação de conceitos com o intuito de se aproximar de uma completude do direito. A dogmática do direito trabalha com um esquematismo binário: o direito é isso ou é aquilo, ou é direito privado ou é direito público, ou é direito real ou é direito pessoal, sendo as exceções tratadas como de natureza híbrida (JUNIOR, 2008, p. 82).

A ciência dogmática do direito, seguindo esse raciocínio, costuma encarar seu objeto como um conjunto compacto de normas, decisões e instituições que lhe competem sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente, orientada por uma ordem finalista, que protege todos de forma imparcial (JUNIOR, 2008, p. 82).

O legislador possui função fundamental nessa ótica do século XX. A decisão do legislador tem a importante função de escolher uma possibilidade de regulamentação do comportamento em detrimento de outras que, malgrado não desapareçam do horizonte da experiência jurídica, ficam presentes, à disposição, toda vez que a mudança se tornar conveniente (JUNIOR, 2008, p. 89).

Assim sendo, o *status* científico do direito modifica-se, pois deixa de se preocupar com aquilo que materialmente sempre foi direito com o fito de descrever aquilo que pode ser direito (relação causal), para cuidar de certas decisões, visando ao que deve ser direito (relação de

20

“Contra todo movimento iluminista com predominância da razão, veio da Alemanha a resposta pela chamada Escola Histórica do Direito. Segundo o historicismo, o Direito é histórico em sua essência, possibilitando o conhecimento jurídico como metodicamente histórico, isto é, o Direito é essencialmente histórico em seu objeto e em sua ciência; quando ocorrer mudança no Direito, também ocorrerá mudança na qualidade científica do seu conhecimento. [...] O pensamento jurídico deveria ficar vinculado à intuição e ao conceito, aquela representando o todo orgânico (intuição do todo histórico-dogmático) e este deveria alimentar a forma abstrata de cada regra” (MELLO, 2008, p. 12-14).

imputação). Nesse sentido, o problema da ciência do direito é a decidibilidade (JUNIOR, 2008, p. 89).

Envolvendo um problema de decidibilidade de conflitos sociais, a ciência do direito tem por objeto central o próprio ser humano, que entra em conflito, cria normas para solucioná-lo, decide-o, renega suas decisões etc. A ciência jurídica se articula em diversos modelos conforme se encara a decidibilidade. Cada modelo representa uma concepção do ser do homem como articulador central do pensamento jurídico (JUNIOR, 2008, p. 91).

O primeiro modelo, chamado analítico, determina quais as possibilidades de decisões para um possível conflito. Esse modelo dá ao direito um sentido formalista (JUNIOR, 2008, p. 91).

O segundo modelo analisa a decidibilidade na relação entre a hipótese de conflito e a hipótese de decisão, ou seja, dá relevância ao sentido, dando valor à hermenêutica (JUNIOR, 2008, p. 92).

Já o terceiro modelo encara a decidibilidade como busca das condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético. Tem como característica ser um modelo empírico (JUNIOR, 2008, p. 92).

A decisão é um processo de aprendizagem. Decidir é uma ação humana e qualquer ação humana ocorre numa situação comunicativa. Falar, chorar, sorrir, andar e correr são comportamentos que dizem algo a um terceiro. Sendo assim, podemos afirmar que o comportamento é comunicação e que é impossível não se comunicar. Até quem não se comunica, de alguma forma, comunica que não se comunica (JUNIOR, 2008, p. 323).

A decisão, portanto, é ato de comunicação. É ação de alguém para alguém. Na decisão jurídica, está presente um discurso racional, pois dele depende fundamentação. Não deve apenas ser provado, mas, sim, comprovado. Assim, uma decisão que não conquiste a adesão dos destinatários pode ser um discurso racional, ou seja, fundamentado (JUNIOR, 2008, p. 323).

Para ser racional, o discurso decisório deve ser aberto à possibilidade de questionamento. Ao chegar ao fim, acabando com os conflitos, isso não quer dizer que durante todo o processo não houve argumentação. Da argumentação para obter-se decisões jurídicas, cuida-se a teoria da argumentação jurídica (JUNIOR, 2008, p. 323).

A parte mais importante da retórica, que produz a credibilidade dos pontos de vista apontados, é a argumentação. Consistia na apresentação das provas que, desde Aristóteles, se dividiam em artificiais (apresentação das provas por meio da arte retórica, com base no próprio discurso) e em inartificiais (são adquiridas sem a arte retórica; por exemplo, testemunhos e opiniões doutrinárias) (JUNIOR, 2008, p. 323).

Admitindo que todo discurso envolve orador, coisa discutida e ouvinte, havia as seguintes provas artificiais: éticas, aquelas que se referiam ao caráter digno de confiança do orador; patéticas,

as capazes de motivar a sensibilidade do ouvinte; e reais, aquelas cujo efeito se baseava na coerência lógica da apresentação da coisa mesma (*res*). Seriam os exemplos e os indícios. Com o passar do tempo, a “argumentação” resultou na teoria das provas do direito processual. Mas, hoje, é usada como um modo típico do raciocínio jurídico (JUNIOR, 2008, p. 324).

O raciocínio jurídico tem sentido argumentativo: raciocinar juridicamente significa argumentar. Argumentar significa, em sentido *lato*, fundamentar. O pensamento jurídico do qual emerge a decisão jurídica deve ser entendido, basicamente, como “discussão de problemas” (JUNIOR, 2008, p. 324).

A deliberação não pode incidir sobre aquilo que não pode ser diverso do que é. Ou seja, ninguém delibera sobre algo que não possa ter duas soluções opostas, duas argumentações ou duas teses. Não se delibera sobre aquilo que não se coloca disponível a encontrar na deliberação em si o seu princípio. Seu horizonte é daquilo que pode ser encontrado no ser humano o seu princípio. O que já aconteceu não pode ser objeto de decisão, nem mesmo o que não pode vir a acontecer, nem aquelas que não podem ser de maneira diferente. Essas situações simplesmente são admitidas. Delibera-se apenas o que está no futuro, no campo do possível, e não no horizonte do necessário (COELHO, 2012, p. 94).

O pensamento sistemático²¹ traz a ideia de totalidade. Dentro desse todo, selecionam-se os problemas e os que fiquem fora desse todo, porque são incompatíveis com sua estrutura, são rejeitados ou considerados falsos problemas. Por outro lado, o pensamento problemático não nega a presença de um sistema, pois há uma íntima conexão entre os dois. Contudo, o pensamento problemático não tenta captar um sistema. Assim, uma pluralidade de sistemas é selecionada sem que o pensamento problemático tente submetê-los a um sistema superior (JUNIOR, 2008, p. 324).

Em um primeiro momento, o pensar problemático era inseguro. Aparentava possuir um pouco do ceticismo sofista. A sofística tinha dificuldades em diferenciar a verdade (*aletheia*) e a opinião (*dixa*), prevalecendo, assim, a segunda. A intenção maior dos sofistas foi provar que, mediante a técnica retórica, dentro do terreno filosófico, é possível fazer plausíveis até mesmo afirmações paradoxais. O importante não era o que provar, mas como se provar. Por isso, Platão criticava que os sofistas ensinavam uma arte que servia tanto ao bem quanto ao mal. Os sofistas perceberam que sempre era possível opor persuasivamente a um argumento qualquer um argumento contrário ou tornar mais forte a razão mais fraca (BONAVIDES, 2011, p. 445).

21 “A interpretação sistemática veio completar a interpretação lógica, representando, por conseguinte, um alargamento das potencialidades cognitivas contidas naquela forma de interpretação assente na *ratio*; ambas entraram, assim, a compor a categoria hermenêutica denominada lógica formal. A interpretação começa naturalmente onde se concebe a norma como parte de um sistema – a ordem jurídica, que compõe um todo ou unidade objetiva, única a emprestar-lhe o verdadeiro sentido, impossível de obter-se se a considerássemos insulada, individualizada, fora, portanto, do contexto das leis e das conexões lógicas do sistema” (BONAVIDES, 2011, p. 445).

Uma das formas de pensar os problemas é a tópica, nome específico de um dos livros de Aristóteles. Na tópica, estudam-se proposições dialéticas. A dialética nada mais é que a arte de trabalhar com opiniões opostas, que instauram um diálogo, confrontando-as. Sendo assim, a dialética está ligada à retórica, em oposição às demonstrações da ciência que são apodíticas (JUNIOR, 2008, p. 327).

A tópica aristotélica significava *topoi*²² de argumentação, ou seja, lugares comuns, meios auxiliares para orientação na discussão dos problemas. Ela surgiu como uma teoria dos lugares comuns, como uma teoria da argumentação e dos raciocínios dialéticos. Contudo, hoje se pensa a tópica como uma técnica de pensamento que se orienta para problemas. É um estilo de pensar, e não um método. Não é um procedimento verificável rigorosamente, e, sim, um modo de pensar problemas, deles partir e neles culminar. O problema é tratado como um dado, como algo que dirige e orienta a argumentação, que resulta numa solução possível dentre várias (JUNIOR, 2008, p. 327-329).

O discurso no Judiciário divide a tópica em material (conjunto de regras que baliza os argumentos dos participantes, tendo em vista seus interesses subjetivos) e formal (conjunto de regras capazes de conduzir a argumentação, tendo em vista o processo objetivamente considerado). A primeira divide-se em pessoal, isto é, são as manifestações pessoais das partes (não-profissionais) que conduzem a argumentação no sentido de serem ingênuas, honestas, de boa fé; e impessoal, argumentação característica dos profissionais do processo – advogado, juiz, promotor –, que privilegiam lugares comuns, como serenidade, imparcialidade e técnica (JUNIOR, 2008, p. 330-331).

Aceitando que todo problema trazido à seara jurídica tem caráter de conflito, faz-se necessário analisar, primeiramente, se há realmente um conflito e se esse conflito é jurídico. Essa fase na Antiguidade era conhecida com *translatio*.

Após a *translatio*, segue-se um procedimento denominado conjetural, no qual se analisa a consistência fática das alegações. Quem é o autor? Há o fato? (JUNIOR, 2008, p. 331)?

O próximo passo é a *definitio*, momento no qual se avalia a relação entre o fato e a descrição típica; fase em que a hermenêutica²³ torna-se crucial para a decisão (JUNIOR, 2008, p. 332-333).

22 “Dialectic, in Aristotle’s sense, is the art of using *topoi* to dispute about philosophical problems which are put in the form of alternative questions, for example, ‘Should one obey parents or the laws?’, ‘Is knowledge of contraries the same or not?’, ‘Is the universe eternal or not?’ (Top. 1.4, I.14.105 b 19-29). There are usually arguments for both sides of the problem, so that dialecticians must be able to argue either one side of the question or the other side (Top. I.11.104 b 13-14). (RAPHAEL, 1974, p. 154).

23 “[...] a palavra hermenêutica significa explicar ou interpretar. As raízes da palavra hermenêutica residem no verbo grego *hermeneuein* (interpretar) e no substantivo *hermeneia* (interpretação). O Dicionário Aurélio – Século XXI define-a como: Interpretação dos textos sagrados e a arte de interpretar leis. A importância da hermenêutica se dá em várias disciplinas – teologia, letras, filosofia, interpretação literária, interpretação de obras de arte, direito –, tornando-se cada vez mais importante seu campo de atuação” (MELLO, 2008, p. 93-94).

A hermenêutica contemporânea adquire característica de uma disciplina autônoma, entendida como a arte da compreensão. Afirmar-se, então, que ela não pode ser compreendida como um método, mas, na verdade, o estudo da compreensão. Justifica-se por meio das ciências naturais, como a geografia, a física e a biologia. Todas possuem métodos para compreender seus objetos; ao contrário das ciências humanas, que necessitam da hermenêutica para a compreensão dos seus. Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se afirmar que a hermenêutica é fundamental em todas as ciências humanas, já que permeia a compreensão de todas as disciplinas humanísticas, como é o caso do Direito (MELLO, 2008, p. 94-95).

A hermenêutica traz para o Direito uma posição não-objetificadora, de caráter antimetafísico, contrariamente à lógica formal (a subsunção da norma ao fato).²⁴

Existe, também, um quarto momento. Trata-se de uma defesa de qualidade jurídica do fato alegado. Essa defesa envolve também a questão da quantidade, no sentido de amplitude (quantitativa) do fato (quantos fatos estão abarcados pelo tipo). Busca-se, aqui, a prevalência dos princípios axiológicos sobre o direito positivo numa escala de hierarquização das normas. Funda-se no questionamento das normas para além do direito posto. Podemos citar como exemplo a defesa de um ato ilícito como defesa a outro ato ilícito ou fundamentar esse ato ilícito pelo princípio do bem comum. Pode ser usado, também, no sentido de: “Disse, mas não queria dizer” e “Fez, mas não queria fazer”. Questiona-se a coação, a boa-fé, o erro etc. Por último, ainda pode ser usado como uma vênia deprecativa, na qual a ilicitude e o comportamento são admitidos. Contudo, justifica-se com um apelo de clemência, dadas as circunstâncias sociais, econômicas etc. (JUNIOR, 2008, p. 333-334).

Frente a esses momentos da argumentação, vincula-se o questionamento do próprio dogma do qual se parte, a lei, o que permite ao processo decisório discutir seus pontos de partida sem negá-los (JUNIOR, 2008, p. 334-335).

Tomada a própria norma como questão, passamos a analisar três níveis gerais: análise, crítica e metacrítica. A primeira é uma norma-comunicação que envolve o emissor, o destinatário e a mensagem. É própria da análise a *voluntas legis* (vontade da lei) ou *voluntas leogislatoris* (vontade do legislador). Nesse momento, caímos no problema semântico entre a presunção de clareza da lei e a obscuridade semiológica. O segundo nível, a crítica, é articulado dentro de uma situação e examinado em sua estrutura, em seu repertório e em seus objetivos. Interroga-se o seu próprio fundamento (dever de prova). Há um problema de validade posto em termos de norma por

24 “É necessário, pois, haver horizontes, ou seja, o julgador não pode ficar limitado ao direito positivo, mas deve ver para além disso. O operador jurídico que possui horizontes sabe valorizar as mutações sociais, os novos valores, vê e dialoga com as dimensões culturais, sociais e históricas de seu tempo” (MELLO, 2006, p. 173).

outra norma. Aqui, coloca-se uma questão de hierarquia e extensão (estrutura) em relação ao âmbito de incidência do sistema no ordenamento. Por fim, o terceiro nível, chamado metacrítica. A norma é questionada no seu âmbito metanormativo, ou seja, para além da vigência da norma, em sua eficácia social e em seu fundamento axiológico. Trata-se de uma questão de legitimidade (JUNIOR, 2008, p. 335).

Em breves linhas, essas são as etapas do argumentar no Direito que opõem o descrever. O argumentar jurídico caracteriza-se pela pretensão de validade, implicando sempre um dever de prova (*onus probandi*), particularmente no saber dogmático, na forma de argumentos e contra-argumentos, afirmações e contra-afirmações (JUNIOR, 2008, p. 335).

Existem alguns tipos de argumentos jurídicos, que, em sintéticas linhas, são: argumento *ab absurdo* (não é o que é destituído de sentido, e, sim, o que tem um sentido falso, inaceitável para o senso comum), argumento *ab auctoritate* (próprio da retórica, funda-se no prestígio da pessoa que o sustenta), argumento *a contrario sensu* (quando se preenchem os pressupostos legais v, x, z, seguem-se as consequências a, b, c; quando não se preenchem, não seguem para as consequências a, b, c), argumento *ad hominem* (quando o argumentador restringe o que está disposto a conceder exatamente pelas conclusões a que deseja chegar, postulando, assim, o que quer provar. Por exemplo: admitido que a lei pune o ato x, então o ato x é ilegal), argumento *ad rem* (baseia-se nas provas que sustentam a validade de uma tese), argumento *a fortiori* (não deve ser proibido o menos a quem é lícito o mais), argumento *a maiori ad minus* (quem pode mais, pode menos), argumento *a minori ad maius* (trata-se com rigor um algo menor na busca de ser mais rigoroso um algo maior), argumento *a pari* ou *a simile* (compara dois casos semelhantes e aplica-se o mesmo dispositivo; analogia), argumento *a porteriori* (parte-se das consequências para as causas), argumento *a priori* (parte-se das causas para as consequências), argumento silogístico ou entimema (o entimema é um argumento quase lógico – A e B e D e C, para a afirmação de A e C. Não tem o rigor formal do silogismo), argumento exemplar (são os exemplos que possuem um carácter quase lógico devido ao princípio da semelhança. É possível que se fundem na diferença, quando os exemplos citados, por dessemelhança quanto ao caso, chegam a uma conclusão oposta) (JUNIOR, 2008, p. 336-344).

O discurso dogmático sobre a decisão não é um discurso informativo de como a decisão deve ocorrer, mas um discurso persuasivo sobre e como se faz para que a decisão seja acreditada pelos destinatários. Por isso, a verdade decisória reduz-se à decisão prevalecente, suportada pela motivação (JUNIOR, 2008, p. 344-345).

A dogmática da decisão preocupa-se mais com a verossimilhança do que com a verdade. Ela não exclui a verdade factual de suas preocupações, o que é considerado e aceito como real, mas a verdade real nem sempre segue a verossimilhança. Por exemplo: o uso de drogas produz

dependência química (fato). O álcool produz dependência química. Portanto, deveria ter as mesmas consequências jurídicas da droga (verossimilhança não confirmada) (JUNIOR, 2008, p. 345).

O discurso decisório é avaliativo (permite o uso de valores) e ideológico (valoração última que sistematiza os valores). A rigidez ideológica produzida no sistema avaliativo não significa ser imutável; pelo contrário, permite que fatores sociais balizem a decisão (JUNIOR, 2008, p. 346) rumo a novos entendimentos.

Devido a todas as razões já explicadas, podemos dizer que a dogmática da decisão constrói um sistema conceitual que capta a decisão como um exercício controlado do poder, como se as relações sociais de poder estivessem domesticadas. Assim, entende-se que a violência do direito é amenizada como *vis física*, mas permanece a violência como manifestação do direito.

Insta salientar que a violência é ambígua: constrói e destrói a ordem jurídica, pois a violência física pode gerar mais violência física (destruindo a ordem) ao mesmo tempo em que a violência do Estado, representando o autor, pessoa lesada, na ideia de monopólio do Estado como solucionador de conflitos, constrói a mesma ordem (JUNIOR, 2008, p. 346-347).

Destarte, a dogmática da decisão não elimina o papel da força, mas enfraquece o papel da violência concreta. Fala-se, então, que a dogmática decisória é um veículo para as ideologias da não-violência (JUNIOR, 2008, p. 347).

Sendo assim, conclui-se que a função do discurso persuasivo é levar a uma decisão (PERELMAN, 2004a, p. 2-3).

Segue, no próximo capítulo, uma análise dos argumentos éticos (*ethos*), patéticos (*pathos*) e dialéticos (*logos*) nos principais votos dos ministros do STF em três decisões emblemáticas.

4 A RETÓRICA NOS ARGUMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) – ANÁLISE DOS ARGUMENTOS USADOS NOS VOTOS DE TRÊS DECISÕES EMBLEMÁTICAS

Superados primeiro e segundo capítulos, os quais tiveram a função de explicar o que é a retórica na forma como foi sistematizada por Aristóteles, bem como os seus desdobramentos, incluindo aqui os tipos de argumentos retóricos – *pathos*, *ethos* e *logos*, falou-se, também, de como autores do século XX, Perelman, João Maurício Adeodato e Tércio Sampaio Ferraz Junior, têm compreendido a importância da retórica nos dias atuais, em especial fazendo um paralelo com o Direito.

A partir de agora, analisar-se-ão os argumentos retóricos – *pathos*, *ethos* e *logos* – utilizados em três julgados emblemáticos do STF. Primeiramente, estudar-se-ão os tipos de argumentos retóricos utilizados pelos ministros na ADI 4.277 e ADPF 132, as quais declararam constitucional a união homoafetiva estável. Em um segundo momento, analisar-se-ão os tipos de argumentos utilizados pelos ministros na ADPF 54, a qual considerou legítima a antecipação terapêutica do parto da gestante de feto anencéfalo. Por fim, apreciar-se-ão os tipos de argumentos retóricos utilizados pelos ministros na ADI 3.510, a qual discutiu a inconstitucionalidade do artigo 5º da lei 11.105/2008, chamada Lei de Biossegurança.

Frisa-se que a análise será dividida por tipo de argumento, e não por voto ou decisão. Seguindo essa metodologia, certamente, a compreensão será facilitada. Far-se-á o uso dos votos dos ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa.

O primeiro julgamento em pauta trabalha com uma questão há muito tempo repercutida no direito das famílias. Trata-se da possibilidade jurídica de existir uma união estável homoafetiva, em que o afeto – uma categoria patética por definição – é central.

As pessoas, ao discutirem esse tema, não são indiferentes, mas, ao contrário, expressam muitas vezes posições fortemente influenciadas pela emoção. Seleccionam-se algumas passagens, começando pelo relator.

À fl. 4 de seu voto, o ministro Ayres Brito adverte-nos para esta circunstância:

[...] nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.

O relator transparece em seu voto um estilo muito diferente da fria análise lógica de critérios jurídicos do problema. Seu discurso aproxima-se da poesia. A estratégia não se desenvolve para

exibição de seus dotes literários, mas deve-se compreender como um reforço patético às suas conclusões.

Para melhor compreensão, pode-se novamente recorrer a Aristóteles, que chama a atenção para o endereçamento da poesia às paixões do ouvinte. Ao recorrer a ela, o julgador também procura estabelecer uma abertura patética para seus argumentos, criando uma predisposição favorável no ouvinte pelo aliciamento de suas emoções.

O endereçamento às paixões é sinalizado ainda pela referência ao coração como sede de definição da questão em causa. Na verdade, remonta aos gregos a referência aos órgãos internos como sede da experiência patética, com a qual estamos todos acostumados hoje (falamos sobre as coisas do coração, de ter estômago para certa situação ou de perder a respiração, de uma reação figadal etc.).

A citação de Jean-Paul Sartre (p. 27), igualmente em estilo poético, é outro exemplo do esforço do relator em persuadir os ouvintes através dos sentimentos, deixando-os comovidos em relação à poesia. Fica claro o argumento patético usado pelo mesmo no trecho a seguir:

Que termina sendo a própria simbiose do corpo e da alma conciliar pelo modo mais solto e orgânico possível sua dualidade personativa em um sólido conjunto, experimentando aquela nirvânica aritmética amorosa que Jean-Paul Sartre sintetizou na fórmula de que: na matemática do amor, um mais um... é igual a um.

A estratégia de sensibilização pode ser ainda testemunhada pelo apoio aos sentimentos humanitários (de compaixão, piedade ou solidariedade), presente na p. 37 do voto do relator. Chamar idosos de “sobras de gente” comove, talvez, qualquer ser humano:

Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos do jardim em que levas e levas de seres humanos despejam suas últimas sobras de gente. Mas o comunitário ambiente da própria família.

O recurso a um dos mais importantes líderes religiosos da história brasileira recente, Chico Xavier, além de representar o recurso a um argumento não-jurídico – como centenas de vezes ocorrem nesse julgamento, e é comum em praticamente qualquer outro –, é associado ainda à expressividade poética como forma de envolvimento patético do ouvinte:

Uma canhestra liberdade ‘mais ou menos’, para lembrar um poema alegadamente psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos versos de que ‘A gente pode morar numa casa mais ou menos,/Numa rua mais ou menos,/Numa cidade mais ou menos/E até ter um

governo mais ou menos’, assim conclui com a lúcida mensagem: ‘O que a gente não pode mesmo,/Nunca, de jeito nenhum,/É amar mais ou menos,/É sonhar mais ou menos,/É ser amigo mais ou menos,/[...] Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos’ (p. 38).

No segundo julgado trazido à baila, podemos diagnosticar alguns argumentos patéticos de forma muito clara. À fl. 41 do voto do relator, ministro Marco Aurélio de Melo, ao comparar, de forma descritiva e detalhada, as emoções de uma gestante de feto normal, com expectativa de vida, com a amargura da gestante de feto anencéfalo, devido à certeza mórbida da morte, consegue atingir o lado emocional de qualquer ouvinte, fazendo aflorar sentimentos humanitários como compaixão e piedade, o que fica claro no seguinte trecho do voto:

Relatos como esse evidenciam que a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo importa em graves danos à saúde psíquica da família toda e, sobretudo, da mulher. Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito.

A técnica argumentativa de intitular as mulheres gestantes de feto anencéfalo de “incubadoras” é forte e causa instantaneamente nos seus destinatários um sentimento de repugnância quanto à situação. O relator, ao usar essa expressão, fls. 48-49, certamente, atinge seu objetivo ao mostrar o quanto é desumano manter esse tipo de gestação, tendo em vista a negativa de incerteza do óbito. Eis, portanto, um argumento patético. Veja-se: “A integridade que se busca alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso é plena. Não cabe impor às mulheres o sentimento de meras ‘incubadoras’ ou, pior, ‘caixões ambulantes’, na expressão de Débora Diniz”.

Da mesma forma, redigiu o ministro Luiz Fux ao traçar linhas com nítida intenção de comover os ouvintes. Quando inicia seu voto com a descrição detalhada do contraste de alegres gestantes, aguardando o momento maior da vida, o nascimento de seus respectivos filhos, enquanto uma outra exalava tristeza por saber que jamais conseguirá ser mãe do filho que gestava, tendo, inclusive, que encomendar, previamente, o pequeno caixão branco de seu filho. A forma como o ministro Fux transcreveu as emoções das gestantes de filhos sadios em contraste com a imensa tristeza da gestante de um filho anencéfalo consegue atingir os sentimentos mais profundos de qualquer ouvinte, fazendo aflorar nos mesmos piedade ao imaginar-se a cena:

O Senhor Ministro Luiz Fux: Primavera de 1980. Jovens casais aguardam na fila do Hospital São José, Rio de Janeiro, o momento sublime do parto. Ali, sonhos se multiplicam na imaginação das mulheres que estão prestes a dar à luz. A figura do filho amado crescendo, se desenvolvendo e preenchendo a vida daqueles que o

esperam é o que certamente ocorre àquelas gestantes. Em contraste, chamava a atenção de todos uma jovem moça, que também aguardava na mesma fila, em copioso pranto, juntamente com o seu marido. A comoção se justificava: no lugar de sonhos cultivados, esta gestante assistiu durante nove meses o funeral de seu filho. O pequeno caixão branco por ela encomendado era o símbolo de um ritual tão triste quanto severo com uma mulher que, em verdade, jamais conseguirá ser mãe do filho que gestava.

O terceiro julgado, a ADI 3.510, também traz o *pathos* nos votos de alguns ministros. O relator, ministro Carlos Ayres Britto, à fl. 43 do seu voto, usando linguagem metafórica, aborda o que é ser mãe de um zigoto *in natura*. É nítido que sua argumentação é direcionada a atingir o lado emocional do leitor, haja vista a descrição sentimental feita pelo mesmo. O relator tem o intuito de atingir o lado mais sensível dos ouvintes, sem falar no tom poético do texto, caracterizando-se, pois, um argumento patético, claramente percebido nas seguintes linhas:

Proximidade que seria até mais do que um estar ali do lado, fisicamente, para se tornar um estar aqui por dentro, amorosamente. Mas um dentro tão misteriosamente incomensurável quanto intimista, que ser voluntariamente mãe é esse dom de fazer o seu ventre do tamanho do mundo e no entanto colocar esse mundo na palma da mão.

O relator, fazendo uso de linguagem poética, técnica argumentativa característica do *pathos*, dos argumentos patéticos, às fls. 40-41 do seu voto, somado ao fato de fazer uma citação perceptivelmente sentimental, da professora Catharine Mackinnon, demonstra seu intuito de atingir os sentimentos dos ouvintes, conforme pode ser comprovado pelas linhas que se seguem:

Com o corpo que se vai formando no interior de outro corpo, de maneira a criar para a gestante (falo a partir do que ordinariamente ocorre nas gestações voluntárias) toda uma diáfana atmosfera de expectativas, sonhos, planos, desejos, risos, cuidados, sustos, apreensões e dores que a poeta Adriene Rich assim traduziu em relato da professora Catharine Mackinnon, da Faculdade de Direito de Michigan: ‘A criança que trago comigo durante nove meses não pode ser definida como eu nem como não-eu.’

Outra técnica argumentativa ainda pertencente ao argumento patético é trazer o argumento o mais próximo da realidade do ouvinte, atingindo, assim, o seu sentimento de compaixão e piedade. Nesse sentido, fez o relator, ministro Ayres Britto, à fl. 9 do seu voto, transcrito um trecho nas linhas a seguir. Quando falou da quantidade, aproximadamente cinco milhões de brasileiros, que possuem diversos tipos de patologias e fazem a vida dos indivíduos extremamente limitada, ele consegue atingir a emoção dos seus ouvintes, pois toda pessoa tem alguém próximo que esteja nessa situação. Observe-se:

Por conseguinte, linhas de pesquisa que não invalidam outras, porque a essas outras vêm se somar em prol do mesmo objetivo de enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor, além das precedentemente indicadas). Contingente em torno de 5 milhões, somente para contabilizar os ‘brasileiros que sofrem de algumas doenças genéticas graves, segundo dados levantados pela Revista Época, edição de 29 de abril de 2007, pp. 13/17.’

Encontram-se também exemplos de argumentos éticos na argumentação dos julgadores. Um argumento ético, como sabemos, procura reforçar o convencimento com o recurso ao caráter de quem argumenta. Não só a indicação de sua própria integridade pessoal, mas também de sua experiência de vida, sua expertise técnica ou profissional ou sua formação intelectual podem ser invocados em favor dos pontos de vista defendidos. Naturalmente, esse tipo de argumento não é feito diretamente, mas de uma forma em geral um pouco mais elegante – afinal, a soberba não é, entre nós (como ao contrário foi para os gregos), propriamente uma virtude. Entre essas formas indiretas de evocar a si mesmo como reforço argumentativo, fazem-se referências a momentos da própria formação (como quando um orador se refere aos seus tempos da velha Faculdade do Largo do São Francisco, ou do doutoramento...), à história de militância (como referências à luta pela democracia e resistência à ditadura militar – infelizmente, não são todos aqueles que as poderiam fazer), assim como a livros ou artigos publicados sobre o tema.

Talvez a seguinte passagem, retirada à fl. 3 do voto do ministro Lewandowsky, da ADI 4.277 e da ADPF 132, seja um exemplo de argumento ético:

Em 19 de agosto de 2007, em artigo intitulado ‘A igualdade é colorida’, publicado na Folha de São Paulo, destaquei o preconceito vivido pelos homossexuais. O índice de homicídios decorrentes da homofobia é revelador. Ao ressaltar a necessidade de atuação legislativa, disse, então, que são 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica a isso coíba. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais, cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais.

No terceiro julgado em análise nesta dissertação, a ADI 3.510, o ministro Gilmar Mendes, à época presidente do STF (2008), ao iniciar seu voto, proferiu algumas palavras, referindo-se à autoridade dos seus argumentos, já que ele, na posição de presidente que ocupava, tinha o voto de minerva. É um claro argumento ético:

Senhores Ministros. Cabe a mim, na qualidade de Presidente desta Corte, a difícil tarefa de votar por último, num julgamento que ficou marcado, desde o seu início,

pelas profundas reflexões de todos que intervieram no debate. Os pronunciamentos dos senhores advogados, do Ministério Público, dos *amicus curiae* e dos diversos cientistas e expertos, assim como os votos magistrais de Vossas Excelências, fizeram desta Corte um foro de argumentação e reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas.

O mesmo ministro, ainda na ADI 3.510, à fl. 10 do seu voto, se refere à autoridade das suas anteriores afirmações proferidas em outras decisões, quando se baseia nas lições do professor Peter Haberle. É o que se percebe no trecho a seguir:

Como tenho afirmado em outras ocasiões, com base nas lições do professor Peter Haberle, a Constituição de 1988, ao incorporar tanto o ‘princípio-responsabilidade’ (Hans Jonas) como o ‘princípio-esperança’ (Ernst Bloch), permite que nossa evolução constitucional ocorra entre a *ratio* e a *emotio*.

Naturalmente, não faltam os argumentos dialéticos, os quais se poderiam considerar “lógicos”, no sentido de que são dirigidos à razão do ouvinte. Conforme já explicado, segundo Aristóteles, são silogismos práticos aqueles que tiram conclusões a partir de pontos de partida não-necessários, mas objeto de disputa. Assim, um raciocínio dialético pode ser confrontado por outro, que chega a uma conclusão diferente porque parte de premissas (*topoi*) diferentes. Enquanto um argumenta a partir do texto expresso da lei, outro argumenta a partir de um princípio constitucional implícito. Outros podem ainda argumentar a partir de lições doutrinárias, decisões paradigmáticas, princípios gerais do direito (em sentido mais antigo: como emanções da “consciência jurídica dos povos civilizados” etc.)

São muitos os exemplos na argumentação dos ministros. Fiquemos com este, retirado do voto do ministro Lewandowsky, no primeiro julgado em análise, fls. 28-29:

Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

[...] todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela Constituição como autonomia da vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados.

Das premissas “as pessoas têm direito fundamental a constituir família, mediante casamento ou união estável” e “as pessoas são iguais, independentemente de suas preferências sexuais”, conclui-se que o Estado deve reconhecer também a união familiar entre homossexuais.

Encontram-se também exemplos da argumentação dialética a partir de premissas não-normativas, mas retiradas da teoria do direito ou da doutrina, como no exemplo a seguir, em que o

raciocínio apoia-se não só na lei, mas também na afirmação de que a Constituição é um sistema (a qual não está expressa normativamente, mas é ministrada pela teoria do direito). Observe-se trecho do voto da ministra Cármen Lúcia, retirado à fl. 5 do seu voto, ainda no mesmo julgado (ADI 4.277 e ADPF 132):

É exato que o § 3º do art. 226 da Constituição é taxativo ao identificar que ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.’

[...]

Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios.

[...]

Ensina José Afonso da Silva que ‘a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação de suas partes entre si, mais latamente, de sua relação com o espírito da época – ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua compreensão espiritual na sua relação como a visão total da época.’ [...]

Tanto não pode significar, entretanto, que a união homoafetiva, a dizer, de pessoas do mesmo sexo seja, constitucionalmente, intolerável e intolerada, dando azo a que seja, socialmente, alvo da intolerância, abrigada pelo Estado Democrático de Direito. Este se concebe sob o pálio de Constituição, que firma os seus pilares normativos no princípio da dignidade da pessoa humana, valor constitucional supremo, que impõe sua observância à sociedade, resultando na tolerância e na convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas, isto é, o livre-arbítrio.

No segundo julgado em estudo, a ADPF 54, também não faltam exemplos de argumentos dialéticos. Começa-se com trechos retirados do voto do ministro Marco Aurélio, relator, às fls. 32-33:

É de conhecimento corrente que, nas décadas de 30 e 40, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente a anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina. A literalidade do Código Penal de 1940 certamente está em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes à época, o que explica a ausência de dispositivo que preveja expressamente a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

[...]

No ponto, são extremamente pertinentes as palavras de Padre Antônio Vieira com as quais iniciei este voto. O tempo e as coisas não param. Os avanços alcançados pela sociedade são progressivos. Inconcebível, no campo do pensar é a estagnação. Inconcebível é o misoneísmo, ou seja, a aversão, sem justificativa, ao que é novo.

Diante das premissas levantadas pelo relator, conclui-se que o Direito não pode ficar obsoleto no momento da elaboração da norma, no caso, o Código Penal (1940). A *mens legis* (espírito da lei) do legislador era outra, em outra situação, em outro contexto histórico. Percebe-se que a sociedade evoluiu e as técnicas da medicina também avançaram de forma considerável. É possível mensurar de forma precisa a existência de feto anencéfalo. Se assim fosse em 1940, certamente, seria contemplado um inciso III, no artigo 128, do Código Penal, ampliando o rol de excludentes. É majoritário entre os doutrinadores penalistas defender-se juridicamente com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa, a antecipação terapêutica em tela, excluindo-se a culpa, isto é, deixando de ser considerado crime, malgrado existam algumas posições isoladas (NUCCI, 2008, p. 608-609).

Ao considerar legítima a antecipação terapêutica do parto da gestante de feto anencéfalo, o STF apenas garantiu o direito fundamental da gestante de autodeterminar-se e decidir o que é melhor para ela, resguardando, assim, sua dignidade. Pode-se concluir, então, que a sociedade evoluiu; conseqüentemente, o Direito também, mesmo que não seja por meio da atividade legiferante, cabendo essa função ao órgão constitucional supremo.

O ministro Marco Aurélio, ainda no seu brilhante voto, à fl. 48, faz uma analogia à tortura ao obrigar a gestante de feto anencéfalo terminar a gestação. Observem-se os seguintes trechos que demonstram argumentos silogísticos:

Art. 5º, inciso III da Constituição: Ninguém será submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante.

[...]

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele, que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez, cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto, vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito à privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.

Percebe-se que o relator busca fundamento no artigo 5º, inciso III, de nossa Constituição para afirmar que não haverá tortura no Brasil. Acompanhando seu raciocínio e após análise da outra premissa, percebe-se que não é proporcional favorecer o feto fadado à morte extrauterina e impor à gestante a manutenção de uma gestação que indubitavelmente resultará ineficaz. Isso viola inúmeros direitos fundamentais expressos em nossa Carta Maior, tais como o direito à saúde, à

autodeterminação, à privacidade, à liberdade sexual e, por fim, nosso valor constitucional supremo, à dignidade da pessoa humana. Sendo assim, é possível considerar, inclusive, que o corpo da mulher nesse tipo de gestação está assumindo uma espécie de cárcere privado. Conclui-se, portanto, que a legitimação da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo faz-se necessária.

Ainda trabalhando o *logos* no segundo julgado, ADPF 54, o ministro Luiz Fux, à fl. 7 do seu voto, usa de argumentos silogísticos. Atente-se para os seguintes trechos:

Com base nos dados colhidos de fontes seguras da literatura médica contemporânea, é possível estabelecer três conclusões acerca do que se expôs até aqui: i) a expectativa de vida do anencéfalo fora do útero é absolutamente efêmera; ii) o diagnóstico de anencefalia pode ser feito com um razoável índice de precisão, a partir de técnicas hodiernamente disponíveis aos profissionais da saúde; iii) as perspectivas de cura desta deficiência na formação do tubo neural são inexistentes nos dias atuais, por isso que o neonato anencefálico tem uma expectativa de vida reduzidíssima.

[...]

Desse modo, avulta em importância a necessidade de proteger a saúde física e psíquica da gestante. São, indubitavelmente, dois componentes da dignidade humana da mulher, indissociáveis do seu imo fundamental, a assumir posição de elevada importância no julgamento com que ora se defronta a Corte.

De acordo com as premissas sugeridas pelo ministro que se baseou na literatura médica contemporânea, é possível afirmar três conclusões sobre o anencéfalo: caso nasça com vida, ela é efêmera, dura pouquíssimo tempo; o diagnóstico, atualmente, possui precisão impressionante; por fim, não há hipótese de cura do anencéfalo, o que torna sua expectativa de vida muito reduzida. Diante desses elementos, se fizermos uma ponderação de interesses entre a vida intrauterina do anencéfalo, efêmera e sem possibilidades de cura, e a saúde psíquica, física, emocional e psicológica da gestante, certamente, pesar-se-á mais importante a saúde da gestante, pois esses elementos compõem a dignidade daquela que espera um ser que não viverá, e, se viver, será por reduzido tempo. George Marmenstein (2008) explica o que acontece quando há ponderação de interesses entre direitos fundamentais diversos²⁵. Nesse caso, podemos, inclusive, afirmar, de forma veemente, que úteros não são caixões. Não é proporcional fazer da mulher uma incubadora para um ser natimorto. Destarte, conclui-se pela nítida possibilidade da antecipação do parto da gestação de feto anencéfalo.

25 O que ocorre é que, muitas vezes, o dever de respeitar, proteger e promover determinado direito pode resultar em eventual violação a outro direito. Assim, por exemplo, a obrigação que o Estado possui de adotar medidas para proteger o meio ambiente pode resultar em uma possível afronta ao dever de respeitar o direito de propriedade. O dever de promover a solidariedade é potencialmente capaz de invadir a zona de respeito à livre iniciativa. O dever de respeitar a liberdade de expressão pode gerar uma ameaça ao dever de proteger os direitos de personalidade, e assim por diante (p. 368).

Por fim, analisar-se-ão os argumentos dialéticos dos votos proferidos por alguns ministros na ADI 3.510, o terceiro julgado em análise. Começa-se com a análise de trechos do voto do relator, ministro Carlos Ayres Britto, retirados à fl. 23. Observe-se:

Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose.

[...]

Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos ‘feto’. Este é o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita. [...]

Diante da maravilhosa analogia traçada pelo relator feita entre o embrião e o feto, a semente e a planta, a lagarta e a crisálida, a crisálida e a borboleta, conclui-se que o embrião em pauta não é merecedor, juridicamente, de uma tutela exacerbada, pois o que o Direito protege é a pessoa humana embrionária, e não o embrião de pessoa humana. Partindo dessas premissas, só é possível alcançar uma conclusão, a possibilidade jurídica dos estudos científicos em embriões *in vitro*, conforme prescreve o artigo 5º da Lei 11.105, de 2005 (Lei de Biossegurança).

Ainda fundamentado no voto do relator, às fl. 50, p. 46-47, o ministro Ayres Britto usa novamente argumentos dialéticos, baseados no *logos*:

O paralelo com o art. 5º da Lei de Biossegurança é perfeito. Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação. Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído, nem em formação. Pessoa humana, por consequência, não existe nem mesmo como potencialidade.

[...] a opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para ele o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.

O ministro afirma que o artigo 5º da Lei de Biossegurança²⁶ traz pressupostos suficientes para garantir que as pesquisas científicas sejam feitas apenas em embriões considerados inviáveis e que já estejam congelados há três anos ou mais. Isso garante que as pesquisas não serão feitas em embriões viáveis. Frisa, ainda, o relator que é direito de peso constitucional a opção por um processo *in vitro* de fecundação de óvulos, o que não resulta, em hipótese nenhuma, na obrigatoriedade do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões. Sendo assim, conclui-se que os embriões não-aproveitados, congelados há mais de três anos, podem ser utilizados para as pesquisas, podendo, assim, num futuro próximo, trazerem cura para patologias, atualmente, incuráveis.

Da mesma forma, usando de argumento dialético, redige o ministro Joaquim Barbosa, conforme podemos constatar neste trecho retirado das fls. 12-13 do seu voto:

Por fim, julgo importante fazer uma ultima observação lateral. A pesquisa envolvendo seres humanos, sejam eles embriões, fetos, bebês, crianças, adultos ou idosos, deve ser pautada pelos mais rigorosos critérios, tanto no momento em que a pesquisa é autorizada como durante o desenvolvimento dos trabalhos.

[...]

Assim, o melhor caminho para a proteção do direito à vida, em seus diversos e diferentes graus, é uma legislação consciente e a existência de órgãos dotados de competência técnica e normativa para implementá-la, fiscalizando efetivamente a pesquisa científica no país.

[...]

A proibição *tout court* da pesquisa, no presente caso, significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e para os eventuais benefícios que dele podem advir, bem como significa dar uma resposta ética unilateral para uma problemática que envolve tantas questões éticas e tão diversas áreas do saber e da sociedade.

Fica claro, ao lermos os trechos anteriores, que o ministro Joaquim Barbosa reitera a importância da existência de rigorosos padrões de cuidado ao falarmos em pesquisa científica em seres humanos e que, para isso, é necessário haver uma legislação que permita a fiscalização efetiva das pesquisas científicas no nosso país. Por outro lado, ele exalta a importância em permitir essas pesquisas, pois não se pode fechar os olhos para o desenvolvimento científico e para as vantagens que poderão vir no futuro. Existe uma parcela da população possuidora de patologias hoje

26 Art. 5º da Lei 11.105/2005: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

incuráveis, necessitada dessas pesquisas e esperançosa em seus resultados. Diante das premissas apresentadas, fazem-nos concluir pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005 e a consequente possibilidade das pesquisas científicas em embriões *in vitro*.

Destarte, após análise de votos de alguns ministros em três julgamentos emblemáticos ocorridos no STF, conclui-se que os argumentos retóricos aristotélicos – *pathos*, *ethos* e *logos* – são usados por eles e servem como forma de persuasão dos ouvintes.

4.1 A Nova Retórica e o Direito – a influência retórica nas decisões do judiciário contemporâneo

Destarte, ao longo desta dissertação, ficou claro que o primeiro e grande responsável pela retórica foi Aristóteles. Ele pode ser considerado aquele que deu fundamento para a formulação da teoria da argumentação.

No conjunto das teorias aristotélicas, ciência, sabedoria, arte, dialética e retórica formam uma série extremamente rica de formas de usar a razão, dotadas de diferentes graus de intensidade, de rigor ou de precisão, mas todas igualmente marcadas pelo ato de argumentar. Dos cinco livros criados por Aristóteles: *Analíticos*, *Tópicos*, *Refutações Sofísticas*, *Retórica* e *Poética*, focar-se-á nossa atenção na *Retórica*, tema deste trabalho.²⁷

Em breves linhas, retomaremos algumas ideias de Aristóteles na *Retórica*. Na *Retórica*, o estagirita²⁸ supera as receitas advindas da mera empiria e da rotina, e desenvolve uma teoria retórica mais aprofundada, com base em princípios gerais de argumentação. Aristóteles fala dos gêneros do discurso, dos meios de prova, dos tipos de argumentos, distingue a dialética da retórica, aborda os entimemas e os exemplos, e até mesmo qual discurso para cada auditório. Define a Retórica como a faculdade de ver teoricamente o que, em cada caso, pode ser capaz de gerar persuasão. Partindo desse conceito, ele provê uma fundamentação mais sólida à Retórica, desprestigiando o poder de dominar em face da capacidade de defender-se. Quando fala da erística, silogismo não necessariamente verdadeiro, pois tem assento em argumentos aparentemente prováveis, mas que na realidade não são, nada mais é que a busca do sucesso na discussão, a vitória em uma disputa argumentativa, independente de qualquer coisa, ainda que se use um meio desleal. Logo após, a Retórica ganha o *status* de ciência ao lado da dialética (ALVES, 2009, p. 2).

27 “An easy answer suggest sit self for Aristotle. Aristotle the biologist discovered that substances and natural things came in kinds. He therefore looks for kinds of works of art in the Poetics, kinds of constitutions in the Politics, and kinds of rhetoric in the Rhetoric. Since the Discovery of natural kinds was so momentous in his eyes, it made sense to look for kinds even among human activities” (GARVER, 2009, p. 1-18).

28 Designação própria daqueles que nascem em Estagira, como foi o caso de Aristóteles.

Quanto à relação entre retórica e dialética em Aristóteles, aquela, em uma passagem, foi considerada a contrapartida da dialética. Por outro lado, já foi considerada, também, uma parte desta, similar a ela. Portanto, a retórica é semelhante à dialética ao usar seus resultados, métodos e objetivos, mas difere ao se endereçar a auditórios particulares com objetivos específicos (ALVES, 2009, p. 2-3).

Ao analisar essas questões lembradas, Chaim Perelman fez ressurgir a retórica aristotélica em uma nova retórica. Para ele, a tradição da filosofia ocidental preservou as ideias aristotélicas apenas quanto à lógica formal, atrofiando e não permitindo o desenvolvimento do *logos*, da razão. Por isso, o autor de Bruxelas visa a ampliar as possibilidades do uso da razão, permitindo ao ser humano, racional, trabalhar a argumentação em busca de uma adesão maior de um auditório, inclusive no Direito (ALVES, 2009, p. 3).

Para Perelman, a argumentação é entendida como uma forma intimamente ligada à adesão, pois só há possibilidade de haver argumentação onde há a liberdade de se aderir ou não. Sendo assim, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2002) determinam o objeto de uma teoria da argumentação: “o estudo das técnicas discursivas permitindo provocar ou aumentar a decisão das mentes às teses que se apresentam ao seu assentimento” (p. 5). Percebe-se, então, que a teoria da argumentação é centrada no auditório, ou seja, naqueles que são os destinatários do discurso, isto é, busca-se a adesão do maior número de ouvintes possível. Por esse motivo, a argumentação não é mera prática persuasiva. Ela é, também, um ato de convencimento mediante razões e argumentos a favor ou contra uma determinada tese (ALVES, 2005, p. 14).

A adesão do auditório ao discurso é fundamental, pois não há discurso sem auditório. A teoria da argumentação, chamada de nova retórica, abrangendo todos os aspectos relacionados à adesão (tipicamente retóricos) e os processos de justificação (ALVES, 2009, p. 5).

A teoria da argumentação é clara ao definir seu objeto. Ela estuda os argumentos utilizados para a busca da persuasão e do convencimento, independentemente do tema ou assunto de que se trate. Preocupa-se com o aspecto lógico do discurso. A mera fala ou recitação não interessa, e, sim, a troca de argumentos fundamentados na razão. Estudam-se todos os meios de prova e a preocupação gira em torno da força, solidez e intensidade dos argumentos. Perelman, na realidade, está interessado em saber quais argumentos fazem com o que o auditório realmente se adere ao discurso (ALVES, 2009, p. 5).

A nova retórica não busca se separar da lógica formal. Na verdade, acrescenta-lhe um campo de raciocínio, isto é, o raciocínio prático. Ela será aplicada sempre que estiver ligada à racionalidade (ALVES, 2009, p. 6).

O problema não é a lógica formal em si, que possui o seu valor, reconhecido por Perelman. Mas a crítica é voltada para o afastamento da racionalidade e o seu uso apenas nos raciocínios

formais, demonstrativos, característico das ciências exatas. A nova retórica tenta trazer de volta para a racionalidade os demais tipos de raciocínios que têm por característica a argumentação prática humana (*práxis*) ou da ação humana (ALVES, 2009, p. 6).

Perelman busca ampliar a noção de racionalidade e diferencia a demonstração, considerada a lógica estrito senso, aquela que usando os meios de prova chega à conclusão partindo da verdade das premissas, e a argumentação, que engloba a dialética e a retórica, podendo ser definida como o conjunto de técnicas capazes de aumentar a adesão das mentes (auditório) às teses que se apresentam ao seu assentimento. Aqui, encontra-se um ponto relevante. Há um distanciamento das evidências, porque, na demonstração, a prova é evidente e a adesão é obrigatória. Ela não permite o assentimento voluntário com base na argumentação usada, característica do que Perelman entende por argumentação. As demonstrações são intemporais, ou seja, sempre suas premissas vão ser verdades, objetivamente válidas, por isso não há necessidade de se analisar o auditório. Este sempre vai aderir a elas (ALVES, 2009, p. 6-7).

A nova retórica, além de estender o domínio da racionalidade para além da demonstração, mostrando as especificidades da argumentação, repensa em termos retóricos o próprio conceito de razão. Por um viés retórico e dialético, a razão pode ser entendida como a adesão de um auditório universal ideal, composto por todos os seres racionais, que só resultaria em assentimento à verdade. Para Perelman, a argumentação filosófica, dentro dos parâmetros da teoria da argumentação, pode ser entendida como uma tese dirigida a um auditório universal. Uma argumentação racional possui o intuito de universalidade. Ela visa a persuadir um auditório geral, que, na cabeça do filósofo, encarna a razão (ALVES, 2009, p. 7-8).

Diante do exposto, pode-se concluir que a própria razão é o auditório, e a tese na qual a filosofia pode ser entendida como um discurso dirigido a um auditório ganha credibilidade. A argumentação filosófica, ao se fundamentar na razão, buscou atingir um auditório universal. A argumentação filosófica, universal e racional, se distingue das demais ciências humanas não pela ausência da retórica. O fato de a razão ter sido considerada pelas civilizações ocidentais algo inato à condição de ser humano, iluminada por Deus, foi o fator de maior peso para que houvesse a rejeição à retórica. Os filósofos, ao contrário dos sofistas (ou dos retóricos, dos demagogos), sempre negaram que tentavam convencer um auditório específico com a sua argumentação. Dirigir-se a um auditório não cabia a um filósofo considerado sério, que sempre buscou a verdade e não se preocupou com a eficácia da argumentação (ALVES, 2009, p. 8).

4.1.1 A Tensão entre o Legalismo e o Decisionismo e a Relação entre a Retórica e o Direito

Começando a adentrar no tema que nos interessa, na retórica dentro da seara jurídica, do Direito, é preciso resolver a tensão entre o decisionismo e o legalismo (ALVES, 2009, p. 8).

Desde o início do século XIX, discutia-se esse embate: o esgotamento das escolas hermenêuticas dogmáticas que se seguiram do movimento de codificação por toda Europa. O Código Civil de Napoleão em 1804,²⁹ entre vários outros da época, tinha a pretensão de exaurir os assuntos em busca da completude documental legal, o que era inviável. Os códigos acabavam por ficar obsoletos depois de mais de meio século de vida. O apego ao legalismo, a letra fria da lei defendida pela escola da Exegese³⁰ e o respeito indiscutível a *mens legis* ou o espírito da lei, a vontade do legislador, defendida pela escola histórica, deixaram o direito ultrapassado em relação à sociedade. É nítido esse movimento cíclico. A sociedade evolui, o direito também, mas o apego ao legalismo prejudicava essa evolução jurídica. A valorização ao extremo do Legislativo em face do Judiciário reduziu este apenas a uma função declaratória, conhecida como *bouche de la loi*, ou a boca da lei. O instituto da segurança jurídica pautava tais decisões. Contudo, engessava de forma severa a evolução do direito. Em razão disso, surgiu, então, na Europa, o movimento do direito livre e a livre pesquisa científica, com intuito de aumentarem as fontes do direito para além da lei e, conseqüentemente, maior discricionariedade para o juiz atuar com equidade e criatividade, permitindo constante e necessária atualização do direito defasado, sempre de acordo com as reais demandas da sociedade. Buscavam, assim, aumentar o poder dos juízes. Diante disso, no início do século XX, a grande questão era dar ou não maiores poderes aos juízes na análise das demandas da sociedade. De um lado, os legalistas restringiam ao extremo o poder e a liberdade dos juízes, para que eles, atuando como escravos da lei, mantivessem intacta a segurança jurídica. Por outro lado, os decisionistas deram imensos poderes aos juízes, para julgar, inclusive *contra legem*, para permitir a permanente atualização do direito. Havia, pois, dois extremos. De um lado, o legalismo exacerbado que petrificava o direito e não permitia a sua evolução para melhor atender às demandas da sociedade. Nesse caso, havia a predominância do legislador. Do outro lado, o decisionismo radical, que levava a uma ditadura togada, gerando incertezas jurídicas, haja vista o naufrágio da legislação existente em face da vontade dos juízes, às vezes, de equidade duvidosa (ALVES, 2009, p. 8-9).

²⁹ A proposta era reduzir o direito à lei, de modo mais específico, o direito civil ao Código Civil de Napoleão (PERELMAN, 2004a, p. 31).

³⁰ “[...] escola da Exegese impôs, de modo absoluto, suas técnicas de raciocínio jurídico. [...] Os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete e que apenas em casos deveras excepcionais a lei era verdadeiramente insuficiente” (PERELMAN, 2004a, p. 32).

Pode parecer uma discussão ultrapassada, já resolvida e silente com as teorias jurídicas atuais. Entretanto, analisando friamente o direito e o modo como trabalham os juízes atualmente, caímos no mesmo embate. Em alguns momentos, requisitamos um legalismo fidedigno, buscando maior segurança e ordem jurídica, haja vista total extrapolação de poderes do juiz ao decidir um caso concreto. Em outros, queremos uma adequação do direito à realidade social praticada pelo juiz ao decidir (ALVES, 2009, p. 9).

Perelman, ao perceber os dois extremos, legalismo e decisionismo, sugere uma teoria que atenda a essa dupla exigência. A nova retórica busca uma via intermediária entre o legalismo e o decisionismo, uma via que não é racional nem irracional, não conduz necessariamente a uma conclusão nem deixa a decisão livre nas mãos dos juízes. Perelman acha um meio termo entre a ligação extremada à letra fria da lei e a liberdade incondicional dos juízes para decidir. Em nenhum dos dois extremos, há a possibilidade de argumentação, da justificação razoável, ponderada, tendo em vista que ou se seguem os ditames estritos da lei, ou se submete à arbitrariedade do juiz. Assim, a nova retórica visa a uma justificação racional de escolhas que envolvam juízos de valor (ALVES, 2009, p. 9).

A nova retórica tem o objetivo de superar a tensão entre o legalismo e o decisionismo, pela interpretação dos dois elementos, isto é, o respeito às leis não deve conduzir ao socialmente inaceitável nem às injustiças, bem como o senso de equidade não deve ser utilizado ao arrepio da lei em detrimento da segurança e da ordem jurídica. Chegamos ao ponto “X” da questão. Como conciliar essas duas questões? Somente com uma prática argumentativa aberta, preocupada com as demandas da sociedade, é capaz de conduzir uma decisão justa e convincente (ALVES, 2009, p. 11). Perelman (2005) tenta resolver essa questão: “É a dialética entre o legislativo e poder judiciário, entre a doutrina e a autoridade, entre o poder e a opinião pública, que faz a vida do direito e lhe permite conciliar a estabilidade e a mudança” (p. 631).

O Direito, no calor das suas discussões, deve acolher justificações formais ou internas, isto é, provenientes da legislação em vigor e do sistema jurídico como um todo, bem como as justificações materiais ou externas, que se relacionam com o que é socialmente razoável, aceitável, pedido pela sociedade. O direito é maleável. Portanto, deve se adaptar às mudanças sociais e aos clamores da sociedade, para não ficar obsoleto (legalista), nem se submeter à livre convicção sem motivação, nesse caso arbitrária, do juiz (ALVES, 2009, p. 11-12).

Partindo dessa abordagem retórica, Perelman questiona: qual é o auditório que se busca atingir com a argumentação jurídica? Para determinar o alcance e a qualidade dos argumentos utilizados no direito, faz-se necessário diagnosticar-se qual é o auditório que se pretende persuadir ou convencer (ALVES, 2009, p. 12).

Levando em conta tudo que foi falado até aqui neste capítulo, em especial no parágrafo anterior, percebe-se que o direito, entendido como um sistema de regras,³¹ o qual alguns autores, tais quais advogados públicos ou privados, juízes, promotores, desembargadores ou ministros, têm a função de, por meio da retórica, buscar a argumentação mais sólida, especialmente direcionada para um auditório específico, no intuito de conseguir o maior número de assentimentos das mentes que ouvirão sua tese.

Compreendendo o Direito como um vasto corpo de regras, ainda assim é possível ser palco de um grande confronto de disputas argumentativas. A mais adequada interpretação e aplicação de regras jurídicas, bem como a prova dos fatos importantes podem ser questões extremamente problemáticas. Os defensores do Estado de Direito, proclamadores da segurança e certeza jurídica, perdem espaço com suas teorias diante do caráter de incerteza oriundo da linguagem. Isso fica evidenciado, principalmente, quando as maiores verdades do Direito são colocadas em dúvida, à prova³². Portanto, no campo do Direito, usa-se a argumentação, mais especificamente a retórica, no confronto de teses jurídicas. Isso porque não há teses irrefutáveis, apenas teses que, no desenrolar do processo conseguirão ou não aumentar a adesão dos espíritos/mentes formadores do seu auditório específico.

4.1.2 Os Personagens que Compõem o Direito e suas Atuações Retóricas: estudo de três casos emblemáticos do Supremo Tribunal Federal (STF)

Entenda-se: o Direito moderno é composto por diversos personagens, que, cada qual no seu papel, na defesa da sua tese jurídica imbuída do elemento retórico do discurso, isto é, a aceitação social, tentam o maior número de assentimentos do seu auditório específico dentro de um caso concreto.

Observe-se: o advogado, público ou privado, quando prepara sua petição inicial, não basta cumprir os requisitos processuais do art. 282 do Código de Processo Civil. Mais importante é a sua fundamentação jurídica, ou seja, a argumentação usada para conseguir convencer seu auditório específico, no caso, primeiramente o juiz, o promotor e, talvez, em instâncias superiores, desembargadores ou ministros. Mas frisa-se que a tese adotada pelo advogado não basta seguir as codificações jurídicas. Ele precisa atualizar o direito com argumentos sólidos, dentro da necessidade da sua demanda, pois, se assim não fizer, a sociedade, e em especial seu cliente, satisfeita não ficará. A argumentação só é sólida quando, além de se basear no direito, atinge, também, uma

31 “Essas regras também precisam formar parte de um sistema jurídico caracterizado pela consistência entre suas várias regras, e por uma certa coerência geral dos princípios contidos no sistema como um todo” (CORMICK, 2008, p. 17).

32

adequação social, a necessidade da sociedade, o clamor do seu cliente. Agindo dessa forma, haverá uma argumentação forte, equitativa, que pulsa em direção às mentes que irão assenti-la.

Frisa-se que o advogado, além de preparar sua tese da forma como foi explicado, deve também trabalhar a sua argumentação no sentido de diminuir ao máximo a adesão do seu auditório específico à tese do seu oponente.³⁰

Abordar-se-á agora o promotor de justiça. Quando ele recebe o processo para emitir seu parecer, não é suficiente um belíssimo parecer estritamente legalista, haja vista a possibilidade de sua argumentação não se coadunar com a necessidade da sociedade, com a sua evolução, correndo o risco, assim, de seus argumentos se tornarem fracos e não terem o assentimento do seu auditório; no caso, o juiz e os advogados. Contudo, se o seu parecer é composto por argumentos jurídicos que acompanham a necessidade e as demandas sociais, estará, sim, propondo uma argumentação retórica sólida e robusta, capaz de conseguir adesão dos seus auditórios específicos.

Analisemos o juiz monocrático, personagem que, apesar de julgar de forma singular no direito, é o auditório de advogados e promotores. O juiz deve estar aberto à análise de todas as argumentações dos advogados das partes e jamais decidir de forma segundo a teoria silogística. Para Perelman, essa teoria camufla a função maior do juiz e faz-nos acreditar que a função do juiz é meramente lógica, justificando as sentenças por meio de axiomas previamente estabelecidos (as leis em vigor). Esse viés puramente legalista esquece o elemento retórico presente na argumentação jurídica: a busca da aceitação social (ALVES, 2009, p. 12). Sendo assim, cabe ao juiz, após analisar friamente e de forma imparcial todos os argumentos dos representantes das partes, decidir e motivar sua decisão, alegando teses que façam o seu auditório, formado por advogados, pelo promotor, pelos clientes, pela sociedade, aderir a elas. Não basta, aqui, o mero legalismo. É preciso também usar uma argumentação fundada em teses que gerem aceitação social. Só assim, será respeitado o lado retórico da decisão judicial.

Vejamos, agora, em instâncias superiores, a atuação dos desembargadores e ministros, personagens de órgãos colegiados, o que muda um pouco o auditório. O que já foi falado sobre o juízo monocrático a respeito da vedação ao mero legalismo serve para desembargadores e ministros. Ambos devem usar de uma argumentação retórica sólida, composta, também, de argumentos que tragam aceitação social do caso, e não simplesmente lógica formal. Com um agravante, os desembargadores e ministros, nos seus respectivos votos, devem usar de teses jurídicas que permitam o assentimento dos representantes das partes e da sociedade. E o que é mais difícil, convencer, conseguir a adesão dos seus pares, dos seus iguais, haja vista ser um órgão colegiado. Por esse motivo, para que exista o elemento retórico das decisões judiciais, ao lado da fundamentação jurídica, deve haver argumentos que tragam aceitação da sociedade, que acompanhem as necessidades individuais e coletivas do povo, que entendem as demandas

solicitadas pelo povo e, assim, o julgador não ficará estritamente preso ao legalismo jurídico. Somente dessa forma é possível se fazer uma argumentação sólida, consistente, preparada, persuasiva, inclusive para convencer os outros julgadores, pois eles também fazem parte do auditório. São mentes que devem aderir às teses levantadas pelo relator dos processos. É um movimento nitidamente retórico. Deve-se convencer e conseguir o maior número de assentimentos das mentes que irão julgar o caso em pauta. Essa é a função dos julgadores nos órgãos colegiados, e isso demanda uma argumentação firme formada tanto por teses jurídicas, bem como por teses que tragam aceitação social, elemento retórico das decisões jurídicas.

Os três julgados, citados no terceiro capítulo, são exemplos claros disso. São decisões importantíssimas do STF, que não se restringiram em decidir com o mero legalismo, não ficaram presas somente à legislação infraconstitucional ou até mesmo à nossa Carta Maior. Nos três julgados, o mero legalismo foi deixado de lado e veio à tona o elemento retórico que fortalece a argumentação, as teses que causam aceitação social. Se assim não fosse, as decisões teriam sido em sentido oposto.

Senão, vejamos. Na decisão que declarou a possibilidade da união homoafetiva estável (ADI 4.277 e ADPF 132), o relator, ministro Ayres Britto, malgrado use de argumentos belíssimos de enfoque jurídico, não deixa de levar a sua argumentação na direção do clamor social, do que a sociedade esperava.

Já há alguns anos, antes de ser proferida a decisão da ADI 4.277 e da ADPF 132, Nelson Rosenvald e Cristiano Farias já defendiam a possibilidade constitucional da união estável homoafetiva como entidade familiar, partindo da premissa de que o fundamento para a formação de qualquer entidade familiar é o afeto. E não ocorre diferente com os companheiros homoafetivos. Compartilham-se tristezas, alegrias, sexualidade, amor, afeto, solidariedade, inclusive projetos de vida.³³

33 “É que, ancorada nos valores constitucionais e caracterizada como uma realidade presente, antecedendo, sucedendo e transcendendo o fenômeno exclusivamente biológico (compreensão setorial), a família ganhou uma dimensão mais ampla, espelhando a busca da realização pessoal dos seus membros. Enfim, instrumentalizada à formação da dignidade humana, a família passa a servir como um verdadeiro elemento de afirmação da cidadania, não sendo possível excluir do âmbito de proteção da pessoa humana, cuja dignidade está resguardada por mandamento constitucional. Com efeito, é na exuberante arquitetura civil-constitucional, construída para a proteção da pessoa humana, que sobreleva afirmar a compreensão das uniões homoafetivas como núcleos familiares [...]” (ROSENVALD; FARIAS, 2008, p. 54).

Luis Roberto Barroso deixa claro que defender o modelo conservador de família não obriga a negativa em relação a outras formas de organização familiar, muito menos promove valores constitucionais de peso da nossa Carta Maior,³⁴ justamente, o contrário.³⁵

O relator, além de dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 (abandonando o legalismo), traz para a sua tese a aceitação social, pois, em pleno século XXI, não haveria porque manter a discriminação de tratamento entre relações homo e heteroafetivas. Com essa argumentação retórica forte, ele foi seguido pela maioria dos ministros.³⁶

Fica claro como a decisão do STF nesse delicado julgado, ao inserir nos argumentos jurídicos proclamados pelos ministros em seus votos o elemento retórico do discurso – a aceitação social³⁷ – equitativamente, foi proferida.

Outro caso emblemático julgado no corrente ano pelo STF foi a análise da legitimidade da antecipação terapêutica da gestação de feto anencéfalo, ADPF 54. O pedido da ADPF 54 era dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II do Código Penal.

O advogado da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), Luis Roberto Barroso, utilizou argumentos jurídicos sólidos para poder persuadir seu auditório específico, conseguindo o maior número de assentimentos possíveis de ministros. O primeiro argumento defendido pelo peticionário foi que a antecipação terapêutica do feto anencéfalo não é aborto, pois esse crime, tipificado nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal, pressupõe a possibilidade de vida

34 “[...] vale a ressalva de que a defesa do modelo tradicional de família não pressupõe a negação de outras formas de organização familiar. Não há incompatibilidade entre a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a união estável entre pessoas de sexos diferentes, ou entre estas e o casamento. O não-reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas não beneficia, em nenhuma medida, as uniões convencionais e tampouco promove qualquer valor constitucionalmente protegido” (BARROSO, s/d, p. 27-28).

35 “[...] os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. Igualdade importa em política de reconhecimento; dignidade em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e liberdade no oferecimento de condições objetivas que permitam escolhas legítimas” (BARROSO, s/d, p. 33-34).

36 Passa-se a transcrever o desfecho do brilhante voto do ministro: “Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132 – RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. É como voto” Frisa-se que a íntegra do voto por se encontrada no *site*: www.stf.jus.br

37 A cada ano, a defesa da classe homossexual aumenta. Segundo dados do IBGE, no ano de 2010, existiam mais de 60.000 casais homossexuais, declarados, no Brasil. Segundo o presidente do IBGE, Eduardo Pereira Nunes, é provável que muitos não tenham se declarado homossexuais e que a tendência é que esse número aumente bastante nas pesquisas dos próximos anos. Fonte: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/brasil+tem+mais+de+60+mil+casais+homossexuais+indica+ibge/n1300118272944.html>

extrauterina. No caso do feto anencéfalo, não há. A letalidade acontece na totalidade dos casos. O segundo argumento do procurador é que, mesmo que se trate de aborto, o Código Penal, no seu artigo 128, incisos I e II, já traz hipóteses de descriminalização do aborto, pois há potencialidade de vida. O caso do feto anencéfalo é menos grave do que as hipóteses já previstas no Codex Penal, porque o anencéfalo não possui expectativa de vida. Sendo assim, por meio de uma ponderação de interesses, de valores, prevalece o direito à vida da mãe (artigo 128, inciso I) e o valor da dignidade da pessoa humana da gestante no inciso II do mesmo artigo. Seguindo esse raciocínio, o Código só não previu essa possibilidade porque ele é de 1940 e a tecnologia da época não permitia esse diagnóstico com precisão. Segue, então, o constitucionalista, fundamentando o seu terceiro argumento na dignidade da pessoa humana, valor constitucional supremo do nosso ordenamento jurídico, ao alegar que a integridade física e psicológica da gestante está inserida nesse valor. Impor à gestante que carregue por nove meses um filho que jamais irá nascer, de forma analógica, tratar-se-ia de uma tortura. A mulher não sairá do hospital com seu filho recém-nascido em um berço, mas, sim, em um pequeno caixão. Terá que tomar medicamentos para que o leite seque, pois não haverá vida extrauterina.

O quarto e último fundamento jurídico da sua tese é a obrigação da mulher de manter toda a gestação viola um conjunto de direitos fundamentais, inclusive ligados à reprodução. Dever-se-á caber somente à mulher, gestante, a escolha sobre a interrupção ou não da gestação. Termina o quarto fundamento, dizendo que a manutenção coagida da gravidez viola o princípio da isonomia, pois, em uma sociedade machista, a não-possibilidade de a mulher se autodeterminar, prejudica a materialização do princípio da igualdade material. Diz ainda o peticionário que o aborto é uma questão de saúde pública e, dia sim, dia não, morre uma mulher no Brasil oriunda de aborto clandestino. Para aqueles que defendem a vida, devem ser contrários à criminalização do aborto (ANENCEFALIA, 2012).

Conforme já foi explicado, é responsabilidade também do advogado, ao elaborar sua petição inicial, usar fundamentos jurídicos robustos para fundamentar sua tese, consoante fez o procurador da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Para que ele consiga o assentimento das mentes do seu auditório específico, no caso os 11 ministros do STF, ou, pelo menos, de sua maioria, ele teve que trabalhar seus fundamentos jurídicos junto com o elemento retórico do discurso, a aceitação social. No Brasil, a cada 700 gestações, um caso é de feto anencéfalo (BRASIL, 2011). É o quarto país com maior número de casos de gestações de anencéfalos segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS). Havia uma parcela grande da população brasileira que carecia dessa decisão para poder autodeterminar-se, ter valorizados seus direitos fundamentais reprodutivos e, principalmente, respeitada sua dignidade da pessoa humana.

O mesmo se aplica ao relator, ministro Marco Aurélio. Caso ele não tivesse usado de uma argumentação firme, fazendo um voto esplendoroso, tendo sua tese baseada tanto em argumentos jurídicos de peso como na direção do clamor social, da aceitação da sociedade, da necessidade popular (elemento retórico da argumentação), não teria tido a adesão da maior parte do seu auditório, não teria tido o assentimento das mentes que lhe ouviram. Frente à quantidade de fetos anencéfalos que nascem no Brasil, a sociedade brasileira pedia por essa evolução jurídica em respeito ao direito de liberdade e da própria dignidade da pessoa humana da gestante.³⁸

Mais uma vez, corretamente e com equidade, decidiu o órgão defensor da Constituição, atendendo aos anseios sociais da classe feminina brasileira, que tenta garantir seus direitos em meio a uma sociedade conservadora e machista.

Por fim, o terceiro julgado paradigmático foi a decisão da ADI 3.510, na qual foi questionada a constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2008 (Lei de Biossegurança).

O artigo 3º, inciso II³⁹ da Constituição da República, incentiva o desenvolvimento nacional. Mesmo sendo um artigo com certa indeterminação conceitual, certamente refere-se ao progresso da sociedade como um todo, seja ele jurídico, social, tecnológico, até mesmo científico. Isso refere-se à concretização dos direitos fundamentais. Se há um artigo na Carta Maior determinando ao Estado que haja a garantia do desenvolvimento nacional, por via reflexa ou indireta, é possível afirmar que se veda o retrocesso social.⁴⁰ Essa é uma constatação lógica e merece ser olhada com atenção, pois a vedação ao retrocesso é um instituto de caráter constitucional e deve ser observado. Destarte, diante do que foi assegurado, é possível afirmar que o artigo 3º, inciso II da nossa Carta Política, dá respaldo jurídico constitucional para a decisão do Supremo na ADI 3.510 (SILVEIRA, s/d).

O relator, ministro Ayres Britto, usando de uma argumentação sólida e persuasiva, fortemente ético-jurídica, e, também, no sentido de atender aos milhares de pessoas que têm a

38 Transcrevem-se dois importantes trechos do voto do ministro: “Cumpra à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante.”

“Não se trata de impor a antecipação do parto de feto anencéfalo. De modo algum. O que se pretende é que ‘se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças’. Está em jogo o direito de a mulher autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina [...]”

Frisa-se que a íntegra dos votos podem ser encontrados no site: www.stf.jus.br

39 “Artigo 3º, inciso II da Constituição da República: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

II – Garantir o desenvolvimento Nacional” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, 1988).

40 Sarlet (2007) afirma que, mediante uma interpretação sistemática, é possível considerar a vedação do retrocesso um instituto constitucional implícito. Essa conclusão do autor não decorre só do Estado Democrático de Direito, mas também do valor constitucional supremo da nossa Constituição, a Dignidade da Pessoa Humana, do princípio da máxima efetividade das normas relacionadas aos direitos fundamentais, do princípio da segurança jurídica e do princípio da proteção da confiança (SARLET, 2007, p. 14-15).

possibilidade de obter cura de enfermidades pelo avanço dos estudos dos embriões *in vitro* (células-tronco), indeferiu o pedido de inconstitucionalidade da ação em pauta. Atendeu-se, portanto, ao clamor social daqueles que, padecendo de alguma patologia incurável hoje, poderão ser curados amanhã. A intenção da tese levantada pelo ministro era atender à sociedade e ganhar a adesão das demais dez mentes do seu auditório, ou seja, os demais ministros. Mesmo que tenha sido um julgamento apertado, prevaleceu a tese do voto do relator, resultando em uma decisão equitativa.⁴¹

Percebe-se, portanto, que a decisão da ADI 3.510 é mais um exemplo de como o Judiciário contemporâneo funciona, em especial o STF. São decisões proferidas pelos ministros, sempre muito bem fundamentadas pelo Direito técnico, mas também trazidas para o clamor da sociedade, para as necessidades sociais, preenchendo, assim, o elemento retórico do discurso – a aceitação social. Dessa forma, é possível que a tese elaborada por qualquer um deles tenha efetividade no ato de conseguir o assentimento das mentes do seu auditório específico.

41 Segue-se um trecho do voto do ministro relator: “É assim com influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso ordenamento com os imperativos da ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço as três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não, sem antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto” Ressalta-se que pode ser encontrado a íntegra dos votos no site: www.stf.jus.br

5 CONCLUSÃO

A retórica clássica, sistematizada por Aristóteles, é a técnica argumentativa que tem como objetivo persuadir o ouvinte, usando os argumentos devidamente aplicáveis ao caso concreto.

A retórica, num primeiro momento, foi vista de forma pejorativa, como sendo uma arte de persuadir de forma negativa um auditório. Filósofos que se prezavam não usavam a retórica, apenas os demagogos e os sofistas faziam uso da mesma.

Como a filosofia é uma ciência que trata de evidências e tem estreita ligação com as premissas universal e indiscutivelmente verdadeiras, a retórica, técnica argumentativa, foi perdendo espaço. Se todo e qualquer espírito, pertencente a um auditório, vai, com certeza, aderir às verdades filosóficas, não tinham porque se preocuparem com a linguagem, com a argumentação.

A filosofia, tal qual a matemática e qualquer outra ciência demonstrativa, sempre vai trabalhar com os espíritos como um todo, de adesão certa. Isso porque se estudam o certo e o errado, qualquer contradição de premissas é um absurdo. Teses opostas são dignas da retórica, da linguagem, da argumentação, colocada de lado naquela época. Diante disso, a retórica ficou esquecida no tempo.

Conforme já foi explicado no desenrolar desta dissertação, somada ao fato da visão pejorativa herdada pela retórica, ela ainda foi extirpada da tradição ocidental, haja vista a desnecessidade da linguagem a partir do século XIX em toda Europa. O legalismo e a codificação de leis, como o Código Civil de Napoleão, predominavam e com pouco tempo elas se tornavam obsoletas. A mera lógica formal se mostrava de forma indubitável, elevando o instituto da segurança jurídica ao *status* de intocável e fazendo do juiz um mero declamador de leis (boca da lei). Por outro lado, o Legislativo dizia as coordenadas da sociedade por meio das leis. Os juízes, na verdade, não passavam de escravos das mesmas.

A escola da exegese e as demais escolas defensoras da lógica formal, isto é, a subsunção dos fatos à lei, vedavam o aumento de poder ao Judiciário e com isso petrificavam o direito legalista. Em resposta, surgiu no século XX, na Europa, o movimento do direito livre e a livre pesquisa científica, que tinham o claro objetivo de aumentar o poder decisório, criativo e equitativo do juiz, para poder solucionar os casos concretos de acordo com a evolução da sociedade. Era formado, então, o movimento decisionista. Contudo, esse movimento deu exacerbados poderes aos juízes, podendo estes julgarem até mesmo *contra legem*, o que é obviamente arbitrário. Iniciava-se, então,

uma ditadura de toga. Portanto, o grande problema do século XX era saber o que fazer em relação ao Judiciário, manter o legalismo exacerbado, extremamente fidedigno à letra fria da lei em respeito à segurança jurídica e à exaltação do legislador, ou aceitar um poder extremista dos juízes, os quais julgavam como melhor lhes conviesse.

Com base nessa celeuma e com fundamento na retórica aristotélica, surgiu uma nova retórica. A partir disso, elaborou-se uma argumentação que, conforme exposto nesta dissertação, explica a ligação entre o direito e a retórica.

A nova retórica tem como objeto o estudo da argumentação direcionada ao convencimento de um auditório específico. As ciências demonstrativas, como a matemática, possuem um auditório universal e se baseiam em evidências, ou seja, são compostas por premissas previamente formadas e indubitavelmente verdadeiras, atemporais. Isso significa que, para esse tipo de ciência, a linguagem, a argumentação se torna desnecessária, pois sempre haverá adeptos às teses levantadas.

Já o Direito funciona de forma diametralmente oposta. Nem o legalismo nem o decisionismo resolvem o problema do direito. Ele sugere, então, uma teoria mediana, razoável, ponderada. A nova retórica busca o assentimento do maior número de espíritos ou mentes de um auditório. Tendo em vista que o direito, considerado um sistema de regras, é decidido pela adesão de seus personagens (juízes, promotores, advogados, desembargadores e ministros) às teses levantadas em cada caso concreto, necessita-se, pois, de direcionar-se o discurso a um auditório específico. Isso porque o direito não pode ter auditórios universais, ou seja, ele não possui premissas verdadeiramente irrefutáveis. Dentro do direito, é possível haver contradições e teses opostas, cabendo àqueles que duelarem argumentativamente usarem os argumentos mais aptos para conseguirem o maior número de “acordos” ou assentimentos por parte dos espíritos que formam o auditório. A intensidade da adesão é sempre alterável, para mais ou para menos. O ideal é que o jurista, seja ele qual for, combata a tese oposta com argumentos direcionados ao seu auditório para que ele enfraqueça a adesão à tese do seu oponente, e, ao mesmo tempo, faça com que a adesão do auditório à sua tese aumente cada vez mais.

Ressalta-se que não basta um discurso juridicamente perfeito que faça com que o auditório tenha adesão à sua tese se faltar a aceitação social. O que isso quer dizer? É preciso que sejam respeitadas as leis vigentes no direito ao formular o discurso. Entretanto, não pode estar ausente o elemento retórico do discurso, isto é, a aceitação social. É preciso que o orador tenha em mente que a decisão tem que ser feita com base no direito escrito; contudo, de forma que atenda às demandas sociais, à necessidade da sociedade, em especial à evolução da sociedade. Para isso, ele deve sair do legalismo e adequar o direito ao clamor social. Somente assim atende-se ao elemento retórico da argumentação.

Ao referir-se ao direito, não se limita a tratar de juristas peticionários, como é o caso dos advogados. Todo advogado quando peticiona se dirige a um juiz ou juízes, dependendo ser ou não um órgão colegiado. Ele deve trabalhar sua tese buscando a adesão do auditório. Isso quer dizer que é necessário trabalhar o direito, as leis em geral, bem como trazer o seu discurso para uma aceitação social. Muitas das vezes, o direito frio é ultrapassado. Pode o peticionário adequar sua tese às demandas sociais, ao clamor da sociedade, para que o elemento retórico da argumentação esteja presente.

Estendem-se os argumentos do parágrafo anterior àqueles que julgam, sejam eles um juiz monocrático ou um órgão colegiado. No caso do juiz monocrático, ficou claro no quarto capítulo que o juiz, ao decidir, deve redigir de forma consistente e com argumentos jurídicos relevantes que motivem e fundamentem sua decisão. Não obstante, para que não falte o elemento retórico da argumentação, deve o juiz singular decidir com olhos para a sociedade, atendendo às demandas sociais e à aceitação social. Essa é uma forma de trazer o direito legalista para a atualidade. Com ambas as formas de argumentação, o juiz conseguirá a adesão das mentes que compõem seu auditório (advogados, partes, promotor de justiça, juristas em geral e sociedade).

Por outro lado, os órgãos colegiados, formados por desembargadores ou ministros, trazem um auditório maior ainda. Isso porque os julgadores, principalmente os relatores dos processos das últimas instâncias, além de terem que apresentar suas teses jurídicas de forma indiscutivelmente sólidas, devem também corresponder às expectativas da sociedade para que haja aceitação social às suas teses. Não têm que conseguir a adesão apenas dos advogados, das partes e da sociedade, mas também dos outros julgadores, que formam o seu auditório. E para que eles consigam tamanha adesão, a construção da tese deve ser muito firme, concreta, preparada, composta de uma argumentação jurídica firme e de teses que se aproximam do clamor da sociedade. Isso é o que acontece nos órgãos colegiados, em especial no STF. Cabe ao ministro relator conseguir a adesão das demais dez mentes ou espíritos que formam o órgão constitucional máximo brasileiro. E, para isso, não basta uma decisão fundamentada em uma tese juridicamente bem estruturada. Se o julgador não a trouxer para os intuitos sociais, para a atualidade, para a aceitação social, não conseguirá a adesão necessária.

No terceiro capítulo, fez-se a análise dos tipos de argumentos retóricos – *pathos*, *ethos* ou *logos* – utilizados pelos ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa, nos seus respectivos votos na ADI 4.277 e na ADPF 132, as quais consideraram constitucional a união homoafetiva estável; da ADPF 54, a qual considerou legítima a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo; e, por fim, na ADI 3.510, a qual considerou constitucional o artigo 5º da Lei 11.105/2005, que permite o uso de embriões *in vitro* em pesquisas científicas. Diante do diagnóstico de diversos argumentos

patéticos, éticos e dialéticos, nos votos dos ministros citados, nos três julgados emblemáticos, ficou demonstrado que o STF utiliza argumentos retóricos na elaboração de suas decisões.

Durante o desenvolver desta dissertação, mais especificamente no quarto capítulo, citaram-se trechos dos três julgados aludidos, que foram muito bem motivados pelos respectivos ministros relatores (notas de rodapé). Contudo, a motivação não foi formada apenas de fundamentos específicos da ciência jurídica, mas também da necessidade de evolução do Direito para acompanhar os rumos da sociedade. Tanto a decisão que considerou constitucional a união homoafetiva estável como a legitimação da antecipação terapêutica do parto da gestação do feto anencéfalo, bem como a decisão que permitiu as pesquisas científicas nas células-tronco foram decisões que tiveram o intuito de aproximar a letra fria da lei à rapidez com que a sociedade se desenvolve. Não seria uma argumentação consistente de um julgador, ministro da mais alta corte do Judiciário brasileiro, ir de encontro aos rumos da realidade do país e, conseqüentemente, não estender os direitos fundamentais em sua plenitude aos cidadãos dentro de um caso concreto: equidade. Essas três decisões demonstraram de maneira indiscutível a forma como agem os julgadores da mais alta corte do país.

Diante do exposto, fica claro que o STF atua nas suas decisões de forma que permita uma evolução do direito. A letra fria da lei traduz o sentimento e a necessidade de uma sociedade à época da sua elaboração. Contudo, a *mens legis* do legislador atual não é a mesma do legislador no momento da feitura da lei. Essa diferença de sentimento, concepção, traduz a evolução do pensar, do agir e dos costumes da própria sociedade.

Em regra, as mudanças, primeiramente, acontecem fora do sistema do Direito, na própria sociedade. É nela que se realizam as mudanças e alterações. Essa evolução natural da sociedade exige uma conciliação do Judiciário em relação às exigências do direito e às da equidade entre as necessidades de estabilidade e a adequação às situações novas.

As decisões analisadas nos capítulos terceiro e quarto do corrente trabalho mostram esta conciliação entre o direito vigente e a necessidade de alcançar a equidade exigida pela sociedade, a aceitação social. Ao analisar-se o trecho do voto do relator da ADI 4.277 e da ADPF 132, ministro Ayres Britto, transforma-se a *mens legis* do art. 1.723 do Código Civil e dá a ele interpretação conforme a Constituição. Isso quer dizer que a letra fria da lei não era suficiente para trazer equidade à decisão. Sendo assim, para que o direito acompanhasse a realidade brasileira, o que estava escrito no artigo 1.723⁴² do Código Civil passou a ser interpretado conforme a Constituição de forma equitativa. A realidade afetiva da sociedade brasileira mudou muito nos últimos anos.

42 “Art. 1.723 do Código Civil: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família” (CÓDIGO CIVIL, 1940).

Tornou-se comum ver casais homoafetivos com demonstrações de carinho, nas ruas, nos *shoppings*, nos barzinhos, isto é, se a sociedade evoluiu a ponto de “aceitar”,⁴³ mesmo que com restrições, esse tipo de entidade familiar, por que o direito haveria de não comungar dessa mutação de pensamento?

O mesmo pode ser falado em relação à ADPF 54. Em 1940, quando o Código Penal foi elaborado, a tecnologia disponível à ciência não permitia o diagnóstico preciso do anencéfalo, bem como de outras doenças que vão resultar em uma chance mínima extrauterina. Seguindo essa linha de raciocínio, já existindo uma causa descriminalizadora, a legitimidade do aborto em caso de estupro,⁴⁴ por que não se usar da interpretação conforme a constituição e dar àquelas que gestam fetos anencéfalo a possibilidade, escolha, de autodeterminar-se? Esse era o clamor da sociedade, que, diante das tecnologias usadas na medicina contemporânea, consegue diagnosticar com precisão um feto anencéfalo. Essa foi a decisão mais equitativa possível de ser preferida, atuando a Corte Máxima brasileira de forma digna de admiração.

O terceiro e último julgado tratado nesta dissertação é a ADI 3.510, que alega a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2008. O artigo 5º permite o estudo e a pesquisa científica feita em embriões *in vitro* nas chamadas células-tronco. Já foi afirmado pela ciência que as células-tronco possuem condição de regeneração, isto é, podem regenerar um tecido morto ou que não consiga mais realizar suas funções. Milhares de brasileiros, portadores de diversas patologias, atualmente incuráveis, comemoraram a nobre decisão do STF, tendo em vista o surgimento da esperança de uma possível descoberta de cura dessas patologias. A decisão do STF, mesmo que apertada, seguiu o caminho da equidade, pois não se justifica bloquear a pesquisa científica para a obtenção de doenças no Brasil, até mesmo em respeito ao artigo 3º, inciso II da Constituição da República.⁴⁵ Mais uma vez, o órgão guardião da Constituição⁴⁶ decidiu seguindo o direito, mas de forma equitativa.

Esse raciocínio é diametralmente oposto à lógica formal, tendo em vista a necessidade de trazer a letra fria da lei, ultrapassada em relação ao pensamento da sociedade, que, imbuída do sentimento de justiça, de adequação social, exige uma evolução do direito nas decisões judiciais.

43 Não se busca afirmar que é pacífica a aceitação dos homossexuais, porque não é. Mas aquilo que causava repúdio na sociedade brasileira há alguns anos, hoje já é tolerável.

44 Código Penal, artigo 128, inciso II. Além de ser uma excludente da culpabilidade, lembra-se que, nesse caso, o feto é perfeito, o que prevalece em uma ponderação de interesses é *ad ignidade* da pessoa humana. Não é digno gestar nove meses um feto que se faz lembrar de um ato tão violento e absurdo como o estupro.

45 Art. 3º da Constituição da República: “São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] Inciso II: Garantir o Desenvolvimento Nacional” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, 1988).

46 Art. 102 da Constituição da República: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo: [...]”

Como o direito tem por objeto regulamentar e organizar o funcionamento da sociedade na busca de uma ordem o mais equitativa possível, vedando atitudes relacionadas com a Lei de Talião, olho por olho e dente por dente, cabe ao mesmo se reinventar e se adequar ao que a sociedade passa a considerar aceitável, correto ou equitativo.

Portanto o Direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência: de um lado a formação de um conjunto de regras coerentes que possam resguardar a sociedade, de outro, a solução de casos concretos adequados à realidade social, que possuam aceitação social, consideradas, assim, decisões justas, razoáveis e equitativas.

Permite-se concluir que a lógica judiciária é centrada na ideia de adesão do auditório, jamais na de verdade, própria das ciências demonstrativas. O direito é decidido baseado em acordos preliminares para a adesão que deseja obter, nunca tira conclusões com base em axiomas (verdades iniciais) ou teoremas (verdades demonstrativas).

Os acordos preliminares abordam fatos e presunções, antes de serem contestados ou derrubados, bem como os valores, as hierarquias de valores e os lugares-comuns (*topoi*) reconhecidos por dada sociedade. Por último, refere-se à interpretação das regras de direito a partir da jurisprudência e da doutrina.

Se todo processo chegasse a uma só possível decisão, não haveria necessidade de recurso. Como as decisões são várias as possíveis dentro de um litígio, conclui-se que caberá ao juiz, dentro de uma análise profunda de todas as teses levantadas pelos advogados na discussão dos elementos de fato ou de direito, qual delas se permitiu fazer um acordo preliminar, ciente de que as instâncias superiores acompanharão sua decisão a favor de uma determinada tese jurídica.

Dessa forma, ante tudo que foi explicado até aqui, ratifica-se a impossibilidade de manter concepções positivistas e legalistas da lei, pois deve-se compreender que nem todo o direito está expresso na lei e que, muito provavelmente, o que está escrito ficou defasado, haja vista a evolução natural da sociedade. Sendo assim, exige-se uma conciliação da lei com a equidade, cabendo ao juiz ou juízes estender ou restringir seu alcance, sempre com o foco voltado em garantir os direitos fundamentais das partes na maior medida possível. Essa atuação visa a mediar o respeito aos textos jurídicos com a solução mais equitativa, ponderada e razoável possível. Dessa forma, o Direito deve ter suas decisões motivadas juridicamente, inclusive nos órgãos colegiados, acompanhadas do elemento retórico, a aceitação social. Conclui-se, então, que o Direito é intimamente ligado à retórica e que as decisões jurídicas contemporâneas, na verdade, são decisões fundamentadas em argumentações retóricas.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. Para uma teoria da dogmática Jurídica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional*. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVES, Marco Antônio Souza. *A Argumentação Filosófica*: Perelman e o auditório universal. 2005. Dissertação (Mestrado)-Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005. Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/FILOSOFIA/Dissertacoes/argumantacao_filosofica.pdf>. Acesso em: 17 set. 2012.

ALVES, Marco Antônio Sousa. *A nova retórica de Chaïm Perelman*: considerações sobre a racionalidade, a tensão decisionismo/legalismo, e o Estado Democrático de Direito. Trabalho apresentado no Seminário Teoria da Argumentação e Nova Retórica, PUC-MG, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898214/A_nova_retorica_de_Chaim_Perelman_Consideracoes_sobre_a_racionalidade_a_tensao_decisionismo_legalismo_e_o_Estado_Democratico_de_Direito>. Acesso em: 25 jul. 2012.

ANENCEFALIA – *Sustentação Oral sobre o mérito*. Inserido no youtube por: luisrobertobarroso em 20 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/casosetemas/anencefalia>>. Acesso em: 16 set. 2012.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. 2. ed. rev. Lisboa: Biblioteca de Autores Clássicos, 2005.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

BARILLI, Renato. *Retórica*. Lisboa: Presença, 1985.

BARROSO, Luis Roberto. *Diferentes mas iguais*: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/casos-homoafetivas-diferentes-iguais.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERTI, Enrico. *Aristóteles no Século XX*. Tradução Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL É O QUARTO PAÍS COM MAIOR NÚMERO DE CASOS DE ANENCEFALIA. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/11/brasil-e-o-quarto-pais-com-maior-numero-de-casos-de-anencefalia.htm>>. Acesso em: 16 set. 2012.

CAMARGO. Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*. Uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARDOSO, Tito. *A nova retórica de Perelman*. Biblioteca on line de ciências da comunicação, Portugal, 1998. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/cunha-tito-Nova-Retorica-Perelman.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2012.

CASSIN. Barbara. *Aristóteles e o logos*. Contos da fenomenologia comum. São Paulo: Loyola, 1999.

CÓDIGO CIVIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 set. 2012.

COELHO. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *A especial consideração do outro na ética do Aristóteles maduro*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. v. 103, 2008.

COELHO. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Direito e Política e o advento do Ocidente como a civilização fundada na ciência*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. v. 09. p. 103-119, 2006.

COELHO. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Pensamento jurídico e antológica em Antifonte – contribuição grega a construção da Dogmática Jurídica*. In: Filosofia e Teoria Geral do Direito. Homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior, 2011.

COELHO. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles*. São Paulo: Rideel, 2012.

COELHO. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Sobre o fim do agir na Ética a Nicômaco. Sobre a relação reciprocamente constitutiva entre fins e meios sobre o papel do nous e da phantasia na afirmação da verdade prática no contexto concreto da decisão*. Revista Brasileira de Filosofia. v. 234. p. 50-75, 2010.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 set. 2012.

CORMICK, Neil Mac. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

GARVER, Eugene. Aristotle in the kinds of Rhetoric. *A Journal of the History of Rhetoric*, v. 27, n. 1, p. 1-18, Winter, 2009. University of California Press on behalf of the International Society for the History of Rhetoric. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/10.1525/rh.2009.27.1.1>>. Acesso em: 20 set. 2012.

GRIMALDI, William M. A. Rhetoric and the Philosophy of Aristotle. *The Classical Journal*, v. 53, n. 8, p. 371-375, May 1958. The Classical Association of the Middle West and South. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3295083>>. Acesso em: 20 set. 2012.

JUNIOR, Lúcio Antônio Chamom. *Teoria Geral do Direito Moderno*. Por uma reconstrução Crítico – Discursiva na Alta Modernidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

JUNIOR, Lúcio Antônio Chamom. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Constitucionalismo e Democracia em uma reconstrução das fontes do Direito Moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Direito, Retórica e Comunicação*. Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, Decisão, Dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

KRAUS, Manfred. How to Classify Means of Persuasion: The Rhetoric to Alexander and Aristotle on Pisteis. *Rhetorica: A Journal of the History of Rhetoric*, v. 29, n. 3, p. 263-279, Summer 2011. University of California Press on behalf of the International Society for the History of Rhetoric. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/10.1525/RH.2011.29.3.263>>. Acesso em: 20 set. 2012.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Versão portuguesa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEMGRUBER, Márcio Silveira. Razão, pluralismo e argumentação: a contribuição de Chaim Perelman. *Hist. cienc. saude-Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, jun. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59701999000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 7 set. 2012.

LIGERO, Adriana Aparecida Giosa. O juiz e a decisão por equidade. *Revista Jurídica da UNIFIL*, ano II, n. 2. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-6.pdf>. Acesso em: 17 set. 2012.

MARMELSTEIN, George. Antígona: Direito Positivo x Direito Natural. Quem ganhou? *Revista Eletrônica Direitos Fundamentais*. Rio Grande do Sul, 27 abr. 2008. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/04/27/antigona-direito-positivo-versus-direito-natural-quem-ganhou/>>. Acesso em: 15 set. 2012.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MAZZELI, Gisele Cristina. Retórica: de Aristóteles a Perelman. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 4. 2008. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/145/134>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à Filosofia do Direito, à metodologia da Ciência do Direito e Hermenêutica Contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. *Direito, Lógica, Argumentação e Retórica em Aristóteles e Wittgenstein*: a solução da Aporia Hermenêutico-decisória no discurso como prática do *mythos* e no uso da linguagem como *rhetor* do *ergon*. Fortaleza, XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado nos dias 9, 10, 11 e 12 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4177.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista Forense, 1958. Tomo 2.

NETO, Francisco Gonçalves. *A equidade, o árbitro, o arbitrador e o amigável compositor*. Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria= Arbitragem](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=Arbitragem)>. Acesso em: 17 set. 2012.

NICHOLS, Mary P. Aristotle's defense of Rhetoric. *The Journal of Politics*, v. 49, n. 3, p. 657-677, Aug. 1987. Cambridge University Press on behalf of the Southern Political Science Association. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2131273>>. Acesso em: 20 set. 2012.

NOLETO, Mauro Almeida. Direito e Ciência na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2644>>. Acesso em: 8 fev. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Luciene de Lima. A arte Retórica Aristotélica: Um legado clássico até os dias atuais. *Revista Gaia*, Rio de Janeiro, ano X, n. 7, 2010. Disponível em: <http://www.gaialhia.kit.net/anteriores/artigo004_2010_2.pdf>. Acesso em: 17 set. 2012.

PEREIRA, Égina Glaucé Santos. *Retórica e Argumentação*: os mecanismos que regem a prática do discurso jurídico. Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/ALDR-6SJQ89/1/disserta__o_egina.pdf>. Acesso em: 19 set. 2012.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

PERELMAN, Chaim. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 2004b.

PERELMAN, Chaim. *Tratado da Argumentação*: a nova retórica. Tradução Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAPHAEL, Sally. Rhetoric, Dialectic and Syllogistic Argument: Aristotle's Position in "Rhetoric" I-II. *Phronesis*, v. 19, n. 2, p. 153-167, 1974. BRILL. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4181936>>. Acesso em: 20 set. 2012.

RIBEIRO, Flávia Regina Guedes. Aborto por anencefalia na mídia brasileira: análise retórica do debate entre as posições "pró-escolha" e "pró-vida". *Rev. Bras. Ciênc. Polít. [online]*, n. 7, p. 83-114, 2012. ISSN 0103-3352. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-33522012000100005>>. Acesso em: 7 set. 2012.

RISTOW, Rogério. A equidade como instrumento da hermenêutica. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, ano VII, n. 15, p. 149-168, dez. 2002. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fsaiaiweb06.univali.br%2Fseer%2Findex.php%2Fnej%2Farticle%2Fdownload%2F332%2F276&ei=x_9XUMXyO4W89QTlooD4Ag&usg=AFQjCNF-9k91Uy5WcS9IB8e98rofz0EMwQ&sig2=-NERizglqNmyrKjDWMFAPg>. Acesso em: 17 set. 2012.

ROBINSON. Daniel N. Rhetoric and Character in Aristotle. *The Review of Metaphysics*, v. 60, n. 1, p. 3-15, Sep. 2006. Philosophy Education Society Inc. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20130737>>. Acesso em: 20 set. 2012.

ROHDEN, Luiz. *O poder da linguagem: a arte retórica de Aristóteles*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

RORTY, Amélie Okseberg. The Directions of Aristotle's "Rhetoric". *The Review of Metaphysics*, v. 46, n. 1, p. 63-95, Sep. 1992. Philosophy Education Society Inc. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20129293>>. Acesso em: 20 set. 2012.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Princípios de Direito Político. Tradução Antônio de P. Machado. 17. ed. Rio de Janeiro: Clássicos de Bolso, 1996.

SANTIAGO, Denny Mendes. Breves considerações acerca da comunicação como elemento essencial à efetivação do Direito. As críticas de Habermas e Perelman ao positivismo jurídico. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2693, 15 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17527>>. Acesso em: 8 fev. 2012.

SANVITO, Paulo César. A justiça e a finalidade do Direito. *Jus Humanum – Revista eletrônica de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Cruzeiro do Sul*, São Paulo, v. 1, n. 2, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://revistapos.cruzeirodosul.edu.br/index.php/jus_humanum/article/viewFile/78/56>. Acesso em: 15 set. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição do retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado*, Salvador, n. 9. Mar./abr./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2012.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica jurídica: seus princípios fundamentais no direito brasileiro*. São Paulo: Leia, s/d.

SILVEIRA, Anarita Araujo da. *A cultura constitucional da vida no STF, a Constituição ainda constitui?* Disponível em:

<[http://www.gemcadvocacia.com/UserFiles/Publicacoes/anarita.unifra.anenc.embriao\[1\]\[20081020003602\].pdf](http://www.gemcadvocacia.com/UserFiles/Publicacoes/anarita.unifra.anenc.embriao[1][20081020003602].pdf)>. Acesso em: 17 set. 2012.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.