

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANÁ
CAMPUS DE FOZ DO IGUAÇU
CENTRO DE EDUCAÇÃO E LETRAS E SAÚDE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM
SOCIEDADE, CULTURA E FRONTEIRAS – NÍVEL MESTRADO
LINHA DE PESQUISA: LINGUAGEM, CULTURA E IDENTIDADE

ARIANE DIAS TEIXEIRA LEITE DEFASSI

ARGUMENTAÇÃO NO DISCURSO JURÍDICO: TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS
NO *HABEAS CORPUS*

ARIANE DIAS TEIXEIRA LEITE DEFASSI

**ARGUMENTAÇÃO NO DISCURSO JURÍDICO: TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS
NO *HABEAS CORPUS***

Dissertação apresentada à Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE – para obtenção do título de Mestre, junto ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Sociedade, Cultura e Fronteiras, nível de Mestrado. Linha de Pesquisa: Linguagem, Cultura e Identidade.

Orientador: Prof. Dr. Ivo José Dittrich

Foz do Iguaçu

2016

Catálogo na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UNIOESTE

D313 Defassi, Ariane Dias Teixeira Leite

Argumentação no discurso jurídico: técnicas argumentativas no
habeas corpus / Ariane Dias Teixeira Leite Defassi. - Foz do Iguaçu,
2016.

99 f.

Orientador: Prof. Dr. Ivo Dittrich.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Socie-
dade, Cultura e Fronteiras - Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

1. Análise do discurso. 2. Retórica. 3. Habeas corpus – Discursos,
alocações, etc. 4. Persuasão (Retórica). I. Título.

CDU 342.721
801.54

ARIANE DIAS TEIXEIRA LEITE DEFASSI

**ARGUMENTAÇÃO NO DISCURSO JURÍDICO: TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS
NO *HABEAS CORPUS***

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do Título de Mestre e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Sociedade, Cultura e Fronteiras – Nível de Mestrado, da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profa. Dra. Maria Helena Cruz Pistori
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC
Membro Efetivo (convidado)

Prof. Dr. José Carlos dos Santos (UNIOESTE)
Membro Efetivo (da Instituição)

Prof. Dr. Ivo José Dittrich (UNIOESTE)
Orientador

Foz do Iguaçu, 09 de setembro de 2016

*Aos defensores da Justiça
e à minha família.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Ivo José Dittrich pela confiança, compreensão e dedicação e pela excelente orientação, com o compartilhamento dos saberes de forma tão singela.

Agradeço ao Prof. Dr. Luciano Fernandes Motta e ao Prof. Dr. José Carlos dos Santos pela orientação durante a qualificação com as indicações de autores e textos, pelo empréstimo de livros e por sugerirem acréscimos significativos na dissertação.

Agradeço aos professores do Programa de Mestrado Sociedade, Cultura e Fronteiras pelos ensinamentos que permitiram a conclusão deste trabalho.

Agradeço à amiga e colega Eliane Dávila Sávio pelo incentivo à iniciação científica, que com incansável estímulo em muito contribuiu na conclusão dessa etapa.

Agradeço aos colegas de mestrado pela troca de ideias e informações que foram de grande valia no desenvolvimento da minha pesquisa.

Agradeço aos colegas de escritório pela compreensão ímpar dada a minha ausência em muitos momentos e ao advogado Pedro da Luz (*in memoriam*).

Agradeço a minha família que em amor contribuiu com amparo, entendimento e tolerância nesta conquista.

A todos, muito obrigada.

“... seria um equívoco sonhar uma legislação absolutamente justa, que bastaria aplicar. Aristóteles já mostrara que a justiça não poderia estar toda contida nas disposições necessariamente gerais de uma legislação. É por isso que, em seu ápice, ela é equidade [...] ‘O equitativo’, explica Aristóteles, ‘embora sendo justo, não é o justo de acordo com a lei, mas um corretivo da justiça legal’, o qual permite adaptar a generalidade da lei à complexidade cambiante das circunstâncias e à irreduzível singularidade das situações concretas” (COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 44).

DEFASSI, Ariane Dias Teixeira Leite. **Argumentação no discurso jurídico.** Técnicas argumentativas no *habeas corpus*. 2016. 99 f. Dissertação (Mestrado em Sociedade, Cultura e Fronteiras) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu.

RESUMO: A presente dissertação tem por escopo apontar a Retórica como referencial teórico e metodológico na produção e análise do discurso jurídico. Para tanto, o estudo do discurso jurídico foi realizado sob o prisma da Nova Retórica, analisando o poder de persuasão por meio da argumentação. Foi adotada a divisão dos argumentos apresentada por Perelman e Tyteca (2005), em especial *os argumentos quase lógicos, os baseados na estrutura do real e os que fundam a estrutura do real*. A análise do discurso jurídico foi restrita a duas petições de *Habeas Corpus* e respectivos acórdãos, possibilitando a identificação e intensidade dos tipos de argumentos utilizados na persuasão e a apuração de prováveis resultados decorrentes ou não do convencimento do auditório. O estudo aponta que os argumentos descritos no *Tratado da Argumentação* são adequados para análise do discurso jurídico e observou-se que o uso razoável das técnicas argumentativas oferece maior consistência ao discurso persuasivo, tornando as decisões mais bem fundamentadas e, por isso, mais justas e equânimes.

PALAVRAS-CHAVE: Argumentação, Retórica, discurso jurídico, *habeas corpus*, persuasão.

DEFASSI, Ariane Dias Teixeira Leite. **Argumentation in legal discourse**. Argumentative techniques in the *habeas corpus*. 2016. 99 l. Dissertation (Master of Society, Culture and Borders) - Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu.

ABSTRACT: This dissertation focuses on pointing Rhetoric as theoretical and methodological reference in the production and analysis of legal discourse. For this particular purpose, the study of legal discourse is presented from the New Rhetoric angle, analyzing the power of persuasion through argumentation by means of the argumentative strategies of Perelman and Tyteca (2005): quasi-logical arguments, arguments based on an appeal to reality and arguments that establish the structure of reality. The corpus encompasses two *Habeas Corpus* and respective judgments and enables the identification of the arguments used to persuade, as well as their intensity and possible results of whether the audience was convinced. The study points out the adequacy of the arguments listed in the Treaty of Argumentation to the legal discourse analysis. Finally, the reasonable use of the argumentative strategies proved itself to add consistency to the persuasive discourse, allowing the judge to reach well-founded decisions, being more equitable and just.

KEYWORDS: Argumentation, Rhetoric, *habeas corpus*, legal discourse, persuasion.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 01 - Quadro de incidência das técnicas argumentativas HC1.....89

Figura 02 - Quadro de incidência das técnicas argumentativas HC2.....89

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS	12
1.1 RETÓRICA CLÁSSICA E NOVA RETÓRICA: DA ORIGEM AO NOSSO TEMPO.....	12
1.2 RACIOCÍNIO JURÍDICO E NOVA RETÓRICA	23
1.3 <i>HABEAS CORPUS</i> E PRISÃO PREVENTIVA	27
2 TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS	35
2.1 TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS: PERELMAN E A NOVA RETÓRICA.....	41
2.1.1 Argumentos quase lógicos.....	42
2.1.1.1 Argumento pela regra de justiça.....	44
2.1.1.2 Argumento de definição.....	46
2.1.2 Argumentos baseados na estrutura do real.....	49
2.1.2.1 Argumento pragmático.....	49
2.1.2.2 Argumento de autoridade.....	51
2.1.3 Argumentos que fundamentam a estrutura do real.....	52
2.1.3.1 Argumento pelo exemplo	53
2.1.3.2 Argumento por analogia.....	54
3 ANÁLISE DO <i>CORPUS</i>	57
3.1 DECISÕES METODOLÓGICAS	57
3.2 <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 1 OU HC1.....	58
3.2.1 Análise da petição HC1.....	59
3.2.2 Análise do acórdão HC1.....	73
3.3 <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 2 OU HC2	76
3.3.1 Análise da petição HC2.....	77
3.3.2 Análise do acórdão HC2.....	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

A retórica como arte de argumentar no discurso está diretamente ligada ao trabalho desenvolvido pelo pensador do Direito que atua na defesa do Estado Democrático de Direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social¹ e, no exercício de seu múnus público, contribui na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador². Assim, a retórica representada pela teoria da argumentação é referencial teórico e metodológico adequado para a análise do discurso jurídico, pois ultrapassa as fronteiras do método cartesiano e assume que o discurso se desenvolve no direito posto e consuetudinário, no debate emocional e racional.

Todavia, esse estudo pretende desenvolver maior entendimento sobre o fato de que o discurso jurídico se constrói pelas técnicas argumentativas desenvolvidas com base no conhecimento científico, social e cotidiano, aliado à condição e à realidade social do caso particular na busca de decisões mais justas e equitativas. Com isso, busca a análise retórica do discurso e elege, dentre os gêneros discursivos, o jurídico, em virtude de minha atuação profissional como advogada e pensadora do Direito, pela salvaguarda dos direitos e garantias constitucionais e pela contribuição da teoria da argumentação como metodologia do Direito.

Sabe-se que o discurso jurídico é uma realidade dinâmica e não se resume à aplicação de um emaranhado de leis, sendo uma prática social complexa que inclui, além do direito positivado, valores e ações, com o objetivo de balizar as relações sociais na busca de uma solução mais justa ao caso concreto. Nesse sentido, não há como se conceber o discurso jurídico a partir da ideia de mera transcrição de enunciados programáticos voltados à letra da lei, mas sim na construção de um discurso democrático voltado ao efetivo exercício de um direito.

Para tanto, a pesquisa está voltada à análise retórica do discurso jurídico destacando os tipos de argumentos utilizados na sua construção e os efeitos persuasivos decorrentes da argumentação, por meio da decisão judicial (acórdão). Assim, o objetivo geral desta pesquisa é apontar para as contribuições da Retórica como referencial teórico e metodológico na produção do discurso, bem como ferramenta cidadã de referência na sua análise, tanto no âmbito judicial quanto nas relações sociais que o alcançam.

A pesquisa se organiza da seguinte forma: o primeiro capítulo traz a conceituação, natureza e capitulação jurídica do remédio constitucional do *habeas corpus*, bem como da

¹ Art. 2º do Código de Ética e Disciplina da OAB.

² Art. 2º, § 2º da Lei 8.906/94.

prisão preventiva a fim de permitir a contextualização do objeto e a compreensão dos institutos abordados.

A fundamentação teórica foi desenvolvida, ainda, no primeiro capítulo, traçando um apanhado histórico, necessário ao entendimento da origem, desenvolvimento e legitimação da Retórica desde o ano de 485 a.C. até os nossos dias, delineando de forma concisa os períodos de ascensão e declínio, bem como os seus vários sentidos e abrangência para os filósofos clássicos e contemporâneos.

No segundo capítulo, passa-se à descrição das técnicas argumentativas a serem utilizadas na análise do *corpus*, que é constituído por duas petições de *habeas corpus* e respectivas decisões, com sua conceituação e preponderância na formação do discurso jurídico, como forma de atingir ao objetivo do orador: a persuasão do auditório.

No último capítulo segue, a análise propriamente dita, com a verificação e descrição das técnicas argumentativas pela sua incidência, recorrência e possível persuasão exercida na decisão judicial.

Nas considerações finais foi possível verificar a incidência do poder da retórica no discurso jurídico, no qual o orador aplica técnicas argumentativas com origem na Retórica clássica de Aristóteles e que serviram de base para a formulação da Teoria da Argumentação de Perelman.

A partir das análises das petições de *habeas corpus* e respectivos acórdãos foi possível observar que os argumentos descritos principalmente por, ou com base em, Perelman (2005)³, são adequados para análise do discurso jurídico, permitindo a reflexão de que o uso razoável dessas técnicas argumentativas oferece maior consistência ao discurso persuasivo, e com isso aumenta a possibilidade de tornar as decisões mais bem fundamentadas a ponto de aproximá-las do sentido e dos objetivos da Justiça.

³ Chaïm Perelman (1912-1984) foi professor na Universidade de Bruxelas e um dos grandes estudiosos da retórica no século XX e Lucie Olbrechts-Tyteca (1900-1987) foi pesquisadora assistente. O *Tratado da Argumentação* foi escrito por Perelman e sua colega Tyteca, embora outras obras sejam atribuídas somente a Perelman. Por questões práticas, as referências ao *Tratado da Argumentação* serão indicadas por Perelman (2005).

1. CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS

1.1 RETÓRICA CLÁSSICA E NOVA RETÓRICA: DA ORIGEM AO NOSSO TEMPO

Para compreensão da origem da Retórica como Teoria do Discurso (DITTRICH, 2008) ou retórica como arte de persuadir pelo discurso (REBOUL, 2004) é importante ponderar que ela tenha surgido antes mesmo da sua história, sendo a sua expressão primária a linguagem, a qual nasceu com o homem e evoluiu com o passar dos séculos. Reboul (2004, p. 1), especialista em Retórica e em Filosofia da Educação, justifica que “a retórica é anterior à sua história, e mesmo a qualquer história, pois é inconcebível que os homens não tenham utilizado a linguagem para persuadir”. Essa constatação não afasta o fato de a retórica ser uma invenção grega que primeiramente surge como técnica retórica ante a possibilidade de defesa a qualquer causa independente das circunstâncias e, posteriormente, ensinada como teoria de reflexão para a compreensão do discurso.

A Retórica surge como estudo em Siracusa, na Sicília (antiga Magna Grécia), por volta do século V a.c, após a Batalha de Salamina⁴, com a expulsão dos tiranos, quando os cidadãos começam a reivindicar as terras que lhes foram desapropriadas durante a tirania, dando início ao surgimento de inúmeras contendas judiciais, nas quais compelia os litigantes à busca de meios para defesa de suas causas. Barthes (1987) explica a origem da retórica pelo surgimento dos processos concernentes ao direito de propriedade que eram levados a júris populares, cujo convencimento se dava pela eloquência:

A Retórica nasceu de processos de propriedade. Cerca de 485 a.C., dois tiranos sicilianos, Gelão e Hierão, efectuaram deportações, transferências de população e expropriações, para povoar Siracusa e lotear os mercenários; quando foram depostos por uma sublevação democrática e se quis voltar à *ante qua*, houve processos inumeráveis, pois os direitos de propriedade eram pouco claros. Estes processos eram de um novo tipo: mobilizavam grandes júris populares, diante dos quais, para os convencer, era necessário “ser eloquente” (BARTHES, 1987, p. 23).

⁴ 480 a.C., Batalha de Salamina, na qual os gregos coligados triunfaram definitivamente sobre a invasão persa, quando começou o grande período da Grécia Clássica (REBOUL, 2004, p. 2).

Daí vem a origem judiciária da retórica que fica demonstrada pela luta da terra e também pela guerra civil na Grécia antiga, a qual desencadeou o surgimento de diversas reclamações daquele povo.

Para os gregos, o uso da palavra era primordial, tanto pela eloquência literária quanto pela judicial, sendo que no processo de formação da *polis* e com o surgimento da democracia era exigido dos homens públicos não apenas a exposição das ideias, mas também o exercício da persuasão por meio do discurso na tomada de decisões próprias do convívio em sociedade. A cidadania grega se subsumia ao uso da palavra, no discurso eloquente como defesa e garantia dos direitos, junto ao Tribunal, tal como o poder da retórica exercido por meio do argumento no discurso jurídico até os dias atuais.

Na época não existia a figura do advogado, o que impulsionava as pessoas a recorrerem a escrivães públicos – logógrafos, os quais redigiam suas causas ao Tribunal, que eram lidas pelas próprias pessoas ou pelos retores, que ofereciam seus serviços aos litigantes e, por meio de sua oralidade aguçada, utilizavam o seu poder de persuasão através de diferentes argumentos – para o convencimento do Tribunal, o que ainda é exercido por meio dos pensadores do direito atualmente.

Na Grécia antiga, Córax⁵ compilou exemplos práticos, denominando-os como ‘arte oratória’ para que as pessoas tivessem meios de recorrer à Justiça. Daí a sua primeira definição de retórica: ela é “criadora de persuasão”⁶. Ele foi considerado o inventor do argumento que leva o seu nome, *córax*, e que auxilia a defesa das causas.

Observe-se que a argumentação era, (e ainda é) desenvolvida não a partir do verdadeiro, mas do verossímil (*eikos*), no qual as causas indefensáveis eram debatidas pelos melhores retores, pela necessidade do emprego da melhor retórica. Nas palavras de Reboul (2004, p. 39), “a retórica só é exercida em situações de incerteza e conflito, em que a verdade não é dada e talvez jamais seja alcançada senão sob a forma de verossimilhança”.

Em contrapartida, alguns filósofos sustentaram a arte do bem falar, utilizando argumentos vazios no convencimento, como os sofistas, cujo discurso define que a finalidade dessa retórica não é encontrar o verdadeiro, mas dominar através da palavra; ela já não está devotada ao saber, mas sim ao poder⁷. Reboul (2004) explica que a diferença entre a retórica sofística e a verdadeira retórica é a sua finalidade, visto que, aquela exclui o saber e leva em conta apenas o saber fazer a serviço do poder, bastando o discurso ser eficaz sem qualquer pretensão de verdade ou verossimilhança. Prossegue Reboul (2004, p. 10) afirmando que “os

⁵ Discípulo do filósofo Empédocles. “É considerado o inventor do argumento que leva o seu nome, o *córax*, e que deve ajudar os defensores das piores causas. Consiste em dizer que uma coisa é inverossímil por ser verossímil demais. Por exemplo, se o réu for fraco, dirá que não é verossímil ser ele o agressor. Mas, se for forte, se todas as evidências lhe forem contrárias, sustentará que, justamente, seria tão verossímil julgarem-no culpado que não é verossímil que ele o seja” (REBOUL, 2004, p. 2 e 3).

⁶ REBOUL, 2004, p. 2.

⁷ REBOUL, 2004, p. 10.

sofistas foram com certeza os primeiros pedagogos, e o objetivo de sua educação não deixa de ser nobre: capacitar os homens ‘a governar bem suas casas e suas cidades’”.

A retórica clássica veio atender a várias necessidades como as técnicas judiciária e literária, a filosofia e o ensino. Em contrapartida, a atuação dos sofistas trouxe um estigma de que o seu exercício estaria calcado no domínio da palavra pelo poder e não pelo saber, baseado num mundo sem verdade nem realidade objetiva.

Assim, por certo tempo, a retórica se tornou uma técnica na qual a palavra estaria fadada a plena manipulação e domínio sofístico. Isócrates, por exemplo, foi uma figura importante na libertação das falsas verdades implantadas ao conceito de retórica, exortando que a retórica “só é aceitável se estiver a serviço de uma causa honesta e nobre, e que não pode ser censurada, tanto quanto qualquer outra técnica, pelo mau uso que dela fazem alguns”(REBOUL, 2004, p. 11).

Para Aristóteles (2002, p. 33), a retórica “é a faculdade de ver teoricamente o que, em cada caso, pode ser capaz de gerar a persuasão”, sendo definida como teoria e como técnica, pois permitiu determinar quais meios de persuasão são mais adequados a cada caso e, diferentemente dos sofistas, foi repensada e integrada como saber científico desde o seu surgimento até a sua legitimação como discurso racional. Aristóteles (2002, p. 29-31) prossegue e define que o objetivo de uma arte é investigar teoricamente a causa do êxito e, nesse sentido, manifesta que a tarefa da Retórica não consiste em persuadir, mas em discernir os meios de persuadir a propósito de cada questão. Pondera ainda que o papel da Retórica é distinguir o que é verdadeiramente suscetível de persuadir do que só o é na aparência.

Se o discurso dos sofistas era investido do saber pelo poder a definição de retórica trazida por Aristóteles destaca o saber pela sua utilidade na persuasão do discurso, afirmando Aristóteles que “a Retórica parece ser capaz de, por assim dizer, no concernente a uma dada questão, descobrir o que é próprio para persuadir” (2002, p. 33). Percebe-se que Aristóteles remonta à retórica e traz uma nova definição de cunho mais sólido, sendo que, ao contrário de Górgias e Isócrates, que conferem um valor neutro à retórica, Aristóteles lhe confere um valor positivo, mesmo que relativo, pois a retórica não se reduz ao poder de persuadir (subentendido: ninguém de coisa nenhuma); no essencial, é a arte de achar os meios de persuasão que cada caso comporta (REBOUL, 2004, p. 24). No contexto clássico, a definição da retórica aristotélica é mais modesta que a dos sofistas, já que o filósofo a torna muito mais plausível e eficaz. E Reboul (2004, p. 23) resume que “essa nova argumentação dá uma ideia mais profunda e sólida da retórica. Para começar, já não a apresenta como poder de dominar, mas como poder de defender-se, o que logo de cara a torna legítima”.

Entre os romanos, Quintiliano define retórica como a arte de falar bem, relacionando a isso o fato de ser bom, na medida em que valida não só o conteúdo do discurso, mas também o orador; convalidando-a ainda como arte prática porque se materializa por meio da ação. Tanto na definição de Aristóteles de retórica como *techne* (técnica) quanto para os romanos como *ars* (arte), há um ponto comum que, nas palavras de Pistori (2001, p. 29), “consiste nas operações que se deve fazer para elaboração do discurso”. Reboul (2004, p. 25) complementa: “A retórica, arte ou técnica da palavra, é, portanto, indispensável. E aí está o que a legitima”. Com isso, na Grécia ou em Roma, o uso da palavra foi marcado como elemento fundamental para afirmação do homem na comunidade e consequente expressão social na defesa de ideias e direitos.

Para essa compreensão da retórica é imprescindível regressar aos ensinamentos clássicos, para o fim de afastar o sentido pejorativo, por vezes dispensado à retórica por herança do sofismo, tão somente como arte de falar persuasivamente. Reboul (2004, p. XIV) retoma o seu valor com a seguinte definição: “retórica é a arte de persuadir pelo discurso”, o que implica, necessariamente, argumentação.

Num sentido geral, Reboul (2004, p. XIV) define discurso como “toda produção verbal, escrita ou oral, constituída por uma frase ou por sequência de frases, que tenha começo e fim e apresente certa unidade de sentido” e, a partir dessa definição, conclui-se que a retórica não é aplicável a todo discurso, mas sim aos que visam persuadir. A retórica clássica restringe o conceito de discurso, limitando-o ao sentido técnico acima descrito, uma vez que a sua simples produção por meio da escrita não conduz ao discurso persuasivo. Reboul (2004, p. XIV) enumera os principais, “pleito advocatício, alocução política, sermão, folheto, cartaz de publicidade, panfleto, fábula, petição, ensaio, tratado de filosofia, de teologia ou de ciências humanas”.

Aristóteles (2002, p. 33) aborda a persuasão afirmando que ela se dá por efeito do caráter moral quando o discurso procede de maneira a deixar a impressão de que o orador é digno de confiança. A persuasão nos ouvintes ocorre quando o discurso os leva a sentir uma paixão, que está relacionada à afinidade de ambos, porque os juízos que são proferidos variam consoante se experimentam aflição ou alegria, amizade ou ódio. Enfim, é pelo discurso que se persuade, sempre que se demonstre, por meio dos argumentos, a verdade ou o que parece ser a verdade, de acordo com o que, sobre cada assunto, é suscetível persuadir.

Classicamente, o sistema retórico foi categorizado em quatro partes que representam as fases que serão enfrentadas na construção do discurso: invenção, disposição, elocução e ação. A primeira delas, a invenção ou *inventio*, foi a mais valorizada em Aristóteles (2002, p. 33), por se tratar do levantamento das provas, daquilo que já existe e que são categorizadas

em três espécies: “umas residem no caráter moral do orador; outras, nas disposições que se criaram no ouvinte; outras, no próprio discurso, pelo que ele demonstra ou parece demonstrar”. No mesmo sentido são as palavras de Pistori (2001, p. 31) quando descreve sobre as provas: o *ethos*, o *pathos* e o *logos*, as quais residem respectivamente, “no caráter do orador, nas paixões que ele consegue suscitar no ouvinte, e também na própria matéria do discurso transformada persuasivamente”.

Sobre a primeira parte do sistema retórico, Reboul (2004, p. 43) define “a invenção (*heurésis*, em grego), como a busca que empreende o orador de todos os argumentos e de outros meios de persuasão relativos ao tema de seu discurso”. Com isso, o orador deve identificar o seu auditório e o tipo de discurso a ser debatido.

O verdadeiro orador é um artista no sentido de descobrir argumentos ainda mais eficazes do que se esperava, figuras de que ninguém teria ideia e que se mostram ajustadas; artistas cujos desempenhos não são programáveis e que só se fazem sentir posteriormente (REBOUL, 2004, p. XVI).

O auditório segundo a concepção de Perelman (2005, p. 22) é “o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação”. A partir dessa definição, evidencia-se o discurso como o ponto de intercessão do orador e do auditório, sendo em função do auditório que qualquer argumentação se desenvolve, visto que, todo discurso se dirige a alguém.

Por questões metodológicas, adota-se a visão de Perelman (2005, p. 7) no *Tratado da Argumentação* e todas as vezes que forem utilizados os termos ‘discurso’, ‘orador’ e ‘auditório’ fica entendido com isso, respectivamente, a argumentação, aquele que a expõe, e aqueles a quem ela se dirige. Essa opção se dá independentemente do fato de que se trata de uma apresentação oral ou pela escrita, sem distinguir discurso em forma e expressão fragmentária do pensamento.

É de suma importância essa contextualização inicial com o levantamento das ações a serem praticadas pelo orador e os valores a serem atribuídos a cada uma delas. Para Demo (2014, p. 97), a invenção “basicamente, é como se o combatente saísse à guerra e revisasse o armamento que possui a mão”. No discurso jurídico Voese resume a primeira fase como uma seleção de indícios e provas:

É o momento da argumentação jurídica em que o objetivo é colher e apresentar os elementos contextualizadores do ato e que se incluem como elementos que participam da produção da versão do fato, ou seja, o que,

direta ou indiretamente, envolve o ato representa um apoio importante à interpretação do acontecimento e, por isso, à sustentação da tese. (VOESE, 2011, p. 42).

Neste ponto ainda, insta esclarecer a classificação dos três gêneros do discurso: judiciário, deliberativo (ou político) e epidíctico (REBOUL, 2005, p. 44). Aristóteles (2002, p. 39) explica que o gênero deliberativo ocorre de deliberar, aconselhar ou desaconselhar sobre questões particulares ou públicas, e ocorre no futuro, pois se delibera sobre o futuro. O gênero judiciário decorre da acusação e da defesa: necessariamente os que pleiteiam adotam uma dessas ações e ocorre no passado, visto que a acusação ou a defesa incidem sempre sobre fatos pretéritos. O gênero demonstrativo ou epidíctico, por sua vez, comporta o elogio ou a censura e ocorre no presente, porque para louvar ou para censurar apoiamos-nos sempre no estado presente das coisas. Aristóteles (2002, p.41) afirma que um discurso comporta três elementos: “a pessoa que fala, o assunto de que se fala e a pessoa a quem se fala; e o fim do discurso refere-se a esta última, que eu chamo o ouvinte”. Acrescenta ainda:

Quando se louva ou se censura, quando se aconselha ou se desaconselha, quando se acusa ou se defende, ninguém se empenha só em demonstrar o que afirmou; mas todos se propõem, além disso, mostrar a importância, grande ou pequena do bem e do mal, do belo e do feio, do justo e do injusto, que o assunto encerra, quer estes pontos sejam tratados em si separadamente, quer sejam mutuamente postos em confronto e oposição (ARISTÓTELES, 2002, p. 41).

Neste ponto, relativo à invenção - necessária à definição das provas técnicas - importa identificar os tipos de argumentos utilizados pelo orador que na visão aristotélica são três: *ethos*, *pathos* e *logos*.

O *ethos* é o caráter que o orador deve assumir para inspirar confiança no auditório, pois sejam quais forem seus argumentos lógicos, eles nada obtêm sem essa confiança (REBOUL, 2005, p. 48). Aristóteles (2002, p. 97) explica que a confiança, a qual os oradores inspiram, “provém de três causas, sem contar as demonstrações; e são as únicas que obtêm a nossa confiança. Ei-las: a prudência, a virtude e a benevolência”.

No âmbito jurídico este tipo de argumento é mais explorado nas defesas orais (ação), como corriqueiramente ocorre no Tribunal do Júri, ou nas sustentações orais nas sessões de julgamento, perante os Tribunais. Porém, percebe-se que na petição escrita o caráter do orador pode ser apresentado, mesmo que com menor intensidade, por exemplo, quando expõe suas

qualidades pessoais ou o tratamento que quer dispensar ao auditório particular, mostrando-se aceitável, empático e idôneo. Sinala-se que a definição de auditório adotada anteriormente agora aparece com um destaque do termo ‘particular’ em que o próprio Perelman diferencia entre universal e particular:

o primeiro, constituído pela humanidade inteira, ou pelo menos por todos os homens adultos e normais, e o segundo formado, no diálogo, unicamente pelo *interlocutor* a quem se dirige; e ainda um terceiro, enfim, constituído pelo *próprio sujeito*, quando ele delibera ou figura as razões de seus atos (PERELMAN, 2005, p. 33-34).

A distinção feita anteriormente é indispensável quando se trata da construção argumentativa voltada à persuasão, sendo o tipo de auditório determinante na escolha dos argumentos e técnicas a serem empregadas no discurso. Perelman explica que a natureza do auditório delimita o caráter do argumento,

É, portanto, a natureza do auditório ao qual alguns argumentos podem ser submetidos com sucesso que determina em ampla medida tanto o aspecto que assumirão as argumentações quanto o caráter, o alcance que lhes serão atribuídos (PERELMAN, 2005, p. 33).

O discurso jurídico, de modo geral, tem auditório específico (particular), qual seja o julgador ou as partes do processo judicial, que exercem o seu poder de persuasão por meio de uma argumentação predominantemente normativa e racional que inspiram confiança e por isso são ligadas ao *ethos*. Por outro lado, a demonstração (base racional) por si só não é suficiente no convencimento devendo o discurso, além de ser demonstrativo, ser também persuasivo implicando essa combinação um caráter estético⁸ e ético⁹ ao discurso.

Na análise da afetividade inferida no discurso jurídico, o processo se resume na busca do *pathos* como o conjunto de emoções, paixões, e sentimentos que o orador deve suscitar no auditório com seu discurso (REBOUL, 2005, p. 48), refletindo num argumento psicológico utilizado pelo orador na persuasão do julgador. Por isso a conclusão de que “toda análise dos sentimentos e das paixões deriva da retórica” (REBOUL, p. 49). Aristóteles (2002,

⁸ A dimensão estética, por sua vez, diz respeito ao desenvolvimento e à configuração do discurso em seus aspectos de *apresentação, linguagem e organização*, examinando recursos que pretendem estetizá-lo de modo a favorecer os efeitos sobre o auditório, captando-lhe a atenção e mantendo seu interesse (DITTRICH, 2008, p. 93).

⁹ Etos é um termo moral, “ético”, e que é definido como o caráter moral que o orador deve parecer ter, mesmo que não o tenha de veras (REBOUL, p. 48).

p. 33) explica que “obtem-se a persuasão nos ouvintes, quando o discurso os leva a sentir uma paixão, porque os juízos que proferimos variam, consoante experimentamos aflição ou alegria, amizade ou ódio”.

No discurso jurídico não é diferente: apesar de a tese principal estar pautada nos fatos estampados no caso concreto, há uma base emocional e sentimental envolvida no discurso que será produzida na forma de argumentos com o objetivo de despertar no auditório as suas paixões, tornando mais aceitável o resultado pretendido, por exemplo, o argumento pragmático que será definido no próximo capítulo e fará parte da análise deste estudo.

Quanto às provas retóricas do discurso, Reboul (2005, p. 9) resume-as explicando que “se o *etos* diz respeito ao orador e o *patos* ao auditório, o *logos*¹⁰ diz respeito à argumentação propriamente dita do discurso”, sendo essa última prova defendida por Aristóteles como o próprio discurso, visto que a persuasão se dará pelo discurso, sempre que exposta por meio da verdade ou verossimilhança sobre determinado assunto. No cotidiano forense, a argumentação racional é a base do discurso com o emprego dos argumentos que são construídos a partir da legislação, prova oral, documental e pela habilidade e método do orador, por isso a preponderância do *logos* nas petições.

Com isso, há uma forte incidência do pensador do direito em utilizar-se da intervenção argumentativa tanto pela racionalização das ideias baseado na norma, lei, (*logos*), quanto pela afetividade (*ethos* e *pathos*), na busca de um discurso persuasivo que por meio da retórica poderá persuadir o julgador.

Cabe assinalar que foi necessário um maior detalhamento sobre a primeira fase do sistema retórico na construção do discurso persuasivo, visto que cabe na invenção achar o que será dito no discurso e, portanto, definir o gênero discursivo, técnicas argumentativas, tipos de prova, tipos de argumento para o fim de prosseguir na sua estruturação que ocorrerá na *dispositio* ou disposição, cabendo a esta colocar em ordem o que o orador tem a dizer ao auditório.

Assim, a segunda parte do sistema retórico é a disposição que consiste na estruturação do discurso através da organização das provas técnicas, dos argumentos que irão fundamentar a posição defendida no discurso. Em Reboul (2005, p. 43) a disposição (*taxis*) é a ordenação desses argumentos, da qual resultará a organização interna do discurso, seu plano. A organização dos argumentos para Aristóteles tem dois pilares imprescindíveis: a exposição e a prova. No entanto, para muitos autores a sua estruturação se dá em várias fases, advertindo o filósofo de que nem sempre um discurso comporta tantas divisões na sua formação.

¹⁰ Aristóteles não emprega esse termo, que utilizamos para simplificar.

Nesta pesquisa será adotada a posição de Aristóteles sobre a disposição: ele descreve primeiro o exórdio como parte da introdução ao discurso, observando que no discurso jurídico há a necessidade de apresentação das circunstâncias narrativas que serão defendidas; em segundo a prova, que abrange não só a prova judiciária, mas os argumentos utilizados na apresentação e a peroração que é parte final do discurso.

A terceira parte do sistema retórico diz respeito à elocução ou *elocutio*: a forma ‘de como dizer’. Para Reboul (2005, p. 61) a elocução é “em sentido técnico, a redação do discurso”. No Direito, o desenvolvimento da linguagem jurídica exige certo formalismo na construção do discurso, com o emprego de uma linguagem bem elaborada e a adoção do bom vernáculo pelo orador; as expressões cotidianas podem ser empregadas na escolha dos argumentos, porém, a linguagem informal pode enfraquecer o discurso jurídico, pois o afasta das pretensões persuasivas de explicar, confirmar, agradecer que são ações necessárias a uma argumentação juridicamente coerente e adequada. No entanto, essa fase se revela como questão de estilo: cada orador desenvolverá particularmente o discurso estando sujeito a aspectos subjetivos de competência linguística e intertextualidade, conforme suas acepções gramaticais, culturais e teóricas.

Oralmente, a ação ou *actio* é o ato de concretizar o discurso. Em Reboul (2005, p. 67) “a ação é o arremate do trabalho retórico, a proferição do discurso. É essencial porque, sem ela, o discurso não atingiria o público”. A ação pode estar ligada à teatralidade, conforme Henriques (2013, p. 20), pois quando proferido o discurso oral, o orador/falante se expressa por meio de gestos, olhos, boca, voz, enquanto o discurso escrito reduz tais atos a indícios da ação.

Alguns autores (especialmente os romanos) ainda incluem como parte do sistema retórico uma quinta parte que seria a *memória*, fazendo menção a Quintiliano, como dom e como técnica e, a Cícero somente como uma aptidão natural (REBOUL, p. 68) para a memorização do discurso. Era uma prática muito comum na civilização grega, visto que as defesas eram feitas oralmente, mediante a leitura do discurso ou num ato de improviso. Essa memorização se aplica até os dias de hoje no discurso oral proferido no Tribunal do Júri e nas sessões de julgamento dos Tribunais. Portanto, com relação às partes do sistema retórico, importa frisar nas palavras de Henriques:

elas formam um todo harmônico, coerente, integrado num corpo sistematizado de normas e participam da mesma moldura discursiva, como uma só e mesma finalidade: persuadir o auditório, embora se admita certa flexibilidade entre elas (HENRIQUES, 2013, p. 20).

Assim, todas as partes do discurso estão intimamente ligadas, mas com intensidade e destaque diferenciados, podendo se admitir até certa preponderância de umas sobre as outras, com o consenso de que todas concorram para a coesão do sistema retórico.

No estudo sobre a retórica e, conseqüentemente, sobre a argumentação é importante esclarecer se há diferenciação entre os termos persuadir ou convencer no discurso. Alguns autores apresentam certa distinção e ênfase, como Abreu (2009, p. 25), que define convencer como uma construção no campo das ideias (razão), afirmando que quando convencemos alguém, esse alguém passa a pensar como nós; e persuadir como uma construção no campo afetivo (emoção), afirmando que quando persuadimos alguém, esse alguém realiza algo que desejamos que ele realize. Para outros autores, persuadir se define em fazer alguém crer em alguma coisa e convencer em fazer compreender. Com isso, evitando qualquer (pré) concepção puramente ideológica, parece razoável o posicionamento de Reboul (2004, p. XV) que se restringe ao sentido inerente ao próprio termo ‘persuadir’, adotando, se é que pode se chamar, o seu sentido semântico.

Perelman (2005, p. 31) dedica um tópico a persuadir e convencer, na primeira parte do *Tratado da Argumentação*, explicando que o matiz entre os termos pode ser impreciso, porém, propõe certa distinção pelo tipo de auditório a que se dirige, chamando de “‘persuasiva’ a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar ‘convicente’ àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional”. E pondera,

É, portanto, a natureza do auditório ao qual alguns argumentos podem ser submetidos com sucesso que determina em ampla medida tanto o aspecto que assumirão as argumentações quanto o caráter, o alcance que lhes serão atribuídos (PERELMAN, 2005, p. 33).

Apesar do grande destaque da Retórica - da Antiguidade até a Idade Média - a ascensão do racionalismo cartesiano ocorrido pós Renascimento e com os sinais da Idade Moderna provocou o seu declínio, tendo sido retomada somente na segunda metade do século XX, quando em meados de 1958, o filósofo Perelman faz uma releitura da retórica clássica de Aristóteles com a sua reestruturação como teoria e técnica de persuasão. Perelman (2005, p. 4) manteve a roupagem principal da retórica após vinte séculos, afirmando que “o objeto dessa teoria é o estudo das técnicas discursivas que permitem ‘provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento’” (grifos do autor). Com isso, o seu *Tratado da Argumentação* foi o marco do renascimento da retórica aristotélica, retomada por meio dos argumentos e das técnicas escritas, na busca da persuasão, a partir do mais

crível, do verossímil, rompendo com o positivismo tradicional. Pistori (2001) discorre sobre a Nova Retórica como retomada da retórica clássica,

Podemos perceber que Perelman retoma a antiga polêmica entre Platão e os sofistas no concernente ao verdadeiro e ao opinável, preferível, verossímil. Naquele momento, é Aristóteles quem estabelece um espaço para a retórica, distinguindo-a da filosofia, da lógica, da dialética; afirma que ela se dirige ao homem comum, tem uma finalidade prática na tomada de decisões no cotidiano: aconselhar uma escolha entre o útil e o prejudicial; julgar entre o justo e o injusto; discernir o belo do feio, o censurável do louvável (PISTORI, 2001, p. 96).

A retórica antiga tinha como pressuposto a arte de falar em público, visto que os discursos eram dirigidos a multidões reunidas em praça pública, buscando a persuasão do ouvinte. O *Tratado da Argumentação* não se limita ao estudo da argumentação tratada na arte oratória, mas amplia a análise para qualquer discurso dirigido a determinado auditório. Com isso, o estudo de Perelman (2005) excede o estudo proposto pela retórica clássica, pela ênfase dada aos textos escritos que se apresentam formas mais variadas.

Desse modo, a Nova Retórica de Perelman (2005) define que as técnicas argumentativas se encontram em todos os níveis do conhecimento, sendo as mesmas lançadas numa discussão do cotidiano ou num debate rebuscado. Ela ganha corpo e traz uma evolução louvável pelas técnicas de persuasão, especialmente no âmbito do Direito, destacando o período pós Revolução Francesa, pois, anteriormente, a argumentação ocupava um plano secundário, pela ausência de necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Pistori (2001) descreve a conquista de Perelman no *Tratado da Argumentação* destacando a sua contribuição para arte de argumentar e persuadir na teoria da argumentação e também pela a reabilitação da retórica clássica:

Professando um neo-aristotelismo, advoga um lugar para a retórica em relação a algumas matérias: direito, política, ética, estética. Como Aristóteles, retoma a diferença entre analítica e retórica, postulando que o campo da argumentação – a retórica, não é inferior ao outro, simplesmente apoiado em regras diferentes. Procura, ao desenvolver uma teoria da argumentação, também reabilitar a antiga retórica (PISTORI, 2001, p. 97).

A retórica clássica revela o embasamento da estruturação do discurso, (re)legitimado por meio da Nova Retórica de Perelman (2005) que após o *Tratado da Argumentação*

possibilitou desenvolver a construção do discurso persuasivo com cunho racional e valorativo. Ela é refletida diuturnamente no trabalho do pensador do Direito, uma vez que a argumentação é utilizada como meio para atingir o resultado esperado - o êxito na demanda - sendo que o argumento por si só pode não ser suficiente para a obtenção do fim almejado, mas agregado ao conhecimento jurídico do orador, ao dom discursivo e à utilização das técnicas argumentativas na efetiva utilização da retórica pode ampliar suas pretensões.

A retomada e a (re)legitimação da retórica no *Tratado da Argumentação*, bem como a definição de técnicas argumentativas que buscam a persuasão do auditório vigora até os dias atuais. Assim, esse trabalho busca resultados que possam identificar a existência e recorrência da retórica no discurso jurídico, por meio da análise da petição de *Habeas Corpus*.

1.2 RACIOCÍNIO JURÍDICO E NOVA RETÓRICA

Toda sociedade, independentemente de sua organização, necessita de um regramento em relação às condutas sociais dos indivíduos que a compõem e o direito é uma forma de controle social, que nos tempos primitivos era exercido pela força e pela violência.

Primeiramente surge o direito natural em que as leis e os códigos eram elaborados pelos legisladores por vontade divina; posteriormente se origina o direito consuetudinário que era baseado nos costumes, mas que não estava materializado em lei, porque ainda não havia surgido a escrita; por fim nasce o direito positivo que por meio da escrita formalizou o regramento da sociedade, usando Códigos e Leis escritas.

Importante salientar que a história da Retórica, bem como a do Direito, nasceu com o próprio homem, uma vez que o indivíduo vive em grupos sociais, e com hierarquia e comando, conduz a sua evolução social, exteriorizada pela manifestação e comunicação dos indivíduos do grupo. Os dados históricos revelam que os grupos sociais da antiguidade, séculos antes de Cristo, primavam pela religião, espiritualidade e tudo aquilo que advinha da natureza. Infere-se que os povos ditavam os regramentos a serem seguidos e, conforme as necessidades iam surgindo, elas eram enfrentadas pelo indivíduo frente aos grupos sociais. Com o passar dos anos, os povos foram evoluindo e da mesma forma o direito.

Por séculos, a aplicação da justiça primitiva estava atrelada a costumes ancestrais e divindades. Da mesma forma estava vinculada à causa justa, cujas provas dos fatos ocorriam

por meio, por exemplo, das ordálias¹¹, nas quais o justo sairia vencedor, confundindo a justiça com a piedade e santidade.

Com o surgimento da separação dos poderes houve uma mudança no raciocínio jurídico, deixando este de estar centrado no sistema estático e formal, evoluindo para um sistema dinâmico, no qual se determina a quem conferir a autoridade de exercer o papel legal, fixando na norma seus limites e tipo de conduta a ser seguida. Percebe-se que o engessamento do pensamento jurídico não está mais adstrito à legalidade puramente formal, mas à liberdade de dizer o direito nos casos particulares.

A retomada por Perelman dos conceitos aristotélicos de retórica e do raciocínio dialético permitiu a formação do raciocínio jurídico como argumentação para persuasão: de cunho interpretativo e valorativo na tomada de decisão, esse pensamento foi reforçado no pós-guerra dada à obrigatoriedade de fundamentação das sentenças judiciais, dotando as técnicas argumentativas de uma função essencial, visto que o juiz também se submete à letra da lei e não mais ao subjetivismo absoluto.

A Nova Retórica de Perelman perpassa a visão draconiana do conhecimento em que eram exercidas a força e a violência, demonstrando, no *Tratado da Argumentação*, que há a substituição da força por um pacto de credibilidade entre orador e auditório, e que a construção do discurso se dá pelo uso da palavra exercida por meio de técnicas argumentativas. Perelman coloca como pacto de credibilidade o acordo prévio entre orador e auditório,

Para que a argumentação retórica possa desenvolver-se, é preciso que o orador dê valor à adesão alheia e que aquele que fala tenha a atenção daqueles a quem se dirige: é preciso que aquele que desenvolve sua tese e aquele a quem quer conquistar já formem uma comunidade, e isso pelo próprio fato do compromisso das mentes em interessar-se pelo mesmo problema (PERELMAN, 2004b, p. 70).

Os estudos de Perelman (2005, p. 4) definiu e classificou no discurso persuasivo o emprego de técnicas argumentativas visando a provocar ou incrementar a adesão dos espíritos às teses apresentadas ao seu assentimento, caracterizando a argumentação como ato de persuasão e, portanto, definindo a linguagem não como mero meio de comunicação, mas também como instrumento de ação sobre os espíritos.

¹¹ No direito germânico, no processo, vigoravam as “ordálias” ou “juízos de Deus” (prova de água fervente, de ferro em brasa etc.) e os duelos judiciários, com os quais se decidiam os litígios, “pessoalmente ou através de lutadores profissionais” (MIRABETE, 2014, p. 17).

A teoria da argumentação de Perelman (2005) com base na tradição aristotélica defende que não há um discurso neutro, na medida em que a argumentação é uma estratégia que conduz ao ato de persuadir, sendo esse posicionamento de suma importância para o Direito e conseqüentemente para análise do discurso jurídico, cuja técnica mais se aproxima da realidade atual, que demanda a produção argumentativa eminentemente democrática. Por isso a sua adoção como referência no *habeas corpus*.

O raciocínio jurídico atual é desenvolvido por meio de argumentos baseados na lei, no cotidiano, nos costumes, nos princípios gerais de direito e nas especificidades do caso concreto, por isso vão ao encontro da metodologia constante no *Tratado da Argumentação*, decorrendo da visão positivista para a lógica jurídica valorativa.

A lógica jurídica perelmaniana define que o discurso jurídico está voltado à adesão do julgador por meio de premissas verossímeis, razoáveis e prováveis, atribuindo um juízo de valor a cada argumento aventado pelo orador. Tal entendimento reforça o debate de questões controvertidas que podem ser estruturadas por técnicas de argumentação as quais buscam o convencimento e a persuasão do julgador. Perelman (2004a, p. 242) especifica que no âmbito jurídico “o papel da lógica formal consiste em tornar a conclusão solidária com as premissas, mas o papel da lógica jurídica é demonstrar a aceitabilidade das premissas”. E prossegue dando sentido à retórica quando a diferencia da lógica:

A retórica, em nosso sentido da palavra, difere da lógica pelo fato de se ocupar não com a verdade abstrata, categórica ou hipotética, mas com adesão. Sua meta é produzir ou aumentar a adesão de um determinado auditório a certas teses e seu ponto inicial será a adesão desse auditório a outras teses (PERELMAN, 2004b, p. 70).

Perelman (2004b, p. 77) observa que o raciocínio admitido na lógica está dentro de um dado sistema que se supõe aceito, enquanto o raciocínio numa argumentação retórica sempre poderá ser questionado, concluindo que na retórica “sempre se pode retirar a adesão: o que se concede é um fato, não um direito”.

O raciocínio lógico é coercivo, pois é desenvolvido no interior de um sistema cujas premissas e regras de dedução são unívocas e fixadas de maneira invariável; porém, o raciocínio jurídico baseado na argumentação retórica não obriga ninguém à adesão, a uma proposição ou a sua renúncia em razão de uma contradição, mas sim predispõe à persuasão por meio de técnicas argumentativas.

Assim, a argumentação jurídica, segundo o silogismo de Aristóteles, parte da tese mais verdadeira, do mais crível; não havendo possibilidade de se fazer uma mera demonstração de defesa, pois se assim o fosse, desnecessária seria a intervenção do Poder Judiciário, uma vez que não haveria contenda. Portanto, Perelman (2004b, p. 79) afirma que não há regra de dedução unívoca à retórica,

já que, em lógica, a argumentação é coerciva, uma vez provada uma proposição, todas as outras são supérfluas. Em contrapartida, em retórica como a argumentação não é coerciva, coloca-se um grave problema a cada interlocutor: o da amplitude da argumentação (PERELMAN, 2004b, p. 79-80).

Importante salientar que a argumentação que erige o discurso jurídico está baseada na controvérsia das alegações, possibilitando a contra-argumentação ou refutação, para que assim se conclua por uma premissa que se aproxime mais do verdadeiro, não de forma absoluta, mas do mais provável, na busca da verdade que o processo almeja.

Perelman desenvolveu a sua teoria da argumentação voltada à construção do discurso persuasivo, por meio de técnicas argumentativas. Com isso, o *Tratado da Argumentação* versa sobre os recursos discursivos voltados à adesão dos espíritos, podendo servir de base analítica ao discurso jurídico. A estruturação do discurso traduzida pelas técnicas argumentativas possibilita ao julgador a análise do discurso jurídico com apreciação do caso concreto, confrontando os meios de prova - os argumentos - e os valores atribuídos a cada um deles, para então decidir e motivar o seu entendimento.

Com relação a outras teorias voltadas à argumentação jurídica, a sua maioria foi desenvolvida a partir do conceito amplo de razão, as quais sustentam a tese de que questões práticas podem ser resolvidas racionalmente. Alexy (2011) elaborou uma teoria do discurso prático racional de forma geral e a direcionou como teoria da fundamentação jurídica. Para Toulmin (2011), a teoria da argumentação estava baseada no modelo que não é o da lógica-dedutiva. Diferentemente de Perelman, a sua teoria não foi inspirada na retórica, mas na argumentação voltada à interação humana.

As teorias desenvolvidas a partir da argumentação jurídica têm a sua contribuição, pelo caráter teórico, na dogmática jurídica e pelo caráter técnico, no estudo analítico da prática de argumentar. Essa função instrumental também é observada na teoria da argumentação de Perelman, que por essa razão serviu de orientação nesse estudo, nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o Direito.

Além dos esclarecimentos necessários quanto ao destaque da retórica no desenvolvimento do conhecimento pelos séculos, especialmente pela sua instrumentalidade no processo analítico do discurso, são necessárias algumas considerações teóricas acerca de dois institutos jurídicos tratados na pesquisa e que serão abordados no item seguinte.

1.3 *HABEAS CORPUS* E PRISÃO PREVENTIVA

O *habeas corpus* tem como objeto precípua a tutela do direito individual à liberdade humana, direito esse conquistado com o passar dos séculos, consolidado no direito brasileiro como direito fundamental resguardado pela Constituição Federal vigente.

Num breve histórico sobre a origem do instituto do *habeas corpus* verifica-se que foi uma conquista decorrente da busca incessante pelo reconhecimento dos direitos humanos. Vale lembrar que desde a Grécia Antiga alguns filósofos – como Aristóteles, filósofo grego fundador dos princípios éticos do direito – já atuavam em defesa dos direitos individuais. Aristóteles foi defensor da justiça distributiva que admitia direitos do indivíduo frente ao Estado, trazendo a ideia de liberdade; porém tais direitos não eram muito difundidos, vindo a se desenvolver com maior intensidade na civilização romana que adotou e aprimorou a concepção filosófica grega. Em *Ética a Nicômaco* (1996), Aristóteles observa a justiça distributiva na organização da *polis* quanto às responsabilidades, bens, impostos e direitos:

Uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde, é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter participação desigual ou igual à de outra pessoa (ARISTÓTELES, 1996, p. 197).

Nesse período da história antiga, a sociedade se organizava em cidades-estados – denominadas *polis* - as quais tinham uma estruturação política e social que abarcava não só as pretensões do Estado, mas também aquelas dos cidadãos. Havia prevalência dos direitos do Estado que era formal, porém, a invasão bárbara desencadeou inúmeras contendas pela luta de terra daquele povo, dando origem ao debate judiciário com caráter democrático, pois possibilitava ao indivíduo pleitear, junto a um Tribunal, o direito de propriedade ferido. Dessa

forma, mesmo que indiretamente, os direitos individuais começaram a ascender no cotidiano daqueles povos que não detinham garantia qualquer, mas pelo menos uma possibilidade de pleitear junto ao Tribunal sobre a justiça das coisas (REBOUL, 2004).

No direito romano, o desenvolvimento da liberdade do indivíduo se deu por herança grega, nascendo não só como pretensão de buscar o justo, mas como garantia do direito de liberdade a todo homem detido injustamente. A civilização romana gozava do recurso ao *interdictum de libero homine exhibendo* que alcançava qualquer que fosse o constrangimento ilegal à liberdade física, porém, esse benefício se reduzia a um número restrito de pessoas – detentoras de direitos na sociedade escravocrata romana. A sociedade romana era dividida em classes e os direitos dos patrícios não alcançavam aos plebeus, cujos direitos não se entendiam aos escravos, afastando a universalidade do direito de liberdade instituído pelo nosso atual Estado Democrático de Direito. Entretanto, permite-se dizer que sob a forma de interdito, a origem do *habeas corpus* veio do direito romano e na explicação de Souza (1998) os interditos eram fórmulas que o pretor utilizava para determinar ou cessar algo, equiparando-se no que tange a ordem de *habeas corpus* em fazer cessar uma coação ou um constrangimento ilegal. A nomenclatura utilizada no direito romano era diversa, porém, a natureza mandamental já estava presente nos interditos.

Os *interdicta*, que se dividiam em proibitórios, restituitórios e exhibitórios, eram fórmulas utilizadas pelo pretor para ordenar ou vedar a prática de alguma coisa, e um deles, *o interdictum de homine libero exhibendi*, era outorgado a qualquer do povo para reclamar perante o pretor a exibição de um homem livre injustamente detido (SOUZA, 1998, p. 6).

Os países que lutavam pela liberdade individual instituíram leis ordinárias e constituições nas quais era possível determinar a defesa do direito individual na forma de garantia ao cidadão. Na Inglaterra, durante o século XIII, o país passava por uma grande instabilidade política sob o domínio do Rei João sem Terra, que instituiu medidas impopulares, com prisões arbitrárias, punições aos opositores do rei, cobrança abusiva de impostos, sendo que após o enfraquecimento do seu reinado com a derrota da tomada militar contra a França, foi possível aos barões imporem ao rei a assinatura de um documento que restringia o seu absolutismo com a limitação dos seus poderes. Surge a *Magna Carta*, em 1215, que era o primeiro esboço de uma constituição escrita, afirmando a liberdade individual perante o Estado, que sancionava privilégios aos senhores feudais e nobres da igreja e que com o passar do tempo foi aplicada a todo povo inglês. Não há um consenso entre os doutrinadores, mas para a sua maioria esse documento escrito deu origem ao *habeas corpus*,

que no sentido original era o direito do preso de ser apresentado junto com o caso ao Tribunal competente. Segundo Souza (1998, p. 7), “não há dúvida de que o ‘*habeas corpus*’, nos moldes e com o nome que nos foram legados, é uma instituição inglesa; mas sua origem é que remonta ao interdito ‘*de libero homine exhibendo*’”. Para Pontes de Miranda,

os princípios essenciais do *habeas corpus* vêm, na Inglaterra, do ano 1215. Foi no § 29 da *Magna Charta libertatum* que se calcaram, através das idades, as demais conquistas do povo inglês para a garantia *prática, imediata e utilitária* da liberdade física (MIRANDA, 199, p.43).

Ainda na Inglaterra, durante o reinado de Carlos II, firmou-se o *Habeas Corpus Act*, de 1679, surgindo o direito ao mandado (*right to the writ*), que foi um instrumento usado contra prisões arbitrárias de pessoas acusadas de cometer crimes. Sobreveio o *Habeas Corpus Act* 1816, aumentando a abrangência da proteção contra prisões arbitrárias não somente nas questões criminais.

Trata-se, na verdade, do grande *writ*, como era considerada a ordem de *habeas corpus ad subjiciendum*, específica, dentre os diversos *writs of habeas corpus* do direito anglo-americano, para os casos de detenção ilegal ou constrangimentos semelhantes (SOUZA, 1998, p. 2).

Pontes de Miranda (1999, p. 56) ainda esclarece que as palavras iniciais do mandado concedido pelo Tribunal eram *Habeas Corpus* e era endereçado a quantos tivessem em seu poder. A ordem era do teor seguinte: “Toma (literalmente) ‘tome’, no subjuntivo, ‘habeas’, de ‘habeo’, ‘habere’ (ter, exhibir, tomar, trazer etc.) o corpo deste detido e vem submeter ao Tribunal o homem e o caso”.

Nos Estados Unidos da América foi instituído o *Writ of Habeas Corpus* na Constituição de 1789 que ressaltava o direito à liberdade individual, bem como o devido processo legal como garantias do cidadão. Surge assim do direito anglo-americano a palavra ordem que antecede a expressão *habeas corpus*.

O vocábulo “ordem”, que aparece na expressão “ordem de *habeas corpus*”, tradução do inglês “*writ of habeas corpus*”, serve, primordialmente para compor o nome do remédio, que também pode ser chamado simplesmente de *habeas corpus*, e ao qual se costuma referir também como *ordem* e, até

mesmo, *writ*, como por vezes se vê em trabalhos forenses ou outros escritos jurídicos (SOUZA, 1998, p. 5).

No Brasil, a Constituição Imperial tutelava alguns direitos e garantias do cidadão e o Código Criminal de 1830 mencionou o *habeas corpus* ao versar sobre os crimes contra a liberdade individual, “Dos Crimes Contra a Liberdade Individual” (Parte III, Título I, art. 183 e segs.). Outrossim, o direito à liberdade do cidadão veio expresso no Código de Processo Criminal de 1832 (Título VI, art. 340 e segs.), estabelecendo que: “Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem o direito de pedir uma ordem de ‘Habeas Corpus’ em seu favor”. E formalmente incorporado como garantia constitucional na Constituição da República de 1891 que no seu art. 72, § 22, assim declarava: “Dar-se-á ‘habeas corpus’ sempre que o individuo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder.” (DEMERCIAN, 1995, p.15).

O *habeas corpus* instituído em 1891 abrigava todos os direitos fundamentais ligados à liberdade individual. Para Sidou (1998, p. 96):

Que garante o *habeas corpus*? A resposta universal é: a liberdade de locomoção. Qual o pressuposto objetivo, letra constitucional à vista, do remédio heroico? A violência ou coação ilegal. E qual o pressuposto subjetivo? A ilegalidade ou abuso de poder, ou seja, a afronta a qualquer princípio constitucionalmente consagrado. Desde pois que essa afronta se cometa em forma de privação da liberdade de locomoção, caso é de *habeas corpus*.

As palavras do autor revelam que as garantias e pressupostos objetivos e subjetivos desde sua construção britânica continuam presentes, mas com maior amplitude em razão das alterações legislativas que abarcaram o instituto não só a tratar a matéria penal, mas também a garantir a privação de qualquer direito pessoal.

A Constituição Federal Brasileira de 1988¹² prevê no seu art. 5º, inciso LXVIII, que “conceder-se-á ‘habeas corpus’ sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Inicialmente o *habeas corpus* foi instituído como um direito de apresentação imediata do preso ao Tribunal que decidia sobre o seu direito de ir, ficar e vir, trazendo a noção do direito subjetivo de liberdade de locomoção que foi estatuído somente no direito

¹² Constituição Federal Brasileira vigente.

contemporâneo. Na atualidade não se trata mais de mera apresentação do preso ou do conhecimento do constrangimento para abertura de processo, mas a efetiva decisão quanto à cessação ou prevenção do constrangimento ilegal. Porém, ainda há resquícios do direito inglês no nosso Código de Processo Penal vigente, como exemplo, do *caput* do art. 656 que prevê: “Recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar”.

O *habeas corpus* na nossa legislação pátria é uma garantia constitucional acessível a toda pessoa física que sofrer ilegalidade ou constrangimento na sua liberdade de locomoção, com previsão legal também na norma infraconstitucional (art. 647 do Código de Processo Penal)¹³, sendo nominado como remédio constitucional, cuja natureza jurídica é ação mandamental e o seu procedimento não é privativo de advogado, com total isenção do pagamento de custas processuais para sua impetração. Souza (1998, p. 2) explica que “qualquer pessoa pode requerer ‘habeas corpus’, em favor próprio ou de outrem, isto é, todo mundo é parte legítima para impetrá-lo, o que se poderá fazer pessoalmente, sem a intervenção de advogado”.

Para Pontes de Miranda (1999, p. 39) “o pedido de ‘habeas corpus’ é pedido de prestação jurisdicional em ação. A ação é preponderantemente ‘mandamental’. [...] A pretensão não é recursal. Nem no foi, nem no é.” O autor prossegue: “É ação contra quem viola ou ameaça violar a liberdade de ir, ficar e vir”. Portanto, o *habeas corpus* tem natureza de ação mandamental e não recursal, uma vez que é um instrumento de proteção da liberdade de locomoção perante a sociedade como um todo e não uma forma de impugnação a uma decisão judicial emanada por um juiz de primeiro grau, cuja função é precípua dos recursos. A ação mandamental tem por objetivo preponderante que alguém atenda, imediatamente, ao que o juízo manda. Nesse sentido, Souza (1998, p. 4) esclarece que:

A decisão concessiva do *habeas corpus*, pela própria natureza de sentença mandamental de que se reveste, já consubstancia uma ordem, e, transmitida, deve ser cumprida, como ocorre quando essa mesma decisão, emanada de um tribunal, determina o trancamento de um processo (SOUZA, 1998, p.4).

Feitas essas considerações acerca do surgimento do instituto do *habeas corpus*, passa-se ao seu caráter procedimental para posterior análise do caso concreto, objeto do nosso estudo. O procedimento pré-processual implica quatro requisitos à propositura da ordem: o

¹³ Art. 647 - Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

impetrante ou a pessoa que impetra; o paciente ou a pessoa que sofre a coação ou constrangimento ilegal; o coator ou o detentor e a petição que é o meio pelo qual se solicita a cessação da coação ou do constrangimento ilegal.

Seguindo as lições de Pontes de Miranda (1999) o impetrante pode ser o próprio paciente ou alguém em seu favor:

[...] quanto à legitimação ativa pré-processual da pessoa física para impetração do *habeas corpus* a favor de outrem, todos os que habitam ou se acham no Brasil podem impetrar para outrem, ou para si. Há o interesse pela liberdade de todos, interesse humano e social. Há mais: há o direito à defesa da liberdade de quem quer que seja (legitimação ativa de direito material) (MIRANDA, 1999, p.47).

Com isso, não há exigência de interesse especial de agir, visto que não se trata de tutela jurídica do impetrante, mas tão somente de seu interesse em proteger a liberdade humana como direito fundamental do Estado.

Prosseguindo na definição dos elementos essenciais para estruturação do *habeas corpus* surge a principal figura que é o paciente, ou seja, a pessoa que sofre ou receia sofrer qualquer constrangimento ilegal em sua liberdade (MIRANDA, 1999, p. 48). A ordem de *habeas corpus* pode ser impetrada em nome próprio, quando as figuras de impetrante e paciente se confundem na mesma pessoa. O paciente pode ser estrangeiro, residente ou não no Brasil, mas que se achar ameaçado por constrangimento ilegal neste país, pode ter em seu favor impetrado o remédio constitucional.

O termo detentor é trazido por Pontes de Miranda (1999, p. 59-60) que o define assim: “‘Detentor’ pode ser qualquer indivíduo. Brasileiro ou estrangeiro, ou simples particular, recrutador ou comandante de fortaleza, agente de força pública, ou quem quer que seja, uma vez que detenha outrem em cárcere público ou privado...”, sendo na atualidade tratado como o coator ou a autoridade coatora - que produziu a coação ou constrangimento (i)legal.

Como se trata de ação mandamental de status constitucional, do ponto de vista processual o *habeas corpus* não demanda qualquer formalidade, exigindo apenas a obediência aos requisitos da petição. Essa exigência concerne na operacionalização dos três elementos essenciais acima expostos que por meio de uma petição, que é o instrumento iniciador do processo de *habeas corpus*, deverá apresentar o nome, conteúdo e motivos de acordo com o

art. 654, § 1º do Código de Processo Penal¹⁴. Essa estruturação ficará evidente no Capítulo concernente às análises, no qual será procedida a exposição de fragmentos de duas petições de *habeas corpus* que são o objeto de estudo.

Demercian e Maluly (1995, p. 19) definem que o *habeas corpus* “é remédio jurídico constitucional destinado a prevenir e reprimir ameaça, violência ou coação àquela forma de liberdade pública, por ilegalidade ou abuso de poder”. Para tanto, esse instituto não se presta tão somente a fazer cessar (i)legalidades, mas também a preveni-las, conferindo ao *habeas corpus* o caráter liberatório (quando a constrição da liberdade de locomoção ocorreu) e o caráter preventivo (quando a constrição da liberdade de locomoção está na iminência de ocorrer).

O habeas corpus é liberatório (modalidade em que por vezes é também chamado de *repressivo* ou *sucessivo*) quando visa a pôr a termo a uma coação já praticada, como é o caso de uma prisão ilegal. Quando impetrado para prevenir a consumação de uma ameaça de constrangimento ilegal, é dito – *preventivo* (SOUZA, 1998, p. 52, grifos do autor).

Resta ainda, a delimitação da competência para impetração do *mandamus* que, de acordo com o art. 650 do Código de Processo Penal¹⁵, deverá ser apresentado a uma autoridade superior àquela coatora, conforme as instâncias devidamente elencadas nos incisos I e II do mesmo *Códex*. A Carta da República¹⁶ confere legitimidade ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça julgar originariamente *habeas corpus* nos termos do art. 102, incisos I e II; e art. 105, incisos I e II, ambos da Constituição Federal. Aos Tribunais Regionais Federais compete julgar *habeas corpus* quando a autoridade coatora for o Juiz Federal; aos Tribunais de Justiça dos Estados competem julgar *habeas corpus* quando a autoridade coatora for o Juiz de primeiro grau, e a estes competem julgar os demais casos, por exemplo, quando a autoridade coatora for o Delegado de Polícia (DEMERCIAN, 1995, p. 117-118).

¹⁴ Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§ 1º A petição de *habeas corpus* conterá:

a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;
c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

¹⁵ Art. 650. Competirá conhecer, originariamente, do pedido de *habeas corpus*:

I - ao Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos no Art. 101, I, g, da Constituição;

II - aos Tribunais de Apelação, sempre que os atos de violência ou coação forem atribuídos aos governadores ou interventores dos Estados ou Territórios e ao prefeito do Distrito Federal, ou a seus secretários, ou aos chefes de Polícia.

§ 1º A competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição.

§ 2º Não cabe o *habeas corpus* contra a prisão administrativa, atual ou iminente, dos responsáveis por dinheiro ou valor pertencente à Fazenda Pública, alcançados ou omissos em fazer o seu recolhimento nos prazos legais, salvo se o pedido for acompanhado de prova de quitação ou de depósito do alcance verificado, ou se a prisão exceder o prazo legal.

¹⁶ Constituição Federal Brasileira vigente.

Além das considerações tecidas acerca do instituto jurídico do *habeas corpus*, faz-se necessária, para melhor compreensão da análise, a conceituação jurídica da prisão provisória no Brasil que pode ser considerada gênero da qual são espécies: prisão em flagrante, prisão temporária, prisão decorrente de pronúncia, prisão decorrente de sentença condenatória e a prisão preventiva, sendo esta de fato a modalidade de prisão que será tratada como assunto principal nos *habeas corpus*.

A prisão preventiva tem previsão legal no art. 312¹⁷ do Código de Processo Penal, cuja natureza jurídica é de prisão cautelar processual, sendo uma medida restritiva de liberdade determinada pelo juiz, que pode ocorrer na fase policial ou judicial, com fundamento a garantir ao Estado a conveniência da instrução criminal, a ordem pública, ordem econômica e a aplicação da lei penal.

Tais definições são essenciais, uma vez que as petições de *habeas corpus* investigadas trazem como objeto principal a restrição da liberdade de locomoção por meio do decreto de prisão efetivado em primeiro grau de jurisdição (juiz singular)¹⁸, sendo manejada contra esta a ordem de *habeas corpus* como forma de garantir a concessão do benefício da liberdade provisória por meio do acórdão¹⁹ proferido em segundo grau de jurisdição (Tribunal)²⁰. Ressalta-se, ainda, a possibilidade de pedido liminar no *habeas corpus* que decorre de uma interpretação doutrinária e jurisprudencial com base no procedimento aplicável ao mandado de segurança, cujo efeito será de expedir imediatamente a ordem para prevenir ou reprimir de forma imediata a coação ou o seu prosseguimento, com posterior julgamento do mérito da ação pelo colegiado.

O decreto de prisão cautelar proferido monocraticamente aqui não é objeto de análise, porém, foi destacado, pois dele surge o discurso jurídico formador do *corpus*. Vale apontar que o auditório/Tribunal tratado na pesquisa é formado por um colegiado denominado Câmara Criminal, composta por cinco desembargadores; em cada processo são designados três votantes: relator²¹, revisor²² e vogal²³.

Os esclarecimentos técnicos visam dar maior entendimento e compreensão ao texto objeto de análise, passando a seguir ao ponto central da pesquisa que são as técnicas argumentativas propriamente ditas.

¹⁷ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o) (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁸ Juiz cuja função consiste em sozinho presidir e decidir a causa. (CUNHA, 2002, p. 148).

¹⁹ Deriva de “acordam”, forma adotada para iniciar o texto da decisão, isto é, “põem-se de acordo”, “ficam de acordo”, quanto a uma determinada questão jurídica em julgamento. É o julgamento proferido pelos tribunais superiores (ACQUAVIVA, 2004, p. 120).

²⁰ Órgão colegiado, com função administrativa ou judiciária de julgamento (CUNHA, 2002, p. 249).

²¹ Juiz encarregado de expor, perante outros juízes, os fundamentos da questão a ser julgada (ACQUAVIVA, 2004, p. 1172).

²² Nos órgãos colegiados, aquele que recebe vista dos autos após seu exame pelo relator, e que vota em seguida a este (CUNHA, 2002, p. 227).

²³ O terceiro juiz, numa câmara ou turma, que vota depois do relator e do revisor (CUNHA, 2002, p.258).

2. TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS

Com base no legado aristotélico apontam-se dois tipos de raciocínio: o analítico e o dialético, estando o primeiro envolto a demonstração fundada em proposições evidentes, que conduzem a uma conclusão verdadeira; e o segundo, baseado em premissas meramente prováveis, que são as que enunciam opiniões aceitas por todos, pela maioria ou pelos sábios. Todavia, a teoria do conhecimento teve grande influência do racionalismo cartesiano, que se encarregou de prestigiar somente o modo analítico de raciocinar, porém, após alguns séculos (XVI-XIX), em 1958, Perelman altera esse quadro e reabilita a retórica vinculada ao raciocínio dialético, lançando seu *Tratado da Argumentação*.

A teoria da argumentação amplia o conhecimento e rompe com o cientificismo, aprofundando seu estudo sobre Justiça com a pesquisa da existência da lógica dos julgamentos de valor. Para o filósofo,

Era necessário definir se os julgamentos expressam apenas as emoções, interesses e impulsos do julgador, inserindo-se o processo de aplicação do direito no campo do irracional, ou se existiria uma lógica dos julgamentos de valor (PERELMAN, 2005, p. XIX-XV).

O autor não aceitava a possibilidade do irracional na aplicação do direito, e por isso elegeu como projeto teórico a pesquisa de uma lógica dos julgamentos de valor, que é a base da Nova Retórica, cujo objetivo era “entender os meandros pelos quais os valores se introduzem no processo de subsunção de fatos a normas gerais” (PERELMAN, 2005, p. XV). O alicerce da sua teoria da argumentação está no pensamento aristotélico, elaborada a partir do raciocínio dialético, cuja preocupação básica era entender o caráter axiológico dos julgamentos.

A nova retórica enseja possibilidades inéditas para a teoria do conhecimento jurídico, uma vez que estabelece a ligação entre a aplicação de normas e o raciocínio dialético, em sua formulação aristotélica. Ora, o pressuposto de tal liame é a negação da existência de interpretações jurídicas “verdadeiras”. As premissas da argumentação não são evidentes mas resultam de um acordo entre quem argumenta e seu auditório: são as *opiniões* de que falava Aristóteles. O saber fundado em tais premissas pode ser verossímil, ou não, mas nunca será verdadeiro ou falso (PERELMAN, 2005, XVI, grifos do autor).

A teoria da argumentação de Perelman teve grande contribuição para a filosofia do direito, e fica evidente que ela se ocupa de meios a sustentar uma decisão como sendo mais justa, equitativa ou conforme o direito entre tantas outras decisões igualmente cabíveis.

Esse pensamento vai ao encontro da análise porque o discurso jurídico se desenvolve pautado no direito posto, qual seja a racionalização das ideias. Porém, paralelo à legislação cogente, surge à persuasão no discurso jurídico, revelada por meio das técnicas argumentativas, pelos tipos de argumentos que também podem estar baseados nas ‘artes de fazer’ (emoção e paixão). Assim, existem as chamadas capilaridades que perpassam a visão positivista de ciência, e essa pesquisa visa demonstrar que não somente a interpretação da norma positivada é capaz de atingir o auditório particular (juiz).

A teoria perelmaniana não se preocupa com o conhecimento jurídico tal qual uma decisão seria verdadeiramente derivada de uma norma geral, mas valoriza os meios a sustentar determinada decisão como sendo mais justa e razoável. Por isso, o objeto da sua teoria é o estudo das técnicas discursivas que permitem “provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento” (PERELMAN, 2005, p. 4), cuja contribuição para filosofia do Direito foi a principal propulsora da ruptura com cientificismo cartesiano.

Todo processo de comunicação é feito por meio da linguagem que implica constante apelo, materializando-se por meio do discurso, pela racionalidade (argumentos) ou pela afetividade (*ethos e pathos*). Portanto, o discurso é construído com um fim específico, ou seja, voltado ao auditório a que se dirige, podendo na visão perelmaniana convencer ou persuadir de acordo com o tipo de auditório e acordo de vontades que aderirem. Com isso, o *Tratado da Argumentação* versa sobre os recursos discursivos voltados a persuasão do auditório, e Perelman restringe o seu estudo “apenas a técnica que utiliza a linguagem para persuadir e para convencer”. (PERELMAN, 2005, p. 8).

Perelman (2005) observa, ainda, que o discurso persuasivo produz efeito como um todo, porém, em razão dos diferentes elementos do discurso e da complexidade da argumentação, o autor faz um estudo pautado na estrutura dos argumentos. O filósofo julga necessária para a formação de um esquema argumentativo a separação das articulações que integram um mesmo discurso e constituem uma argumentação de conjunto. Observa-se que a análise do argumento separado do seu contexto ou da situação em que se insere revela alguns riscos pela necessidade de interpretar as palavras do orador e de suprir os elos faltantes no discurso. Por isso, Perelman faz essa separação para destacar que a leitura e o sentido do argumento isolado não ocorrem sem ambiguidades, além disso, a análise dos elos da argumentação fora do seu contexto também podem não remeter à realidade. Tal fato pode ser

atribuído ao caráter equívoco da linguagem e às capilaridades envoltas na argumentação que nem sempre se apresentam de forma explícita. Portanto, o *Tratado da Argumentação* descreve um esquema argumentativo, o qual se inicia a partir da interpretação das palavras do orador cujo pensamento deste e de seus ouvintes, conforme esse esquema, não passa de uma hipótese mais ou menos provável, pela possibilidade de existir mais de uma forma de conceber a estrutura de um argumento.

Ainda que a Teoria da Argumentação reporte a construção dos esquemas de argumentos baseados em textos literários ou religiosos, o autor propõe que os esquemas de argumentos para os casos particulares examinados sirvam para outros,

Os textos literários – romance, teatro, discurso – têm em geral a vantagem de apresentar os argumentos de forma simplificada, estilizada ou exagerada. Situados fora de um contexto real onde todos os elementos da ação oratória se confundem, eles se mostram com mais nitidez. Além do mais, podemos ter certeza de que se o reconhecemos como argumento é porque correspondem mesmo a estruturas familiares (PERELMAN, 2005, p. 212).

A argumentação se traduz na interação constante entre todos os seus elementos, ao contrário da lógica, que se caracteriza por procedimentos demonstrativos no interior de um sistema isolado. Para Reboul (2004, p. 92), a argumentação é uma totalidade que só pode ser entendida em oposição à outra totalidade – a demonstração –, e o que as diferencia são as condições de procedibilidade. Rodríguez define claramente o significado de argumentar,

Argumentar, em sentido estrito, é algo mais que a construção do bom raciocínio jurídico, para aqueles que operam o Direito. Argumentar significa *partir do bom raciocínio jurídico e preocupar-se com o conteúdo linguístico necessário para que o leitor o aceite como verdadeiro* (ou, ao menos, o aceite como o melhor dos raciocínios apresentados, no caso da dialética processual) (RODRÍGUEZ, 2005, p. 43, grifos do autor).

Há certo consenso dos autores quanto à diferenciação entre a demonstração e a argumentação que é apurada por meio de cinco características. Para Reboul (2004), Perelman (2050) e Rodríguez (2005), a argumentação dirige-se a um auditório, expressa-se em língua natural, suas premissas são verossímeis, sua progressão depende do orador, as conclusões são sempre contestáveis. De forma aproximada procede Abreu (2009, p. 35-38), apresentando quatro condições de procedibilidade para a argumentação ponderando algumas indagações. A

primeira é ter definida a *tese* e saber para que tipo de problema essa tese será resposta, surgindo à indagação de ‘*sobre o que atuar?*’; a segunda condição é ter uma linguagem apropriada ao tipo de auditório a que se dirige; surgindo a indagação de ‘*para quem atuar?*’; a terceira condição é ter um contato positivo com o auditório, propondo a pergunta, ‘*em que circunstâncias atuar?*’; a quarta condição é agir de forma ética, argumentando de forma honesta e transparente, ou seja, de ‘*como atuar?*’. Essas condições são apresentadas como necessárias para afastar qualquer clichê do sofismo, que remeteria a uma argumentação vazia e voltada à manipulação, pretendendo conferir idoneidade ao discurso, por meio de uma argumentação coerente e adequada. Ademais, esse processo interpretativo serve de base para que o orador possa direcionar a escolha das técnicas argumentativas a serem aplicadas no discurso, analisando previamente os termos de como atuar, contra quem, sobre o que, para quem e em que circunstâncias o discurso ocorre.

Salienta-se que a argumentação está diretamente atrelada a quem argumentar, reportando Abreu (2009), a segunda condição de procedibilidade é a que auditório se dirigir. Assim, a definição de *auditório* é de suma importância na aplicação das técnicas argumentativas, uma vez que em função dele se organiza o poder de persuasão. Para Abreu (2009, p. 42), auditório compreende “o conjunto de pessoas que queremos convencer e persuadir”; para Perelman (2005, p. 33-34), há três tipos de auditórios, “o universal que é constituído pela humanidade inteira; o segundo que é formado unicamente pelo interlocutor que se dirige e o terceiro pelo próprio sujeito”; e ainda Reboul define auditório, dizendo que,

Sempre se argumenta diante de alguém. Esse alguém, que pode ser um indivíduo ou um grupo ou uma multidão, chama-se auditório, termo que se aplica até aos leitores. Um auditório é, por definição particular, diferente de outros auditórios. Primeiro pela competência, depois pelas crenças e finalmente pelas emoções (REBOUL, p. 92-93).

Segundo as palavras de Reboul (2004), o auditório se configura no discurso jurídico, como sendo auditório particular, pois difere dos demais pela competência²⁴ do discurso; tal definição se assemelha à concepção de Perelman que define a argumentação dirigida perante um único ouvinte como um auditório particular. No âmbito jurídico, tratando-se de instâncias, mais especificamente de Tribunal²⁵, o ouvinte se revela como auditório particular, já que o discurso é dirigido ao Juízo como Órgão Julgador, seja ele singular ou colegiado, não

²⁴ Quando se fala em competência do discurso em Reboul (2004), tomam-se como referência os gêneros discursivos.

²⁵ Digo instância superior.

havendo relevância quanto ao número de pessoas, mas sim à competência²⁶ para tanto. Importa salientar que a competência conferida por Reboul (2004) na definição de auditório está ligada aos gêneros do discurso – judiciário, deliberativo e epidíctico – que irão nortear ‘*sobre o que atuar*’, enquanto a competência judicial que está ligada à medida da jurisdição do magistrado irá nortear ‘*para quem atuar*’.

Além dos esclarecimentos quanto às definições de argumentação e de auditório, ainda se faz necessária a abordagem do que seja o acordo prévio entre o orador e o auditório, pois, adotando as palavras de Reboul (2004, p. 164), “não há argumentação possível sem algum acordo prévio entre o orador e seu auditório”. No *Tratado da Argumentação* o acordo prévio é o ponto de partida da argumentação e seu objeto versa ora no conteúdo das premissas explícitas, ora nas ligações particulares e ora na forma de servir-se dessas ligações, sendo que “do princípio ao fim, a análise da argumentação versa sobre o que é presumidamente admitido pelos ouvintes” (PERELMAN, 2005, p. 73).

Perelman (2005) prossegue ensinando que as premissas servirão de base na construção do discurso e a sua adesão ocorrerá ou não, sendo nesta última hipótese justificável pelo caráter *provável* da argumentação:

O orador, utilizando as premissas que servirão de fundamento à sua construção, conta com a adesão de seus ouvintes às proposições iniciais, mas estes lha podem recusar, seja por não aderirem ao que o orador lhes apresenta como adquirido, seja por perceberem o caráter unilateral da escolha das premissas, seja por ficarem contrariados com o caráter tendencioso da apresentação delas (PERELMAN, 2005, p. 73).

Pistori (2001) aponta o acordo prévio como um elemento essencial para compreensão da teoria perelmaniana, colocando-o também como ponto de partida da argumentação e a análise desta versando sobre o que é presumidamente admitido pelos ouvintes, e prossegue destacando que:

Os objetos de acordo relativos ao real são os fatos, as verdades e as presunções. A adesão às presunções, contudo, não é máxima. Já os objetos de acordo acerca dos quais se pretende apenas a adesão de grupos particulares são os valores, as hierarquias e os lugares (PISTORI, 2001, p. 101).

²⁶ Alcance da jurisdição de um magistrado. (ACQUAVIVA, 2004, p. 333).

O *Tratado da Argumentação* propõe que a argumentação ocorrerá a partir de um raciocínio previamente aceito pelo orador e auditório, e seu desenvolvimento dependerá dos processos de ligação e dissociação²⁷ na formação do discurso. Perelman (2005) esclarece acerca do objeto dos acordos que podem servir de premissas e acredita que no processo argumentativo eles comportam os fatos, as verdades e as presunções que para ocupar esse estatuto seriam incontroversos e dirigidos ao auditório universal; enquanto o preferível, cuja concepção está envolta aos valores, as hierarquias e os lugares do preferível são dirigidos ao auditório particular. O autor prossegue justificando a diferenciação feita acerca dos objetos de acordo:

A concepção que as pessoas têm do real pode, em largos limites, variar conforme as opiniões filosóficas professadas. Entretanto, na argumentação, tudo o que se presume versar sobre o real se caracteriza por uma pretensão de validade para o auditório universal. Em contrapartida, o que versa sobre o preferível, o que nos determina as escolhas e não é conforme a realidade preexistente, será ligado a um ponto de vista determinado que só podemos identificar com o de um auditório particular, por mais amplo que seja (PERELMAN, 2005, p. 74).

Perelman (2005) prossegue afirmando que o raciocínio proveniente do acordo prévio entre orador e auditório é o ponto de partida da argumentação, e, portanto, as circunstâncias de como atuar no discurso deverão ser supridas com a escolha dos dados²⁸ e sua apresentação, por meio das técnicas argumentativas voltadas à persuasão.

Na retórica clássica, Aristóteles já havia desenvolvido semelhante técnica, mas classificava os tipos de argumentos em indutivos (pelo exemplo) e dedutivos (pelo entimema), sendo que neste último a argumentação procede partindo de premissas verossímeis; as proposições não partem de uma verdade absoluta, como na demonstração, mas sim do mais crível. Os tipos de argumentos para Aristóteles estavam baseados na credibilidade do orador, na emoção e na razão. Em contrapartida, o *Tratado da Argumentação* de Perelman define os tipos de argumentos baseados na estrutura das premissas quanto ao seu conteúdo, que se caracterizam por processos de ligação e dissociação, distinguindo-os em quatro grupos de argumentos: os quase lógicos, os baseados na estrutura do real, os que fundamentam a estrutura do real e os que dissociam uma noção.

²⁷ Divisão dos argumentos proposta por Perelman (2005) na Teoria da Argumentação.

²⁸ Perelman se refere aos dados como “os acordos de que dispõe o orador, nos quais pode apoiar-se para argumentar, constituem um dado” (2005, p. 131).

A formação dos argumentos por processos de ligação é um esquema que aproxima elementos distintos e permite estabelecer entre estes uma solidariedade que objetiva estruturá-los ou valorizá-los no discurso. Por outro lado, os processos de dissociação são técnicas de ruptura que visam separar elementos considerados como um todo de um mesmo sistema de pensamento. Esses últimos, por questões de delimitação, não serão contemplados no discurso em estudo.

Antes de adentrar na descrição dos argumentos adotados por Perelman e que serão a base desta pesquisa, é necessária a definição do ‘argumento baseado na lei’ que não consta explicitamente no rol das técnicas argumentativas do *Tratado da Argumentação*, ou na Retórica de Aristóteles. Assim, adota-se a nomenclatura descrita por Dittrich (2008) como ‘argumento legitimador’, considerando os pressupostos de natureza ética ou legal em que se apoia, o que numa extensão interpretativa pode abarcar os argumentos baseados na lei, levando em consideração a ação legítima do Poder Legislativo em elaborá-las:

Os diferentes argumentos contribuem, assim, para sustentar a *tese*, procurando fundamentá-la sob os mais diversos aspectos. Em seu conjunto, convergem para torná-la consistente – *argumentos técnicos* -, pra mostrar sua utilidade e suas consequências – *argumentos sensibilizadores* – e, finalmente, para atestar a competência do orador e a natureza ética da tese em apreciação – *argumentos legitimadores* (DITTRICH, 2008, p. 98, grifos do autor).

O argumento legitimador é precípua da vida em sociedade que é regida por um conjunto de regras, e estas devidamente positivadas são identificadas no ordenamento jurídico, aplicando-se tanto no discurso cotidiano quanto no científico. Em resumo, o argumento legitimador tutela e ampara os fundamentos éticos e legais do discurso, em especial o jurídico, tendo como base fundamental a lei propriamente dita, que legitima as relações individuais e sociais, bem como forma o corpo do discurso jurídico.

2.1 TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS: PERELMAN E A NOVA RETÓRICA

Perelman (2005) deixa claro o seu intento de aplicação da teoria da argumentação no âmbito jurídico, desenvolvendo as técnicas argumentativas voltadas a persuadir em busca de decisões mais justas e equitativas. Nessa perspectiva se observa a intimidade do Direito com a Retórica pela necessidade da adoção de técnicas voltadas ao convencimento do julgador, o

que é algo inerente na pretensão do pensador do direito. A análise e interpretação da norma dependem de fatores intrínsecos, que são afetos à própria linguagem, e extrínsecos, que dizem respeito à projeção da realidade fática no processo judicial que perpassam a mera compilação de ideias exercidas por um bom orador, revelando a necessidade de construção do raciocínio jurídico.

As técnicas argumentativas, segundo Abreu (2009, p. 47), são os fundamentos que estabelecem a ligação entre as teses de adesão inicial e a tese principal. Conforme dito acima, Perelman (2005) divide as técnicas argumentativas em quatro grupos, dentro dos quais elenca diversos argumentos, esclarecendo a função de cada um deles. A seguir serão abordados os três grupos eleitos para a presente análise do discurso jurídico, iniciando-se pelos quase lógicos.

2.1.1 Argumentos quase lógicos

A argumentação quase lógica se aproxima de uma estrutura lógica e formal, surgindo a indagação de que como isso pode ocorrer se a argumentação parte do verossímil, do crível? O *Tratado da Argumentação* de Perelman esclarece que essa descrição redundante de um formalismo com aparência demonstrativa e essência não formal. O que caracteriza a argumentação quase lógica é, portanto, seu caráter não formal e o esforço mental de que necessita sua redução ao formal (PERELMAN, 2005, p. 220). Esse tipo de argumento utiliza-se de raciocínios que *lembram* uma estrutura lógico-formal anteriormente construída e de conhecimento do julgador, mas que a partir da relação com o caso concreto proporcionam conclusões de identidade e comparação.

Essas estruturas lógicas, em sentido estrito, referem-se a noções de contradição, identidade e transitividade, o que novamente nos reporta a um possível contrassenso: de como argumentar com uma contradição no discurso? A reflexão de Perelman permite esclarecer que a noção de contradição no âmbito da argumentação trata de uma contradição não formal ligada, portanto, a uma possível incompatibilidade e não à noção de proposição absurda e condenável. A contradição decorrente da lógica formal remete a uma proposição e sua negação, como verdadeiro e falso. Todavia, quando se trata de linguagem natural no âmbito da argumentação, possíveis contradições existentes, segundo Perelman (2005), levam a uma *incompatibilidade*, a qual se parece com uma contradição, mas que consiste em duas asserções entre as quais cumpre escolher, a menos que se renuncie a ambas.

Enquanto a contradição entre duas proposições pressupõe um formalismo, ou pelo menos um sistema de noções unívocas, a incompatibilidade é sempre relativa a circunstâncias contingentes, sejam estas constituídas por leis naturais, fatos particulares ou decisões humanas (PERELMAN, 2005, p. 223).

Ainda, de acordo com Perelman, a incompatibilidade obriga a escolha por uma das proposições, como no argumento de sacrifício, ou até pode se entender que a incompatibilidade está atrelada à noção do ridículo que é utilizado na argumentação como forma irônica de persuadir, por exemplo, querendo fazer o auditório entender o contrário do que se diz.

Nos argumentos quase lógicos também se inscreve a noção de identidade que remete à identificação de seres, acontecimentos e conceitos que não estão evidentes no discurso e precisam de uma justificação argumentativa. Esse procedimento consiste no uso das definições. Ainda nesse grupo de argumentos, Perelman (2005) fala sobre a transitividade que se aproxima de uma relação de solidariedade que é feita por meio do argumento de que o que vale para um vale para outro, ficando mais claro na descrição da máxima “*os amigos dos seus amigos são meus amigos*”. (REBOUL, 2004, p.170).

As noções referidas no *Tratado da Argumentação* como argumentos quase lógicos podem lembrar uma estrutura lógica formal, mas como apenas se aproximam dela dado o seu caráter não formal, pode-se concluir que se trata de lógica informal, inerente ao discurso jurídico como um todo pela incidência da verossimilhança das proposições.

Assim, Rodriguez (2005) faz uma reflexão a respeito da lógica informal e pondera que no Direito não há proposições exatas como na matemática. Porém, esse fato não retira a cientificidade do raciocínio jurídico e nem o afasta de se constituir como ciência, sendo esta o instrumento da boa argumentação produzida por meio do conhecimento técnico-jurídico e pela realidade factual.

A categorização dos argumentos e a sua comparação a uma lógica informal decorrem do fato do discurso jurídico não ter uma fórmula pronta e acabada com a aplicação dos argumentos como mera demonstração aritmética. O discurso jurídico se materializa por meio de técnicas argumentativas na construção de um discurso coeso, plausível e coerente voltado à persuasão do auditório, comportando várias proposições encadeadas, de acordo com o caso particular.

O *Tratado da Argumentação* descreve como argumentos quase lógicos os argumentos por regra de justiça, ridículo, definição, comparação, sacrifício, dentre outros; sendo nesta pesquisa eleitos o argumento por regra de justiça e argumento por definição, por

mais se aproximarem desta análise, dada a necessidade de identificação de elementos do discurso, com o uso de conceitos, e ainda pela pretensão de dar tratamento igual aos julgamentos.

2.1.1.1 Argumento pela regra de justiça

No âmbito do Direito, os argumentos, de forma geral, estão subordinados à letra da lei pela tutela do princípio da legalidade, porém, o debate jurídico está voltado à defesa do provável, do verossímil e, portanto, é necessária uma análise interpretativa e valorativa. Essa base axiológica foi pensada por muitos filósofos desde Aristóteles e na atualidade foi (re) elaborada em Perelman por meio da retórica com a adoção de técnicas argumentativas, visando afastar decisões arbitrárias e vagas. Assim, o argumento da regra de justiça é um dos mais destacados nas teorias da argumentação, pois estabelece dar tratamento igual a casos semelhantes, tendo superlativa ênfase no discurso jurídico, que na sua atuação prática, tutela a regra de justiça como pilar constitucional, uma vez que baliza a igualdade de tratamento aos casos concretos na busca de segurança jurídica e de decisões mais justas e equitativas.

A visão de Perelman (2005) quanto à argumentação está voltada à reflexão de justiça procurando definir parâmetros baseados na justificação da razão prática. Nesse sentido, Perelman trabalhou uma estrutura formal com uma noção abstrata de justiça – dar tratamento idêntico aos seres da mesma categoria –, operacionalizando de forma prática por meio do uso do precedente, a fim de que fosse possível apontar a similitude do caso anterior com os futuros.

O apelo ao argumento da regra de justiça apresenta o seu aspecto racional quando identifica os seres de uma mesma categoria e denota o aspecto axiológico quando justifica o tratamento previsto para os integrantes dessa categoria, ou seja, é necessário identificar os seres ou situações, bem como o modo que devem ser tratados após essa classificação. Para Abreu (2009, p.50) a regra da justiça se coaduna com a reflexão perelmaniana: “É um argumento de justiça, fundamentado na importância de um precedente”.

Esse argumento apresenta a noção de identidade. Reboul (2005, p. 170) considera necessário tratar da mesma maneira os seres da mesma categoria, com a existência de precedente pela admissão de ato praticado que autoriza a prática de atos semelhantes e com reciprocidade quando se torna possível à aplicação para um, nasce então a possibilidade de aplicação a outro.

Em Perelman (2005, p. 248), “a regra de justiça requer a aplicação de um tratamento idêntico a seres ou situações que são integrados numa mesma categoria”. Este argumento se ampara no princípio da identidade de caráter formal baseado na proposição $A = A$, na qual os objetos são idênticos e intercambiáveis. Todavia, na regra de justiça os objetos *deveriam* ser idênticos e intercambiáveis, mas sempre diferem em algum aspecto, devendo-se apontar se as diferenças constatadas são ou não irrelevantes para serem inseridas numa mesma categoria. Perelman esclarece que o valor argumentativo da regra de justiça está na justiça formal, que não especifica quando dois objetos fazem parte de uma mesma categoria, mas permite uma classificação prévia dos objetos e a existência quanto ao modo de tratá-los, pelo uso do precedente,

de fato, em toda situação concreta, uma classificação prévia dos objetos e a existência de precedentes quanto ao modo de tratá-los serão indispensáveis. A regra de justiça fornecerá o fundamento que permite passar de casos anteriores a casos futuros, ela é que permitirá apresentar sob a forma de argumentação quase-lógica o uso do precedente (PERELAM, 2005, p. 248).

Dentre as técnicas de persuasão, Rodriguez (2005) descreve o argumento de analogia que muito se aproxima ao argumento por regra de justiça, pelo fato de exigirem um tratamento idêntico a casos semelhantes. Porém, remetendo a aplicação prática de argumentar por meio do precedente, com o uso da jurisprudência, o autor aborda somente o argumento por analogia, cujos apontamentos serão aprofundados no respectivo grupo de argumentos.

A referência de aplicação desse argumento dando tratamento idêntico a casos idênticos deve prevalecer desde que as particularidades que são inerentes ao caso concreto não interfiram no resultado do convencimento. No âmbito jurídico podemos destacar o art. 580 do Código de Processo Penal que prevê o argumento legitimador, o qual pode exemplificar o argumento de regra de justiça quando alude que aos recorrentes será dado tratamento isonômico, estendendo os benefícios conferidos na decisão que favorece um dos réus, com a ressalva de que o fundamento não seja de caráter eminentemente pessoal.²⁹

Por vezes, em processos criminais com concurso de agentes é utilizada a impetração do remédio constitucional do *Habeas Corpus*³⁰, no qual, por meio do discurso jurídico, o orador invoca a aplicação do argumento por regra de justiça, na medida em que busca a

²⁹ Art.580 CPP. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

³⁰ Art. 29 CP: Quem, de qualquer modo, concorre para o crime e incide nas penas por este cominadas, na medida de sua culpabilidade (Redação dada pela lei nº 7.209, de 11.07.1984).

persuasão do julgador, argumentando pela extensão da concessão de liberdade conferida a um dos réus ao outro.

2.1.1.2 Argumento de definição

O uso da definição na comunicação em geral busca explicar um termo, palavra ou frase no discurso, por outro termo ou conjunto de palavras.

O *Tratado da Argumentação* aduz que o procedimento de identificação consiste no uso das definições, e estas quando não fazem parte de um sistema formal e pretendem identificar o *definiendum* (objeto definido) e *definiens* (enunciado que o define) são consideradas como argumentos quase lógicos. Essa qualificação se dará na identificação dos seres, acontecimentos ou conceitos, quando a definição não se mostrar nem arbitrária, nem evidente, permitindo ao orador uma justificação argumentativa. Como reportado anteriormente, os argumentos que estão elencados por noções de identidade se aproximam do princípio da identidade, em que $A=A$, portanto, os argumentos quase lógicos tem uma base argumentativa que o afasta desse sistema formal ($A=A$), tornando-o uma técnica argumentativa.

O argumento de definição é um meio de identificação, pois estabelece uma identidade entre o que é definido e o que define, podendo ocorrer de forma variável e intercambiável no discurso sem que lhe altere o sentido.

No discurso jurídico não é diferente, sendo inclusive mais recorrente pelo tipo de linguagem que comumente é utilizada na construção deste discurso. Porém, não se trata de uma definição formal ou meramente conceitual, mas uma estratégia utilizada na busca da persuasão do auditório com a redução de esclarecimentos que são necessários ao convencimento.

Nesse sentido, o discurso jurídico se desenvolve pelo uso de palavras e termos que nem sempre são empregados no sentido semântico geral, havendo a necessidade de definição desses elementos que são objeto do discurso. O Direito exige uma linguagem bem elaborada, e a aplicação das palavras no discurso demandam ampla definição quanto à conotação que o orador almeja para o desenvolvimento da sua argumentação com o uso das definições não formais, pela falta de evidência quanto à plena identificação entre o objeto definido e o enunciado que o define.

Dentre os argumentos quase lógicos está o argumento da definição que identifica os diversos elementos que são objetos do discurso. Reboul estabelece que a “*definição é um caso de identificação*” e apresenta justificativa na utilização desse argumento, pois

se pretende estabelecer uma identidade entre o que é definido e o que define, de tal modo que se tenho o direito de substituir um pelo outro no discurso, sem mudar o sentido, de dizer tanto ‘homem’ quanto ‘animal racional’ (REBOUL, 2004, p. 172, grifos do autor).

Para Perelman (2005, p.238), “todo uso de conceitos, toda aplicação de uma classificação (...) implica uma redução de certos elementos ao que neles há de idêntico ou de intercambiável (...)”. Reboul (2004, p. 173) já afirmara que “na realidade, toda definição é um argumento, pois impõe determinado sentido, realmente em detrimento dos outros”. Portanto, o *Tratado da Argumentação* traça o caráter argumentativo das definições e descreve dois raciocínios ligados a esse argumento: “as definições podem ser justificadas, valorizadas, como a ajuda de argumentos; elas próprias são argumentos” (PERELMAN, 2005, p. 214).

A teoria perelmaniana pretende com o argumento de definição alcançar a identificação dos elementos objetos do discurso que demandem uma justificativa argumentativa e que, portanto, poderão ocorrer pelo recurso à etimologia ou por substituição de uma definição pelas consequências e/ou por uma definição pelas condições, sem que mude o sentido do objeto.

No âmbito jurídico, a proposta de Perelman (2005) quanto ao argumento de definição pode ser representada, por exemplo, pelo termo *prisão preventiva*³¹, com a identificação no discurso jurídico do objeto a ser definido – “*prisão preventiva*” – ou *definiendum*, e o enunciado que a define – “toda forma de prisão cautelar, a prisão preventiva é medida drástica e delicada” – ou *definiens*. No exemplo anterior é possível empregar no discurso jurídico ora o termo prisão preventiva, ora prisão cautelar conferindo o mesmo sentido à apreciação do auditório. Com isso, estabelecida a relação de identidade entre o que é definido e o que define, o orador pretende por meio desse argumento impor determinado sentido em detrimento de outros.

³¹ Tal matéria é prevista nos artigos 311 a 316 do CPP, assim dispondo o art. 311: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá à prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”. Como toda forma de prisão cautelar, a prisão preventiva é medida drástica e delicada, a exigir, além dos pressupostos arrolados na Lei, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*. Os mencionados pressupostos legais da prisão acham-se no art. 312 do CPP, que diz: “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver *prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*” (ACQUAVIVA, 2004, p. 1084, grifos do autor).

Dentre as definições que levam à identificação do objeto definido com o que o define, Perelman (2005) adota quatro espécies de definição: normativas, descritivas, de condensação e complexas.

As definições normativas em Perelman indicam “a forma que se quer que uma palavra seja utilizada” (2005, p. 239), em Reboul “é uma denominação, pois impõe como convenção o uso de uma palavra” (2004, p. 172). Ambos os autores avançam apresentando a definição normativa como o sentido a ser dado a uma palavra no discurso e ocorrerá a partir de prescrições de cunho individual ou social, de uma ordem destinada a todos, cujo sentido deverá ser observado em todo o corpo do discurso.

As definições descritivas em Perelman indicam “qual o sentido conferido a uma palavra em certo meio, num certo momento” (2005, p. 239); em Reboul, “que pretende enunciar o uso – sentido corrente – do termo definido” (2004, p. 172). A construção dessa definição se dá pelo levantamento de descrições objetivas que se subsumem as características do objeto a ser definido.

As definições de condensação, segundo Perelman, “indicam elementos essenciais da definição descritiva” (PERELMAN, 2005, p. 239) e para Reboul é condensada a “definição descritiva que se restringe às características essenciais” (2004, p. 172). Revela-se o que é essencial da definição descritiva, destacando o que é primordial a ela sem qualquer detalhamento.

As definições complexas em Perelman (2005) combinam de forma variável elementos essenciais das definições normativas, descritivas e de condensação, sendo que Reboul (2004) não faz menção a esta nomenclatura, adotando como quarto tipo de definição a oratória, “definição imperfeita, pois o que define e o que é definido não são realmente permutáveis” (Id., p. 172).

Embora não haja qualquer recepção dessas definições pelos defensores do positivismo que valem da divisão clássica como definições reais e nominais, as espécies de definições acima nominadas apesar de contestáveis se mostram razoáveis, pois a dinâmica do discurso jurídico e o seu caráter argumentativo permitem a utilização de ferramentas voltadas à persuasão do auditório.

Rodríguez (2005, p. 222) não faz menção explícita ao argumento de definição, porém, sua obra dedica um capítulo ao uso da linguagem como argumento, afirmando que “as boas palavras são aquelas que revelam competência, e mais atingirão ao interlocutor quanto mais próximas de sua compreensão”. Prossegue descrevendo que no âmbito do Direito os pensadores buscam valorizar a forma, porém, o argumento de competência linguística é aquele em que conteúdo e forma misturam-se para levar à persuasão (Id., 2005, p. 219). E

conclui que “a boa retórica, a argumentação contundente não é apenas aquela que constrói bons raciocínios, mas também que os externaliza, enuncia-os de modo eficiente”. (Id., p. 221).

Com isso, a definição é considerada um argumento quando a identificação do objeto definido e a enunciação que o define contribuem para a persuasão através de uma justificativa argumentativa, perpassando o caráter formal de definição real e nominal defendidas pelo positivismo.

2.1.2 Argumentos baseados na estrutura do real

Percebe-se que o ato de argumentar se dá a partir da associação entre coisas, ou pessoas e coisas que formam a base interpretativa dos elementos do real (caso concreto), leia-se, uma análise subjetiva apresentada na forma de opiniões conferidas pelos fatos apresentados. Essa argumentação se torna eficaz quando há um acordo entre os interlocutores sobre os motivos da ação, sua hierarquização e adoção do argumento no discurso.

Os argumentos baseados na estrutura do real não se apoiam numa estrutura formal para serem constituídos, mesmo que na sua aparência, como nos quase lógicos; esse grupo de argumentos tem como base a associação de valores consolidados e também naqueles ainda não estabelecidos. Essa associação de valores ocorre por ligações de sucessão em que há um vínculo causal e seu efeito. Vale ressaltar também que os argumentos se aplicam por uma ligação de coexistência que para Perelman (2005, p. 333) “unem duas realidades de nível desigual, sendo uma mais fundamental, mais explicativa do que a outra”.

São argumentos baseados na estrutura do real, os argumentos pragmáticos e de autoridade, os quais foram eleitos para esta análise por sua proximidade e recorrência no âmbito judicial. O *Tratado da Argumentação* elenca ainda: o argumento de desperdício, o argumento de direção, o argumento de hierarquia dupla aplicado às ligações de sucessão e de coexistência, dentre outros, que não foram observados na análise, e, portanto, não serão destacados.

2.1.2.1 Argumento pragmático

O argumento pragmático é formado pela relação entre as causas e as consequências de um acontecimento, sejam elas positivas ou negativas. Esse argumento é construído, por

meio de uma interpretação do valor do efeito, a partir do valor da causa, e vice-versa. Perelman (2005) apresenta este argumento da seguinte maneira:

Desde logo, vê-se que ele deve permitir argumentações de três tipos: a) as que tendem a relacionar dois acontecimentos sucessivos dados entre eles, por meio de um vínculo causal; b) as que, sendo dado um acontecimento, tendem a descobrir a existência de uma causa que pode determiná-lo; c) as que, sendo dado um acontecimento, tendem a evidenciar o efeito que dele deve resultar (PERELMAN, 2005, p. 299).

É muito comum ao pensador do direito adotar a argumentação baseada no fato-consequência com o fito de embasar a tese principal no convencimento do julgador, referindo possíveis prejuízos sofridos pela parte demandante frente à decisão a ser tomada pelo juiz.

Esse argumento coloca em evidência as consequências trazidas pelo acontecimento/causa para fortalecer a tese, por meio da exposição dos desdobramentos e implicações que possivelmente devam surgir na reprodução do resultado. Perelman (2005, p. 303) denomina esse argumento como aquele que permite apreciar um ato ou um acontecimento consoante suas consequências favoráveis ou desfavoráveis e afirma que o argumento pragmático, que “permite apreciar uma coisa consoante suas consequências, presentes ou futuras, tem uma importância direta para a ação. Ele não requer, para ser aceito pelo senso comum, nenhuma justificação”.

O exemplo trazido pelo *Tratado da Argumentação* se refere ao acusado que cometeu ato ilícito diante de um fato que poderá ter como consequência a sua condenação; portanto, poderá romper o nexos de causalidade entre ação e consequência pugnano para ser absolvido com a declinação a outrem da conduta dolosa – causa da ação.

Perelman (2005) revela que o argumento pragmático não se presta a transferir uma qualidade da consequência à causa, mas sim permite concluir a superioridade de uma ação partindo da utilidade da sua consequência ou ainda considerar a grandeza das consequências que a tornem tão verossímil a ponto de aumentar a adesão do julgador.

Em Reboul (2004, p. 174), ao argumento pragmático é conferido o mesmo sentido trazido no *Tratado da Argumentação*, ponderando ainda que “goza de tal verossimilhança que de imediato presume confiança”, afirmando também que a quem o contestar incumbirá justificar.

Para tanto, exemplifica o argumento a partir do caso hipotético de um réu ter contra si decretada sua prisão preventiva em razão do cometimento de um crime. O argumento pragmático pode romper o nexos de causalidade entre causa (cometimento de um crime) e

efeito (decreto de prisão preventiva) com a justificação argumentativa voltada à exposição das consequências, cujo resultado pode levar a um desfecho mais favorável ao preso e ao Estado. Portanto, com a preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana à luz do Estado Democrático de Direito, que se sobrepõe ao caráter de exceção da prisão, preserva-se o direito individual do preso e a obrigação do Estado ao desonerá-lo do cárcere pela ausência de políticas públicas. Com isso, partindo de uma base constitucional é possível concluir que é muito mais razoável manter o cidadão que cometeu um crime solto e tentar reintegrá-lo na sociedade, do que violar o seu direito subjetivo de liberdade, dentre outros direitos individuais, e ter o Estado o ônus de mantê-lo no cárcere quando seu sistema carcerário encontra-se falido.

2.1.2.2 Argumento de autoridade

Argumento de autoridade é o tipo de argumento que utiliza o prestígio, a palavra de honra dada por alguém como prova de uma afirmação que se constrói por meio de asserções justificadas pelo valor do seu autor.

No discurso jurídico este argumento é recorrente, pois por diversas vezes são colacionadas citações de doutrinadores notáveis, como forma de corroborar as teses defendidas pelo orador na busca da persuasão do auditório. Para Perelman (2005), o argumento de autoridade é elencado como um argumento de prestígio que é mais nitidamente caracterizado como aquele que “utiliza atos ou juízos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas como meio de prova a favor de uma tese” (Id., 2005, p. 348). Para Rodríguez, o argumento de autoridade é também chamado de *argumentum magister dixit* ou *ad verecundiam* que é aquele que utiliza da fala de pessoa destacada e reconhecida em determinado saber com o intuito de confirmar a tese principal: “Utilizar-se do argumento ‘ad verecundiam’ significa trazer, em uma discussão, a opinião de um experto, que se presume tenha conhecimento aprofundado sobre determinado assunto” (RODRÍGUEZ, 2005, p. 111).

Considera-se argumento de autoridade quando o orador expõe o ponto de vista de uma personalidade com reconhecimento e prestígio em determinada área do saber. A autoridade é tida como um argumento forte, na medida em que demonstra imparcialidade e conhecimento, sendo construído um debate racional, com a citação da doutrina, um meio bem comum no discurso jurídico. Observa-se que o argumento de autoridade traz uma presunção de veracidade que é atribuída à formação acadêmica e científica do especialista que domina

determinado tema. Por outro lado, mesmo sendo considerado um argumento forte ao convencimento, deve-se ponderar que o argumento de autoridade deve estar em consonância com o entendimento do julgador, visto que a visão deste pode estar pautada em um argumento de autoridade contrário, o que de fato enfraqueceria a tese defendida.

O orador por cautela pode construir um discurso coerente com a descrição dos dois posicionamentos: o da tese defendida e o contrário, pontuando os destaques que levam ao convencimento e adesão à tese pretendida. Em suma, seria a palavra de um experto contra a palavra do outro, com a criação de um paradigma dos posicionamentos, demonstrando maior domínio do orador na construção do seu discurso suasório.

Com isso, o orador, tendo como base as especificidades do caso concreto, pode travar um debate sobre o tema discutido no discurso, construindo a sua fala por meio do argumento de autoridade, no qual pode elencar vários posicionamentos de autoridades pontuando com ênfase àquele que se amolda a tese pretendida ao convencimento do julgador.

2.1.3 Argumentos que fundamentam a estrutura do real

O *Tratado da Argumentação* não traz uma definição explícita quanto aos argumentos que fundamentam a estrutura do real. O capítulo dedicado a esse grupo de argumentos é iniciado adentrando diretamente na classificação dos argumentos. Embora não haja referência expressa conceitual desse grupo, o autor os apresenta como os argumentos que criam um novo real ou complementam o real existente. Esses argumentos passam de um caso particular a outro para criar uma regra geral (exemplo), ou ainda na analogia “tomam como ponto de partida algo conhecido que permite estabelecer um precedente” (HENRIQUES, 2013, p. 74).

Perelman (2005) descreve as ligações que fundamentam a estrutura do real, pelo caso particular (exemplo) e pelo raciocínio por analogia, concluindo que estes criam um novo real ou ainda complementam a estrutura do real com o estabelecimento de ligações não aparentes, mas que irão fundamentar a utilização do argumento pelas especificidades do caso concreto.

Nos argumentos que fundamentam a estrutura do real é possível, a partir de um caso particular, generalizar o tema discutido para o fim de criar ou reforçar uma regra, um princípio, ou somente torná-los mais claros e, por meio da analogia, estabelecer uma relação de similaridade entre o foro e o tema que serão mais bem explicitados nos próximos tópicos. Para tanto, os argumentos que foram destacados para análise do *corpus* dessa pesquisa são os

argumentos pelo exemplo e analogia, a despeito do Tratado dispor ainda da ilustração e modelo que não foram destacados na pesquisa.

2.1.3.1 Argumento pelo exemplo

O exemplo é a argumentação que vai do fato à criação/confirmação de uma regra, ou seja, é uma pressuposição de fatos na construção de uma generalização convincente. Perelman define:

seja qual for a maneira pela qual o exemplo é apresentado, em qualquer área que se desenvolva a argumentação, o exemplo invocado deverá, para ser tomado como tal, usufruir estatuto de fato, pelo menos provisoriamente; a grande vantagem de sua utilização é dirigir a atenção a esse estatuto (PERELMAN, 2005, p. 402).

O argumento pelo exemplo deverá usufruir estatuto de fato, pois a grande vantagem de sua utilização é dirigir a atenção ao fato/real, podendo se firmar o caráter empírico com a descrição de mais de um exemplo, para que não configure mera informação. Além da descrição de mais de um exemplo, a fim de que se confirme uma regra, o exemplo deve ser curto, breve e coerente, reforçando a relação entre exemplo e regra. Para tanto, o orador deve se utilizar de fatos verídicos e de possível conhecimento do auditório, mesmo que a posição prévia deste seja contrária, mas que a notoriedade do argumento possa criar maior probabilidade de adesão do auditório/juiz.

Rodríguez (2005, p. 155) descreve alguns requisitos de validade no argumento pelo exemplo, exigindo

falta de consenso entre a regra que se pretende comprovar, caso contrário deixa de ser exemplo para ser mera ilustração, embora a linguagem corriqueira chame ambos pelo mesmo nome, [...] o exemplo é figurativo, ou seja, apresenta um fato concreto e não apenas a relação entre conceitos[...], o exemplo, como recurso à figuratividade, deve ser “curto” (Id., 2005, p. 157, grifo do autor).

Assim, o exemplo indicado como principal, pode se desenvolver a *contrario sensu* para confirmar uma regra. Rodríguez cita um texto de Veríssimo³² e apresenta a falta de consenso entre a regra que se pretende provar para formação do argumento pelo exemplo,

Veríssimo aproveita o consenso de que a *gramática é o esqueleto da língua* (argumento de senso comum) para desvirtuar a argumentação: o esqueleto, como imagem de *estrutura*, passa a ser imagem de morte, pois só predomina em *línguas mortas*. Assim chega a seu exemplo principal, que se desenvolve *contrario sensu*, a confirmar sua regra: gramática não é essencial à comunicação. Exemplo: *professores de latim* são excelentes gramáticos, mas péssimos comunicadores (RODRÍGUEZ, 2005, p. 156, grifos do autor).

Os requisitos de validade apontados por Rodríguez servem de parâmetro para diferenciação entre os demais argumentos que fundamentam a estrutura do real, apontando o exemplo a generalizar para o fim de estabelecer uma regra a partir de um caso particular, enquanto a ilustração reforça a adesão a uma regra já estabelecida, distinguindo-se pela figuratividade e representatividade.

Rodríguez (2005) descreve que o argumento pelo exemplo é construído para tornar o discurso certo e coerente, uma vez que acrescenta à argumentação a confirmação de uma regra, pela citação de fatos recorrentes no cotidiano dos cidadãos e fatos da história, podendo criar maior veracidade à tese defendida, possibilitando adesão imediata do auditório.

2.1.3.2 Argumento por analogia

É o tipo de argumento que procura a integração de um tema a outro, fazendo um confronto dos pontos particulares de dois ou mais casos, apresentando a similitude entre as teses.

O essencial, numa analogia, é a confrontação do tema com o foro; ela não implica, em absoluto, que haja uma relação prévia entre os termos de um e do outro. Mas quando existe uma relação entre A e C, entre B e D, a analogia se presta a desenvolvimentos em todos os sentidos e que são um dos aspectos de uma analogia rica (PERELMAN, 2005, p. 429).

³² “O gigolô das palavras”. In: O nariz e outras histórias, p. 77 (RODRÍGUEZ, 2005, p. 155).

Segundo Perelman (2005, p. 424), o valor argumentativo da analogia será posto em evidência com maior clareza, sob o ângulo da similaridade de estruturas, cuja fórmula mais genérica seria: A está para B assim como C está para D. A relação A/B é tratada como tema – representado pelo conhecimento novo – e a relação C/D é tratada como foro – representado pela informação já conhecida. Assim, no discurso jurídico o orador de forma recorrente busca fundamentar a sua tese, por meio do argumento por analogia com a aplicação da jurisprudência; sendo o caso concreto, o tema, e a jurisprudência, o foro. Portanto, cabe ao orador pontuar a relação de similaridade entre o tema e o foro, especificando não só a ementa do julgado, mas também uma análise bem articulada dessa relação de semelhança entre o caso concreto e a jurisprudência para que possa fortalecer a adesão do julgador.

Por vezes, o discurso jurídico é construído por inúmeros julgados, mas que de fato não produzem a persuasão necessária ao convencimento do julgador: isso ocorre porque não é possível inferir de forma imediata a similaridade entre os casos, devendo o orador proceder apontamentos entre o tema e foro para que possa concluir pela aplicação ao caso semelhante. Rodríguez observa a importância da aproximação dos valores do tema e do foro:

A essência da analogia é a aproximação desses valores díspares, para que seja eficiente, persuasiva ao interlocutor à proporção que se pretende fixar. Daí que a *qualidade* dessa comparação de distintos importa muito mais que sua quantidade (RODRÍGUEZ, 2005, p. 149, grifo do autor).

A informatização tem ocasionado um exercício de copia e cola de várias ementas jurisprudenciais ao discurso, o que não é garantia de persuasão e idoneidade. A valorização da quantidade da jurisprudência em detrimento da qualidade, inclusive, pode ser prejudicial na persuasão e enfraquecer o discurso. Com isso, Rodríguez defende e mostra razoável por meio da reflexão de que o melhor uso da jurisprudência é a proximidade entre foro (caso concreto) e tema (solução pretendida), refletida em um acórdão paradigma.

Para Rodríguez (2005), a analogia visa tornar o discurso jurídico imparcial e efetivo, dada à ingerência da Constituição Federal Brasileira que garante que todos são iguais perante a Lei, e também pela presunção de legitimidade e boa-fé em que os cidadãos julgam confiáveis os atos e decisões emanados do Poder Judiciário. Neste ponto, Rodríguez aproxima o argumento por analogia à regra de justiça ao ponderar que,

no discurso judiciário, o argumento por analogia assume relevância ainda maior, porquanto tem-se como regra evidente a de que o fundamento da justiça é o de tratar de maneira idêntica situações essencialmente semelhantes (RODRÍGUEZ, 2005, p. 145).

É pertinente a relação de proximidade entre os argumentos por analogia e os argumentos de regra de justiça, já que ambos permitem dar tratamento idêntico a situações semelhantes. Perelman coloca a regra de justiça como decorrente do princípio da identidade, baseado na justiça formal; e Rodríguez descreve a analogia arguindo que o ser humano raciocina muito pela semelhança, merecendo dar tratamento idêntico a casos similares em busca da equidade. Porém, é perceptível que ambos os autores se ancoram na justiça e na equidade, com direta ligação ao Direito,

A jurisprudência representa fonte do Direito, como construção contínua de entendimentos pelo Poder Judiciário. Sua utilidade repousa principalmente no princípio da equidade, porque a justiça deve transpor resultados equivalentes a casos que, em essência, sejam semelhantes (RODRÍGUEZ, 2005, p. 145).

3. ANÁLISE DO *CORPUS*

3.1 DECISÕES METODOLÓGICAS

Não basta somente coerência e racionalidade para o desenvolvimento de um discurso persuasivo, mas a adoção de técnicas que podem torná-lo ainda mais convincente, uma vez que a atividade jurídica é formada por argumentos. Perelman (2004b, p. 90) aduz que “se nosso século deseja apartar-se definitivamente do positivismo necessita de instrumentos que lhe permitam compreender o que constitui o real humano”. Portanto, o objetivo deste estudo é pesquisar técnicas argumentativas do discurso jurídico, com base na Nova Retórica de Perelman e Tyteca (2005).

A fonte de pesquisa é documental, cujo *corpus* é formado por duas petições de *habeas corpus* e respectivos acórdãos. Dentre os documentos jurídicos foi eleito o *habeas corpus* pelo seu destaque memorável no âmbito constitucional, dada a sua instrumentalidade de remédio constitucional àquele que se vê privado de liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder.

Cabe assinalar que as partes e fatos constantes nas petições são fatos reais utilizados como referenciais à pesquisa, não tendo sido emitido juízo de valor aos casos concretos, mas tão somente a análise do discurso, por meio da retórica. O acesso aos documentos foi autorizado em ambos os processos por despacho judicial, emitido pelo respectivo Presidente da Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

O *corpus* é formado por duas petições de *habeas corpus* impetradas em razão da privação da liberdade de locomoção do indivíduo, sendo delimitado: o assunto principal como ‘prisão preventiva’. Este recorte foi necessário porque a impetração do *habeas corpus* não se restringe só aos casos de restrição de liberdade, que por uma extensão interpretativa, se aplica a cessar ilegalidades, por exemplo, no cerceamento de defesa ou violação de um direito do fundamental diverso da liberdade.

Para o prosseguimento da pesquisa foi utilizado um recorte local e temporal para que o objetivo da análise não se perdesse na imensidão de documentos jurídicos, facilitando a compreensão e possibilitar a sua conclusão. Como parâmetro local foi eleito o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, pela minha militância como advogada criminal nesse Estado, e o recorte temporal corresponde ao período de 2011 a 2013, tendo em vista o advento da Lei 12.403 que entrou em vigor em 05/07/2011 alterando o instituto jurídico da ‘prisão preventiva’. A escolha das duas petições ocorreu de forma livre no sítio www.tjpr.jus.br do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nos campos: *consulta, jurisprudência, 2º grau,*

pesquisa livre, utilizando como verbete de busca ‘prisão preventiva’ e dentre os inúmeros acórdãos foram selecionados os números de distribuição dos processos de forma aleatória.

A observação do objeto tem como escopo pesquisar: 1) *a incidência e a possível recorrência* de argumentos utilizados na petição; 2) *quantificar*, em menor ou maior escala, a incidência das técnicas argumentativas por meio da apresentação de quadros; 3) *verificar* a hipótese de incidência do poder da retórica por meio dessas técnicas argumentativas, como persuasão ou convencimento do julgador.

Para as análises será procedida a transcrição de fragmentos textuais da petição, com a indicação entre parênteses do número das páginas em que constam no documento original. As análises pretendem justificar por que os fragmentos representam os tipos de argumentos, com apontamento do efeito persuasivo pretendido pelo orador ao auditório, com a ressalva de que a argumentação persuasiva se desenvolve no campo do provável.

3.2. *HABEAS CORPUS* Nº 1

Este capítulo tratará da análise de duas petições de *habeas corpus*, em que serão abordadas sete técnicas argumentativas elencadas no Capítulo anterior, com apontamentos da sua recorrência, para aferir o seu eventual efeito persuasivo.

A primeira análise diz respeito ao Processo X³³, da Câmara Criminal Y do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que será tratado nesse estudo como HC1, sendo analisado o discurso constante na petição que originou o *habeas corpus* e no acórdão proferido pelo Colegiado.

Com relação ao HC1, o quadro fático reporta a decretação da prisão preventiva da paciente por decisão do juiz singular da comarca Z, por suposta prática do crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico, respectivamente, artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006³⁴, sendo mantida a sua custódia cautelar sob o fundamento de garantia da ordem pública. Contra o constrangimento ilegal perpetrado em desfavor da paciente foi impetrado o *habeas corpus*, por meio de advogado, para o fim de cessar o constrangimento ilegal sofrido por ela. Salienta-se ainda que a paciente foi presa no sétimo mês de gestação, sendo esta de alto risco em razão da gestante/paciente ser portadora de vírus HPV. O resultado apurado no acórdão foi negativo e por unanimidade de votos foi denegada a ordem de *habeas corpus*.

³³ Autos nº 794.383-1/TJPR. Ainda que se trate de instrumento público os nomes não foram mencionados para preservação de identidade das partes.

³⁴ Lei de drogas.

Resumidamente, para facilitar a compreensão do caso reportado e o papel de cada instância envolvida: o HC1 foi impetrado junto ao Tribunal/instância superior (auditório), por meio de advogado/impetrante (orador), que representou a parte interessada/paciente contra um ato praticado pelo juiz de primeira instância/autoridade coatora.

3.2.1. Análise da petição do HC1

● Argumentos legitimadores

A petição do HC1 reporta uma argumentação voltada à racionalidade do discurso, com a preponderância do *logos*. Primeiramente, inicia-se a análise com a identificação do argumento legitimador - argumento fundado na norma propriamente dita, apoiando-se na legislação pertinente ao remédio constitucional para sustentar a revisão da decisão imposta em primeira instância e, ao mesmo tempo, para refutar as justificativas arroladas na decisão impugnada.

Fragmento 01:

Com fulcro no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal Brasileira de 1988; cumulado com o artigo 647 do Código de Processo Penal Brasileiro. (p.1)

Fragmento 02:

O artigo 117 da lei de Execuções Penais versa que cabe a conversão em recolhimento domiciliar face ao estado gravídico da gestante, ademais, sobrevindo o estado gravídico de alto risco, em pleno vigor e eficácia, cabível a sua aplicação no caso concreto. Vejamos o que diz a letra do artigo:

*Art. 117. Somente se admitirá o **recolhimento do beneficiário** de regime aberto **em residência particular** quando se tratar:*

I - condenado maior de (setenta) anos;

II – condenado acometido de doença grave;

III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

***IV – condenada gestante.** (p. 21)*

Fragmento 03:

A nova redação dada ao texto do art. 318, do CPP, com a publicação da Nova Lei (Lei 12.403/2011), no dia 4 de maio de 2011:

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).(NR) (p. 22)

Infere-se que o orador de plano justifica a sua ação mandamental com a utilização de argumento baseado na lei, como forma de legitimar o ato. Posteriormente, o orador desenvolve a narrativa fática que envolve o caso concreto, com a descrição do direito violado, para então, construir a sua argumentação voltada aos interesses pretendidos, qual seja a soltura da paciente.

O fragmento 1 reporta a base legal do ordenamento jurídico que permite ao cidadão, que se vê com direito de liberdade de locomoção ferido, manejar em seu favor o remédio constitucional do *habeas corpus*. Como já mencionado, o argumento descrito revela-se a legitimar a ação do orador perante o Tribunal.

Quanto aos fragmentos 2 e 3, verifica-se que o orador após a exposição da situação processual da paciente, concatena argumentos legitimadores que vão embasar a tese pretendida de revogação da prisão preventiva.

O fragmento 2 argui por meio do texto legal e constrói o argumento voltado ao convencimento do auditório por meio da analogia, visto que a legislação descrita diz respeito a Lei de Execuções Penais quando o quadro fático não faz menção a qualquer condenação penal e sim de prisão provisória. O orador argumenta no sentido de que se é válida a concessão de prisão domiciliar à condenada gestante, por que não ser aplicado entendimento similar para prisão provisória quando ainda há possibilidade de absolvição da paciente pelo princípio da presunção de inocência.

O mesmo efeito se pretende com o fragmento 3 que descreve o texto legal voltado ao convencimento do julgador para substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar pelo período e tipo de gestação da paciente. Num primeiro momento se reporta a mera subsunção do fato à norma com racional aplicação da lei pelo julgador, o que de fato aumenta a possibilidade de adesão do auditório, porém, a legislação em comento estava sob a *vacatio legis*³⁵ e, portanto, a alteração legislativa não havia entrado em vigor para sua aplicação. Entretanto, o orador argumenta no sentido de que o auditório possa considerar a norma processual que está na iminência de sua entrada em vigor, alcançando o direito da paciente.

³⁵ Vacância da lei que é o intervalo entre a sua publicação e sua entrada em vigor.

Assim, os três fragmentos acima são constituídos por argumentos legitimadores, considerando que o orador se restringe a justificar sua tese com base no ordenamento jurídico, ou seja, apoia-se na letra da lei. A consistência e a força deste argumento determinam, em tese, maior probabilidade de adesão do auditório, dada a incidência, no Direito, do princípio da legalidade, que no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, de modo a assegurar que toda e qualquer divergência se resolva pelo império da norma e nunca pelo primado da força ou outro meio ilegal.

● **Argumento pela regra de justiça**

O princípio da identidade ampara o argumento pela regra de justiça quando dá tratamento idêntico a seres e situações, mas o diferencia quando insere os seres e situações numa mesma categoria, e as diferenças constatadas serão ou não irrelevantes na inserção desta.

Reboul (2004) descreve que na identidade baseia-se a regra de justiça, por tratar seres da mesma categoria de maneira igual, pelo uso do precedente e pela reciprocidade. Com relação ao uso do precedente, Rodríguez (2005) faz menção expressa ao emprego da jurisprudência quando exemplifica o argumento por analogia.

No capítulo anterior foi ponderada a proximidade existente entre o argumento de regra de justiça e por analogia, visto que ambos tutelam a aplicação da justiça. No entanto, a reflexão de Rodríguez (2005) mostra-se pertinente considerando que o argumento por analogia repousa no princípio da equidade; enquanto que o de regra de justiça, na identidade. Com isso, a reflexão ora apontada revela a razoabilidade de aplicação da jurisprudência como argumento por analogia, pela aplicação de similaridade entre o *tema* e o *foro*, que no âmbito jurídico tem como parâmetro ementários jurisprudenciais, reservando os respectivos fragmentos para análise desta pesquisa.

Para tanto, foi identificado um fragmento que possibilitou a construção do argumento pela regra de justiça, no qual o direito de liberdade da paciente foi elevado a uma categoria que confere “a possibilidade de liberdade [a todo cidadão que goze de primariedade e tenha residência fixa]” (NUCCI, 2011, p. 645).

Fragmento 04:

A paciente apresenta endereço fixo, não está trabalhando pelo estado de gravidez de alto risco que se apresenta no sétimo mês. A paciente ostenta Primariedade, conforme se verifica na certidão acostada (Anexo-5) (p. 24).

A regra estabelecida pelo orador se apoia na possibilidade de concessão de liberdade ao preso primário e de residência fixa, os quais são requisitos básicos, porém, não essenciais à tutela desse direito. Ainda assim, o orador definiu a regra a partir da legislação vigente no direito brasileiro e, portanto, argumentou pleiteando justiça, pelo fato da paciente estar inserida numa mesma categoria que engloba os seres que *[gozem de primariedade e tenha residência fixa]*. Explica-se que no direito vigente, de maneira geral, é garantido o direito de liberdade ao réu primário e com residência fixa, salvo peculiaridades como crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa ou crimes hediondos e seus equiparados.

O orador busca, de acordo com o fragmento, que seja aplicada a mesma regra para a paciente que não tem antecedentes criminais e possui residência fixa, cujo fundamento permite passar de casos anteriores ao caso da paciente. Dessa forma, revela-se também o uso do precedente e que esse não ocorre no discurso jurídico tão somente pela jurisprudência.

Esse argumento pode ser tratado como um argumento forte pela base constitucional trazida do princípio da igualdade. Porém, por exemplo no caso, as diferenças tratadas na regra de justiça poderão (ou não) ser irrelevantes para determinada categoria e então podem fortalecer ou enfraquecer o argumento.

O HC1 reporta a prisão preventiva por cometimento do crime de tráfico de drogas, havendo expressa vedação quanto à concessão de liberdade na Lei 11.343/06 e também por se tratar de crime equiparado a hediondo. Nesse sentido, partindo hipoteticamente de outra categoria formada *“por seres que aguardam o processo em liberdade pela primariedade, residência fixa, cujo crime não seja de tráfico de drogas”*, a relevância da exceção apresentada enfraquece o argumento por afastar o caso da paciente nessa hipótese, por ser contrária ao acordo prévio com o auditório (NUCCI, 2011, p. 645).

No entanto, mesmo diante dessas particularidades, ainda se trata de um argumento forte em razão da sua legitimidade constitucional, sendo uma ferramenta cidadã na construção do discurso persuasivo.

- **Argumento de definição**

a. Normativa/Descritiva

O argumento de definição descritiva é a definição corrente de uso dicionarizado e a normativa é a que se quer dar a uma palavra no discurso em dado momento.

Portanto, o uso do argumento se justifica pela necessidade do recurso da definição que se deu pelas suas consequências e ocorreu sem mudar o sentido da palavra gravidez e gestação, revelando a pretensão do orador em provocar ou aumentar a adesão do julgador com base no estado físico da paciente, acrescido de uma caracterização normativa.

O orador no HC1 por diversas vezes tenta persuadir o julgador argumentando pelo estado físico da paciente que se encontrava no sétimo mês de gestação, sendo a gravidez³⁶ apresentada como de alto risco. Portanto, várias palavras e termos empregados no discurso são contextualizados a partir da situação de saúde da paciente, buscando a persuasão do juiz.

Fragmento 05:

A gravidez de alto risco está devidamente demonstrada pelos documentos acostados como ANEXO-2, deste pedido (p. 2).

Fragmento 06:

A gravidez de risco expõe a vida quanto à sua fragilidade elevada a máxima potência (p. 14).

Fragmento 07:

Em atendimento ao quesito “A”, o médico perito esclarece que o quadro atual da paciente se classifica como gestação de alto risco, conforme segue colacionado abaixo (p. 15).

Os fragmentos 05, 06 e 07 reportam claramente a intenção do orador em persuadir o julgador por meio da definição das palavras gravidez e gestação, dando-lhes sentido de acordo com o contexto e as circunstâncias do caso concreto. O orador no HC1 propõe por meio desses fragmentos que a paciente presa preventivamente pelo crime de tráfico de drogas seja colocada em liberdade em razão do seu estado físico (gravidez - de alto risco).

O orador a partir da definição descritiva de ‘gravidez’ - estado físico da gestante entre a fecundação e o parto -, agrega uma característica normativa que a define como de ‘alto

³⁶ Estado físico da gestante, entre a fecundação e o parto (ACQUAVIVA, 2004, p. 678).

risco'. Esse argumento ocorre com o levantamento de uma descrição objetiva que se subsume a característica do objeto definido.

Numa análise clínica do caso concreto narrado no HC1, os argumentos se revelam incontestáveis a ponto de evitar qualquer enfermidade ou até o óbito da paciente e do nascituro, porém, no âmbito jurídico além da análise factual importa ainda o que a lei determina. Embora o quadro fático implique necessidades e cuidados especiais à gestante com gravidez de alto risco, por outro lado, a lei penal confere local diferenciado para permanência do preso que cumpre medida de segurança, as grávidas e os portadores de outras doenças ficam no Complexo Médico Penal.

b. Complexa

Na definição complexa o orador combina de forma variável os elementos das demais definições.

Fragmento 08:

O direito à vida constitui fonte primária do direito que não se exaure no sentido biológico de incansável atividade funcional. Mas que se apresenta inabalável e inviolável segundo o que versa o art. 5º, caput, da Constituição Federal Brasileira (p. 13-14).

Fragmento 09:

Na expressa dicção constitucional, a vida é indisponível, e assim sendo, não merece tal constrangimento ilegal franqueada pela medida prisional (p. 14).

O orador descreve o “*direito*” definindo-o como direito subjetivo³⁷, já que agrega o bem jurídico “*vida*” como elemento desse direito subjetivo. Percebe-se que, no fragmento 08 o orador define o direito subjetivo como “*fonte primária do direito*”, perpassando o seu caráter biológico ao *status* constitucional de direito individual. O orador agrega valor ao argumento quando vai além do estado físico da gestante, exaltando o direito subjetivo a vida por meio de uma definição. Observa-se que, o orador faz a opção de descrever o elemento

³⁷ Reconhecimento expresso ou presumido, pela ordem jurídica, de um interesse. Tal reconhecimento torna este interesse apto a ser pleiteado perante órgão judiciário ou administrativo (ACQUAVIVA, 2004, p. 512).

essencial “*vida*” como “*fonte primária do direito*” que revela uma argumentação voltada à preservação do maior bem jurídico tutelado pelo Estado Democrático de Direito.

No fragmento 09 o orador prossegue e qualifica o bem jurídico “*vida*” como sendo “*indisponível*”, esse argumento é utilizado como forma de convencer o julgador de que a vida transpõe o razoável, sendo indisponível a ponto de permitir no caso concreto em estudo a revogação da prisão preventiva da paciente, que se encontra com gestação de alto risco e por isso pode vir a óbito.

O orador nos fragmentos 08 e 09 pretende agregar ao discurso uma argumentação que possibilitará ao julgador baseado no caso concreto e aliado às definições que detalham as palavras “*direito*” e “*vida*” decidir pela preponderância desses a medida odiosa da prisão.

Os enunciados que definem os fragmentos acima referidos traduzem elementos essenciais do objeto definido, com embasamento legal de “*fonte primária do direito*” como direito fundamental de 1ª geração³⁸ e “*indisponível*” pelo caráter absoluto³⁹, e, portanto, incontestáveis a ponto de convencer o julgador pela soltura da paciente como forma de preservação à vida.

● Argumento pragmático

O HC1 traz argumentos pragmáticos onde o orador descreve o fato-consequência como forma de convencer o julgador de que as consequências da prisão da paciente podem ser muito graves a ponto de causar danos irreparáveis ou até a sua morte.

Fragmento 10:

*A mera possibilidade de causar dano irreparável ou do risco de morte da gestante nos faz repensar sobre a prisão processual nestes casos. **Ora, a vida que pode ser comprometida pelo reforço negativo da prisão processual, condenando a mãe a criar uma criança com comprometimento mental radical. Exigindo cuidados e atenção médica, fisioterapêutica, fonoaudiológica, nutricional, entre outros profissionais, levando a utilização de transporte especial, insatisfação e quadro depressivo dos pais.** Tudo isto não pode se prestar para garantir uma acusação que expõe uma mera expectativa de direito do Estado em sacrifício de uma vida (p. 25).*

³⁸ Os direitos de primeira geração se caracterizam pela imposição de defesa contra as possíveis ingerências e abusos do Estado. São exemplos de direitos fundamentais de primeira geração o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à participação política e religiosa, à inviolabilidade de domicílio.

³⁹ No sentido de direito originário a própria natureza humana.

Fragmento 11:

Podendo ainda esta medida cautelar ao invés de ter o comprometimento da vida fetal o prejuízo da vida da gestante com danos irreparáveis inclusive a morte com a missão de manutenção de uma criança sem condição de vida desassistida, comprometendo a medida cautelar na sua origem, a garantia para aplicação da lei penal ou sua conveniência na instrução criminal (p. 25).

O orador constrói o argumento baseado no fato de ter ocorrido a prisão da paciente com gravidez de alto risco e que a manutenção da medida cautelar pode gerar consequências irreversíveis.

O fragmento 10 descreve a causa com a frase “*a prisão processual nestes casos*” e as consequências desfavoráveis a paciente, com a frase “*dano irreparável ou do risco de morte da gestante*”. Prossegue na construção do argumento com a observância de outras implicações negativas que constam no texto original em negrito e sublinhadas, as quais correspondem às seguintes frases: “**condenando a mãe a criar uma criança com comprometimento mental radical**”, “**exigindo cuidados e atenção médica, fisioterapêutica, fonoaudiológica, nutricional, entre outros profissionais, levando a utilização de transporte especial, insatisfação**”, “**quadro depressivo dos pais**”. O orador pretende com o negrito e sublinhado dar ênfase às consequências negativas, visando uma maior atenção do julgador nesses pontos que julga relevantes.

O orador conclui o argumento pragmático no Fragmento 10 com outra frase que indica a causa “*garantir uma acusação que expõe uma mera expectativa de direito do Estado*” e outra frase que indica a consequência desfavorável a paciente “*em sacrifício de uma vida*”.

Percebe-se que o orador por meio do argumento pragmático coloca em evidência os efeitos a serem suportados pela paciente, pelos desdobramentos causados com a manutenção da sua prisão preventiva, como forma de fortalecer a sua tese na busca da liberdade.

O fragmento 11 é construído na mesma linha de pensamento em que o orador expõe a prisão preventiva como causa e a possibilidade de comprometimento da vida do feto e da mãe como consequências drásticas. Tais constatações são feitas a partir das frases que determinam a causa “*Podendo ainda esta medida cautelar*” e as frases que determinam as consequências “**prejuízo da vida da gestante com danos irreparáveis inclusive a morte com a missão de manutenção de uma criança sem condição de vida desassistida**”. O negrito novamente é ressaltado para dar ênfase ao argumento com destaque nas possíveis consequências.

Observa-se que o argumento pragmático busca evidenciar a grandeza das consequências tidas como o comprometimento do feto e morte da gestante em detrimento da prisão cautelar que é descrita como a causa determinante.

A argumentação é desenvolvida a partir do fato que corresponde à prisão da paciente, a qual deve ser afastada, apesar do amparo legal, pela gravidade das consequências que foram descritas nos Fragmentos 10 e 11 e que servem de justificativa para embasar a pretensão do orador de soltura do paciente.

● Argumento de autoridade

O argumento de autoridade é uma técnica argumentativa muito utilizada pelo pensador do direito, que busca a opinião e/ou o parecer de um *expert* em determinado assunto com a adoção desse entendimento no discurso visando reforçar a sua tese.

O HC1 traz o argumento de autoridade por meio da citação da doutrina que se coaduna com a defesa dos interesses da paciente. O orador cita o entendimento de dois autores que se manifestaram sobre o instituto da prisão preventiva, inclusive com a citação da obra do Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, cujo entendimento milita em favor da soltura de flagrados quando o decreto de prisão provisória não apresentar fundamentação idônea. Seguem os fragmentos:

Fragmento 12:

Segundo a inteligência de Aury Lopes Junior⁴⁰, que repudia severamente a prisão como argumento para garantir a ordem pública (p. 3).

Fragmento 13:

Aduz o entendimento LOPES JR., vejamos o que diz o trecho extraído do capítulo 4.7 deste autor: 4.7. Prisão para Garantia da ordem pública. O Falacioso Argumento da “Credibilidade (ou fragilidade?) das Instituições” Risco de Reiteração. Crítica: Exercício de Vidência. Contraponto: Aceitação no Direito comparado.

Muitas vezes a prisão preventiva vem fundada na cláusula genérica “garantia da ordem pública”, mas tendo como recheio uma argumentação sobre a necessidade da segregação para o “restabelecimento da credibilidade das instituições” [...].

[...] Noutra dimensão, é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policalesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado [...].

⁴⁰ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, Volume II, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris. 2011. P. 120-121.

[...] No que tange à prisão preventiva para em nome da ordem pública sob o argumento de risco de reiteração de delitos, está se atendendo não ao processo penal, mas sim à função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal. Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros [...].

[...] A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável” (p. 4-5).

Fragmento 14:

O ministro do STF, Eros Roberto Grau⁴¹, quando traz em comento seu voto no HC 97.522-4, onde contesta a inidoneidade da fundamentação na Garantia da Ordem Pública à prisão preventiva. Em caráter de exceção a Sumúla 691 do STF:

Trecho extraído do HC 97.522-4, STF, voto do Relator Ministro Eros Grau

[...] A prisão preventiva do paciente completará um ano em 30 de abril, podendo perdurar indefinidamente sem qualquer fundamentação concreta, o que traduz nítida antecipação do cumprimento de pena a ser eventualmente imposta em nova sentença. (p. 6)

O fragmento 12 transcreve o entendimento doutrinário do jurista Aury Celso Lima Lopes Junior⁴², graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande (1991), especialista em Direito em 1993 e doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid em 1999 (devidamente reconhecido pela UFPE), cuja tese *Sistemas de Investigación Preliminar en el Proceso Penal* recebeu a nota máxima e voto de louvor - *cum laude* - por unanimidade. Tais considerações são necessárias para evidenciar que o currículo do autor é importante no desenvolvimento desse argumento, pois nele se constrói o seu prestígio, que permite consolidar o posicionamento de determinado assunto como meio de prova a favor de uma tese, por meio da sua autoridade.

O HC1 faz menção ao decreto de prisão preventiva da paciente que tem como fundamento a garantia da ordem pública, portanto, o orador no Fragmento 12 constrói o argumento apontando o constrangimento ilegal perpetrado com a manutenção da prisão cautelar para garantia da ordem pública, para isso invoca a autoridade do jurista Aury Lopes Jr. que apresenta posicionamento de repúdio à prisão preventiva quando fundamentada na garantia da ordem pública.

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. Sobre a prestação jurisdicional – direito Penal. São Paulo: Malheiros. 2010. P. 193-195.

⁴² Currículo disponível em: <http://lattes.cnpq.br/4629371641091359>.

No fragmento 13 o orador prossegue na construção do argumento de autoridade transcrevendo trechos da doutrina do jurista ora referido, cujo posicionamento vai ao encontro da tese defendida em favor da paciente, confrontando a legitimidade do decreto de prisão preventiva. Para tanto, o orador adota uma posição contrária à decisão de primeiro grau na tentativa de desconstruir o fundamento do decreto de prisão preventiva e a justifica pela autoridade de um doutrinador ou jurista.

O orador, no fragmento 13, transcreve uma doutrina que rejeita a possibilidade de ocorrência do decreto de prisão preventiva lastreado na garantia da ordem pública, quando o seu fundamento for genérico; pondera a doutrina que a falta de políticas públicas advoga em prol da prisão, demonstrando um verdadeiro estado policialesco e que o estado democrático não permite decisões baseadas em presunções, pois a única permitida pelo ordenamento legal é a inocência. O fragmento 13 traz o argumento de autoridade, cuja reflexão tem caráter constitucional e institucional e está lastreado no entendimento de desnecessidade da prisão preventiva fundada em generalidades com o mero receio e presunções do Estado. Observam-se tais apontamentos nos trechos “[...] *necessidade da segregação para o ‘restabelecimento da credibilidade das instituições’ [...]*”; “[...] *sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se [...]*”; “[...] *ordem pública sob o argumento de risco de reiteração de delitos, está se atendendo não ao processo penal, mas sim à função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal [...]*”; “[...] *é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros [...]*”. Fica evidente nos trechos destacados do Fragmento 13 que o orador pretende desconstruir a argumentação tecida na decisão monocrática e para isso desenvolve a sua argumentação baseada na autoridade de um jurista renomado que detém um posicionamento constitucionalista e modernista do Direito Penal, bem como o adota como justificativa para impugnar o decreto de prisão da paciente.

O fragmento 14 também faz menção ao entendimento de uma autoridade, qual seja o Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau⁴³, Professor Titular da Faculdade de Direito da USP (de 1990 a 2009), Ministro do Supremo Tribunal Federal (de junho de 2004 a julho de 2010), Professor Visitante da Université Paris I (Panthéon-Sorbonne de 2003 a 2004, da Université de Montpellier I de 1996 a 1998 e da Université du Havre em 2009), doutor em Direito e livre docente pela USP, Doutor Honoris Causa da Université Cergy-Pontoise (França), da Université du Havre (França), da Universidad Siglo 21 (Córdoba,

⁴³ Currículo disponível em: <http://lattes.cnpq.br/9302454768782650>.

Argentina), da Unisinos (Universidade do Vale do Rio dos Sinos) e da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Officier da Légion d honneur e Officier da Ordre National du Mérite, condecorações outorgadas pelo Presidente da República Francesa. Novamente a menção ao currículo do doutrinador é reportada para verificação da sua trajetória jurídica e, portanto, concluir-se seu notório saber.

O orador adota o argumento de autoridade para justificar o posicionamento contrário ao decreto de prisão e para isso utiliza opiniões, pareceres e teorias desenvolvidas por um *expert* no assunto, cujo entendimento se amolda ao real apresentado no caso concreto.

O orador constrói seu discurso por meio de técnicas argumentativas que vão ao encontro dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pois por meio dos argumentos é possível impugnar a decisão que decretou a prisão preventiva da paciente, sem se tornar um instrumento arbitrário e ilegal.

O argumento de autoridade permite esse exercício argumentativo com a adoção de fundamento de um doutrinador que milita em seu favor. Essa técnica argumentativa é diuturnamente desenvolvida no discurso jurídico, sendo um argumento forte, em que o orador toma como base uma posição imparcial e de amplo reconhecimento jurídico, aumentando a possibilidade de adesão do auditório e também dando o suporte necessário ao julgador para decidir pautado no princípio do livre convencimento motivado⁴⁴.

● Argumento pelo exemplo

O argumento pelo exemplo não foi contemplado na análise do HC1. Rodríguez (2005) descreve o exemplo e atribui ampla utilização as discussões que envolvem o senso comum. Por outro lado, pondera que o exemplo bem colocado também funciona em grandes argumentações. Assim, é possível concluir que, por opção, o orador primou pela utilização do precedente com adoção da jurisprudência em detrimento da utilização do argumento pelo exemplo, mesmo que a sua representatividade esteja voltada a confirmação de uma regra.

● Argumento por analogia

O recurso da analogia é uma técnica argumentativa utilizada de forma reiterada nos documentos jurídicos. O HC1 recorreu 11 vezes de forma expressa a esse argumento com a transcrição de ementas. Seguem alguns fragmentos que indicam o argumento por analogia:

⁴⁴ Art. 155 do Código de Processo Penal.

Fragmento 15:

Ementa: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS LEGAIS. PRESUNÇÃO DE PERICULOSIDADE PELA PROBABILIDADE DE REINCIDÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. - *A futurologia perigosista, reflexo da absorção do aparato teórico da Escola Positiva – que, desde muito, têm demonstrado seus efeitos nefastos: excessos punitivos de regimes políticos totalitários, estigmatização e marginalização de determinadas classes sociais (alvo do controle punitivo) – tem acarretado a proliferação de regras e técnicas vagas e ilegítimas de controle social no sistema punitivo, onde o sujeito – considerado como portador de uma perigosidade social da qual não pode subtrair-se – torna-se presa fácil ao aniquilante sistema de exclusão social. - A ordem pública, requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação (fruto desta ideologia perigosista) – portanto antidemocrático –, facilmente enquadrável a qualquer situação, é aqui genérica e abstratamente invocada – mera repetição da lei –, já que nenhum dado fático, objetivo e concreto há a sustentá-la. Fundamento prisional genérico, anti-garantista, insuficiente, portanto! - A gravidade do delito, por si só, também não sustenta o cárcere extemporâneo: ausente previsão constitucional e legal de prisão automática por qualquer espécie delitiva. Necessária, e sempre, a presença dos requisitos legais (apelação-crime 70006140693, j. em 12/03/2003). À unanimidade, concederam a ordem. (Habeas Corpus Nº 70006140693, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 23/04/2003) (p. 5).*

Fragmento 16:

HABEAS CORPUS Nº 767.687-7 – DA VARA CRIMINAL E ANEXOS DA COMARCA DE LARANJEIRAS DO SUL.

IMPETRANTE: CARLA ALEXANDRA GONSIORKIEWICZ

PACIENTE: EDINEI MARTINS

RELATOR: DES. EDUARDO FAGUNDES

RELATOR CONVOCADO: JUIZ ROGÉRIO ETZEL

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PÚBLICA. CARÊNCIA DE ELEMENTOS. QUALIFICAÇÃO FAVORÁVEL. ORDEM CONCEDIDA.

“Habeas Corpus. Prisão cautelar. Decreto fundado exclusivamente na gravidade abstrata do delito e na suposta periculosidade do agente. Fundamentação inidônea. Precedentes. A invocação da gravidade abstrata do delito supostamente praticado e da hipotética periculosidade do agente não autorizam, per si, a custódia preventiva. Orientação jurisprudencial sedimentada. Ordem concedida.” (HC 85460, Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-200, DIVULG 21-10-2010 PUBLIC 22-10-2010 EMENT VOL-02420-02 PP-00284). (p. 12).

Os fragmentos acima trazem decisões análogas ao caso da paciente, que fora proferida pelo mesmo Tribunal a que o impetrante se dirige e pelo Tribunal de outro Estado. Os demais julgados colacionados na petição do HC1 se referem ao entendimento dos Tribunais Superiores, sendo 05 são extraídos do Supremo Tribunal Federal e 03 do Superior

Tribunal de Justiça, o que, provavelmente, ampliaria as possibilidades de obter êxito no direito pleiteado.

Assim, o orador recorre à jurisprudência para fundamentar seu argumento por analogia, apontando a similaridade do entendimento esposado pela Corte, o qual se adaptaria perfeitamente ao direito da paciente que busca a revogação do decreto de prisão preventiva em seu desfavor, ante a suposta prática do crime de tráfico de drogas, justificada com a fundamentação inidônea do decreto de prisão e ainda a gravidez de alto risco.

Os fragmentos 15 e 16 reportam uma discussão acerca do instituto da prisão preventiva e as generalidades do requisito da garantia da ordem pública que por si só não servem de fundamento para o decreto, quando pautado na gravidade do delito e possibilidade de reiteração delitiva.

O orador traz a transcrição das ementas e aponta a similaridade dos julgados com o caso da paciente, pois tratam de processos de tráfico de drogas, cujos decretos de prisão preventiva foram afastados quando fundados na garantia da ordem pública pela gravidade do delito e para evitar reiteração do cometimento do crime.

O orador se apoia na jurisprudência – 11 vezes por referência direta (transcrição da Ementa) – para fundamentar seu argumento, pleiteando, por analogia, que seja dispensado tratamento idêntico à paciente a fim de assegurar a aplicação também da regra de justiça.

Observa-se que o argumento por analogia, em sua estreita relação com a regra de justiça, denota ser um argumento forte desde que, para melhor adesão do auditório, o orador aponte de forma precisa e justificada a similaridade da jurisprudência colacionada - *foro* - com o caso concreto - *tema*. Significa que, em contrapartida, aqueles discursos jurídicos que apenas arrolam a ementa de inúmeros casos julgados veem reduzidas suas possibilidades de êxito, pois se apoiam no princípio de que a instância decisória se deixaria impressionar e persuadir pela mera quantidade. Nesse ponto, Rodríguez (2005, p. 150) observa sobre o valor e uso da jurisprudência advertindo que a argumentação afoita, por vezes, reflete a construção de um discurso com diversos recortes de ementas que pouco ou nada contribuem para a efetiva persuasão do julgador.

Por fim, há uma aproximação desse argumento com o de autoridade que é indicado nas análises do Fragmento 14, mas que também pode ser inserido como argumento por analogia, pois além de trazer o entendimento de um jurista cuja obra foi referida no HC1, denota ainda o trecho de um voto similar ao caso da paciente proferido pela Suprema Corte Brasileira. Rodríguez (2005) faz uma observação quanto ao uso da jurisprudência voltada à persuasão pela autoridade do órgão prolator (como tribunal mais respeitado correspondendo

ao argumento de autoridade), que é o que foi apresentado pelo orador pela referência ao Supremo Tribunal Federal.

Todos os apontamentos observados nesse tópico revelam a incidência e a recorrência dos argumentos utilizados no HC1, para então se verificar a incidência do poder da retórica por meio dessas técnicas argumentativas, como persuasão ou convencimento do julgador. E, por fim, quantificar a incidência das técnicas argumentativas por meio da apresentação de quadros.

3.2.2. Análise do acórdão HC1

A análise prossegue com apontamentos acerca do acórdão proferido pelo Tribunal, com o intuito de apurar a efetiva persuasão do julgador.

Importante salientar que para a análise da fundamentação do julgador/auditório tem-se como base o seu caráter argumentativo e não meramente demonstrativo, pois segundo Rodríguez (2005) o juiz é tido como um argumentante comum e a sua fundamentação assume técnicas de argumentação visando convencer as partes, mesmo que não explicitamente, como forma de assegurar a segurança jurídica. Vale citar o entendimento de Rodríguez:

Portanto, ainda que na sentença apareçam técnicas de argumentação, o discurso que ali surge deve ao menos simular reproduzir um percurso de raciocínio feito pelo próprio magistrado, as razões fundamentadas de sua convicção segundo o que lhe é alegado e comprovado. O que recai, mais uma vez, em uma atividade intencional de construção de texto, muito argumentativa. Novamente o papel das técnicas de argumentação é valorizado (RODRÍGUEZ, 2005, p. 266).

A análise do acórdão aponta as justificações para acolhimento, refutação e contra argumentação do julgador às técnicas argumentativas desenvolvidas pelo orador nos Fragmentos 01 a 16 constantes no tópico anterior.

De início é possível aferir no acórdão o entendimento contrário do julgador quanto às pretensões do orador de soltura da paciente. O Tribunal produz a sua contra-argumentação pontuando fatos do caso concreto que justificam previamente o seu entendimento contrário a tese do orador, representado pelo seguinte trecho: “[...] *Encontram-se presentes indícios suficientes de materialidade e autoria, que se consubstanciam no monitoramento telefônico, a*

apontá-la como importante distribuidora de drogas na região central de Curitiba [...]” (p. 117).

Os fragmentos 01 a 03 (argumentos legitimadores) foram construídos pelo orador baseados no direito positivado, portanto, observa-se que há o acolhimento no acórdão do Fragmento 01 quando o relator faz menção ao atendimento dos requisitos de admissibilidade, representado pelo trecho “[...] II – *Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conhecimento da impetração [...]” (p. 115).*

Observa-se que os fragmentos 02 e 03 são refutados no acórdão por ocasião do posicionamento do julgador que vai ao encontro da decisão proferida pelo juiz singular, afastando a possibilidade da prisão domiciliar à gestante, representado pelo trecho:

[...] No tocante à alegação de que apresenta estágio avançado de gravidez (7 meses) de alto risco para a paciente e para o feto, tal argumento não tem, per si, o condão de revogar a decisão que decretou sua prisão preventiva, se mostrando escorregia a decisão do d. sentenciante, quando do indeferimento do pedido de liberdade provisória manejado pela paciente, e da concessão de prisão domiciliar, com base nos laudos médicos juntados aos autos e nos arts. 317 e 318, IV, da Lei 12.403/2011, tendo em vista a delicada gravidez. [...]’ (p. 118).

A fim de se evitar eventual repetição pondera-se que o trecho acima transcrito refuta também os fragmentos 05, 06, 07, 08 e 09 (argumentos por definição) e os fragmentos 10 e 11 (argumentos pragmáticos) quando o Tribunal acolhe como correta a decisão que decretou a prisão preventiva da paciente.

O fragmento 04 (regra de justiça) também é afastado no acórdão quando o Tribunal aduz que a primariedade e os bons antecedentes, por si sós, não são suficientes para afastar o decreto de prisão, uma vez atendidos os requisitos legais. Para tanto, o Tribunal contra argumenta utilizando um argumento de autoridade, consolidado no entendimento do jurista Julio Fabbrini Mirabete, de que é possível o decreto de prisão preventiva independente das condições pessoais do réu, representado pelo trecho:

[...] Nas palavras do renomado jurista Julio Fabbrini Mirabete, “estando presentes os pressupostos exigidos e havendo o fundamento que torna possível a prisão preventiva, não afastam sua decretação as circunstâncias de ser o acusado primário e de bons antecedentes, de ele ter profissão definida e residência fixa, de ser portador de curso universitário, de ter família e patrimônio no distrito da culpa etc.” (Código de Processo Penal Interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial:

atualizado até julho de 2003 – 11. Ed. – São Paulo: Atlas, 2003). [...] (p. 117-118).

Os fragmentos 12, 13 e 14 (argumentos de autoridade) são igualmente afastados quando o Tribunal constrói a sua contra argumentação baseada numa causa e efeito instrumentalizada por um argumento pragmático, em que são aferidas consequências graves com a soltura da paciente, representado pelo trecho:

[...] A extrema gravidade do crime, visto que, a disseminação indiscriminada de substâncias entorpecentes entre os jovens e a população em geral contribui de modo relevante para o aumento da criminalidade e para a cruel destruição de inúmeras famílias vítimas do narcotráfico, autoriza a manutenção de sua prisão. *In casu*, a periculosidade da agente é ainda mais elevada, vez que indicada como integrante de associação criminosa. [...] (p. 117).

Ademais, os fragmentos 12, 13 e 14 são refutados ainda por dados factuais que colidem com a tese de se tratar de uma prisão cautelar decorrente de presunções pela gravidade do delito e possível reiteração criminosa, a ponto de justificar a manutenção da prisão da paciente, apresentados no trecho:

[...] Também, importante frisar que a quadrilha investigada é numerosa, sendo que junto com a paciente foram decretadas as prisões de outras 18 (dezoito) pessoas e, conforme bem observado pelo juízo monocrático, a atuação do bando é cautelosa, organizada e hierarquizada, havendo trocas constantes de numerais telefônicos, o que torna mais difícil a identificação do grupo e da apuração dos delitos, sendo imprescindível para o regular andamento da instrução probatória a segregação dos integrantes da suposta organização criminosa. [...] (p. 117).

Por fim, os fragmentos 15 e 16 são igualmente afastados pelo julgador quando filia seu entendimento à vedação legal produzida por um argumento legitimador e corroborada por dois argumentos por analogia, representados pelos trechos: “[...] *Se não bastasse, conforme orientação jurisprudencial, o artigo 44 da Lei 11.343/06, por si só, faz por obstar o deferimento da pretensão aqui deduzida. [...]*” (p. 118). E ainda:

[...] HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. POSTERIOR CASSAÇÃO DA DECISÃO PELO TRIBUNAL A QUO. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. 1. A negativa do benefício da liberdade provisória, nos crimes hediondos e assemelhados, encontra amparo no art. 5.º, XLIII, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais, conforme o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Acrescente-se, ainda, que em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes existe expressa vedação legal à concessão do benefício (art. 44 da Lei n.º 11.343/06), o que é suficiente para negar ao Paciente o direito à liberdade provisória. 3. Ordem denegada. (STJ, 5ª Turma, HC nº 79.719/PR, Relª Minª Laurita Vaz, julg. unân. Em 08.11.2007; DJU de 03.12.2007). [...] (p. 119).

3.3. HABEAS CORPUS Nº 2 OU HC2

Nos mesmos moldes do tópico 3.2 a segunda análise diz respeito ao Processo X⁴⁵, da Câmara Criminal Y do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que será tratado nesse estudo como HC2, sendo analisado o discurso constante na petição que originou o *habeas corpus* e respectivo acórdão proferido pelo Tribunal.

Com relação ao HC2, o quadro fático reporta a decretação da prisão preventiva do paciente, para garantia da ordem pública, por decisão do juiz singular da comarca Z, por suposta prática do crime de tráfico de drogas, nos moldes do artigo 33 da Lei 11.343/2006. Contra o constrangimento ilegal perpetrado em desfavor do paciente foi impetrado o *habeas corpus*, por meio de advogado, para o fim de cessar a ilegalidade sofrida pelo paciente. O resultado apurado no acórdão foi positivo, sendo que por unanimidade de votos foi concedida a ordem de *habeas corpus*.

Resumidamente, para facilitar a compreensão do caso reportado no discurso e o papel de cada instância envolvida: o HC2 foi impetrado junto ao Tribunal/instância superior (auditório), por meio de advogado/impetrante (orador), que representou a parte interessada/paciente contra um ato praticado pelo juiz de primeira instância/autoridade coatora.

⁴⁵ Autos nº 1123731-1/TJPR. Ainda que se trate de instrumento público os nomes não foram mencionados para preservação de identidade das partes.

3.3.1. Análise da petição HC2

●Argumento legitimador

Como já mencionado no tópico 3.2.1, o orador no HC2 também utiliza o argumento legitimador para demonstrar o respaldo legal da tese pretendida, buscando maior adesão do auditório, visto que o argumento é produzido por meio da citação da legislação em vigor, e, portanto, se justifica na norma propriamente dita, um dos pilares da ciência do Direito.

Fragmento 01:

Com fulcro nos artigos 5º, LXV, da CRFB/88 e 647 e seguintes do CPP (p.1).

Fragmento 02:

A partir da edição da lei 12.403/2011, a prisão em flagrante passou a contar com novo regramento processual. Segundo este, após a comunicação da prisão em flagrante para a autoridade policial e verificada a sua regularidade formal (sendo devido o relaxamento em caso de ilegalidade), passou o ordenamento jurídico a exigir que o magistrado opte pela concessão de liberdade provisória ou pela decretação da prisão preventiva (p. 3).

Fragmento 03:

Até porque, é preciso lembrar, é dever do magistrado fundamentar adequadamente a decisão judicial (inclusive em observância ao disposto no artigo 93, IX, CF) com base em elementos concretos e não em meras abstrações e generalizações (p. 7-8).

O orador no fragmento 01 desenvolve o argumento legitimador apontando o embasamento legal do direito do paciente que sofreu constrangimento ilegal com a manutenção da sua prisão pelo juiz singular. A argumentação é dirigida confrontando o direito do paciente e o direito posto, uma vez que a norma constitucional garante que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, o que não foi feito pelo juiz em primeiro grau de jurisdição. O orador prossegue afirmando que em razão da violação do direito de liberdade do paciente lhe é garantido o *habeas corpus*, nos moldes da norma infralegal conferindo legitimidade no pleito.

O fragmento 02 é desenvolvido pelo orador com apego à alteração legislativa ocorrida em 2011⁴⁶ que exige que o magistrado decida pela concessão de liberdade provisória ou pela decretação da prisão preventiva. Essa alteração permitiu ainda a substituição da prisão por medidas alternativas menos gravosas e que, para tanto, deveria ter sido adotada pelo julgador para consequente soltura do paciente. Portanto, o orador argumenta por meio da norma, buscando a adesão do Tribunal para cessar o suscitado desrespeito à legislação processual.

No fragmento 03 o orador constrói seu argumento impugnando a decisão de primeiro grau e alegando o desrespeito à norma constitucional que garante que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão fundamentados sob pena de nulidade, apontando o respectivo dispositivo legal.

Os fragmentos acima revelam uma argumentação forte, pois estão diretamente ligados aos princípios do devido processo legal, legalidade e segurança jurídica, todos inerentes a garantias constitucionais, inclusive ao direito de liberdade. E ademais, vale lembrar o princípio da obrigatoriedade da lei em que é de pleno conhecimento que ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece⁴⁷, quem dirá o Poder Judiciário. Porém, mesmo o orador tendo apontado o possível descumprimento de preceito legal, pugnando pela aplicação da alteração legislativa, houve por parte do Tribunal a adoção de posição diversa, sustentando a proferida em primeiro grau de jurisdição.

● Argumento pela regra de justiça

Esse argumento não foi contemplado no HC2. Infere-se que o argumento pela regra de justiça inscreve os mesmos seres numa mesma categoria, sendo que a identidade pretendida pelo argumento não foi verificada no documento. Importante ressaltar que a jurisprudência será abordada na hipótese de incidência do argumento por analogia. Tal posicionamento se filia ao entendimento de Rodríguez (2005) quanto ao uso da jurisprudência que utiliza o precedente como paradigma e, por isso, transforma-se em argumento por analogia. De acordo com os ensinamentos de Perelman (2005) o argumento por analogia está estabelecido na proporção: A está para B, assim como C está para D, determinando como *foro* a relação conhecida e *tema* a relação a ser criada. Portanto, mostra-se mais razoável ao

⁴⁶ Altera dispositivos do Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

⁴⁷ Art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

discurso jurídico a indicação da jurisprudência como argumento por analogia, pela aproximação de valores díspares com o paralelismo feito entre o *foro* e o *tema*.

• Argumento de definição

a. Normativa

O argumento por definição normativa é desenvolvido para determinar o sentido das palavras de acordo com o contexto do discurso (processo). No caso do HC2 ele é utilizado para definir termos, cujo sentido o orador define, dando maior entendimento ao auditório e justificando as suas pretensões. Como apontam os fragmentos 04 e 05:

Fragmento 04:

O primeiro, o fumus comici delicti, diz respeito à constatação e demonstração da existência de materialidade (“prova da existência do crime”) e autoria (“indício suficiente de autoria”) delitiva (p. 4).

Fragmento 05: *Assim, indispensável à decretação da prisão preventiva a constatação e demonstração da real necessidade da medida enquanto mecanismo imprescindível a garantir o regular trâmite do processo penal (p. 4).*

No fragmento 04, o orador utiliza uma expressão jurídica em latim “*fumus comici delicti*” e a define como “existência de materialidade e autoria delitiva”. O orador pretende com o argumento de definição normativa alcançar o sentido da expressão, para o fim de desenvolver o discurso afirmando que o decreto de prisão do paciente não atende aos requisitos elencados e que caminha em sentido contrário por não apontar a constatação e demonstração do “*fumus comici delicti*”. Essa definição feita no HC2 permite uma denominação que será objeto de confrontação com as especificidades do caso concreto, as quais, segundo o orador, não foram contempladas na decisão monocrática impugnada.

No fragmento 05, o orador por meio do argumento de definição normativa denomina a “prisão preventiva” como “*mecanismo imprescindível a garantir o regular trâmite do processo penal*”. Entretanto, o orador baseado na definição apontada constrói o discurso em defesa do paciente, abordando que no caso concreto não restou constatada e demonstrada a

real necessidade da prisão e, portanto, não subsumiu como mecanismo imprescindível⁴⁸ ao processo, devendo sobremaneira o paciente ser colocado em liberdade.

O uso das definições permite ao orador argumentar impondo determinado sentido em detrimento de outros, apresentando-se como uma justificativa argumentativa.

b. Condensação

O argumento de definição por condensação restringe as características que o orador reputa como essenciais na definição descritiva, sem maiores justificações. Como segue o fragmento abaixo:

Fragmento 06:

*Cumprе ressaltar que o objetivo do presente writ resume-se a contestar a decisão ora impugnada diante de sua carência de **fundamentação válida e idônea** a fim de determinar a custódia cautelar do ora paciente (p. 4-5).*

De acordo com o fragmento 06, o HC2 define a palavra “*fundamentação*”⁴⁹ que diz respeito às decisões judiciais como “*válida*⁵⁰ e *idônea*⁵¹”. Tais características são apontadas para estabelecer um parâmetro para “fundamentação” no discurso, pouco importando a sua justificação. No caso do HC2 o argumento de definição agrega valor ao discurso, pois decorre de dispositivo legal⁵², o qual determina que todas as decisões deverão ser fundamentadas sob pena de nulidade.

O orador no HC2 definiu as características da “fundamentação” traçando um parâmetro para o auditório, permitindo a aceitação somente de decisões fundamentadas de forma válida e idônea, e, portanto, legítimas e adequadas ao processo. O orador utiliza a palavra “fundamentação” por 21 (vinte e uma) vezes no discurso, sendo que em 06 (seis) oportunidades repete a característica “idônea” e por 02 (duas) vezes a característica “válida”. Portanto, o argumento se justifica fazendo o raciocínio avançar, pois por 13 (treze) vezes a palavra “fundamentação” foi mencionada no discurso e o orador implicitamente remeteu à

⁴⁸ Indispensável (FERREIRA, 2010, p. 413).

⁴⁹ Palavra derivada de fundamentar que significa dar fundamento a, ou ter como fundamento (FERREIRA, 2010, p. 366).

⁵⁰ Válido: que tem valor ou serventia; legítimo, legal (Id., 2010, p. 772).

⁵¹ Idôneo: próprio ou adequado para alguma coisa (Id., p. 407).

⁵² Art. 93, inciso IX da Constituição Federal.

leitura de que obrigatoriamente para que uma decisão se confirme no âmbito jurídico necessária que esteja pautada numa “*fundamentação válida e idônea*”.

• Argumento pragmático

O argumento pragmático pretende inferir um fato-consequência, cuja argumentação busca justificar a tese pretendida e nas palavras de Voese (2011) se materializa por se referir aos sentidos da vida, do cotidiano das pessoas, dos projetos pessoais.

O orador no HC2 utiliza o argumento pragmático, pois este permite apreciar um acontecimento em função de uma consequência, para o fim de aumentar a adesão do julgador. O orador constrói o argumento no intuito de fazer cessar o constrangimento sofrido pelo paciente e consequentemente a circunstância desfavorável.

O fragmento abaixo aponta como causa o decreto de “prisão preventiva” e com isso estabelece o “*grave prejuízo moral e psicológico que sofre o paciente, cidadão honesto e trabalhador*” como uma consequência desfavorável. O intuito do orador é produzir um argumento que traga as circunstâncias desfavoráveis sofridas pelo paciente em decorrência da sua prisão ilegal e que, no contexto do discurso, aumentam a possibilidade de adesão do juiz pela revogação da prisão preventiva. Segue fragmento do HC2 identificado como argumento pragmático:

Fragmento 07:

O fumus boni iuris foi devidamente demonstrado pelos elementos fáticos e jurídicos trazidos à colação, e a incidência do periculum in mora reside no fato do grave prejuízo moral e psicológico que sofre o paciente, cidadão honesto e trabalhador, com sua injustificada e ilegal segregação antes do julgamento final da Ação Penal em trâmite contra si, mormente diante da absoluta ausência de fundamentação idônea na decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva (p. 17).

A técnica baseada em elementos pragmáticos como argumento é bem utilizada no discurso jurídico, porque se refere a problemas das relações sociais e que envolvem valores. Há uma hierarquia de valores desenvolvida nesse argumento que permite uma análise interpretativa pelos elementos do caso concreto, por exemplo, produzindo maiores efeitos ao auditório do que a argumentação puramente teórica.

O orador no HC2 reporta uma possível alteração do sentido da vida do paciente se mantido preso, elencando as circunstâncias desfavoráveis: pelo grave prejuízo moral e psicológico. O Fragmento 07 extrai os fatos ocorridos no processo: o *fumus boni iuris*⁵³ - indícios do direito de liberdade do paciente e o *periculum in mora*⁵⁴ - iminência de um dano decorrente da manutenção da prisão preventiva, e as consequências decorrentes da prisão. Com isso, cabe ao auditório avaliar o fato-consequência e a partir da atribuição valorativa, constante na escala hierárquica estabelecida no acordo prévio, proferir a sua decisão.

● Argumento de autoridade

O argumento de autoridade, para Voese (2011) parte do pressuposto de que a citação de outrem possibilita usar o prestígio e a autoridade do enunciante citado, valorizando-o como argumento. No HC2 o orador utiliza esse argumento recorrendo ao entendimento consolidado de um jurista quanto aos requisitos ensejadores do decreto de prisão, reportando o posicionamento de um *expert* no assunto. Segue o fragmento destacado abaixo:

Fragmento 08: *O segundo, periculum libertatis, diz respeito à necessidade concreta da medida prisional como “medida cautelar, privativa de liberdade, voltada a assegurar a finalidade útil do processo criminal” (NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. 3. ed. Revista do Tribunais, 2013, p. 85) (p. 4).*

O orador, no fragmento acima, pretende dar à própria fala o prestígio e a autoridade do doutrinador Guilherme de Souza Nucci⁵⁵, bacharel em Direito pela USP (1985), onde se especializou em Processo (1989), mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996), doutor em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998) e desembargador da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. O orador investe na autoridade da fala de Nucci pelo seu destaque acadêmico e profissional, visando reforçar o seu discurso argumentativo.

Trata-se de um argumento forte que agrega valor ao discurso. Porém, deve o orador observar o contexto para inserção de determinados recortes que sejam convenientes a produzir efeitos positivos à persuasão, devendo evitar citações que possam desvalorizar o seu discurso por uma interpretação equivocada e desatualizada.

⁵³ Fumaça do bom direito (ACQUAVIVA, 2004, p. 662).

⁵⁴ Trata-se de um *dano em potência*, que ainda não se fez (Id., 2004, p. 1009, grifo do autor).

⁵⁵ Currículo disponível em: <http://lattes.cnpq.br/5297178200312151>.

- **Argumento pelo exemplo**

Este argumento não foi contemplado na petição do HC2.

- **Argumento por analogia**

O argumento por analogia é uma comparação que não visa diferenciar duas relações, mas estabelecer as semelhanças entre elas e, portanto, dispensar o mesmo tratamento a ambas.

O orador trata no HC2 do constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, em razão do decreto de prisão preventiva decorrente de suposta imputação de tráfico de drogas. O discurso é desenvolvido no sentido de que a decisão monocrática que decretou a prisão não se coaduna com os fatos ocorridos com o paciente e, em razão disso, não revela fato concreto que indique a necessidade da sua prisão preventiva. Há uma relação estabelecida no processo decorrente da narrativa fática, e que integra a segunda parte do sistema retórico: disposição. O orador por meio da narrativa expõe os fatos referentes à causa para o fim de formar o argumento. Para Reboul (2004, p. 57): “é evidente que a maneira de apresentar os fatos já é, em si, um argumento”. Porém, o argumento por analogia pode estabelecer as semelhanças entre uma relação já estabelecida (foro) e aquela que se quer conceber (tema) aumentando a possibilidade de adesão do auditório.

O orador apela no HC2 ao argumento por analogia colacionando reiteradas decisões do próprio Tribunal (TJPR) que irá apreciar o *habeas corpus* impetrado em favor do paciente, enfatizando por meio de 12 ementas a ausência de fundamentação concreta ao decreto de prisão que acarretaram a revogação de prisão em processos assemelhados. Como segue nos dois fragmentos abaixo:

Fragmento 09:

HABEAS CORPUS. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE REVOGAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA DECORRÊNCIA DE PRISÃO EM FLAGRANTE PELA PRÁTICA DO CRIME DE furto. ALEGAÇÃO DE QUE A PREVENTIVA FOI DECRETADA SEM QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO NO TOCANTE À NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA PACIENTE NO CÁRCERE. ACOLHIMENTO TENDO EM VISTA A AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO NA DECISÃO DE FATO CONCRETO QUE INDIQUE A NECESSIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA. FORÇOSO RECONHECER QUE A DECISÃO É CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ARTIGO 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LIMINAR CONFIRMADA. ACOLHIDO PARECER DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA. IMPOSIÇÃO DE

MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. ORDEM CONCEDIDA. (TJPR – 4ª C. Criminal – HCC – 1077068-2 – Rio Negro – Rel.: Maria Rosseli Guieessmann – Unânime – J. 04.07.2013). (p. 10, grifos no original)

Fragmento 10:

HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE PELA PRÁTICA DO CRIME DE ROUBO MAJORADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA. PERICULOSIDADE NÃO DEMONSTRADA COM DADOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. APLICAÇÃO, DE OFÍCIO, DAS MEDIDAS PREVISTAS NO ART. 319, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. PRISÃO CAUTELAR QUE PRESSUPÕE JUÍZO PRÉVIO DE INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO DAS DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES. ART. 282, 6º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. "Para decretar a prisão preventiva, deverá o magistrado fazê-lo com base em elementos concretos e individualizados aptos a demonstrar a necessidade da prisão do indivíduo, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal." (STF, HC 113119, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em --Habeas Corpus nº 1.069.249-2--2 13/11/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 03-12-2012 PUBLIC 04-12-2012). (TJPR – 3ª C. Criminal – HCC – 1069249-2 – Foro Regional de Fazenda Rio Grande da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – Rel.: Rogério Kanayama – Unânime – J. 04.07.2013) (p. 10-11, grifos no original).

Observa-se que o orador colacionou 12 ementas, em que todos os processos se referem a *habeas corpus* criminal (HCC), que foram proferidos em decisão unânime pela concessão da ordem pelo mesmo Tribunal (TJPR) e que se referem a julgamentos atualizados, pois o HC2 foi impetrado em 16/08/2013 e a jurisprudência citada se refere a julgamentos dos meses de junho e julho de 2013.

O HC2 aponta como paradigma a ausência de fundamentação idônea que enseja a revogação da prisão preventiva e, portanto, se assemelha ao caso do paciente que também poderá ser beneficiado pela concessão do direito de liberdade.

O argumento por analogia se revela forte desde que o orador aponte de forma precisa e justificada a similaridade da jurisprudência colacionada – *foro* – com o caso concreto – *tema*. Significa que a respeito da jurisprudência, além da quantidade, o orador deve destacar a sua qualidade para não reduzir as possibilidades de êxito ao apoiar-se no princípio de que a instância decisória se deixaria impressionar e persuadir pela mera quantidade. No HC2, além de apontar inúmeras referências expressas (transcrição da ementa), o orador prezou pela qualidade no discurso, apresentando de forma justificada a semelhança entre os julgados,

possibilitando ao julgador que reconheça a similitude e aplique ao caso do paciente o mesmo benefício.

Ora, é evidente que, se o *periculum libertatis* é o risco que a liberdade **do acusado** representa para a ordem pública, ordem econômica, instrução criminal ou aplicação da lei penal, que este risco deve ser demonstrado de forma minimamente individualizada para cada autuado. A tentativa de se demonstrar este risco, em apenas uma frase, sem nenhuma referência a qualquer elemento concreto e sem qualquer individualização do risco provocado pela liberdade de cada um dos autuados, deixa evidente a gritante ausência de fundamentação idônea na decisão ora contestada (p. 16, grifos do autor).

Percebe-se nos fragmentos 09 e 10 que o orador utiliza recursos gráficos para destacar o texto na ementa, com o fim de estabelecer a relação de semelhança entre foro e tema. Além do recurso gráfico (negrito e sublinhado) utilizado nas 12 ementas, o orador discorre o parágrafo acima confrontando o foro e o tema, agregando maior efeito suasório.

Feitas as considerações com a indicação dos argumentos incidentes no HC2, o próximo tópico será dedicado à verificação de eventual poder de persuasão exercido pelo orador (advogado) ao auditório (Tribunal), com destaques sobre a adesão ou não das técnicas argumentativas ora apontadas com a transcrição de trechos do acórdão que eventualmente tenha recepcionado os argumentos do HC2.

3.3.2 Análise do acórdão HC2

Passa-se a análise do acórdão do HC2 para inferir a incidência das técnicas argumentativas apontadas no tópico anterior, possibilitando qualificar a persuasão como positiva ou negativa no convencimento do julgador.

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná primeiramente faz referência ao relatório descrevendo os fatos ocorridos com o paciente – constrangimento ilegal ante a manutenção de sua prisão cautelar, cuja decisão é desprovida de fundamentação concreta.

Prossegue a decisão com o voto do Tribunal, cuja fundamentação foi desenvolvida, de início com o argumento de autoridade, para que o Tribunal trouxesse o posicionamento do

doutrinador Eugenio Pacelli de Oliveira⁵⁶ quanto ao instituto da prisão preventiva, argumentando que “[...] *como toda medida cautelar, também a prisão preventiva tem sua duração condicionada à existência temporal de sua fundamentação [...]*” (p. 187). Essa técnica foi utilizada pelo Tribunal para corroborar a argumentação que arguiu a falta de fundamentação da decisão do juiz singular, e, portanto, pode-se concluir que o Tribunal acatou à tese do orador no HC2 de que a decisão singular estaria desprovida de fundamentação válida e idônea.

Verifica-se que os fragmentos 01, 02 e 03 trazidos no tópico anterior como argumentos legitimadores foram todos recepcionados no v. acórdão. Quanto ao fragmento 01 não está referido expressamente no acórdão, porém, foi recebido implicitamente pelo fato de não ter sido indeferida a petição de HC2.

Com relação ao fragmento 02, o Tribunal faz referência expressa quando argumenta justificando a concessão da ordem no trecho a seguir: “[...] *Por fim, com as inovações trazidas pela Lei 12.403/11 é possível o estabelecimento, de ofício, de medida cautelar diversa da prisão, nos moldes do artigo 319 do Código de Processo Penal. [...]*” (p. 192). Esse trecho contempla que o Tribunal acatou o argumento legitimador direcionado pelo orador no HC2 quando apontou a possibilidade de substituição da prisão por medidas alternativas previstas na norma legal.

O fragmento 03 também foi recepcionado no discurso sendo utilizado pelo Tribunal para impugnar a decisão monocrática, quando aduz no trecho a seguir a desnecessidade de manutenção da prisão preventiva por ausência de fundamentação:

[...] Ora, não houve a exposição dos motivos pelos quais o paciente coloca em risco ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, tampouco a necessidade da manutenção da prisão preventiva calcada no caso concreto; o que implica decisão ausente de fundamentação, ferindo o artigo 93, IX da Constituição Federal. [...] (p. 188).

Os fragmentos 04, 05 e 06 foram igualmente contemplados pelo Tribunal quando na decisão “*ad quem*”⁵⁷ se argumenta pelo deferimento da ordem de *habeas corpus* pautado nas definições trazidas pelo orador, como indica o trecho: “[...] *Cumprе destacar, ainda, que é necessário demonstrar os indícios da autoria do paciente e a necessidade de mantê-lo preso. [...]*” (p. 188).

⁵⁶ Currículo disponível em: <http://lattes.cnpq.br/7479626098445674>.

⁵⁷ Decisão proferida em segundo grau de jurisdição.

O orador no fragmento 04 define o *fumus comici delicti* para despertar ou indicar ao Tribunal que tal requisito não foi recepcionado pela decisão singular e, portanto, o trecho do acórdão remete a sua adesão e, conseqüentemente, persuasão.

No fragmento 05, o orador define a prisão preventiva como mecanismo indispensável a garantir o trâmite processual, apontando que a decisão do juiz singular não demonstrou a real necessidade da prisão do paciente. Observa-se que o acórdão acata esse argumento, pois o trecho seguinte descreve que a decisão singular não revelou concretamente a necessidade da medida, como segue: “[...] *Limitou-se a autoridade impetrada, a reproduzir a letra fria da lei, bem como a expressar em termos abstratos a fundamentação da decretação da prisão cautelar do paciente sem apontar fato concreto extraído dos autos. [...]*” (p. 192).

No fragmento 06, o orador define as características concernentes a uma decisão aceitável, cuja fundamentação deverá ser válida e idônea. Prossegue ainda argumentando no HC2 por diversas vezes que o juiz singular procedeu contrariamente a essa definição quando proferiu a decisão sem fundamentá-la. O acórdão do Tribunal menciona que a decisão para ser válida “*deve apontar fato concreto extraído dos autos*”, “*que não houve exposição dos motivos da prisão do paciente*”, “*que restou ausente motivação com relação ao paciente*”, revelando a adesão ao argumento de definição, sendo ilustrado ainda pelo seguinte trecho: “[...] *É patente a falta de fundamentação da decisão que tange aos indícios de autoria do paciente para decretar a prisão preventiva. [...]*” (p. 188).

Ademais, esse fragmento que aduz o contraponto da decisão válida e da nula, também é corroborado no acórdão quando o Tribunal utiliza o argumento por analogia. Verifica-se que o Tribunal colaciona no acórdão dois julgados do TJPR em que tratam da nulidade da decisão por ausência de fundamentação idônea, apontando a similitude com o caso do paciente, para o fim de justificar a concessão da ordem de *habeas corpus*.

O fragmento 07 (argumento pragmático) reporta a utilização do argumento voltado a revelar um fato e sua consequência com o fim de persuadir o Tribunal. No HC2 o orador aduz o grave prejuízo sofrido pelo paciente decorrente da sua prisão, reportando uma situação pessoal do mesmo. O acórdão não descreve a recepção desse argumento, pois não faz referência mesmo que implícita, com viés a indicar a sua aceitação.

O fragmento 08 (argumento de autoridade) traz o posicionamento de um doutrinador que se manifestou anteriormente sobre a necessidade do decreto de prisão preventiva. O orador pretende agregar valor a sua argumentação citando o entendimento de uma autoridade no assunto, com o fim de revogar a prisão do paciente. O acórdão revela a adesão ao argumento de autoridade quando afirma no trecho a seguir que a decisão impugnada não traz fundamentos idôneos a embasar o decreto de prisão: “[...] *Conclui-se, assim, que, no caso em*

tela, os fundamentos trazidos pela autoridade coatora não se mostram suficientemente idôneos para determinar a custódia preventiva do paciente. [...]” (p. 192). Esse trecho também pode apontar a aceitação do argumento por analogia do HC2, cuja jurisprudência indica a concessão da ordem de *habeas corpus* a processos assemelhados ao caso do paciente.

QUADRO 1

Argumentos	Petição HC1	Acórdão HC1
Legitimador	7	2
Regra de justiça	1	0
Definição	4	1
Pragmático	2	1
Autoridade	3	1
Exemplo	0	0
Analogia	11	4

Figura 01 - Quadro de incidência das técnicas argumentativas HC1

QUADRO 2

Argumentos	Petição HC2	Acórdão HC2
Legitimador	4	4
Regra de justiça	0	0
Definição	3	0
Pragmático	1	0
Autoridade	1	1
Exemplo	0	0
Analogia	12	2

Figura 02: Quadro de incidência das técnicas argumentativas HC2

A representação acima foi desenvolvida para quantificar em menor ou maior escala a incidência das técnicas argumentativas na petição e acórdão do HC1 e HC2.

Observando o quadro 1 foi possível constatar a recorrência dos argumentos legitimadores, argumentos por analogia e autoridade, podendo quantificá-los em maior escala. Depreende-se do quadro que os interlocutores do *habeas corpus* e do acórdão primaram por desenvolver o discurso jurídico adotando argumentos baseados na norma e na jurisprudência. Considerando que esses argumentos indicados em maior escala têm natureza de fonte no Direito, é possível reconhecê-los como argumentos fortes pelo poder cogente da lei, pela orientação das decisões em questões semelhantes e pela doutrina, cuja adesão dependerá do acordo prévio com o auditório.

Com relação ao quadro 2 igualmente foi possível constatar a recorrência dos argumentos legitimadores e argumentos por analogia, podendo quantificá-los em maior escala. Os argumentos utilizados em maior escala foram construídos e fundamentados com base no Direito, portanto são coerentes, o que poderá favorecer a adesão do auditório.

Com relação aos argumentos de definição e pragmático, pode-se notar que aparecem em menor escala, porém, tal fato não redundará em diminuição do valor do argumento, considerando, por exemplo, a análise do acórdão do HC2 na qual os fragmentos 04, 05, 06 e 08 – correspondentes aos argumentos de definição e de autoridade – foram recepcionados pelo Tribunal com a adesão à tese do orador e conseqüente soltura do paciente.

Comparando os indicativos apurados no Quadro 1 e no Quadro 2, percebe-se que prevaleceram em maior escala os mesmos argumentos em ambos os discursos e chama atenção que os resultados produzidos foram diversos. Tal fato não desabona a posição do orador, mas confirma a natureza do raciocínio argumentativo que habita no campo do provável e mostra ainda que a adesão ao discurso poderá ou não depender do acordo prévio com o auditório ou decorrer ainda de um possível elemento psicológico do auditório em estudo, que poderá ser objeto de futura análise.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito não comporta verdades absolutas e não admite a lógica formal; ao contrário, desenvolve-se por uma construção discursiva que tem como objetivo o resultado, ou seja, a decisão final. Modernamente, o estudo da Argumentação exsurge como método de construção do próprio Direito, e as técnicas argumentativas deixam de significar uma forma de afastar-se da verdade, tornando-se o meio de aproximar-se da Justiça. Essas constatações são possíveis pelo embasamento filosófico, cuja contribuição de Aristóteles reflete até os dias de hoje na valorização da lógica do verossímil, que permite desenvolver um raciocínio argumentativo pelo raciocínio humano que é construído a partir de premissas prováveis.

No *Tratado da Argumentação*, Perelman (2005) resgata a retórica clássica descrevendo noções voltadas a orientar a análise do discurso argumentativo escrito. Portanto, esse estudo foi desenvolvido com o intuito de pesquisar as técnicas argumentativas no discurso jurídico, tendo como referencial metodológico a Nova Retórica pela reconstrução das ideias de Aristóteles, mostrando-se razoável a adoção de uma teoria geral aplicada no âmbito do Direito.

Atualmente, o avanço tecnológico e a visão focada na alta produtividade alteraram o cotidiano do pensador do Direito e conseqüentemente o seu modo de trabalho. Cada vez mais se percebe uma vulgarização dos discursos pela produção em massa de petições ou decisões, com construções discursivas que se resumem num exercício de “cópia e cola” de ementários e doutrinas.

A globalização afetou várias áreas da sociedade, mas principalmente a comunicação, sendo relevante o impacto ocasionado na vida do cidadão e, em particular, do pensador do Direito, pois a tecnologia bitolou o exercício da atividade jurídica, o que ocasionou a perda da individualidade no discurso com a mutilação da criatividade, imaginação e percepção dos interlocutores. Com isso, é preciso adaptar-se à complexidade e velocidade dos avanços, preservando-se a coerência na análise jurídica.

Dessa forma, a pesquisa foi direcionada, sem qualquer pretensão exaustiva, à abordagem da argumentação desenvolvida no discurso jurídico dos *habeas corpus*, apontando uma referência teórica e metodológica para desenvolvimento desse gênero discursivo. As análises do HC1 e HC2 e respectivos acórdãos indicaram a incidência e recorrência das técnicas argumentativas, segundo a categorização de Perelman (2005), apresentando justificativas razoáveis como meio de persuasão do julgador.

Primeiramente, as análises demonstraram a predominância do *logos* no discurso jurídico, porém, fica evidenciado que o direito positivado por si só não constrói um discurso persuasivo e tampouco traz coerência ao seu desenvolvimento. Esta tem papel essencial na formação do discurso como fator de ligação entre os argumentos e na condução para o resultado esperado, sendo o argumento em si mero instrumento a provocar ou aumentar a adesão do auditório às teses postas pelo orador.

Observa-se nas análises que a narrativa fática dos *habeas corpus* é apresentada para contextualização e articulação, mas também tem função argumentativa no discurso. Segundo Rodríguez (2005), em muitos procedimentos judiciais, o que mais importa é o convencimento do julgador a respeito da narrativa dos fatos do que a argumentação propriamente dita.

As análises revelaram que no HC1 parte dos argumentos reporta a narrativa fática, são eles: de regra de justiça, definição e pragmático. Já no HC2, o argumento que diz respeito à narrativa fática é o pragmático. No HC1 o orador seleciona como fato mais importante a gravidez de alto risco no sétimo mês de gestação, com isso constrói o argumento quando direciona a argumentação pela preservação do direito a vida, apontando para o fim pretendido de concessão de liberdade da paciente. No HC2 a base factual eleita repousa na realidade dos prejuízos de ordem moral e psicológica sofridos por um cidadão honesto e trabalhador, fato selecionado pelo orador como importante a ponto de persuadir o julgador pelas consequências drásticas da prisão. Isso revela que o orador, nos dois discursos, constrói uma narrativa transformando fatos em elementos linguísticos, demonstrando que a função persuasiva da narrativa dos fatos tem grande valor no Direito a ponto de convencer.

É possível extrair ainda que a narrativa traz certa figuratividade ao discurso por não exercer uma atividade suasória direta e, portanto, necessária, além de uma articulação discursiva do factual para o convencimento do julgador. Parece, pois, que a partir da narrativa fática o orador desenvolve o raciocínio argumentativo, mas seu avanço dependerá dos tipos de argumentos agregados no discurso.

Vê-se, também, que o avanço do raciocínio argumentativo foi desenvolvido pelo orador construindo argumentos que vão além dos apontamentos representados pela realidade fática do caso concreto. A pesquisa aponta que o orador no HC1 e HC2 agrega outras técnicas de persuasão quando recorre aos argumentos por analogia e autoridade, os quais quando bem empregados aumentam e muito a possibilidade de convencimento do julgador. Além de serem argumentos de grande recorrência nos discursos jurídicos, ambos são indicados nos *habeas corpus*, com destaque ao argumento por analogia que foi apresentado de forma recorrente, por meio da citação jurisprudencial.

De acordo com os quadros constantes nos tópicos 3.2.3 e 3.3.3 infere-se a predominância de dois grupos de argumentos, os legitimadores e os que fundamentam a estrutura do real, podendo à primeira vista apontar que a prática jurídica está comprometida com referenciais que por meio das técnicas argumentativas são construídos sobre o contraditório. No HC1 e HC2, o orador desenvolve a articulação argumentativa baseando-se em referências comprometidas com a lei e a jurisprudência, fazendo menção às fontes do Direito na construção do argumento. Essa escolha justifica a tese de defesa e reflete a dimensão ética na argumentação jurídica. Talvez, por tamanha legitimidade no Direito, tanto a norma quanto a jurisprudência são utilizadas reiteradamente nos discursos jurídicos, voltadas à persuasão do julgador.

A valoração e a interpretação dos argumentos e sua conseqüente aplicação no discurso decorrem da liberdade de comunicação do interlocutor, conferida pelo Estado Democrático de Direito. O acordo prévio entre os interlocutores direciona o discurso e gerencia o confronto argumentativo pautado nas técnicas de argumentação na busca da persuasão do julgador e aplicação da Justiça.

Os dois discursos analisados apresentaram um resultado negativo e outro positivo. A partir das decisões observou-se que no HC1, o Tribunal refutou e contra argumentou, inclusive utilizando-se de técnicas argumentativas apontadas nas análises como justificativa à denegação da ordem com a rejeição da tese do orador. Por outro lado, no HC2 o Tribunal construiu uma argumentação baseada nas técnicas de Perelman (2005), confirmando-se o efeito persuasivo por ter contemplado o raciocínio argumentativo desenvolvido pelo orador na defesa da sua tese.

Trata-se de um exercício argumentativo em ambos os casos em que o orador constitui um raciocínio aceitável e persuasivo com a adoção de provas técnicas, e o julgador por meio da decisão explica seu raciocínio segundo as provas apresentadas e justifica os motivos que o levaram ao resultado. Conclui-se que tanto o interlocutor quanto o auditório valem-se de um processo argumentativo na aplicação da Justiça, o que confirma o entendimento de Rodríguez (2005) de que as decisões judiciais não serão meramente demonstrativas, com indicativos a sua reflexão de que o juiz é um argumentante comum.

A pesquisa do discurso jurídico permitiu observar também a existência de mais de um auditório, dada às relações que perpassam as figuras do advogado e Tribunal no *habeas corpus*. Além da relação entre o orador e julgador existe o reflexo social produzido pela decisão judicial e que de fato redundando na relação entre o caso concreto e a sociedade, a qual também o orador busca persuadir com seu discurso. Perelman descreve a existência de um auditório que transcende todos os outros:

Com efeito, conquanto o auditório universal de cada orador possa ser considerado, de um ponto de vista exterior, um auditório particular, ainda assim, a cada instante e para cada qual, existe um auditório que transcende todos os outros e que é difícil precisar com um auditório particular (PERELMAN, 2005, p. 34).

Na visão perelmaniana o auditório é determinante na formação do discurso, e nas análises os argumentos foram eleitos pelo orador (advogado) direcionados ao auditório particular (Tribunal) e, ainda, ao auditório que transcende todos os outros pelo reflexo social da decisão judicial. Nesse caso parece prudente adotar o posicionamento de Perelman (2005) quando dirige o discurso à humanidade e com isso o acordo desse tipo de auditório é uma questão de direito e não de fato, podendo-se equiparar à relação social apontada.

Ainda que a análise das técnicas argumentativas demandasse um maior número de documentos e, mesmo, necessitasse de outros parâmetros analíticos, parece suficiente para indicar que o orador, na construção do seu discurso, apoiou-se na categorização dos argumentos de Perelman (2005), buscando a persuasão, integrando-os na busca por um discurso não só convincente, mas também por decisões mais justas e equitativas.

Infere-se que as abordagens demonstraram plausibilidade no método empregado, pois foi possível verificar a incidência e a recorrência dos argumentos nas petições de *habeas corpus*. De acordo com os resultados apurados nos acórdãos, foi possível inferir o poder da retórica por meio das técnicas argumentativas na persuasão do julgador, o que de fato atribui importante contribuição no estudo da análise retórica do discurso, por aferir que a categorização dos argumentos e seu uso analítico possibilita conhecer a técnica para então conhecer um bom argumento.

Outrora, mesmo diante de um método previamente definido, foram apresentadas algumas limitações à pesquisa pela necessidade de adentrar a linguística, cuja disciplina difere da minha formação científica. Porém, a visão interdisciplinar proporcionou o aprofundamento no estudo da Retórica, permitindo a interação mútua dos saberes e avanço na pesquisa. Ainda, menciona-se a complexidade do *Tratado da Argumentação*, pois, Perelman (2005) não traz clareza na distinção dos dois grupos de argumentos: os baseados na estrutura do real e os que fundamentam a estrutura do real, sendo inclusive alvo de críticas pelas Teorias da Argumentação Jurídica, cujas observações integram o debate democrático sem o condão de desqualificar o seu trabalho.

Assim, a argumentação jurídica como discurso baliza as relações sociais como mediadora do debate democrático e conduz o Direito ao desafio de construir um sentido possível de Justiça.

Por fim, esse estudo sugere ainda uma nova pesquisa sob a perspectiva psicológica do auditório em estudo, com uma proposta de análise retórica do discurso das decisões judiciais questionando-se qual o papel da consciência do julgador, como um fator motivador ou justificador da sua decisão? A motivação para buscar respostas a essa pergunta deve-se à valorização do conhecimento adquirido e à intenção de continuar os estudos do discurso por meio da Análise Retórica do Discurso, a qual proporcionou grandes contribuições no âmbito acadêmico e profissional.

REFERÊNCIAS

ABREU, Antonio Suárez. *A arte de argumentar: gerenciando razão e emoção*. 13ª ed. Cotia: Ateliê Editorial, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*/Robert Alexy; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ANDERY, Maria A. Pie Abib *et alli*. *Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica*. Rio de Janeiro: Garamont, 2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional* / Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior. – 7ªed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003.

ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

ASSUNÇÃO, Antonio Zetti. *Habeas Corpus: legislação, jurisprudência* / Antonio Zetti Assunção. 1ª ed. – São Paulo: Lawbook, Editora, 2000.

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

BAUER, Martin W., GASKELL George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático*. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

BARTHES, Roland. *A Aventura Semiológica*, Edições 70, Lisboa, 1987 (1985).

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado grandes virtude*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (versão digital)

CORREA, Leda (organizadora). *Direito e argumentação*. Barueri, SP: Manole, 2008.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Dicionário compacto do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DEMO, Wilson. *Retórica e Argumentação: Ferramentas úteis para a elaboração de discurso e defesa de teses*/Wilson Demo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Habeas Corpus*/Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

DITTRICH, Ivo José. *Por uma teoria retórica do discurso: princípios teórico-metodológicos*. Ideação (Unioeste. Impresso), v. 10, p. 91-116, 2008.

_____. *Teoria retórica do discurso: a argumentação como foco*. In: Sella, Aparecida Feolla; Busse, Sanimar, Corbari, Alcione Tereza. (Org.). *Argumentação e texto: revisitando conceitos, propondo análises*. 1ª ed. Campinas/SP; Cascavel/PR: Pontes Editores; Edunioeste, 2012, v. 27, p. 67-91.

Estatuto da Advocacia e da OAB e Legislação Complementar/Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Paraná. Blumenau: Nova Letra, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa* / Aurélio Buarque de Holanda de Holanda Ferreira; coordenação de edição Marina Baird Ferreira. – 8. Ed. – Curitiba: Positivo, 2010.

FETZNER, Néli Luiza Cavalieri *et aliae*. *Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 21ª ed. Organização e tradução de Roberto Machado. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

HENRIQUES, Antonio. *Argumentação e discurso jurídico*. São Paulo: Atlas, 2008.

MEYER, Michel. *Questões de retórica: linguagem, razão e sedução. Questions de Rhetorique*. Librairie Générale Française, 1993. Tradução de Antonio Hall. Revisão de Alberto Gomes e Ruy Oliveira. Ed. 70. Lisboa/Portugal.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1 a 120 do CP*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus* / Pontes de Miranda; atualizado por Vilson Rodrigues Alvez. Campinas: Bookseller, 1999.

MOSCA, Lineide do Lago Salvador. *Retóricas de ontem e de hoje*/Lineide do Lago Salvador Mosca, org. 3ª ed. – São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Habeas Corpus*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Código de processo penal comentado*/Guilherme de Souza Nucci. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PERELMAN, Chain. *Lógica jurídica: nova retórica*; tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

_____. *Retóricas*/Chaïm Perelman; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. - 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2004b. – (Justiça e Direito)

_____. *Tratado da Argumentação : a nova retórica*./Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; [revisão da tradução Eduardo Brandão]. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005 – (Justiça e direito).

PLANTIN, Christian. *A argumentação*. Tradução marcos Marcionilo. São Paulo Parábola Editorial, 2008.

PISTORI, Maria Helena Cruz. *Argumentação jurídica: da antiga retórica a nossos dias*. São Paulo: LTr, 2001.

PLEBE, Armando. *Breve historia da retórica antiga*. Tradução e notas de Gilda Naécia Maciel de Barros. São Paulo: EPU, 1978.

REBOUL, Olivier. *Introdução a Retórica*; tradução Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RODRIGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação Jurídica: técnica de persuasão e lógica informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

SELLA, Aparecida Feola, - Busse. Sanimar, - Corbari. Alcione Tereza, (Orgs). *Argumentação e Texto: revisitando conceitos, propondo análises*/ Aparecida Feola Sella -Sanimar Busse - Alcione Tereza Corbari (Orgs). Campinas, SP: Pontes Editores, 2012. Cascavel, PR: Edunioeste Editora da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, 2012.

SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular* – As garantias dos direitos coletivos. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

SOUZA, José Barcelos de. *Doutrina e prática do habeas corpus* / José Barcelos de Souza – Belo Horizonte: Sigla, 1998.

VOESE, Ingo. *Argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2011.