



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

LUCCA PETRI TOMAZ FELINTO

**ANÁLISE RETÓRICA DO DISCURSO JURÍDICO: OS ARGUMENTOS QUASE-
LÓGICOS NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL Nº 54**

**JOÃO PESSOA
2022**

LUCCA PETRI TOMAZ FELINTO

**ANÁLISE RETÓRICA DO DISCURSO JURÍDICO: OS ARGUMENTOS QUASE-
LÓGICOS NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL Nº 54**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. Narbal de Marsillac Fontes

**JOÃO PESSOA
2022**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

F315a Felinto, Lucca Petri Tomaz.

Análise retórica do discurso jurídico: os argumentos quase-lógicos na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 / Lucca Petri Tomaz Felinto. - João Pessoa, 2022.
78 f.

Orientação: Narbal de Marsillac Fontes.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Direitos Humanos. 2. Análise retórica. 3. ADPF 54. 4. Vontade do legislador. I. Fontes, Narbal de Marsillac. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

LUCCA PETRI TOMAZ FELINTO

**ANÁLISE RETÓRICA DO DISCURSO JURÍDICO: OS ARGUMENTOS QUASE-
LÓGICOS NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL Nº 54**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. Narbal de Marsillac Fontes

DATA DA APROVAÇÃO: 14 DE JUNHO DE 2022

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. Narbal de Marsillac Fontes
(ORIENTADOR)**

**Prof. Dr. João Cláudio Carneiro de Carvalho
(AVALIADOR)**

**Prof^a. Dr^a. Lorena de Melo Freitas
(AVALIADOR)**

**Prof. Dr. Pedro Parini Marques de Lima
(AVALIADOR EXTERNO)**

Aos meus avós, Deodato (*in memoriam*) e Odacy.

AGRADECIMENTOS

Esta monografia, apesar de escrita sozinha, foi fruto do apoio de dezenas de mãos generosas. Quero aqui agradecer a cada um que me ajudou nessa trajetória que culminou na produção desse trabalho.

Aos meus pais, pelo dom da vida e pelo suporte durante o curso.

Aos meus tios e avós, pelo apoio e amor incondicionais.

A Raquel, meu grande amor, por ser a companhia mais agradável que eu poderia ter; por todo o seu carinho, amor, amizade e compreensão de sempre que fez dos bons momentos mais felizes ainda e dos momentos difíceis, mais brandos.

A Matheus e Giovana, pelo carinho acolhedor de sempre.

A Leonardo, Davi, Philipe, Arthur, Pedro, Gabriel, Márcio e Larissa, irmãos que a vida me deu, pela amizade que só se fortalece com o tempo, pelos momentos de descontração e pela força em perseverar que me incitaram.

A Narbal de Marsillac e Pedro Parini, por todo o incentivo, motivação e conhecimento passados ao longo da graduação.

À Sangha da Comunidade Zen-budista Daissen de João Pessoa, lugar de paz e harmonia.

A Abraão Carvalho, pela escuta atenciosa.

A Helena Viegas, por me ensinar que a dificuldade faz parte de qualquer processo e que ter um olhar lúcido e organizado nos permite seguir em frente.

A toda a equipe administrativa e docente do CCJ que se empenham a fazer o curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba um lugar de excelência.

E, por último, mas não menos importante, deixo meu agradecimento a todas as pessoas altruístas que despenderam do seu tempo, energia e dinheiro para que pudessem me oferecer as centenas de caronas que peguei ao longo do curso. Foram, sem dúvida, essenciais para que eu pudesse caminhar até a reta final do curso. Em especial, nas pessoas de José Luís, Marco Aurélio e Camila Wanderley.

Language grew out of unintelligent babblings, instinctive motions called gestures, and the pressure of circumstance. But nevertheless language once called into existence is language and operates as language.

*(John Dewey, **Human Nature and Conduct**, The Middle Works of John Dewey)*

Rhetoric defies definition

J. N. Vorster

RESUMO

A presente pesquisa quis verificar, identificar e descrever como o Direito, através da linguagem jurídica, está carregado de instrumentos argumentativos que passam despercebidos pelos operadores do Direito. Ao construirmos a definição do que é retórica, estabelecemos como ela pode ser método de investigação e como a retórica nos serve como uma antístrofe da hermenêutica. A análise retórica nos habilita a analisar figuras, premissas e argumentos, bem como desvela elementos volitivos do que e como se quis construir o discurso para que ele fosse mais persuasivo. Com essa ferramenta em mãos, nos propusemos a ilustrar como a linguagem do Direito se utiliza de noções da lógica formal e da matemática para produzir persuasão e encobrir de naturalidade o que é, na verdade, uma construção. Para exemplificar como esse processo se dá, estudamos o inteiro teor do acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 54, para então identificarmos um argumento recorrente na decisão: o da intenção legislativa. Concluímos então que o argumento da vontade da lei ou do legislador é usado como meio persuasivo para dizer que “se o legislador assim o quis, a decisão assim deverá ser”. Ao percebermos esse movimento argumentativo, identificamos uma inevitável construção em que, na verdade, quem diz o que o legislador quis são as partes e, por último, o decisor. Utilizar-se dessa construção artificial de que há um ente como um “legislador”, e que esse legislador quer algo é um processo de faz-de-conta do Direito que acaba sendo persuasivo até que alguém aponte que há criação nesse processo. A tarefa de apontar cabe a esta pesquisa e é isso que fizemos ao longo dela.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Análise retórica. ADPF 54. Vontade do legislador.

ABSTRACT

The present research wanted to verify, identify and describe how the Law, through the legal language, is loaded with argumentative instruments that go unnoticed by the operators of the Law. By constructing the definition of what rhetoric is, we establish how it can be a method of investigation and how rhetoric serves us as an antistrophe of hermeneutics. Rhetorical analysis enables us to analyze figures, premises and arguments, as well as unveiling volitional elements of what and how the discourse was intended to be constructed so that it would be more persuasive. With this tool in hand, we set out to illustrate how the language of law uses notions of formal logic and mathematics to produce persuasion and naturally cover up what is, in fact, a construction. To exemplify how this process takes place, we studied the entire content of the judgment of the action which, in Brazil, goes by the name of *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº 54, so that we can identify a recurring argument in the decision: that of the legislative intention. We then conclude that the argument of the will of the law or of the legislator is used as a persuasive means to say that “if the legislator wanted it, the decision should be as such”. When we perceive this argumentative movement, we identify an inevitable construction where, in fact, who says what the legislator wanted are the parties and, finally, the decision-maker. Using this artificial construction that there is an entity as a “legislator”, and that this legislator wants something is a process of make-believe Law that ends up being persuasive until someone points out that there is creation in this process. The task of pointing is up to this research and that is what we did throughout it.

Key-words: Rhetoric. Human rights. Rhetorical analysis. ADPF 54. Will of the legislator.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
1.1	Roteiro de exposição.....	11
2	PRESSUPOSTOS TEÓRICOS	13
2.1	O que é retórica? (Quem ensina a parafusar, também ensina a desparafusar).....	13
2.2	Para que serve a retórica?	16
2.3	Como surge, da retórica, a análise retórica (de ars bene dicendi para ars bene legendi).....	18
2.4	Por que a análise retórica como método para investigar o direito e o presente caso?	20
2.5	Do objeto da pesquisa: a argumentação quase lógica no Direito.	22
2.6	Do caso investigado: o porquê da escolha.....	23
3	DA ANÁLISE RETÓRICA.....	24
3.1	Da retórica: origem.....	24
3.2	Das três formas de prova: ethos, pathos, logos.....	25
3.3	Dos cânones retóricos.	26
3.5	Da retórica à análise retórica.....	28
3.6	Da análise retórica como método.	32
4	DA ARGUMENTAÇÃO QUASE LÓGICA (E DA VOLUNTAS LEGIS/LEGISLATORIS COMO ARGUMENTO QUASE LÓGICO NO DIREITO). ..	34
4.1	Introdução.	34
4.2	Do argumento quase lógico ou quase matemático.....	35
4.2.1	Da contradição e da incompatibilidade.....	37
4.2.1.1	Da argumentação da dogmática jurídica.	39
4.2.1.2	Direito, Performance e Argumentação.....	43
4.2.2	Da regra de justiça e da reciprocidade.	45
4.3	Da voluntas legis e voluntas legislatoris.....	50
4.3.1	Da intenção legislativa como argumento quase lógico.	56
4.3.2	Da intenção legislativa como entimema.	56
5	DA ANÁLISE RETÓRICA DA INTENÇÃO LEGISLATIVA NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54.	59
5.1	O que é uma arguição de descumprimento de preceito fundamental? ..	59
5.2	Sobre o caso estudado: da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.....	60
5.3	Sobre a decisão.	61

5.4 Da análise retórica dos termos vontade da lei/vontade do legislador no acórdão.....	64
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

1.1 Sobre a problemática da pesquisa

O Direito é um campo científico que se serve em muito da teoria da argumentação para o seu pensamento filosófico e a sua prática jurídica. Mas perceber que a argumentação não é mero floreio, mas a própria razão de ser do direito é uma compreensão a ser tomada nesse trabalho.

A Retórica e o Direito ocidental têm nascimentos imbricados e concomitantes: a partir de disputas territoriais e patrimoniais na Sicília, após a retomada da democracia nessa região, litígios judiciais surgiram para resolver demandas de posse.

Com a necessidade de se levantar uma tese perante uma corte, foi observado que algumas pessoas defendiam direitos melhor que outras, e que a qualidade da performance dessa defesa colocava em jogo a própria posse ou exercício do direito ali litigado.

Com o Direito estando contido, imerso e formado por jogos retóricos, percebemos que nos utilizarmos da Retórica para ler o Direito acaba sendo uma empreitada frutífera. Ao longo desse processo, através de estudos de retórica jurídica e de teoria da argumentação, nos deparamos com um tipo argumentativo específico conhecido como “argumento quase-lógico”.

Então, levantamos uma hipótese. Existe argumentação quase-lógica na linguagem jurídica? Com que frequência e em que medida? Como essa análise pode nos ajudar a entender melhor a retoricidade do Direito, ou seja, a relação entre Direito e Retórica?

Para estudarmos essas perguntas, nos utilizamos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 54, para analisar o inteiro teor do acórdão e investigarmos um argumento que é utilizado com certa frequência no Direito, em geral, e nessa decisão, em específico.

1.2 Roteiro de exposição

A pesquisa se estrutura em seis capítulos, sendo o primeiro destinado à introdução e o último, à conclusão.

Na introdução, apresentamos a problemática pesquisada e apresentamos como o trabalho está roteirizado.

No nosso segundo capítulo, nos dedicamos a, de forma narrada, explicar cada termo envolvido no título da pesquisa. Já que o trabalho se propõe a fazer uma “análise retórica do discurso jurídico: os argumentos quase-lógicos na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54”, é nosso dever explicar o que é análise retórica. Para isso, precisamos definir o que é retórica, e como a retórica se torna análise retórica.

Após isso, explicamos para que serve a retórica, e como a retórica nos serve como hermenêutica, ciência interpretativa. Coube então explicar o porquê da análise retórica ser o método escolhido para a nossa proposta de investigação. Logo após, introduzimos o objeto da pesquisa: como a argumentação quase lógica opera no mundo do Direito. E, por último, justificamos a escolha do caso analisado: a ADPF nº 54. Estando justificado o percurso da pesquisa, desembocamos no terceiro capítulo da pesquisa.

No terceiro capítulo, fazemos um pequeno esboço da história da retórica na região italiana da Sicília. De lá, chegamos em concepções contemporâneas da retórica, de como a retórica serve a analisar discursos, e como se transforma na análise retórica. Estando estabelecido o nosso método, partimos para o objeto da nossa pesquisa na próxima etapa.

No quarto capítulo, introduzimos o vocabulário proposto por Perelman, explicando o que é um argumento quase-lógico e como ele funciona. Após definirmos, exemplificarmos e fazer considerações sobre ele, demonstramos como o Direito está repleto de argumentações quase lógicas. Por fim, explicamos como o argumento a ser explorado no próximo capítulo funciona de forma quase lógica. Aqui falamos sobre o argumento da intenção legislativa, conhecida também como vontade da lei ou vontade do legislador.

No quinto capítulo, é onde nos dedicamos a fazer a análise retórica do caso escolhido. Primeiro, explicamos o que é uma arguição de descumprimento de preceito fundamental. Após a explicação, introduzimos o leitor ao caso, suas motivações e à decisão. Resta então ao último tópico a análise retórica do uso argumentativo da vontade da lei/vontade do legislador como argumento quase lógico na ADPF nº 54.

Por último, no sexto capítulo, embrulhamos as elaborações feitas ao longo do trabalho no modelo das considerações finais.

2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

2.1 O que é retórica? (Quem ensina a parafusar, também ensina a desparafusar¹).

Há que se ter cuidado com definições. Penso que essa frase pode resumir a cautela para onde o trabalho constrói a atenção. Uma coisa **não é**, ou melhor, **nada é em si**. A volta (ou virada) pragmático-linguística nos lembra (ou adiciona à retórica clássica) que a retórica não é um mero “uso planejado de símbolos para se atingir objetivos”.² O auditório não é só um meio para se atingir um fim persuasivo. O destinatário, na verdade, é a própria razão de ser da mensagem. E sem adaptação, não há convencimento. Narbal de Marsillac diz que “Perelman sustenta que a argumentação só se dá quando quem cumpre o papel de orador decide adaptar-se às premissas do seu auditor e quando este último decide, justamente por isso, se dispor a ouvir o primeiro³.”

Giambattista Vico, filósofo e retórico napolitano, escreveu que “todo o objeto da eloquência é relativo aos nossos ouvintes, e é consoante suas opiniões que devemos ajustar os nossos discursos.”⁴ Vico é um dos filósofos resgatados por Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, no Tratado da Argumentação, para reabilitarem o caráter, ou mesmo existência, do auditório no discurso.

Daí inferimos a seguinte premissa: sendo algo no mundo dependente da atribuição de significado por algum personagem; ou seja, se algo só é para alguém ou

¹ MARSILLAC, Narbal de. Rhetorical Turn e a Análise Tópico-Epistêmica na Filosofia de Nietzsche. In: *HOMEM E NATUREZA: ENTRE O ALVORECER ANTIGO E O CREPÚSCULO MODERNO*. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. p. 231–254. Disponível em: <https://doi.org/10.22350/9786559170388>. p. 240.

² HERRICK, James A. *The history and theory of rhetoric: an introduction*. 3. ed. Boston: Pearson Education, 2005. p. 31

³ FONTES, Narbal de Marsillac. *Retórica e Direitos Humanos*. 1. ed. Curitiba, PR: Appris, 2020. p. 90

⁴ PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 26

para alguma coisa; é que podemos pensar na definição do termo “retórica” que nos orientará nesse percurso prefacial. Não uma definição que afinsa no terreno do Ser um ente imutável e atemporal chamado “Retórica”, mas uma definição contingente; com limitações de espaço, tempo, auditório, contexto imediato e da natureza da questão⁵. Para isso, traremos algumas definições que expressam ou ao menos se assemelham à compreensão dos contornos do termo pelo autor-trabalho.

Pensamos que uma boa definição é aquela que traz os parâmetros, critérios e adjetivos que são sempre ou quase sempre constantes na presença do que se define. Na Retórica, pode-se identificar a onipresença da adaptação em seus atos. Afirmamos isso porque, além da esfera pública desse campo, até mesmo o ato solitário de pensar ou escrever é forjado numa eterna adaptação do que é persuasivo a si mesmo⁶; ou ainda, do que é persuasivo ao auditório-alvo a quem o texto, fala, ou ato⁷ se dirigirá. A adaptação é o que Fontes nomeia como sendo a “essência mesma da retórica⁸”. Ele define a retórica da seguinte maneira:

Por retórica entende-se o raciocínio do tipo argumentativo que se constrói quando os envolvidos não têm clareza a respeito das premissas⁹ de um determinado auditório, seja ele composto por várias mentes razoáveis, algumas poucas, só uma, ou até apenas por ele mesmo. Em todos estes casos, o que cumpre o papel de orador/escritor idealiza um auditório universal, uma assembleia hipercrítica, ao qual procura se adaptar e persuadir. Neste sentido, é em função de um auditório (particular) que toda argumentação se desenvolve e sua racionalidade não fica refém de cálculos formais, mas do seu caráter persuasivo¹⁰.

Perelman e Tyteca, no mesmo sentido, ressaltam que “é em função de um auditório (particular) que toda argumentação se desenvolve.” Por isso, os autores do Tratado da Argumentação ultrapassam os limites da retórica clássica nas preocupações da arte de falar em público de modo persuasivo, na formação de

⁵ CAMPBELL, Karlyn Kohrs, HUXMAN, Susan Schultz, BURKHOLDER, Thomas R. **The Rhetorical Act Thinking, Speaking, and Writing Critically**. 5. ed. Stamford: Cengage Learning, 2013. p. 5

⁶ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, 2014.p. 46

⁷ Aqui tomamos o conceito de ato retórico desenvolvido em CAMPBELL; HUXMAN; BURKHOLDER, 2013. É, resumidamente, um ato comunicativo intencional, criado a uma audiência específica com algum objetivo em mente.

⁸ MARSILLAC, Narbal De. PERCEPÇÃO OU PERSUASÃO: ANÁLISE RETÓRICA DAS PRÉ-PERSUASÕES. [s. l.], v. 11, n. 1, p. 1–23, 2021a. p. 14.

⁹ A obscuridade das premissas aqui comentada é tida em contraponto ao raciocínio apodítico, onde as premissas, como no raciocínio silogístico - bem conhecido pelo Direito – estão todas expostas até à conclusão.

¹⁰ MARSILLAC, Narbal De. Racionalidade retórica e argumentativa. *Princípios*, [s. l.], v. 18, n. 30, p. 271–291, 2011. p. 278.

praticantes da oratória em palanques, senados ou palcos¹¹. É por existirem diferenças entre a técnica do discurso público e a argumentação escrita que o livro se propõe a analisar os mecanismos deste último¹².

Daí traçamos a primeira linha pelo que definimos como retórica: a compreensão de que a retórica como campo científico não se limita às práticas orais e erísticas (combativas), mas que nela contém – ou mesmo é - a linguagem propriamente dita. Nessa esteira, podemos dizer que a retórica estuda os processos simbólicos expressos em qualquer meio (verbal ou não verbal, escrito ou oral, visual, sonoro, tátil etc), independente de intenção. Campbell escreve a seguinte declaração: “Você nunca pode não se comunicar¹³”. Portanto, qualquer expressão linguística (ou ato retórico como nomeia Campbell) é passível de análise da retórica, onde os atos estão sempre passíveis de causarem alguma influência, e serem objetos de estudo de mecanismos, análise de formas, bem como da observação/criação de novas tipologias.

Acreditamos existir bastante razoabilidade na acepção da retórica de Michel Meyer, descrita na sua obra *A Retórica*, define-a como “a negociação da diferença entre os indivíduos sobre uma questão dada.”¹⁴ Essa definição é posta após uma ruminação do filósofo dos 2.500 anos da Retórica (ao menos, a registrada¹⁵), onde ele confessa ser um verdadeiro desafio dar esses contornos após dois milênios de fragmentação. Ele comenta que essa imprecisão fez com que “as definições de retórica se desviassem ao longo do tempo, se cindissem e até fossem de encontro uma à outra, pois a retórica que visa agradar ou até mesmo agitar as paixões não é a mesma coisa que uma argumentação que se esforça para convencer por meio de razões¹⁶”.

Dado o problema levantado, ele expõe as definições mais clássicas da Retórica, passando por Aristóteles, Platão, Quintiliano e Perelman, ele atribui a cada um dos autores um peso maior a algum dos três modos de produzir persuasão (*ethos*, *pathos* e *logos*) e conclui que não há sentido no privilégio de quaisquer dessas três

¹¹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, 2014.p. 6

¹² Ibid. p.6

¹³ CAMPBELL; HUXMAN; BURKHOLDER, 2013. p. 8

¹⁴ MEYER, Michel. **A retórica**. 1. ed. São Paulo: Editora Ática, 2007. p. 25

¹⁵ Cf. SCHIAPPA, Edward. **The Beginnings of Rhetorical Theory in Classical Greece**. New Haven, CT: Yale University Press, 1999; e SCHIAPPA, Edward. Did Plato Coin Rhetorike Author (s): Edward Schiappa Source : The American Journal of Philology , Vol . 111 , No . 4 (Winter , 1990), pp . 457-470. [s. l.], v. 111, n. 4, p. 457–470, 2014.

¹⁶ MEYER, 2007. p. 18

dimensões da retórica, visto que elas coexistem justamente pela codependência delas entre si¹⁷.

Dessa forma, dizer que essa disciplina é negociar a distância dos indivíduos envolvidos sobre uma questão posta, contingente, não só contempla de forma harmônica as frentes de persuasão, como explica de forma satisfatória o próximo ponto da nossa introdução.

2.2 Para que serve a retórica?

Dado o breve comentário sobre essa ciência comunicativa, é dever nosso agora explicar para que serve a retórica, e como uma matéria que, em noção geral, parece se restringir ao estudo de técnicas para “provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao consentimento¹⁸” se torna o método investigativo de nossa pesquisa.

O primeiro ponto a ser pensado é o seguinte: existem - desde a comunicação cotidiana e rotineira dos seres humanos, até à comunicação pensada e elaborada de livros, discursos, teses e pesquisas – alguns elementos de desencaixes de significação. Dessas diferenças atributivas às palavras e às coisas, surgem frustrações do processo dialógico. A esses desencontros, alguns foram nomeados, como o abismo gnoseológico e abismo axiológico que são problemas inerentes à singularidade do pensamento e/ou de uma ideia, das percepções físico-sensoriais e cognitivas e das ocorrências dos eventos no mundo.

Breve modo, o abismo gnoseológico seria o “que dificulta o conhecimento do mundo¹⁹”, sendo ele as incompatibilidades recíprocas entre “evento real; ideia (ou “conceito”, “pensamento”); e expressão linguística (ou “simbólica”)²⁰”. Já o abismo axiológico é o “que dificulta a avaliação do mundo²¹”. É um problema igualmente “decorrente da individualidade humana e de sua criatividade reativa e ativa diante do ambiente, das enormes diferenças entre as pessoas [...]”²².

¹⁷ Ibid. p. 22

¹⁸ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, 2014.p. 4.

¹⁹ ADEODATO, João Maurício. Pressupostos e Diferenças de um Direito Dogmaticamente Organizado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, [s. l.], v. 20, p. 193–210, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.71890>. p. 194.

²⁰ Ibid. p. 195

²¹ Ibid. p. 194

²² Ibid. . p. 197

Para essas disparidades cognitivas, perceptivas e valorativas, o ser humano viu a necessidade de poder se comunicar de melhor maneira, e percebeu que um discurso adaptado traz resultados na atividade do convencimento. Não só isso, surge um outro tipo de necessidade na percepção que um discurso não significa algo em si, ou seja, ele só produz significado na mente de alguém que lhe atribui significado, é que se viu necessidade, ante a multiplicidade de interpretações, de estabelecer regras, métodos e uma teoria para homogeneizar a interpretação. À primeira necessidade, nasceu a Retórica; e à segunda, a Hermenêutica²³.

Portanto, retórica e hermenêutica são dois lados de uma mesma moeda: a linguagem. Não obstante, Gadamer fala na profunda semelhança entre duas artes: ambas tratam da faculdade humana de falar e compreender que, ao passo e avanço do exercício, podem ser desenvolvidos como qualquer outra prática²⁴. Nesse resgate da antiga tradição retórica, os escritos gadamerianos desfazem o estreitamento dado à retórica de somente tratar da boa fala, ou dos gêneros discursivos nomeados como jurídico, político e epidítico – passado, futuro e presente, de modo reduto.

Melanchton é outro autor a falar de utilidades outras da arte retórica: ele considera, vejamos, como a verdadeira utilidade da retórica clássica (*ars bene dicendi*²⁵) como meio de acesso à *ars bene legendi*²⁶, à “faculdade de apreender e julgar discursos, debates e sobretudo livros e textos²⁷.” A retórica então adquire uma função interpretativa sem mesmo “existir uma consciência expressa dessa mudança, e supostamente anterior à invenção do termo “hermenêutica.²⁸”

De volta à questão: para que serve então a retórica? “Para fazer análise retórica!²⁹” Narbal de Marsillac, em metáfora clara e elucidativa desenha a seguinte imagem: “Aprender a apertar um parafuso é aprender a desapertá-lo³⁰”. Daí surge a nossa metodologia explicada no subtítulo seguinte.

²³ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 44.

²⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II Complementos e índice**. Tradução: Enio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2002. p. 326

²⁵ Pode-se traduzir como “a arte de bem dizer”.

²⁶ Traduz-se como a “arte de bem ler”.

²⁷ GADAMER, 2002. p. 327

²⁸ Ibid. p. 327

²⁹ MARSILLAC, 2020. p. 240.

³⁰ Ibid. p. 240.

2.3 Como surge, da retórica, a análise retórica (de *ars bene dicendi* para *ars bene legendi*)

Johann Conrad Dannhauer, teólogo alemão e figura importante no desenvolvimento da ciência hermenêutica, aponta a existência dentro da eloquência escrita, de um traço retórico contida na interpretação de texto³¹. Catoggio também nos lembra que a passagem da linguagem oral à linguagem escrita a partir da invenção da impressão e, com isso, o nascimento da leitura silenciosa e privada “guiam a retórica a um novo papel histórico.”³²

Ele argumenta que o século XVII era tão consciente desta característica que implicava que o conceito de *elocuentia* pessoal de um autor seria a sua roupagem linguística que usa dos conceitos por ele dados e na forma em que ele se dirige e se constrói ao leitor. Também era senso comum que, uma formulação verbal, seja oral ou escrita, está intimamente ligada à gramática do texto, e junto a ela, a necessidade de clareza. Ou seja, há não só elocução na escrita, como é possível estudar a escrita com as ferramentas que se estudam a elocução, já que diferem não em estrutura, mas somente no meio em que são veiculados os discursos.³³

Como ele afirma, a eloquência como formulação linguística está intimamente relacionada com a gramática do texto. Ele argumenta que toda formulação linguística, oral ou escrita, deve cumprir com a *recti dicendi*. Isso quer dizer que em ambos os meios, o orador/escritor tem o dever de ser claro em sua fala. Segundo Catoggio, é essa virtude que impele o orador a alcançar a inteligibilidade em seu discurso.³⁴

Aristóteles constrói essa ideia no livro III da Retórica, onde desenvolve a ideia sobre essa correta expressividade da língua, que se baseia em cinco condições: o bom uso de conjunções; do bom manuseio de palavras adequadas ao tema em questão e o não uso de termos gerais abstratos; de não usar termos ambíguos; de distinguir e aplicar de forma correta os gêneros das palavras; e de saber expressar com exatidão os números gramaticais.³⁵

³¹ CATOGGIO, Leandro. Las Raíces Ilustradas de la Hermenéutica Filosófica. *Eidos*, [s. l.], n. 13, p. 26–53, 2010. p. 33.

³² Ibid. p. 33.

³³ Ibid. p. 34.

³⁴ Ibid. p. 34.

³⁵ Ibid. p. 34.

Todo esse conjunto permite que o escrito seja legível ao mesmo passo em que seja bem pronunciável. Leandro Catoggio chega a dizer que é porque o escrito e falado aludirem ao mesmo, em Aristóteles, que o estagirita estaria adiantando o trabalho de Melanchton sobre a transferência da *ars bene dicendi* para a *ars bene legendi*. Aristóteles menciona essas condições sintéticas como o meio para se atingir uma “fala pura”, onde a fala é clara.

A obscuridade, por sua vez, se produziria quando não se usam essas regras do discurso. O uso hermenêutico da metáfora da claridade e da obscuridade é uma dicotomia com formação discursiva da retórica. Além disso, essa dicotomia metafórica (inclusa desde Dannhauer até hoje em dia) é tida como um recurso essencial da hermenêutica.

Sobre essa passagem da arte de bem dizer para a arte de bem ler, cabe a transcrição do texto de Catoggio:

Esta denominação da legibilidade da língua em casos orais ou escritos provinda da retórica grega conflui de uma maneira importante no humanismo renascentista. **O *boni interpretis* do teólogo moderno não está em nada alheio para a *ars bene dicendi*.** O *boni interpretis* realiza a operação primordial de limpar em sua leitura a verdade da falsidade do sentido através da localização das passagens que considera obscuras. Ou seja, **a não determinação unívoca de certas passagens implica dizer que se deve, antes de tudo, reconhecer essas passagens como obscuras. É justamente a hermenêutica o nome para a ação de encontrar um sentido pleno para discursos ou parte de discursos que não são compreensíveis a princípio. A significativa unidade e pluralidade do texto correspondem à sua claridade e obscuridade. A metáfora claridade-obscuridade reside no tecido textual que corresponde à *ars bene dicendi*.** Se o texto não está formado sobre a base de uma inteligibilidade plena, de uma *recti dicendi*, o escrito se torna obscuro, ilegível.³⁶ (tradução nossa) (grifos nossos)

Por último, Catoggio elabora que a retórica, assim como a gramática, já não se encontra dentro das artes liberais onde se encontravam conduzidos pelo *quadrivium* com a aritmética, a geometria, a astronomia e a música. Antes, o *trivium* compostos pela retórica, gramática e dialética eram somente conjuntos de saberes preparatórios para a lógica e filosofia natural. Na chegada do século XV, uma variação destas duas primeiras disciplinas formou, junto à poesia, à história e à filosofia moral, o *studia humanitatis*. “Com isso, Cícero tornou-se o centro do humanismo e a sua

³⁶ CATOGGIO, op. cit., p. 35.

divisão da retórica em *dispositivo*, *elocutio*, *memoria* e *pronuntiatio* torna-se o eixo da recepção da tradição retórica.³⁷

Já no fim do século XV, os humanistas cultivavam as humanidades como uma decorrência da sabedoria (*sapientia*) e da eloquência (*eloquentia*). Assim, as disciplinas da Retórica e da Hermenêutica são vistas, quanto mais profunda a pesquisa, de formas imbricadas e talvez indiscerníveis, na medida que há sempre uma duplicidade (ou plurivocidade) a cada dizer, no campo da Retórica, e em cada leitura, no campo da Hermenêutica.

2.4 Por que a análise retórica como método para investigar o direito e o presente caso?

Sendo o Direito um campo de atividade humana expressa de todas as formas possíveis através da linguagem, e regulada através da própria linguagem; ou seja, cria-se em necessidades conflituosas por desentendimentos do que é justo e de quem tem direito ao direito ali pleiteado. Direito este que se defende e é rogado por petições textuais, defesas orais, provas juntadas de todo o gênero de linguagem áudio/visual/textual que se possa imaginar no mundo da linguagem. Se recorre ao direito criado pelos homens, em legislações, textos e extensas lições interpretativas, como a dogmática e a hermenêutica jurídica para se enquadrar o quê, do que foi narrado, se encaixa como justo na balança do direito; e o que desse “justo” encontra respaldo como legítimo no ordenamento jurídico³⁸. Para então proferir em sentença - documento escrito e que será lido pelas partes e por todos os envolvidos no litígio – o porquê que o direito ali cravado é o certo, justo.

Essa simples narração que mistura e engloba diversos entendimentos de escolas interpretativas e decisórias do Direito, e que nem menciona os recursos, Estado de Direito e mais infinitas variáveis de um direito, é para ilustrar que, onde quer que o direito vá, a retórica ali estará.³⁹ O Direito é pleno e preñado de movimentos que se usam de peças linguísticas e, à nossa visão, a metodologia da análise retórica nos

³⁷ Ibid. p. 37. (tradução nossa)

³⁸ Note-se que esse último movimento de adaptação do decisor para fazer-se/mostrar-se justo é um movimento puramente adaptativo; e por ser adaptativo, é inevitavelmente retórico.

³⁹ Paráfrase de Tópica e Jurisprudência, Theodor Viehweg

capacita de vasta instrumentação para desvelar o que, em um dizer, num ato retórico, foi velado de forma estratégica.⁴⁰

Além do nascimento simultâneo do dizer e interpretar, como acabamos de ver; bem como do Direito e da Retórica, como vimos no começo desta investigação, há um outro porquê de se utilizar a análise retórica como método. O raciocínio jurídico, que se dá pelas vias da linguagem-retórica, é prudentemente analisada quando usamos da própria retórica para ser hermenêutica. Assim “como o percebeu Aristóteles, [...], é a própria retórica o melhor antídoto contra o mau uso da retórica. Não se envenena facilmente aquele que conhece os fármacos, dizia.”⁴¹

Narbal sustenta que assim como a melhor forma de se defender de um agressor que pratica *jiu-jitsu* é também sabê-lo, com a retórica não seria diferente. E conclui:

Muitos são os que recusam a retórica porque ela ludibria os incautos, mas justamente porque a desconhecem são mais facilmente *ludibriados*. Quando na verdade, sem ela, não há debate público, ao menos com relações razoavelmente simétricas e justas entre os interlocutores; sem debate público, não há democracia.⁴² (grifos do autor).

Portanto, o Direito estando imerso no império retórico, é bem analisado ao se utilizar da própria retórica como lente. A essa lente que analisa (mas ao mesmo tempo também inscreve) chamamos de análise retórica.

A conclusão de que o Direito se forma por instrumentos linguísticos não é só nossa. Vejamos o que Tércio Sampaio comenta sobre o raciocínio jurídico:

Na mesma linha de pensamento, o jusfilósofo Viehweg (1974), ao versar o tema, entende a argumentação jurídica como uma forma típica de raciocínio. O raciocínio jurídico, para ele, tem sentido argumentativo: **raciocinar, juridicamente, é uma forma de argumentar**. Argumentar significa, em sentido lato, fornecer motivos e razões dentro de uma forma específica. Captando o pensamento jurídico em sua operacionalidade, Viehweg assinala, pois, que **a decisão jurídica aparece, nesse sentido, como uma discussão racional**, isto é, como um operar racional do discurso, cujo terreno imediato é um problema ou um conjunto deles. O pensamento jurídico de onde emerge a decisão deve ser, assim, entendido basicamente como **“discussão de problemas”**.⁴³ (grifos nossos)

⁴⁰ LIMA, Pedro Parini Marques. **Retórica Como Método No Direito O Entimema E O Paradigma Como Bases De Uma Retórica Judicial Analítica**. 191 f. 2007. - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. p. 180.

⁴¹ FONTES, 2020. p. 21.

⁴² Ibid. p. 21.

⁴³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito Técnica, Decisão, Dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 353.

Tércio entende que raciocinar, juridicamente, é uma forma de argumentar. Nos satisfazemos em sua definição que é clara e sucinta. Junto a ele, são vários os autores que versam sobre a racionalidade retórica ou argumentativa do e no direito, como o próprio Perelman. Ao perceber a natureza linguística do campo jurídico, acreditamos justificar a análise retórica como a escolha do método para investigar o problema da nossa pesquisa.⁴⁴

2.5 Do objeto da pesquisa: a argumentação quase lógica no Direito.

O argumento quase lógico é um tipo argumentativo que faz uso das similaridades com formas lógicas para obter a adesão. Ele se utiliza do caráter de necessidade da lógica e da matemática para induzir o leitor/ouvinte a concluir alguma coisa, sem que aquilo seja necessário. Uma ilustração dada por Perelman é a de um professor que ordena a uma criança que se obedeça aos pais e que não se deve mentir. Mas o que fazer quando o próprio pai manda mentir ou pai e mãe dão ordens incompatíveis entre si? Um outro exemplo é o de um indivíduo que promete nunca matar um outro ser vivo e se vê em contradição ao precisar usar um antibiótico.

Essa irresolução, comicidade pela situação ou mesmo estranheza pela aparente contradição dos termos é melhor analisada pela ótica da análise retórica, mais especificamente com o vocabulário oferecido por Perelman ao chamá-los de argumentos quase-lógicos. O que ocorre nessa situação é que interpretamos um comando pela via lógica causal (se pai/mãe manda, logo se obedece) ou (se ser vivo, logo não o mata) que remete à construção “se *p*, logo *q*” da lógica formal.

Grosso modo, como o nosso mundo (linguístico como ele é) não funciona em moldes rigorosos como os que encontramos na lógica e na matemática, as incompatibilidades surgem. A pergunta feita é: será que essas argumentações ocorrem no mundo do Direito? Se sim, será que não já passaram despercebidos aos nossos olhos incautos, desprovidos de vocabulário retórico? Como veremos adiante, não só o Direito se forma em diversas montagens quase lógicas (ou mesmo ilógicas!),

⁴⁴ Para outras razões sobre retórica e direito, é possível conferir o 13º ponto de: TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la Ley**. Tradução: Diego Dei Vecchi. 1. ed. Lima, Perú: Palestra Editores, 2013. ISSN 0210-301X.

como há um argumento muito utilizado no âmbito jurídico que opera da forma que Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca descrevem o argumento quase lógico.

2.6 Do caso investigado: o porquê da escolha.

Por fim, chegamos ao caso estudado: Arguição de descumprimento de preceito fundamental de nº 54. Essa decisão foi a responsável por, no Brasil, tornar legal o aborto de fetos anencéfalos em todo o território nacional. A decisão julgada pelo Supremo Tribunal Federal tomou grande repercussão e foi objeto de vários estudos (não somente jurídicos).

No decurso de nossa pesquisa, ao identificarmos o objeto a ser estudado, encontramos no inteiro teor do acórdão deste caso uma verdadeira plethora do que investigamos e aprendemos ser o argumento quase lógico. Nele, a frequente menção à figura da vontade da lei/do legislador fez com que pudéssemos identificar de forma positiva a existência da argumentação quase lógica no Direito, bem como nos deu palpabilidade para reconhecer e explicar como esse argumento opera no Direito.

3 DA ANÁLISE RETÓRICA

3.1 Da retórica: origem.

A retórica, que carrega em torno de 2.500 anos de decurso no Ocidente - desde o seu nascimento, tomado pela maioria dos autores como uma atividade que nasce aproximadamente no ano 485 a. C., na cidade italiana de Siracusa. Nesse recorte espaço temporal surge Gelon, tirano que junto às suas tropas expropriou os cidadãos para conceder terras a membros de sua guarda pessoal, junto ao poderio de seu sucessor Hieron I⁴⁵. Após a perda do poder dos tiranos, a *pólis* retorna à aristocracia, e a partir daí surgem querelas acerca da posse das terras, agora desapropriadas.⁴⁶

Essas querelas levadas ao novo governo, com o intuito de que cada reclamante obtivesse a sua antiga porção de terra, dependia do “domínio de técnicas argumentativas que foram se tornando mais e mais complexas”⁴⁷. Daí, como Aristóteles mesmo defende no livro I da Retórica, “A retórica é útil porque o verdadeiro e o justo têm naturalmente mais valor do que seus opostos. O resultado é que se os julgamentos não forem proferidos como devem ser, o verdadeiro e o justo estarão necessariamente comprometidos, [...]”⁴⁸ Por isso, surge a necessidade de delegar poderes perante à Corte a pessoas que estivessem capacitadas para a plena defesa de seus constituintes.

Córax de Siracusa, um dos fundadores da retórica antiga, junto a Tísias, sistematiza um tratado sobre uma série de estratégias e procedimentos a influenciarem na decisão judicial dos tribunais e assembleias.

Aproveito aqui para transcrever um breve lembrete pertinente sobre a origem da retórica. É que parece então ser “ponto pacífico que a origem da retórica no Ocidente é judicial e sem qualquer vínculo com a literatura ou a poesia, estando politicamente ligada ao espaço público da palavra livre e aos efeitos do discurso sobre as relações sociais.”

⁴⁵ ADEODATO, João Maurício. Uma crítica retórica à retórica de Aristóteles. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, [s. l.], v. 110, n. 0, p. 35–73, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.9732/p.0034-7191.2015v110p35>. p. 43.

⁴⁶ Ibid. p. 43.

⁴⁷ Ibid. p. 43.

⁴⁸ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Edson Bini. 1. ed. São Paulo: EDIPRO, 2011. p. 42.

Sendo assim, é interessante perceber que a prática do que Schiappa cunha como “*the undifferentiated art of the logos*”⁴⁹ ou a arte indiferenciada (entre filosofia e retórica) do *logos* é o que Platão cunha como *rhetoriké*⁵⁰ e que hoje conhecemos como retórica. E quanto a esse exercício do pleito aos poderes do governo, em cortes e assembleias, referente aos direitos ali alegados, é o que até hoje praticamos de forma similar (em sistema e prática) e conhecemos por Direito.

Portanto a retórica enquanto vasto, longo e duradouro campo do conhecimento, traz consigo registros e exclusões infundáveis pelas idas e vindas que sofreu ao longo do tempo. A partir de quem a estuda e sobre ela disserta, toma novos contornos, usos e definições. A retórica hoje, e desde o seu início, é repleta de estruturas que são postas em formas agrupadas e que permitem o aprofundamento do estudo e a metodização do objeto a ser estudado pela ótica retórica.

3.2 Das três formas de prova: *ethos*, *pathos*, *logos*.

A exemplo, nessa antiga ciência, temos os **três meios de formar convicção** ou provar algo, que em grego chamamos de *pisteis*, sendo eles ***pathos*, *logos* e *ethos***. De forma breve, *pathos*, ou afetações, seriam os movimentos emotivos que são suscitados num discurso, seja escrito ou oral. O *logos* é o discurso propriamente dito, “no que diz respeito ao que demonstra ou parece demonstrar⁵¹.” E o *ethos* é o que se traduz por caráter do orador; tendo origem em duas expressões distintas: “Em um sentido coletivo, social, ΕΘΟΣ (ἔθος, éthos) significa “costume”, “uso”, “hábito”, ao passo que ΗΘΟΣ (ῥήθος, êthos) tem um sentido mais pessoal e individual, indicando “caráter” ou mesmo “forma de pensar”.⁵² Aristóteles fala que “a persuasão é obtida graças ao caráter pessoal do orador, quando o discurso é proferido de tal maneira que nos faz pensar que o orador é digno de crédito⁵³”. Está ligada à credibilidade do orador/escritor e serve de poderoso meio de pré-persuasão e persuasão na medida em que “confiamos em pessoas de bem de modo mais pleno e mais prontamente do

⁴⁹ AUNE, James Arnt. “Honey, I Blew Up the Rhetorical Tradition!” Comments on The Beginnings of Rhetorical Theory in Classical Greece. *American Communication Journal*, [s. l.], v. 3, n. 1, 1999.

⁵⁰ SCHIAPPA, Edward. Did Plato Coin Rhetorikē. *American Journal of Philology*, [s. l.], v. 111, n. 4, p. 457–470, 1990. pp. 457-458.

⁵¹ ARISTÓTELES, 2011. p. 45.

⁵² ADEODATO, 2015. p. 49.

⁵³ ARISTÓTELES, 2011. p. 45.

que em outras pessoas, o que é válido geralmente, não importa qual seja a questão, e absolutamente válido quando a certeza exata é impossível e há divergência de opiniões.⁵⁴”

3.3 Dos cânones retóricos.

Junto a esses três meios de persuasão postos por Aristóteles, é clássica a divisão dos chamados cinco cânones do discurso; são eles: invenção, disposição, estilo, memória e apresentação. Desenvolvidos em *Rhetorica ad Herennium*⁵⁵ e *De Inventione*, Cícero desenvolve conceitos em 85 a.C. que são caros à Retórica até hoje.

A **invenção** (*inventio*) é o momento onde se criam, desenvolvem e afinam os argumentos que serão lançados no mundo. A **disposição** (*dispositio*) é a atenção dada à ordem do discurso; ou seja, qual argumento soará melhor em determinado momento da oração ou escrita. Decidir qual ordem pode ser a mais persuasiva é o lembrete trazido por esse cânone. O estilo ou **elocução** (*elocutio*) é a “parte que procura adequar o pensamento a suas vias de expressão, relacionando conteúdo e forma do discurso, como se pode ver na maior adequação, segundo o caso, de um arrazoado jornalístico ou poético, de um discurso jurídico ou científico.⁵⁶” A **memória** (*memoria*) é onde se estuda o compasso em que o orador transmite ao auditório informações junto à capacidade deste último de reter os argumentos ali falados. É a memória também responsável por fornecer técnicas de memorização do discurso para que seja repetido da forma a mais igual possível em diferentes ocasiões.⁵⁷” Por último, a **apresentação** (*pronuntiatio*) é o cânone da análise retórica que “observa a forma do discurso a partir do seu meio de transmissão, isto é, se é escrito, oral, por carta, e-mail, numa mesa de bar ou em uma cerimônia formal, numa conversa a dois ou perante diferentes auditórios. Refere-se ao controle sobre contenção ou exuberância, postura da voz, sobriedade ou excesso, elegância no falar, no escrever.⁵⁸”

Essas separações são úteis ao decompor de forma analítica o discurso⁵⁹. À medida que as doutrinas retóricas se preenchem de rica taxonomia e divisão para

⁵⁴ Ibid. p. 45.

⁵⁵ Autoria da obra atribuída a Cícero, mas com dissenso sobre o verdadeiro escritor do tratado.

⁵⁶ ADEODATO, 2015. p. 46.

⁵⁷ Ibid. p. 46.

⁵⁸ Ibid. p. 46.

⁵⁹ Ibid. p. 45.

elaborar um ato discursivo, percebe-se a simultânea formação de corpo teórico para se examinar, minuciar, debater e esclarecer o discurso, seja ele qual for. É por essa oferta de tecnicidade que a retórica é não só meio hábil a se criar um ato retórico, como é útil também para analisá-lo e desestruturá-lo; e é por isso que a escolhemos como método da pesquisa aqui desenvolvida.

3.4 Das figuras retóricas (ou figuras de linguagem) e tipos argumentativos.

Acompanha também o repertório da análise retórica a investigação de figuras e argumentos, que são duas espécies de meios de persuasão retóricos. Os argumentos estão vastamente tratados e desenvolvidos nas obras mais clássicas aos estudos mais recentes, e são categorizados e recategorizados em formas, estruturas, tipos, gêneros, métodos, entre outros. Existem argumentos dedutivos, indutivos e refutativos; entimemas, silogismos e falácias; validos e inválidos, fortes e fracos; *ad hominem* e *ad rem*; lógicos e quase-lógicos; e outros tantos quanto a imaginação humana possa nomear.

Quanto às figuras de retórica (que no Brasil conhecemos por figuras de linguagem), são algumas delas a metáfora, antífrase, metonímia, hipérbole, sinédoque, eufemismo, ironia, entre outras.

Michel Meyer comenta de forma jocosa que acabamos por criar categorizações de “nomes bárbaros e com empréstimos diretos ao grego⁶⁰”, o que faz nascer palavras a nós complicadas como zeugma, litotes, catacrese, prosopopeia, polissíndeto. Mas mesmo assim, subjaz o princípio simples que os sustenta: todas essas categorizações que até mesmo o especialista em retórica pode ignorar não tem outro objetivo senão o de identificar, através das diferenças, como se montam esses esquemas argumentativos em fórmulas que se repetem; por isso rotulamos, para trazer à evidência um traço comum na mente de quem a usa⁶¹.

Mas não só na mente de quem a usa, como diz Meyer, como na mente de quem lê ou ouve! Aí fecha-se o círculo e dá-se o uso hermenêutico do rótulo: desvelar para trazer à atenção de quem “sofre” ou experiencia o discurso para que o antes objeto, antes mero receptor, auditório, ouvinte, tome as rédeas da dinâmica retórica e o

⁶⁰ “[...] avec des noms barbares empruntés au grec.”: MEYER, Michel. **La rhétorique**. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France - PUF, 2011. p. 107.

⁶¹ Ibid. p. 107

signifique como quer; agora levando em conta o que o analista do discurso trouxe à tona para ser analisado.

A retórica ainda conta, como Aristóteles escreve na *Retórica*, com 3 gêneros discursivos que se referem à chamada teoria da estase sobre os discursos e se baseiam pela dimensão temporal a que se orientam: o forense (que se dirige a acontecimentos passados); a deliberativa (que visa “determinar o útil ou danoso de um procedimento aconselhado⁶²”, no tempo futuro); e, por fim, a epidítica, (que se foca no tempo presente, podendo louvar ou censurar a algo ou a alguém).

Ainda, no plano básico do vocabulário retórico, dispomos de mais quatro critérios para se examinar um ato discursivo; podendo ser sobre: o objeto, o auditório, a situação e o tempo⁶³.

3.5 Da retórica à análise retórica.

A análise retórica, então, acaba por criar uma ótica (ou retículo) que possa desvelar

o caráter retórico de sistemas linguísticos complexos como os da linguagem do direito, da economia, da moral, da política, da história, da sociedade, da arte, da filosofia, da religião e, num sentido geral, de todas as humaniores e da linguagem cotidiana, no sentido de uma linguagem impositiva, normativa ou prescritiva.⁶⁴

Por caráter retórico, pensamos que pode ser traduzido pela compreensão de que “a linguagem mesma é retórica. Ela tem todos os meios retóricos a seu alcance, cada um com a função específica que lhe é atribuída nos sistemas linguísticos sociais”⁶⁵. Esse reconhecimento de que a linguagem é retórica, e vice-versa, nos habilita a arrancar e situar quaisquer intenções fundacionalistas, ontológicas ou metafísicas da linguagem jurídica; ao apontar que aquele instituto que ali surgiu antes nem sequer existiu; e que brotou em sincronia com as próprias pré-compreensões de quem a escreveu ou enunciou. Seguindo de forma mais profunda, a análise retórica pode conjecturar quais compreensões de mundo levaram determinado autor/escritor a

⁶² ARISTÓTELES, 2011. p. 54.

⁶³ ADEODATO, 2015. p. 45.

⁶⁴ BALLWEG, Ottmar, SCHANZE, Helmut, KOPPERSCHMIDT, Josef. Entwurf einer analytischen Rhetorik. In: RHETORIK UND PHILOSOPHIE. München: Wilhelm Fink Verlag, 1989. p. 229–247. p. 231.

⁶⁵ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. *Revista Brasileira de Filosofia*, [s. l.], v. XXXIX, n. 163, 1991. p.176

enunciá-lo e formá-lo; e ao estabelecer uma identidade que enfatize um traço comum, como diz Michel Meyer, desperta-se a atenção para o que pode importar, na mente de quem o usa⁶⁶.

É curiosa a coincidência que a tese de Ottmar Ballweg é de que a retórica (aí inclusa a análise retórica) é uma das mais antigas formas de esclarecimento⁶⁷; *Aufklärung* é a palavra usada pelo autor no alemão. Junto a isso, a origem etimológica de palavras de radical comum como argumentar/arguir, da raiz latina *arguō*, guarda definição semelhante (esclarecer; tornar conhecido; provar; declarar; demonstrar). O curioso é que a metáfora de esclarecimento continua em todas as suas ascendências, a exemplo de *arg* do protoindo-europeu que significa “brilhar; branco”. É *arg* que dá origem a palavras como *argentum*, latim para prata (metal brilhante); ou mesmo Argentina, “terra da prata” por razões históricas.^{68 69}

A palavra *Aufklärung* contém também a origem de *klären*, vinda do latim *clarus*⁷⁰.

A palavra argumentar, ao perpassar diversos idiomas, territórios e épocas com a mesma metáfora viva nela contida de “tornar claro”; e, por fim, sendo definida modernamente por “apresentar fatos, provas ou argumentos⁷¹” ou “defender ou atacar com razões⁷²”, com o pressuposto de fundação de verdade aí implícito nos parece ser efeito de uma estratégia apontada por Ballweg como “redenominação com significado existencial”, e por Parini como “ironia existencial”⁷³ que afirma que funções linguísticas são melhor desempenhadas quando latentes.⁷⁴ A exemplo, a justiça como vingança. Por ser executada pelo Estado, com o devido processo legal, dado o contraditório e a

⁶⁶ MEYER, 2011. p. 107

⁶⁷ “*Rhetorik ist eine der ältesten Formen der Aufklärung.*” Em: BALLWEG; SCHANZE; KOPPERSCHMIDT, 1989. p. 229.

⁶⁸ HARPER, D. **argument (n.)**. In: ONLINE ETYMOLOGY DICTIONARY. [S. l.: s. n.], [s. d.]. Disponível em: <https://www.etymonline.com/word/argument>. Acesso em: 12 mar. 2022b. ;

⁶⁹ HARPER, Douglas. *argue (v.)*. *Online Etymology Dictionary*, [s. l.], [s. d.]. Disponível em: https://www.etymonline.com/word/argue#etymonline_v_16987

⁷⁰ HARPER, D. **Aufklärung (n.)**. In: ONLINE ETYMOLOGY DICTIONARY. [S. l.: s. n.], [s. d.].

⁷¹ ARGUMENTAR. In: DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA - MICHAELIS. [S. l.]: Editora Melhoramentos, [s. d.].

⁷² TO ARGUE (VERB). In: CAMBRIDGE DICTIONARY. [S. l.]: Cambridge University Press, 2022. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/portuguese-english/argumentar>. Acesso em: 11 mar. 2022.

⁷³ PARINI, Pedro. A Análise Retórica na Teoria do Direito. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, RS, v. XII, n. 1, p. 115–135, 2017. p. 119

⁷⁴ BALLWEG, 1991. p. 177.

ampla defesa como direitos ao réu, a punição ali instituída, redenominada como justiça, torna-se legítima, garantindo sua credibilidade e confiança⁷⁵.

A vingança, pode cumprir seu papel de vingança, que é fazer satisfeita, em alguma medida, a dor de quem a quer na existência de quem primeiro o fez sofrer. É por isso que mesmo que a vingança num contexto moderno não seja bem vista, ou repudiada, continua a existir. A vingança antes “ilegítima, irracional, desautorizada e pessoal⁷⁶”, ao tomar a roupagem de justiça, torna-se legítima, racional e dotada de autoridade impessoal do Estado de Direito⁷⁷.

Nos parece, a título dos exemplos acima postos, que a argumentação partiu de um campo de significação que, por tomar definições metafóricas como “clarear”, não tinha como objetivo maior a erística, a disputa, a imposição de uma verdade, mas talvez algo próximo ao que o próprio Meyer coloca como a definição da retórica “a negociação da diferença entre os indivíduos sobre uma questão dada.⁷⁸” E nessa negociação inclui-se a identidade e a diferença, a própria, a dos outros. Nela, “esclarecer” como “argumentar” e vice-versa parece ter mais a ver com esclarecer inclusive o que se quer dizer, quais são seus pressupostos e suas pré-compreensões que o levaram até ali⁷⁹; não somente o convencimento com balanço de ganhadores e perdedores ao final do debate.

Não é que não existisse erística, necessidade de vencer e perder (o que é falso, dado que o próprio nascimento da Retórica num contexto onde havia a necessidade de se estabelecer um discurso vencedor para reaver as terras perdidas aos invasores), ou mesmo a disputa pela disputa (sendo um dos primeiros registros o de Platão que discorre de forma a repudiar os sofistas pela prática da Retórica). Mas a nascente da palavra e sua perpetuação de esclarecimento nos parece ser um registro de que em algum momento, o lugar-comum da argumentação não era mal visto como o da Retórica, de Platão até os nossos dias.

Sobre a análise, ainda são pertinentes alguns apontamentos para que tomemos forma do que ela é e como opera. Seu intuito dá atenção a “como deve funcionar o discurso para que o mesmo influencie os públicos.⁸⁰” Ao desvelar as intenções do que

⁷⁵ PARINI, 2017. p. 119.

⁷⁶ Ibid. p. 119.

⁷⁷ Ibid. p. 119.

⁷⁸ MEYER, 2007. p. 25.

⁷⁹ Ibid. p. 26.

⁸⁰ “[...] *how they are intended to work in order to influence audiences.*”: CAMPBELL; HUXMAN; BURKHOLDER, 2013. p. 27.

quis provocar um discurso ao ser elaborado, expomos as suas estratégias retóricas; e esse exercício é importante na medida em que serve de resistência, proteção a nós mesmos⁸¹.

Essa racionalidade retórica trazida por Perelman na proposta da Nova Retórica⁸² se configura “na permanente possibilidade de aferição e ponderação intersubjetiva da validade dos pressupostos e dos meios discursivos de obtenção da anuência.”⁸³ Como diz Narbal de Marsillac, aprender a montar é aprender a desmontar; ao aprender a apertar um parafuso, aprendemos ao mesmo tempo a desapertá-lo⁸⁴; e pela analogia que nos sobra, dar-se conta - através das ferramentas que a análise retórica dispõe – de como quis se construir um discurso e como quis que chegasse ao ouvido de seus ouvintes e aos olhos de seus leitores é, aprender a estar em eterna vigília de como operam os discursos por meio de suas estratégias, intenções, estrutura, entonação, entre outras ferramentas.

Como recomendam Huxman, Campbell e Burkholder, deveríamos atuar como críticos na era da informação em resposta ao bombardeio constante de informação que recebemos diariamente em notícias, relatórios, propagandas, entretenimento, bem como em discursos e debates políticos e pronunciamentos de vários níveis de governo⁸⁵. Aqui, o papel da crítica é essencial como “consumidores de persuasão⁸⁶” que somos.

É por essa tecelagem indissociável entre falar e ouvir, persuadir e ser persuadido, que Marsillac pontua que “retórica e análise retórica são indiscerníveis.”⁸⁷ No mesmo sentido, complementa que “aprender os meios de elaboração retórica de um discurso persuasivo é aprender a criticá-lo, justamente pela *ex-posição* de suas estratégias retóricas⁸⁸.”

Como qualquer método, a análise retórica nos fornece ferramentas especializadas ou um conjunto de termos para a clara e compreensiva explicação dos atos retóricos⁸⁹.

⁸¹ Ibid. p. 26.

⁸² PERELMAN, Chaïm. **O Império Retórico**. 2. ed. Porto: Asa Editores II, 1999. p. 24.

⁸³ Ibid. p. 24

⁸⁴ MARSILLAC, Narbal De. Razão Pública de Rawls como Razão Retórica. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 04, p. 1552–1571, 2021b. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2021.62781>. p. 1562.

⁸⁵ CAMPBELL; HUXMAN; BURKHOLDER, 2013. p. 51.

⁸⁶ Ibid. p. 51.

⁸⁷ MARSILLAC, 2021b. p. 1562.

⁸⁸ Ibid. p. 1562.

⁸⁹ CAMPBELL; HUXMAN; BURKHOLDER, 2013. p. 51.

3.6 Da análise retórica como método.

J. N. Vorster em *Why opt for a rhetorical approach?* constrói em três tópicos como a Retórica, liberada das definições aristotélicas e neo-aristotélicas e, livre de incarceration fundacionalistas, pode nos ajudar a entender melhor as realidades nas quais estamos imersos.

Em seu primeiro tópico, sobre a busca da motivação humana, Vorster discute que, enquanto atividade crítica, a retórica está preocupada com o “por quê?”. E o que isso quer dizer? Que a retórica perscruta a motivação dos dizeres. “Por que as pessoas interagem da maneira que interagem? Por que escolheram ou selecionaram certos elementos do reservatório humano de símbolos para apresentar e não outros? Por que algumas possibilidades foram realizadas, enquanto outras foram omitidas?”⁹⁰

A pergunta “por quê” tem a ver com a intenção humana, mas não se relaciona ao que é conhecido como “falácia da intenção”, que seria a noção de que há como se determinar a intenção de forma concreta e objetiva. O que se quer com a busca da intenção é ameaçar o senso comum de que a linguagem como sistema de signos funciona, de certo modo, de forma autônoma; e que o significado pode ser determinado pela correlação dos termos linguísticos postos.

Reincluir a intenção na interpretação rompe com essa noção, e constrói uma nova percepção de que uma leitura não-intencional não é possível. Apesar dos problemas que surgem no estabelecimento da intenção, esse processo leva o intérprete a revisar pressupostos não só do que está posto, mas até mesmo os seus pressupostos. Desta forma, a retórica se transforma em análise retórica, e a análise retórica se transforma em meta-análise, na medida em que reconhecer a intenção nos jogos de linguagem leva ao reconhecimento da intenção também no ato interpretativo, parte do jogo linguístico. Por isso, a retórica ilustra uma preocupação não somente com o jogo do “querer ser persuasivo”, mas também um entendimento da natureza da humanidade como tal e as condições que a ela pertencem.⁹¹

Segundo, a preocupação da retórica com a linguagem salta do campo verbal para abarcar todos os processos de simbolização, entendendo a linguagem como um

⁹⁰ VORSTER, J. N. Why opt for a rhetorical approach ? *Neotestamentica*, [s. l.], v. 29, n. 2, p. 393–419, 1995. p. 400. (tradução nossa).

⁹¹ Ibid. p. 402.

processo simbólico. Daí, Vorster conclui que “a retórica julga negativamente visões da linguagem que a fazem um sistema abstrato e divorciado dos seres humanos em contexto.”⁹² Para ele, restringir a linguagem às suas propriedades formais e, ao mesmo tempo, excluir valores e intenções é uma forma de desumanizar e descontextualizar a linguagem, que é uma produção humana, não o contrário.

Por isso, ele entende que “a linguagem não é um órgão neutro por meio da qual o conhecimento pode ser filtrado, mas é um ato carregado de valores.”⁹³

Por último, a atenção que é dada ao contexto é um ato inevitavelmente retórico. A importância do contexto para a retórica está na negação do absoluto ou da verdade universal. Como escreve Vorster onde a verdade ou verdadeiro conhecimento funciona como ponto fixo de orientação, a situação não precisa ser levada em conta, já que a verdade pode ser aplicada a uma variedade de situações para se interpretar. A noção de contextos como práticas discursivas concorrentes e coexistentes e com relações de poder entre si é uma conclusão que a abordagem retórica oferece.

Nesta mesma linha, Narbal escreve que:

A epistemologia pensada a partir daqui não pode mais ser definida como estudo crítico dos princípios, das hipóteses e dos resultados como dissemos, já que fica dependente de uma adaptação sempre renovável do discurso às especificidades dos contextos em que é praticado. **Assim, a discursividade inerente à retórica ou a retoricidade inerente ao discurso se configura como prática adaptada a contextos que visa mobilizar ou fazer crer sem qualquer tipo de imposição. Os princípios, as hipóteses e os resultados são eles mesmos conjuntos nocionais indiscutidos relativos a determinadas relações discursivas.** Abandona-se aqui, pois, uma concepção de teoria do conhecimento subsuntiva ou nomológica que crê que o conhecimento se processa segundo princípios indiscutíveis e que, assim, os resultados são desprovidos de qualquer ambiguidade, se tiverem sido respeitadas as regras próprias da subsunção. Desta forma, um teórico poderia construir seu saber científico solitária e autonomamente em relação ao resto da humanidade e, ainda, esperar a aceitação inequívoca dos seus resultados que porventura respeitasse aquelas mesmas regras subsuntivas.⁹⁴ (grifos nossos)

A retórica então, enquanto disciplina que estuda os discursos consegue nos ensinar formas de elaboração discursivas; e quando o faz, nos ensina a interpretar, porque nos ensinou como o discurso foi construído. Premissas, figuras e tipos argumentativos são melhor percebidos quando sabemos que existem, para que

⁹² Ibid. p. 403.

⁹³ Ibid. p. 403.

⁹⁴ MARSILLAC, 2011. pp. 285-286.

existem, e como geralmente são usados. Essa habilitação que a retórica oferece através do vocabulário introduzido por vários estudiosos da retórica e da comunicação nos faz mais aptos e mais aguçados na tarefa de interpretar retóricas.

Narbal de Marsillac disserta sobre esse movimento indistintivo da retórica, hermenêutica e análise retórica no seguinte trecho:

Estuda-se retórica para fazer análise retórica! Ou seja, se alguém aprende como montar as peças de um relógio, aprende concomitantemente a desmontá-las. Aprender a apertar um parafuso é aprender a desapertá-lo. A retórica ensina como unir palavras e expressões, ritmo e métrica, gestos e tonalidades. Mas ao fazê-lo, instrui também como desunir, explicitando as estratégias estético-argumentativas adotadas e sua respectiva função persuasiva. Nesse sentido, retórica e análise retórica são dois momentos indiscerníveis próprios do processo dialógico como um todo porque aquele que ora fala/escreve se usa da retórica que é fruto da análise retórica dos discursos do passado, ouvidos ou lidos. E, por outro lado, aquele que ouve/lê exerce sua capacidade retórico-analítica na mesma medida em que forja para si retoricamente um discurso razoável sobre a impressão que lhe produz o discurso ouvido/lido.⁹⁵

Desta forma, a retórica torna-se o método investigativo da nossa pesquisa.

4 DA ARGUMENTAÇÃO QUASE LÓGICA (E DA VOLUNTAS LEGIS/LEGISLATORIS COMO ARGUMENTO QUASE LÓGICO NO DIREITO).

4.1 Introdução.

Antes de estudarmos a definição do tipo argumentativo explorado nesse trabalho, cabe relatar como pensamos o surgimento de um discurso, sendo discurso qualquer forma de expressão linguística, podendo ser imagético, fonográfico, escrito, oralizado ou performado. Aqui não nos preocupamos com o que faz o discurso surgir, mas em seus efeitos a partir de como foi pensada a sua estruturação.

O discurso produz seus efeitos - quaisquer que sejam (persuasão, repulsa, dubiedade etc.) - a partir de uma infinidade de variáveis que o precedem e nele permeiam. Essa dada complexidade da interação dos elementos que compõem o

⁹⁵ MARSILLAC, 2020. p. 240.

momento discursivo nos impede de analisar um argumento fora do contexto ao qual pertence, sob pena de atribuir significado diverso ou ambíguo.⁹⁶

A análise dentro de um contexto – escolhido quando se opta por um método interpretativo como o histórico, literal ou teleológico – nos permite realizar liames interpretativos, no momento em que “somos obrigados a interpretar as palavras do orador, a suprir os elos faltantes, o que nunca deixa de apresentar riscos.”⁹⁷ O que ocorre é que esses movimentos interpretativos (conscientes ou não), guiam o ouvinte a um fim; provavelmente ao que o orador quis. E é neste momento de apreciação onde se introduz a utilidade da nossa análise, afinal, tornar-se ciente dos processos retóricos dão ao ouvinte maior autonomia do que se é feito no discurso e no mundo. Recuar um passo atrás e ver que o caminho indicado de uma argumentação não é obrigação, lógico, constringente, mas sim opção, é dar ao intérprete a autonomia hermenêutica que antes não existia (muitas das vezes, por escolha do orador).

É justamente porque o orador pode orientar a interpretação ou reflexão do ouvinte - mesmo que essa reflexão possa ser íntima e de livre associação, como no caso da leitura – que é de serventia a análise retórica, que pode explicar o efeito prático e efetivo da argumentação.⁹⁸

4.2 Do argumento quase lógico ou quase matemático.

O argumento quase lógico é uma técnica argumentativa que toma por empréstimo os moldes de formalidade próprios da lógica ou matemática, para que possam conduzir a conclusão do ouvinte a um lugar de que não há outra interpretação senão aquela dada pelo orador. Esse caráter constringente não é percebido facilmente; porque mesmo quando o é, o orador tende a completar com outros argumentos que possam fortalecer a convicção ali posta.⁹⁹

Esse tipo argumentativo pode ser identificado pela forma que desejam se aparentar dos raciocínios formais, lógicos ou matemáticos; junto a um esforço de

⁹⁶ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, 2014. p. 211.

⁹⁷ Ibid. p. 211.

⁹⁸ Ibid. p. 212.

⁹⁹ PERELMAN, Chaïm, 1999.p. 96.

redução ou precisão, de natureza não-formal, que é o que dá a esses argumentos um véu de aparência demonstrativa¹⁰⁰.

Para entendermos melhor essa definição, cabe explorarmos alguns conceitos nele mencionados. Primeiro, o que se compreende por demonstração é diferente do significado comum da palavra, que poderia sinônimo de explicar; exemplificar; comprovar; ou comprovar. Demonstração seria uma operação estritamente do campo da lógica ou matemática que percorreria procedimentos formais para se chegar a um resultado tautológico; como num cálculo. Tautológico é incorrer em dizer o mesmo, como a origem da própria palavra diz. É por repetir conceitos que acaba não trazendo nada de novo. A exemplo, se na geometria digo que *todo quadrado tem quatro arestas de igual tamanho*, estou dizendo algo tão repetitivo como dizer na matemática que $X = X$. Ou ainda, se tenho a seguinte equação onde:

$$\frac{x}{7} = \frac{90}{3}$$

Para resolver essa equação, posso fazer a multiplicação cruzada, tendo:

$$x = \frac{7 \times 90}{3}$$

E o valor de x será igual a 210. Esse é um exemplo de demonstração. Percebemos que num campo como a matemática onde procedimentos demonstrativos ocorrem dentro de um sistema isolado, com valores precisos, unívocos e universais, não há espaço algum para o contraditório. Para a questão presente, não existe método gramatical, sistemático, histórico ou teleológico que faça com que X seja qualquer outro valor que não 210. Por isso a chamamos de constringente. Diferente disso, lá onde existe ambiguidade, interpretação e enunciados não constringentes é que temos a linguagem, ou a retórica, como queira.

Se utilizar de uma estrutura formal de demonstração para que um argumento ali posto possa parecer com que não haja outra conclusão senão aquela é justamente se utilizar do véu de univocidade de termos que possuem os sistemas

¹⁰⁰ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, 2014. p. 219.

lógico-matemáticos para levar o ouvinte à conclusão desejada. É justamente essa a operação que aqui estudamos e a que chamamos de argumento quase lógico.

Porém, é necessário abrir um parêntese. Não é porque é próprio da lógica e da matemática se desenvolver através de *demonstrações*; nem porque é próprio da linguagem se dar através de *argumentações* que tudo o que se almeja dentro do âmbito da linguagem, com algum grau de logicidade, consecutividade e concatenação será um argumento quase lógico. Diz Perelman em sua eloquência:

Para transformar uma argumentação numa demonstração constringente, será necessário precisar os termos utilizados, eliminar toda a ambiguidade, retirar ao raciocínio qualquer possibilidade de múltiplas interpretações. **Ainda que o surpreendente, para qualquer espírito não precavido, seja a aparência lógica destes argumentos, o que salta aos olhos dos especialistas de lógica formal é tudo aquilo que os diferencia da dedução rigorosa.**¹⁰¹ (grifo nosso)

Deste modo, cabe mostrar alguns tipos de argumentos quase lógicos que servem para assinalar o que os configura, como se distinguem; e, por conseguinte, como identificá-los.

4.2.1 Da contradição e da incompatibilidade.

A contradição é um conceito próprio do raciocínio formal que expõe a incoerência de um sistema, tornando-o inutilizável. Se se diz na lógica que “ $p \wedge (\neg p)$ ”, ou seja, (p e não p, ao mesmo tempo) ou se afirma uma tradução dessa mesma fórmula como “João é inteligente e João não é inteligente”; surge uma contradição de imediato, não havendo resolução possível, já que os termos postos são precisos e unívocos.

Diferente disso, na linguagem ordinária não experimentamos a contradição, como propõe Perelman. Ele cita a famosa frase de Heráclito como exemplo: “Entramos e não entramos duas vezes no mesmo rio”. Temos uma sensação paradoxal no primeiro momento em que lemos a frase, mas logo a incoerência se dissipa, ao percebermos que a expressão “no mesmo rio”, se interpretada de duas formas diferentes, oferece solução ao sistema posto e a sentença toma sentido

¹⁰¹ PERELMAN, Chaïm, 1999. p. 73.

natural.¹⁰² Notamos aqui uma das distinções entre *argumento* e *raciocínio formal*: a solução de incongruências. A contradição leva ao absurdo quando não há forma de resolver a incongruência. No primeiro, dada a natureza polissêmica da linguagem, é possível encontrar sentido na contradição aparente através de um *distinguo*. Quanto a isso, o filósofo polonês sugere que no campo da linguagem, não temos *contradição*, mas uma *incompatibilidade*. Já ao segundo, a própria univocidade dos termos usados impede qualquer expediente.

Seria então um argumento quase lógico indicar contradição numa proposição da língua natural, já que compreendê-la assim seria compreender a linguagem dentro da formalidade e univocidade que ela mesma não é capaz de prover. Essa má interpretação conduz ao que a presente pesquisa quer remediar: entender a linguagem e o raciocínio humano (que é essencialmente linguístico) como preso nos moldes do raciocínio formal; e, por isso, pensar que um argumento quase lógico é lógico. Assim, o utente da linguagem, seja ouvinte ou orador, não se habilita a identificar esses tipos, permitindo que ferramentas de persuasão atuem sobre si sem a percepção de tal.

A incompatibilidade é noção útil à ciência e à aplicação do direito. São as incompatibilidades entre legislações que são levadas às cortes para dirimir o problema posto, incompatibilidades entre legislação e jurisprudência fazem nascer novos entendimentos, ou mesmo legislações nacionais e supranacionais que oferecem posicionamentos contrários e são exigidas à aplicação. Perelman comenta que o próprio Direito Internacional Privado foi formado para resolver litígios de leis ocasionados pela intervenção, num sistema de direito, de leis a ele estranhas, mas cuja aplicação é exigida.¹⁰³ Diz ele que o 3º parágrafo do artigo 3º do Código Napoleônico dizia “As leis relativas ao estado e às faculdades legais das pessoas regem os Franceses, mesmo que residam no estrangeiro.”¹⁰⁴ Daí, a jurisprudência deduziu, por uma lógica da simetria, que o estado e faculdades legais dos estrangeiros em solo francês seriam regidos pelas suas leis nacionais. A partir dessa regra, como agiríamos quando a lei do país de um dos cônjuges permite o divórcio enquanto o outro o proíbe? Estaríamos então perante a presença de uma incompatibilidade, que não existiria a não confrontando esses dois dispositivos.

¹⁰² Ibid. p. 74.

¹⁰³ Ibid. p. 75.

¹⁰⁴ Ibid. p. 75.

Um artifício retórico que permite expor não a assimetria de duas proposições, como vimos acima, mas quando se afirma que a aplicação de uma regra é incompatível com as condições em que se encontra a exigência da mesma, é a retorsão. Ela expõe um fenômeno a que chamamos de autofagia, isto é, quando a regra, ela mesma, é incompatível com as próprias condições de sua aplicação. Um exemplo frequente dos manuais de introdução ao direito é o da proposição normativa “proibido pisar na grama”. Na presença de uma outra proposição, do tipo, “é obrigatório entrar pelo jardim”; nos encontramos então ante uma incompatibilidade, qual seja, o conflito de normas.

Perante esta problemática, é inexorável a resolução; afinal, o sistema jurídico como um todo não pode apresentar incompatibilidades que, longe do vocabulário retórico são sempre lidas como contradições e, por isso mesmo, há um perigo em mantê-lo assim. De igual modo, na esfera privada, o desacordo entre essas normas é de obrigatória resolução quando particulares o levam em forma de litígio processual a uma corte. Mas como se resolve essa desconformidade de normas? Há uma dedução dentro da dogmática analítica para se chegar a uma conclusão? Ou dependemos da argumentação para a solucionarmos?

4.2.1.1 Da argumentação da dogmática jurídica.

Como vimos anteriormente, argumentação e demonstração são opostos inconciliáveis. O raciocínio demonstrativo é fundado na ideia de que toda prova se reduz à evidência; e a evidência, em seu caráter irrefutável, não precisaria de prova. Já a teoria da argumentação nos ensina que nem toda prova se traduz em evidência, quando são necessários esforços argumentativos para que haja a adesão de quem se quer convencer.¹⁰⁵ Não só carecem de apoio argumentativo, como às vezes se formam ou se excluem tipos penais ou direitos civis a partir dessa mesma construção. A retórica ajuda a construir mundos; enquanto a hermenêutica, sua outra face, nos ensina a lê-los.

A esse processo de construção de mundo e narrativa no processo judicial, Tércio Sampaio discorre o que ocorre pela ótica retórica e pela vista da teoria dogmática da argumentação jurídica. A primeira etapa é a do questionamento da

¹⁰⁵ FERRAZ JUNIOR, 2018. p. 353.

consistência do conflito enquanto jurídico. É um momento condicionante da cadeia de argumentações posteriores e, basicamente, verifica se há um conflito, e se o problema é solúvel no sistema jurídico; dotado de juridicidade¹⁰⁶. Essa etapa recebeu o nome de *translatio*¹⁰⁷, no vocabulário da retórica antiga¹⁰⁸. Um exemplo dado por Tércio é da possibilidade de se discutir a validade de um documento, numa ação declaratória, que serve de base a uma ação executiva.

Após isso, há o procedimento conjectural, ou seja, que verifica as consistências fáticas das alegações. É feita a ligação entre fato e autor. O ato argumentativo entra aqui questionando “há fato? quem é o autor?”.¹⁰⁹ Essas questões pretendem instaurar a dubiedade na ação, ou seja, anular, enfraquecer ou fortalecer os liames entre fato e autor. Note-se que aqui a mera evidência de quem é o autor é somente ponto de partida, afinal, não se identifica o autor, enquadra-se o fato numa previsão legislada, subsume-se fato à norma, e daí tem-se a decisão, como construía o positivismo lógico. Perguntar quem é o autor já instaura um largo campo de construção narrativa do jurídico, a exemplo: o autor é o que por livre e espontânea vontade decidiu agir? Ou o autor é o autor coagido? Houve consciência, intenção, engano e, portanto, incorreu num erro de tipo ou de proibição? Definições do tipo podem fazer surgir um culpado ou um inocente com o uso da linguagem, mesmo se tratando da mesma pessoa.

O que ocorre nessa etapa não é verificação de algo evidente, mas construção/invenção¹¹⁰ a partir de dados fáticos. Ora, se os fatos fossem evidentes por si sós, não haveria sequer necessidade de argumentação. O decisor somente concatenaria fato e norma, sem a necessidade de defesa ou ataque no processo, que é o que sabemos justamente o que não ocorre, é inclusive, proibido. E a argumentação é princípio tão caro ao Direito que dela nascem várias regras da processualidade (ou seja, as regras do jogo argumentativo).

A exemplo, a paridade de armas, que proporciona igualdade de ataque e defesa no processo discursivo; o princípio do juiz natural, que proíbe um intérprete

¹⁰⁶ Ibid. p. 360.

¹⁰⁷ *Translatio* é o vocábulo que é originado de *trānsferō*, que significa transferir, mover. Aqui ele recebe esse nome por permitir às partes litigantes uma transferência do objeto da discussão para outro, mantendo relação entre os dois, de forma que não se pode discutir um sem que se discuta o outro.

¹⁰⁸ FERRAZ JUNIOR, 2018. p. 360.

¹⁰⁹ Ibid. p. 360.

¹¹⁰ Invenção, ou *inventio/heurésis* é um canône retórico que se traduz como o momento onde se decide o que vai ser falado num discurso.

que fosse demasiadamente afetado pelo *pathos*¹¹¹ do processo, do réu, ou alguma outra parte; a suspeição ou impedimento de juiz ou jurado também permitem maior igualdade interpretativa para as partes; o princípio do contraditório e ampla defesa habilita às partes que possam se defender de qualquer acusação que lhes forem feitas, estabelecendo então homonomia dos movimentos retóricos de um processo judicial.

É, portanto, perceptível - a partir desses exemplos e outros tantos – a imersão do Direito na linguagem e nos atos retóricos, sendo de difícil defesa a tese de que se possa raciocinar de forma dedutiva ou demonstrativa no mundo jurídico. Resta patente, então, uma das contribuições da presente pesquisa, qual seja, a compreensão de que alegar estar interpretando ou pensando de forma lógica, dedutiva, cogente (não há outra alternativa interpretativa que não aquela), e universal, dentro do Direito, são pistas de que quando se argumenta dessa forma, seja intencional ou não, se está utilizando inevitavelmente das vantagens persuasivas que o argumento lógico produz!

Ainda sobre o momento conjectural, Tércio Sampaio classifica as técnicas de ataque e defesa:

O questionamento estrutura as posições de ataque e defesa. O ataque mais forte afirma o fato e relaciona-o ao autor. A defesa mais forte nega ambos. A defesa mais fraca admite o fato, mas nega a autoria, objetando o ânimo, ou as condições de possibilidade, ou o relacionamento causal. Ela introduz, em seu argumentar, uma limitação: “admite-se, mas...”, que nos conduz a um terceiro momento.

É nessa fase do “admite-se, mas outra coisa” que ocorre o momento da *definitio*, igualmente momento de invenção (*inventio*) do discurso, que se assemelha à etapa que introduzimos na página anterior quando falávamos sobre o momento de questionamento de quem é o autor. O jusfilósofo brasileiro, ainda sobre as técnicas da definição, que relacionarão o fato e o seu sentido normativo, comenta que “o ataque mais forte afirma a relação, a defesa forte nega-a, ou então, à medida que uma designação legal é muito desfavorável, a substitui por outra.”¹¹² O ponto central desta discussão é que a definição é sempre partidária¹¹³, ou seja, é sempre dotada de subjetividade - afinal, quem lê e interpreta é um ser humano dotado de subjetividades,

¹¹¹ *Pathos* é uma das três formas de persuasão, segundo Aristóteles. Pode ser traduzido como paixões, ou afetações.

¹¹² FERRAZ JUNIOR, 2018. p. 361.

¹¹³ Ibid. p. 361.

e a sua leitura é inescapável da subjetividade que o compõe. Sendo sempre partidária, a definição é usada no interesse de quem a usa. Aqui voltamos à introdução do trabalho onde assentamos que não há nada em si. Portanto, não há a definição *in itself*, mas há a definição de quem a lê. A interpretação é sempre dependente do utente. Utente este que não revela a definição que é autocontida, mas a definição que contém no próprio utente quando lê a proposição dada.

Daí se estabelece uma relação entre a designação do fato (onomasiológica) e a significação do texto normativo (semasiológica) para produzir adesão do que significado do que se quer definir. Para explicar essas duas expressões, podemos usar um termo objeto desta nossa pesquisa, qual seja, a vontade do legislador.

Uma abordagem onomasiológica procuraria o uso comum da palavra, o conceito/ideia/objeto a qual algum vocábulo se refere¹¹⁴; enquanto a semasiológica se ocuparia do significado¹¹⁵. Na presença da polissemia de um termo, a primeira disciplina mencionada investiga a ideia ou conceito que pode ser expressada através de uma forma linguística (palavra, frase, expressão ou oração).

Nesse contexto, uma pergunta onomasiológica seria “Qual o nome dado para a intenção do legislador que se forma no ato legislativo”? (cuja resposta seria: vontade do legislador ou *voluntas legislatoris*. Ao mesmo tempo, uma pergunta semasiológica¹¹⁶ seria “Quais significados o termo vontade do legislador tem?”.

Ainda no momento da *definitio*, Sampaio leciona com aspas atentas e irônicas que é nesse momento que, na argumentação jurídica, ocorre a “normativização” jurídica da semântica “natural”. Ou seja, naturaliza-se o que não era natural, normativiza-se o que não era norma. Por isso esse processo é tão delicado, rápido, mas importante. Uma vez definido o que se queria definir, no curso do processo, os ventos sopram a favor de quem teve sua definição aceita pelo intérprete, no melhor das hipóteses, sem nem mesmo que ele percebesse que estava adotando uma escolha, e não reconhecendo algo “dado”.

Aqui, a hermenêutica vem cumprir sua função de adesão. Para o procedimento argumentativo dogmático, o que se quer da decisão é que subsuma a

¹¹⁴ GRZEGA, Joachim, SCHÖNER, Marion. **English and General Historical Lexicology: Materials for Onomasiology Seminars**. Germany: Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt, 2007. v. 1. p. 7.

¹¹⁵ Do grego ónoma, que significa nome, palavra. É, portanto, objetivo da onomasiologia o estudo das designações, de como se nomeiam as coisas.

¹¹⁶ Do grego *semasía*, quer dizer “significado”.

designação do fato à significação do texto normativo que foi quista pelo legislador (*voluntas legislatoris*) ou quista pela lei (*voluntas legis*)¹¹⁷. Aqui, pode-se negar que houve essa subsunção; ou pode-se argumentar que essa separação de significado ou a dação de sentido foi feita de forma artificial por uma parte ou mesmo pelo intérprete, o que daria a possibilidade de que a interpretação fosse revisitada.

Interessante também notar que, apesar da flexibilidade que se pode dotar à significação de um termo, ele está sempre adstrito a um campo de razoabilidade. Por isso cada parte, bem como o intérprete, está sujeito a atuar dentro desse campo, tendo que demonstrar de forma convincente a sua definição, recorrer a argumentos que vinculem de forma coerente a intenção com o que se quer firmar; podendo também recorrer a argumentos etimológicos, critérios valorativos dominantes da cultura (*tópoi*)¹¹⁸, além de outros tipos de argumentos que possam ser usados no caso¹¹⁹.

No mais, o que importa aqui é entendermos que “as definições, no discurso decisório, sempre têm caráter persuasivo¹²⁰”; e que um fato ou definição, no Direito, é sempre tributário do seu efeito performático persuasivo para existir no processo e no mundo. Mas por quê? Como um fato não consegue ser suficiente por si só? A argumentação não serviria somente de floreio no discurso, afinal, contra fatos não há provas? Como entender a dependência entre dados da realidade e argumentação, quando a primeira parece ser suficiente por si só? Ora, o juiz-intérprete recebe as provas, subsume à lei e profere seu julgamento.

4.2.1.2 Direito, Performance e Argumentação.

Um fato (ocorrência da realidade) não só depende da argumentação para e da interpretação para existir, como é sempre moldado pela linguagem. Mesmo o que se entende por verdade pelos ontólogos não se faz suficiente no processo se o discurso que o apresenta não estiver adaptado às suas circunstâncias. Circunstâncias essas são o que podem fazer o discurso ter poder – possibilidade de fazer algo. Não só causar adesão, mas o que se queira também com ele, seja espantar, entristecer,

¹¹⁷ FERRAZ JUNIOR, 2018. p. 361.

¹¹⁸ Plural de *topos*, forma grega de lugar comum, repertório de argumentos.

¹¹⁹ FERRAZ JUNIOR, 2018. p. 361.

¹²⁰ Ibid. p. 361.

surpreender, alegrar, causar ânsia; são todos dependentes de anuência. É prudente que, para que um discurso tenha mais capacidade ou sorte de performar seus efeitos, se faça par do que a retórica indica que se tenha que fazer. Atentar ao que se diz, como se diz e quando se diz é fundamental para isso. Considerar o momento correto (*kairós*) – melhor pela palavra no inglês, *timing*. Ter em conta os lugares comuns, valores, costumes, crenças, padrões e rituais do local no momento da fala.

Todos os fatos dependem da adesão do discurso para que existam e atuem os seus efeitos nos ouvintes. Aristóteles escreve no Livro I da Retórica que mesmo o verdadeiro e o justo naturalmente tendo mais valor que os seus opostos, se o discurso não for proferido como deve ser, eles estarão necessariamente comprometidos¹²¹.

Pode-se perguntar, por exemplo, se os elementos do tipo roubo - quais sejam, subtração como conduta típica, coisa móvel como objeto material, a circunstância de a coisa ser alheia como elemento normativo, finalidade de assenhoreamento definitivo para si ou para terceiro e a presença de grave ameaça ou violência – ocorrem no mundo, não é óbvio que é um roubo? Depende de quem ouve e depende de quem fala. Se o Ministério Público o narra como roubo, será roubo até que se ouça a defesa. Mas o Ministério Público também poderia ler a situação como furto, afinal, não teria detectado com consistência a presença da ameaça/lesão no ocorrido; mesmo que o próprio autor do crime houvesse confessado ao seu advogado que se utilizou de violência na ação. Afinal de contas, qual versão é a mais verdadeira? A do Ministério Público ou a do próprio autor? Ou seria o verdadeiro o que se decide disso?

O que queremos mostrar aqui é que se é possível ler um roubo como furto, e um furto como roubo, não há um roubo que é essencialmente um roubo, nem um furto que é essencialmente um furto; afinal de contas, o intérprete averiguaria o que aconteceu e não necessitaria da narrativa de ninguém para ter acesso aos fatos. O que ocorre é que essa narrativa ao invés de ser acessória, é o que forma o próprio fato. Porque se se narra uma subtração de coisa móvel alheia junto de ameaça ou violência, temos até então um roubo; mas se se narra que não houve violência, temos um furto. Se se narra que não houve nem roubo, nem furto, nem violência, temos a formação da negação. O discurso acaba sempre moldando os dados de realidade.

¹²¹ ARISTÓTELES, 2011. p. 42.

Se houvesse algo verdadeiramente evidente, que falasse por si só, não precisaríamos de mais nada. Mas como infere Perelman, a evidência é natural do mundo do raciocínio lógico-matemático, não da argumentação. Por último, propomos o seguinte: se não há roubo que é essencialmente roubo, nem o mesmo com o furto, como pode existir uma vontade que é essencialmente do legislador? Ou uma vontade que é da lei?

4.2.2 Da regra de justiça e da reciprocidade.

A fim de ilustrar melhor a argumentação quase-lógica, trazemos aqui outra forma de ocorrência desse tipo de argumentação. Como define Leibniz; quando diante de dois seres, *a* e *b*, toda afirmação relativa a um deles é equivalente a uma afirmação relativa ao outro, estamos diante de dois seres idênticos. Daí, achamos natural e racional tratar os dois da mesma maneira, pois o contrário nunca seria cabível¹²².

Dessa proposição surge um problema: como sabemos na prática tratar da mesma maneira dois seres ou duas situações diferentes, mas que muito se assemelham uma à outra? Por isso, não se trata de igualdade completa, mas de identificação parcial, onde diferenças podem ser consideradas negligenciáveis e similitudes são consideradas essenciais¹²³.

Perelman ensina que o que é negligenciável ou não depende do fim perseguido. Quando elaboramos normas que visam impor uma conduta a todos os indivíduos que se encontram em determinada situação, o caráter essencial ou negligenciável vai depender do fim desejado pela elaboração da norma. A elaboração comum da norma envolve prescrever que todos os seres que possuem as propriedades previstas em lei serão tratados da mesma maneira, conforme ela mesma determina¹²⁴.

Esse princípio de igualdade expressa uma regra de justiça de categoria formal que se resume a “os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma¹²⁵”. Normalmente considera-se injusta uma forma parcial de

¹²² PERELMAN, Chaïm, 1999. p. 83.

¹²³ Ibid. p. 84.

¹²⁴ Ibid. p. 84.

¹²⁵ PERELMAN, Chaïm. De la justice. In: JUSTICE ET RAISON. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972. p. 256. p. 20

atuação, onde se verificam dois julgamentos diferentes para duas situações semelhantes. A exemplo, Demóstenes diz:

“Pretenderão eles, por acaso, que uma convenção, se contrária à nossa cidade, seja válida, recusando-se, no entanto, a reconhece-la se lhe servir de garantia? É isso que vos parece justo?”¹²⁶ Demóstenes expõe aqui o que é resumido no brocardo em português por “dois pesos e duas medidas”. É percebida uma estrutura lógica por trás de: se A e B são iguais, o tratamento dado a A deve ser dado a B; o que consistiria numa injustiça ou “falta de lógica” operar de qualquer forma diferente.

Assim como a regra de justiça invoca esse conceito basilar do direito para exigir tratamento igual a situações semelhantes, o argumento de reciprocidade assimila dois seres ou situações para mostrar que deve haver tratamento igual na situação ali mencionada. Na lógica formal, os termos *a* e *b*, antecedente e consequente, em uma relação R, podem ser invertidos sem alteração da relação posta, em caso da relação ser simétrica; assim como na multiplicação, a ordem dos fatores não altera o resultado. Nesse tipo de argumento, utiliza-se dessa fôrma lógica para se induzir o tratamento igual a um segundo termo. Dessa forma, mostra-se que a simetria é essencial, que os termos podem ser assimilados igualmente, e que é possível aplicar a regra de justiça a ambos¹²⁷.

Podemos ilustrar essa estrutura argumentativa com as seguintes frases:

“O que é honroso aprender é também honroso ensinar.” Ou o exemplo de um pároco indignado que diz “Não consigo compreender como é que a mendicância pode ser um delito numa sociedade em que a caridade é uma virtude”¹²⁸. Ou mesmo “Não faça aos outros o que não queres que façam a ti.” Percebemos que ao tratarmos dois seres de forma idêntica, soa natural que a afirmação sobre um recaia sobre o outro. É pela naturalidade da formação que pensamos ser racional tratar da mesma maneira seres idênticos.

O direito é uma verdadeira pletora de construções quase lógicas, muitas delas expressas em brocardos latinos. Examinaremos alguns deles aqui:

¹²⁶ DEMÓSTENES. Sur le traité avec Alexandre: Harangues. Paris, v. 2, 1925. § 18.

¹²⁷ PERELMAN, Chaïm, 1999. p. 86.

¹²⁸ Ibid. p. 86.

- a) *Ubi societas, ibi ius*. Famosa frase de Ulpiano no *Corpus Iuris Civilis* que quer dizer onde está a sociedade, aí está o direito. Por trás está o uso entimemático, ou quase-lógico dos termos “sociedade” e “direito” que, por conveniência, ficam a cargo do intérprete a definição deles mesmos no momento da leitura, sendo mais fácil a aceitação da equação posta, já que tende-se a concordar com uma proposição onde você mesmo participa da definição dos termos. Aqui, nos lembra as expressões condicionais presentes na lógica, gramática e semântica-pragmática, que se reduzem à estrutura “se p, (então q)”¹²⁹;
- b) *Tempus regit actum*. Quer dizer: O tempo rege o ato, no sentido de que as coisas jurídicas são regidas pela lei da época que ocorreram. Poderíamos expressar essa proposição de forma “se condição x, tratamento y”, ou, “se p, então q” o que seria uma forma também condicional e cogente de raciocínio. Mas, diferente da lógica que não admite exceção ou solução mediana (dado o princípio do terceiro excluído), aqui, há exceção. Decisões de efeito *ex tunc* têm caráter retroativo e regem os atos a partir do tempo presente, não do tempo do fato. Se se necessita de exceção, fugimos da primeira proposição onde “se p, então q”, já que carece de segundo tratamento onde a primeira equação não aborda. Ou seja, se há exceção, existem dois tratamentos, duas lógicas, e por isso, não se pode impor a regência de uma lógica somente quando existem duas ou mais. A própria existência da exceção é a falência da suficiência de uma única lógica, e impor que alguma coisa na vida, como o processo jurídico, se rege somente da forma proposta é se utilizar da cogência que a argumentação quase lógica oferece para, ao mesmo tempo, instituir um único tratamento e decretar o fim de qualquer discordância que pudesse surgir.
- c) *Qui iure suo utitur, neminem lædit*; Quer dizer: quem usa seu direito, não prejudica ninguém. Dada a complexidade da linguagem, não necessariamente toda proposição de condicionalidade é contida de um “se”, ao menos não de forma aparente. Hirata-Vale nos ensina sobre “quando o quando é se”, e que as construções condicionais não são

¹²⁹ HIRATA-VALE, Flávia Bezerra de Menezes. **A Expressão Da Condicionalidade No Português Escrito Do Brasil: Contínuo Semântico-Pragmático**. 158 f. 2005. - Unesp, Araraquara, 2005. p. 66.

formadas apenas pela presença da partícula “se”, mas que também existem em formas aditivas, disjuntivas, justapostas e temporais¹³⁰. Na proposição “quem usa” contém “se alguém usa”, seguido da consequência “não prejudica”. Novamente, a mesma proposição condicional expressa pela lógica da seguinte forma: $(p \rightarrow q)$.

- d) *In claris non fit interpretatio* ou *In claris cessat interpretatio*; Quer dizer: na clareza (do texto), não se faz interpretação; ou, na clareza, a interpretação cessa. Esse aforisma expressa um lugar comum não somente do direito de que a interpretação é um desvio do que é dado. De que há acesso direto à significação intrínseca de cada uma das coisas do mundo, e que a interpretação é um método que permite alcançar outras formas possíveis de leitura, que fogem em alguma medida da forma evidente de se ver. Curiosamente, essa marginalização da hermenêutica se assemelha à mesma abordagem hostil que se deu à Retórica: tida como fornecedora de floreios estilísticos e fórmulas de comportamento em cortes, praças e demais locais públicos, a Retórica esteve desde o seu início associada à prática do dizer acessório; o que excedia ou não condizia com a verdade das coisas. Mesmo com abundante crítica existente a estes três mencionados (o tratamento pejorativo da retórica e da hermenêutica; e o lugar comum resumido no bordão de que a evidência desemprega a interpretação), estes ainda são tomadas como verdades discursivas, e por isso é necessário esse nosso apontamento. Opera igualmente em forma quase lógica por poder ser expressa na estrutura $(p \rightarrow q)$; dado que “se *evidente*, (então) não cabe *interpretação*).
- e) *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Quer dizer: quando a lei quis, determinou; sobre o que não quis. Não é obrigatório (cogente) a conclusão. Ora, pode ter havido descuido, desatenção do legislador, ou a situação que formou a querela trazida ao Judiciário simplesmente não era possível de existir antes, ou mesmo de ser prevista em forma da hipótese da lei. É possível também ler através do argumento da objeção

¹³⁰ Ibid. p. 139.

ontológica¹³¹, qual seja, de que não há uma vontade da lei. Se não há vontade da lei, não se pode falar que a lei quis. De qualquer forma, o primeiro termo e segundo termo só se vinculam pelo dizer do autor e, por último, pela concordância do leitor. De outra forma: dizer que *a lei quis*, e (então) *determinou*, e a sua formulação contrária, só é verdade porque alguém diz. O elo proposto é criação do autor, e não descrição metodológica de como as leis operam – que, apesar de não ser, funciona no leitor como se fosse.

- f) Da mihi factum dabo tibi jus. Quer dizer: dá-me os fatos, dar-lhe-ei o direito. Parece operar na compreensão de que os fatos são dados colhidos da realidade, e não são processados pela linguagem. Dessa forma, podem ser apresentados e terão em troca o resultado de maneira direta, previsível e segura em forma de direito. Essa permuta de fato por direito parece insinuar algo como uma fórmula matemática onde se insere um valor e se descobre outro, de maneira objetiva. Porém, diferente de um valor numérico a ser inserido numa fórmula, a maneira que um mesmo fato é apresentado pode levar a dois resultados distintos, até mesmo opostos. Nessa equação jurídica, a rítmica da oração “dê-me x, te dou y” ajuda a construir a sensação de retidão que a matemática possui. Pelo todo exposto, parece-nos razoável dizer que funciona como construção causal, do tipo: *se me der x, te dou y*.
- g) Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali. Quer dizer: Não existe crime nem pena sem lei anterior que o defina. É o princípio da anterioridade da lei penal expresso no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal. Poderíamos traduzir a proposição como “se não houver x, não pode haver y”; onde x seria o termo para *lei com tipo penal especificado*, e y seria *crime formado*. É por podermos identificar a expressão em forma rígida de proposição causal que podemos confirmar o seu caráter quase lógico e a sua pretensão matemática. Os argumentos quase lógicos não necessariamente são elaborados desta maneira enxuta, mas é possível reconhecemos e distinguirmos através da análise

¹³¹ NASCIMENTO, Roberta Simões. O argumento da intenção do legislador: anotações teóricas sobre uso e significado. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 167–193, 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p167. p. 188.

retórica quais são os pressupostos que mantém a sustentação de um determinado argumento.

No nosso estudo, pudemos identificar que o caráter de necessidade da lógica formal não consegue perdurar na linguagem, dada à eterna possibilidade de interpretação diversa da forma que quis o autor dos termos. Não somente a isso. Mesmo que perseguida a eliminação da vagueza dos termos de uma proposição, não há uma última etapa a ser alcançada; assim como não se conseguirá aplicar o caráter de necessidade, senão pelo salto do argumento quase-lógico.

Em outras palavras, a presença da possibilidade de um “não necessariamente” em qualquer proposição a impede de se dizer lógica, quando é na verdade puramente linguística, e estará para sempre condenada a se comportar e a atuar no reino da linguagem.

Existem aqui duas funções de se trabalhar com a retórica. Primeiro, a retórica que elabora um argumento quase lógico é uma retórica que precisa ser aprendida por quem com ela deseja trabalhar. Para estar apto a identificar seus movimentos é interessante que se saiba minimamente aprender como ela opera. Para então a segunda função retórica entrar em campo: a de impedimento de (auto) decreto da *ultima verba*. *Ultima verba* é o termo latino para quem põe o último dizer, para quem tem a razão de determinado discurso. Uma retórica que trabalha para que a dialogicidade seja sempre mantida e que ninguém possa transformar a retórica em mera erística é uma retórica de resistência. Essa retórica que age em função da resistência da persuasão é a análise retórica, que acaba sendo também retórica, discurso. Por isso, temos retórica tanto como manutenção da persuasão como resistência à própria persuasão.

4.3 Da voluntas legis e voluntas legislatoris.

Por último, preferimos dedicar um tópico para investigar o argumento da intenção legislativa, que é o ponto central do nosso trabalho. O argumento da intenção legislativa – que funciona como um argumento quase lógico – é conhecido também pelas apresentações em latim, quais sejam: *voluntas legis* (vontade da lei) e *voluntas legislatoris* (vontade do legislador). É um argumento que é amplamente utilizado no

Direito e que apesar de ter perdido seu posto de interpretação principal na hermenêutica jurídica, já que a Escola da Exegese postulava como único dever do intérprete a de descobrir a intenção legislativa do dispositivo a ser aplicado no caso e concatenado ao fato concreto – ainda se encontra repetidamente utilizado tanto na argumentação como na interpretação jurídica.

Esse argumento, como qualquer outro, deseja no melhor dos casos, induzir ou controlar como o intérprete/ouvinte/leitor o receberá. Na argumentação da intenção legislativa, isso não é diferente. Giovanni Tarello em *La Interpretación de la ley* ao comentar que esse argumento foi muito valorizado pela cultura positivista ocidental, revela que o uso da intenção legislativa na França com a Escola da Exegese era uma forma de lealdade a Napoleão e depois pela preservação do seu trabalho legislativo. Na Alemanha não foi diferente, mas por razões outras. A utilização germânica era fruto dos juristas liberais que eram desconfiados da interpretação histórica que pudesse ser aplicada.¹³²

De qualquer forma, percebemos desde então que quando se usa de um sistema hermenêutico, como na Escola da Exegese, por trás estão argumentos, figuras e lugares-comuns de noção de como deve ser executada a interpretação. Trataremos então de debulhar um pouco do que se fala quando se fala de vontade da lei ou do legislador.

Primeiro, quando falamos ou escrevemos sobre vontade da lei/legislador, sobre o que exatamente estamos a falar? Existe um legislador único? Ou existem legisladores da Câmara e do Senado? O que definiria essa vontade? Seria a maioria dos legisladores que votaram e aprovaram determinada lei? Ou seria o(s) legislador(es) constituinte(s) responsáveis por essa vontade - já que a Constituição Federal permanece no topo da pirâmide kelseniana e é quem contém o bojo de normas e princípios guias de todo o resto da pirâmide? Estaria também a vontade do legislador expressa através do Supremo Tribunal Federal, já que é o guardião da Constituição? Estaria essa mesma vontade expressa no eleitorado atual que elegeu os legisladores de agora ou essa vontade seria um dado histórico, referente à legislatura que aprovou determinada lei? Seria a vontade tácita ou expressa? Se expressa, onde a encontraríamos? É possível acessá-la? Se sim, como? E ainda, mesmo se acessível e verificável, ela importa à interpretação jurídica? Em que nível?

¹³² TARELLO, 2013. p. 328.

Deve ser o primeiro escrutínio ou objeto para dirimir eventuais desacordos da interpretação?

Todas essas perguntas problematizam algumas das dúvidas que podem ser postas quando se fala da vontade da lei/legislador. Faz-se nota que a vontade da lei e a vontade do legislador não são uma coisa só, mas por motivos de praticidade, aqui aglutinamos ambos os termos ora como “vontade da lei/legislador”, ora como “intenção legislativa”.

Sobre as questões postas, elas representam objeções que podem ser divididas em 3 tipos: (1) a objeção ontológica: que questiona acerca da existência dessa intenção legislativa como coisa; (2) a objeção cognitiva: que ao admitirmos a existência dessa coisa chamada vontade da lei/legislador, questiona se é possível acessá-la de alguma forma; e, por último, a (3) objeção do desinteresse (ou irrelevância) que questiona se essa vontade interessa à hermenêutica jurídica ou se é relevante ou até mesmo vinculante ao intérprete¹³³.

Segundo Roberta Nascimento, essas objeções mencionadas resultaram no pouco prestígio desse tipo de argumento na teoria moderna da interpretação jurídica¹³⁴. Não acreditamos ser inteiramente o caso, já que o nosso próprio objeto de estudo do trabalho, a ADPF 54, contém 24 menções a esse argumento; que estrutura o argumento central da fundamentação do acórdão do *case* mencionado. Além de ser decisão de data moderna e de importante repercussão, é facilmente verificável que esse argumento ainda é amplamente utilizado por operadores, pesquisadores e intérpretes do direito.

Essas objeções são o resumo das principais críticas feitas a esse argumento desde o seu primeiro uso até hoje. Quanto à definição doutrinária ou acadêmica, não restam acordos, já que a primeira cisão reside na própria existência do conceito. Pierluigi Chiassoni define que a interpretação subjetiva seria a correspondente à *voluntas legislatoris*, enquanto a interpretação objetiva seria a *voluntas legis*.

Já para Guastini, o significado subjetivo nada mais é do que o resultado de uma conjectura sobre a intenção do legislador, “intenção derivada não do texto

¹³³ NASCIMENTO, 2021. p. 188.

¹³⁴ Ibid. p. 169.

enquanto tal, mas na verdade de elementos extralinguísticos, como os trabalhos preparatórios, o contexto político e similares”.¹³⁵

A definição de Chiassoni nos parece razoável e fornecedora de mediania nesse mar de debates. Ele diz que o argumento da intenção seriam “conjecturas plausíveis sobre qual é o significado que o legislador atual teria querido atribuir, ou sobre qual é a finalidade que teria querido alcançar, se houvesse produzido aqui e agora a disposição de que se trata”.¹³⁶

Sobre o que a ideia da intenção legislativa poderia remeter, Chiassoni escreve que o significado da vontade da lei/legislador pode remeter ao significado *desejado* pelo legislador; ou ao significado *sugerido* pela *finalidade que o legislador quis alcançar* através da disposição que se quer interpretar.¹³⁷ Quanto à noção de legislador, ele escreve que pode se pensar no (1) legislador ideal: o bom legislador, o racional; no (2) legislador histórico: não o ideal, mas real e concreto; e no (3) legislador atual: o legislador real.¹³⁸

O argumento em questão, além de possuir muitas definições e debates sobre, possui diversas finalidades. A exemplo: para Giovanni Tarello, ele serviria “antes para descartar interpretações contrárias, que manifestamente vão contra a vontade dos autores da lei, se houver indicações nos materiais preparatórios, ou seja, o argumento empiricamente informado permitiria refutar uma interpretação aparentemente plausível da lei.”¹³⁹ Por isso, concordamos no dizer de Tarello de que o argumento de intenção é apenas mais um, sem qualquer prevalência em relação a outros.¹⁴⁰ Nessa mesma linha, MacCormick escreve que a intenção seria uma “forma retoricamente eficiente e legítima de apresentar uma conclusão sobre a interpretação mais razoável em um contexto, não um argumento adicional sobre o assunto”.¹⁴¹

O que queremos trazer à discussão, no momento, é o conceito de que fundamentar um argumento pela vontade da lei/legislador é um meio hábil de se postular – implicitamente ou não – que essa vontade é preferível às outras, ou que

¹³⁵ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Tradução: Silvina Álvares Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 106. (tradução nossa).

¹³⁶ CHIASSONI, Pierluigi. **Técnicas de Interpretación Jurídica Breviario para juristas**. Tradução: Pau Luque Sánchez; Maribel Narváez Mora. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 97. (tradução nossa).

¹³⁷ Ibid. p. 95.

¹³⁸ Ibid. p. 95.

¹³⁹ NASCIMENTO, 2021. p. 172.

¹⁴⁰ TARELLO, 2013. p. 328.

¹⁴¹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Conrado Hubner Mendes; Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2008. p. 182.

tem maior importância, ou utilidade ao caso. De qualquer forma, é difícil imaginar que alguém lance mão de um argumento dizendo que ele não tem tanta relevância assim; pelo contrário.

Aqui fazemos o caminho inverso da ênfase que a retórica opera num argumento. Como Narbal Fontes constrói em seu texto “Racionalidade retórica e argumentativa”, ele nos ensina citando Perelman que a retórica é uma verdadeira lógica das preferências ou do preferível¹⁴². E continua ao dizer que o “seu campo de atuação é gigantesco, o imenso campo do pensamento não-formalizado¹⁴³ que

inclui escolhas das mais sutis às mais sofisticadas, desde profissão, tipo de automóvel, de moradia, de roupas, de estilo. Inclui as opções por este ou aquele autor, esta ou aquela corrente filosófica, este ou aquele percurso bibliográfico, etc. Em todas essas escolhas, vislumbra-se a possibilidade de se ter uma razoável justificativa que apenas comprova os âmbitos infintos e tentaculares da argumentação retórica.¹⁴⁴

Nesse sentido, Perelman escreve que as definições são escolhas e que tudo aquilo que se assemelha ao natural (ou é percebido como tal) é mais persuasivo, em contraste ao artificial¹⁴⁵. O argumento quase lógico apoia num par filosófico¹⁴⁶ que seria o do natural/artificial. Ao apontar que a interpretação ofertada segue a da vontade da lei/legislador, o discurso monta uma noção implícita de naturalidade, ou seja, de que ele está obtendo um dado de realidade e que esse processo é nada mais do que natural. Para que a interpretação ali proposta por quem escreve cause adesão, é necessário que esta argumentação esteja fundada num contexto específico, seja histórico, literal-gramatical, teleológico, entre outros.

Portanto, seu sentido depende sempre de contexto, mas sem a análise retórica, aparenta ser um dado da realidade. Por isto, Narbal nos lembra com acurácia da função de resistência da análise retórica, quando diz que “só a análise retórica das pré-persuasões pode resistir à retórica do dado que quer impor uma única legibilidade

¹⁴² PERELMAN, Chaïm. Lógica e retórica. In: RETÓRICAS. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 69.

¹⁴³ PERELMAN, Chaïm, 1999. p. 173.

¹⁴⁴ MARSILLAC, 2011.p. 280.

¹⁴⁵ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, 2014. p. 500.

¹⁴⁶ Pares filosóficos são formas argumentativas de dissociar a realidade a partir de dois termos, permitindo ao intérprete aprender e fazer a própria dissociação induzida. São exemplos de pares filosóficos opinião/verdade; subjetivo/objetivo; meio/fim; aparência/realidade; interpretação/texto, entre vários outros.

do mundo e de nós mesmos pela correspondente ex-posição do processo persuasivo e pré-persuasivo implícito.”¹⁴⁷

Uma outra tratativa interessante da análise retórica acerca do argumento da intenção legislativa é a de que esse argumento é um oxímoro¹⁴⁸. Kenneth Shepsle defende que essa vontade da lei/legislador é uma expressão contraditória. Dizer que existe uma intenção legislativa é lidar com um mito, qual seja, a existência de um legislador ou o legislador e, por isso, se comete uma falácia ao personificar uma coletividade.¹⁴⁹ Não é à toa o título de seu texto em que escreve sobre essa tese: *Congress is a “they”, not an “it”: legislative intent as oxymoron*.

Ou seja, dar intenção a um grupo como se fosse uno, quando na verdade a própria ideia de grupo é uma metáfora de que o “eles” (grupo) é um isso (coisa). Atribuir vontade a uma coisa para Shepsle é tão paradoxal quanto qualquer outro oxímoro. Essa tese dá força ao argumento cético contra a intenção legislativa que diz que a noção de um legislador é mera *ficção*, e de que não existe tal pessoa como um só legislador. Por conseguinte, uma coletividade (como um parlamento) não pode ter intenção.¹⁵⁰

No sentido ficcional do termo, Neil MacCormick consegue ser preciso em seu desvelamento do argumento, quando escreve o seguinte:

Não se trata, portanto, de uma “intenção” descoberta como um fato histórico a partir de elementos externos aos materiais colocados à interpretação e às suposições comuns que a comunidade de intérpretes pode fazer sobre o processo racional de produção do Direito. Trata-se de um instrumento heurístico interno à interpretação jurídica, **não um dado novo acrescentado de fora**.¹⁵¹ (grifo nosso)

Perelman também faz uma abordagem retórica do argumento em seu livro *A Lógica Jurídica e a nova retórica*. Ele aponta que ao invocarmos a intenção legislativa, nos referimos a uma intenção presumida, e às vezes totalmente fictícia, que é atribuída a um legislador razoável.¹⁵² Quando Perelman critica o argumento em

¹⁴⁷ MARSILLAC, 2021a.p. 17.

¹⁴⁸ Oxímoro é a figura retórica (em grego ὀξύμωρον), que relaciona numa mesma sentença expressões contrárias ou paradoxais. Como exemplo: silêncio ruidoso, queimor gelado, insustentável leveza, amor odioso, clara escuridão, entre outros.

¹⁴⁹ SHEPSLE, Kenneth. Congress is a “they”, not an “it”: legislative intent as oxymoron. *International Review of Law and Economics*, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 239–256, [s. d.]. Disponível em: [https://doi.org/https://doi.org/10.1016/0144-8188\(92\)90043-Q](https://doi.org/https://doi.org/10.1016/0144-8188(92)90043-Q). p. 244.

¹⁵⁰ NASCIMENTO, 2021. p. 176.

¹⁵¹ MACCORMICK, 2008. p. 179-180.

¹⁵² PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Santiago, Chile: Olejnik, 2019. p. 62.

questão, ele acusa que o seu uso leva a uma concepção estática da lei. Há uma estratégia argumentativa aí que quer tornar concreto o que é volátil; e que pode ser utilizado tanto pelo legislador como pelo intérprete e pelas partes de um litígio judicial.

Outra crítica apontada por Perelman é a de que essa ficção criada em forma de vontade permite que se naturalize e se convença a todos de que a vontade ali alegada é a do legislador, quando na verdade é a vontade pessoal do intérprete. Por fim, percebe-se que Perelman atribui uma função bastante retórica à intenção legislativa, e a considera como mera presunção.

4.3.1 Da intenção legislativa como argumento quase lógico.

Tratadas as definições, críticas, aprofundamentos e minúcias implícitas acerca do argumento, podemos explicar como o argumento da intenção opera de maneira quase lógica.

Mesmo com as divisões filosóficas e doutrinárias das ideias suscitadas a cada uso do termo em questão - como já vimos que pode se falar de um legislador ideal, histórico ou atual – na prática, essa distinção não é feita, cabendo a cada situação uma interpretação de qual legislador, parlamento, vontade se trata. Assim sendo, quando se fala do argumento da intenção, se usa de um lugar-comum ou uma noção geral sobre a intenção legislativa que às vezes, à escolha de quem usa, pode ser aprofundada na argumentação para definir do que se fala quando se fala. Esse aprofundamento tem intenção de causar maior adesão, para que o leitor-intérprete se convença de que essa foi/é realmente a vontade da lei/legislador.

O argumento da intenção legislativa nos parece funcionar da forma descrita a seguir. Ao mencioná-la, há uma estrutura implícita que pode ser descrita igualmente como um argumento de reciprocidade. O que se coloca é que “*se o legislador assim o quis, assim deverá ser*”. Um dos motivos pelo qual essa asserção consegue muito fortemente causar adesão é pela baixa complexidade da proposição e pela boa relação entre os termos primeiro e segundo. É uma relação que pode ser resumida para “*se X quis, da maneira de X deverá ser*” e, por fim, se encerra à relação “*se p, então q*”.

4.3.2 Da intenção legislativa como entimema.

Por último, achamos necessário apontar a estrutura entimemática do argumento da vontade da lei/legislador. Na visão clássica, o entimema seria uma operação silogística com uma das premissas ocultas; enquanto o silogismo contaria com a explicitação de todas as suas premissas.¹⁵³ O exemplo mais citado quando se explica o silogismo é o do sistema de três frases a seguir:

Todos os homens são mortais.

Sócrates é um homem.

Logo, Sócrates é mortal.¹⁵⁴

Quando um exemplo para o entimema seria “Sócrates é mortal porque ele é humano.”¹⁵⁵ O que acontece no entimema citado é que a primeira premissa (a premissa maior) foi oculta. Mas aqui, diferente da dedução estritamente lógica, o processo não é impositivo (apesar de parecer e querer ser). Por isso, é sempre possível que possa ser contestada com um outro argumento de mesma força¹⁵⁶.

A argumentação entimemática apoia sua força na abertura interpretativa que cada palavra pode ter. Geralmente o orador pensa quais são os lugares comuns (*tópoi*) de seu auditório para que o discurso tenha maior adesão. Como cada verbete, termos e expressões podem possuir diferentes significações, a possibilidade de falha e/ou de ganho do discurso aumentam. Como ilustração, podemos pensar num missionário que prega em seu culto e que deseja fazer um discurso reflexivo sobre o luto. Se ele profere uma frase como “*Quem aqui já perdeu uma pessoa muito querida, e que a dor dessa morte se arrasta até hoje?*”, é provável que ele consiga a adesão de muitos dos presentes, já que cada um deles irá pensar na perda sofrida de uma pessoa amada. Já se o mesmo missionário opta por dizer “*Quem aqui já perdeu uma pessoa muito querida, e por pessoa querida não quero dizer qualquer pessoa que amamos, mas alguém com quem nos relacionamos por décadas da nossa vida.*”; é provável que esse discurso gere muito menos persuasão. Ao definir o termo “pessoa

¹⁵³ LIMA, 2007.p. 163.

¹⁵⁴ MILL, John Stuart. **A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, Being a Connected View of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation**. 3. ed. London: John W. Parker, 1851. p. 190.

¹⁵⁵ MADDEN, Edward H. The Enthymeme: Crossroads of Logic, Rhetoric, and Metaphysics. *The Philosophical Review*, [s. l.], v. 61, n. 3, p. 368–376, 1952. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/2182321>. p. 370.

¹⁵⁶ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Tradução: Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 170.

querida” por “alguém com quem nos relacionamos por décadas da nossa vida”, ele restringe a identificação que é causada no auditório, e com isso perde possíveis aderentes do discurso.

Pedro Parini complementa a explicação sobre a argumentação entimemática da seguinte forma:

A argumentação entimemática, quando mantém subentendida uma de suas premissas, não o faz por um escopo fraudulento ou para esconder um vício do raciocínio. **A omissão tem um objetivo funcional de simplificação dos argumentos.** O significado não expressado da premissa oculta depende, pois, da bagagem de um prévio conhecimento empírico e lógico mesmo que apenas intuitivamente. Chega a parecer paradoxal deixar de revelar todos os componentes de prova do discurso para torna-lo mais claro e compreensível. **Mas os limites do provável e do verossímil se impõem ao discurso jurídico de maneira tal que a supressão das premissas na construção dos argumentos torna-se o principal elemento possibilitador de um consenso.** (grifos nossos)

É nesse silêncio do primeiro exemplo, que não se define com exatidão tudo o que o orador pensa ou quer dizer, que ele gera convencimento. Esse vazio de definição permite que cada um crie a sua própria forma de entendimento sobre o que foi tomado por consenso.¹⁵⁷ É nesse sentido que Parini leciona que “o que caracteriza o entimema é a sua fundamentação na verossimilhança e na probabilidade, que por sua vez é possibilitada pelo silêncio.”¹⁵⁸ Os discursos, então, possuem sempre “noções com sentido variável” (sempre interessado) para quem faz análise retórica, mas “discursos objetivos sobre dados da realidade” para quem não realiza essa análise.

Perelman/Tyteca argumentam nessa linha que o real ou irreal são adjetivos da apreciação humana.¹⁵⁹ Ou seja, não há que se falar em objetividade ou realidade em si, independente da linguagem e da argumentação. Objetividade é apenas o discurso cujas escolhas foram feitas para um determinado auditório e cuja adaptação resultou positiva.

Pensando nesse uso da argumentação entimemática no direito, Parini pontua que a lógica formal assume muito mais uma função persuasiva do que realmente explicativa ou fundamentadora.¹⁶⁰ Dessa forma, podemos dizer que se os instrumentos da lógica formal servem apenas como meio estratégico de

¹⁵⁷ LIMA, 2007. p. 167.

¹⁵⁸ Ibid. p. 167.

¹⁵⁹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 474.

¹⁶⁰ LIMA, 2007. p. 162.

fundamentação do discurso jurídico (ou de meio hábil para obter persuasão); no fundo, existe somente uma lógica aparente. E é dessa lógica aparente a que chamamos de argumento quase lógico.

5 DA ANÁLISE RETÓRICA DA INTENÇÃO LEGISLATIVA NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54.

5.1 O que é uma arguição de descumprimento de preceito fundamental?

A arguição de descumprimento de preceito fundamental está prevista no § 1º do art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e disposta na lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. É um instrumento de modelo concentrado de controle de constitucionalidade que pode examinar impugnação ou questionamento direto de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, como também pode acarretar uma provocação a partir de casos concretos, que resultem na impugnação de lei ou ato normativo.

Nos termos da lei nº 9.882/99, a arguição cabe para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Conforme o parágrafo único do art. 1º, também cabe a ADPF quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição Federal de 1988 (direitos pré-constitucionais).¹⁶¹

É uma forma de completar o sistema de controle de constitucionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal, já que as questões não abarcadas na esfera do controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação declaratória de constitucionalidade) a poderão ser objeto de exame nesse procedimento.¹⁶²

Esse instrumento jurídico consegue sanar uma lacuna do sistema constitucional brasileiro, na medida que permite que controvérsias relevantes

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 1.917.

¹⁶² Ibid. p. 1.917.

relacionadas a direitos pré-constitucionais sejam solucionadas pelo STF com eficácia geral e efeito vinculante no âmbito de um processo objetivo.¹⁶³

5.2 Sobre o caso estudado: da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde em 17 de junho de 2004, indicou haver vulneração da dignidade da pessoa humana; do princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade; do direito à saúde (todos da Constituição da República Federativa do Brasil) nas figuras penais gravadas nos artigos 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal; havendo violação dos preceitos fundamentais invocados pela aplicação dos referidos dispositivos do Código Penal no sentido de que é proibido efetuar a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencefálicos, patologia que torna absolutamente inviável a vida extra-uterina.

Nela, argumenta-se, de forma breve, que antecipação terapêutica do parto não é aborto. A argumentação segue ao dizer que na gestação de feto anencefálico, não há vida humana viável em formação e, já que apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo de aborto, não haveria tipo penal a ser caracterizado na antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico.

À época, foi feito pedido cautelar para que fosse concedida medida liminar para suspender o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os dispositivos do Código Penal já mencionados, nos casos de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos. Igual medida, foi requerido o reconhecimento do direito constitucional da gestante de se submeter ao procedimento referido, desde que atestado por médico habilitado a presença da anomalia descrita na ação.

O pedido principal é o de que seja julgado procedente, portanto, a declaração de inconstitucionalidade (com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante) da interpretação dos dispositivos legais em questão como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, reconhecendo o

¹⁶³ Ibid. p. 1.918.

direito subjetivo da gestante se submeter a tal procedimento sem a necessidade de prévia autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

Como pedido alternativo, foi requerido que a peça fosse recebida como ação direta de inconstitucionalidade, considerando que o que se pretendia era a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal.

Na petição inicial, não se menciona os termos vontade da lei/legislador, a não ser em breve trecho, parágrafo 32 da peça, que se escreve:

A liberdade consiste em ninguém tem de submeter-se a qualquer vontade que não a da lei, e, mesmo assim, desde que seja ela formal e materialmente constitucional. Reverencia-se, dessa forma, a autonomia da vontade individual, cuja atuação somente deverá ceder ante os limites impostos pela legalidade. De tal formulação se extrai a ilação óbvia de que tudo aquilo que não está proibido por lei é juridicamente permitido. (grifo nosso).

Mas, apesar da menção à vontade da lei, não chega a ser exatamente uma fundamentação baseada nesse instituto, de forma que a justificação montada através do argumento se encontra no inteiro teor do acórdão, que será objeto de nossa análise. Esse dado é interessante na medida em que nos ajuda a perceber que a argumentação jurídica não só está presente nas peças, sustentações e alegações entre as partes, mas também nos fundamentos postos nas decisões proferidas pelos intérpretes. É não só dever jurídico do intérprete explicitar os argumentos que levem àquela conclusão;¹⁶⁴ como é ônus linguístico-retórico que a decisão esteja bem fundamentada, sob pena de quanto menor a persuasão causada pela decisão, maior o grau de recorribilidade dela.

5.3 Sobre a decisão.

Queremos agora centrar nossas discussões nas proposições do Inteiro Teor do Acórdão da ADPF 54. O que se discute no caso em questão é se a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos seriam condutas que se encaixam nos

¹⁶⁴ LIMA, 2007. P. 165.

artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal. Para nos orientarmos acerca desses tipos penais, apresentamos aqui o texto destes artigos em específico:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.¹⁶⁵

Conforme consta nos Informativos de 9 a 13 de abril de 2012 do Supremo Tribunal Federal, o Plenário do Supremo julgou, por maioria, procedente o pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, declarando a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do CP. Prevaleceu o voto do relator, o Ministro Marco Aurélio e foram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (esse último presidente da Corte à época) que julgavam o pedido improcedente.¹⁶⁶

A decisão foi proferida entre os dias 11 e 12 de abril de 2012. Antes, o Min. relator havia acionado o § 1º do artigo 6º da Lei nº 9.882/99, visando a proporcionar a participação em audiência pública das entidades representativas de diversos segmentos sociais, religiosos e científicos, incluindo as que tiveram indeferido o pedido de intervenção no processo como terceiro. As sessões ocorreram em 26 e 28 de agosto de 2008 e em 4 e 16 de setembro imediato¹⁶⁷. Convém relatar que a

¹⁶⁵ BRASIL. **Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848**. Brasília, DF: 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

¹⁶⁶ FEDERAL, Brasil. Supremo Tribunal. **Informativo nº 11**. [S. l.], 2012b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm#ADPF> e interrupção de gravidez de feto anencéfalo – 26. Acesso em: 15 jan. 2022.

¹⁶⁷ FEDERAL, Brasil. Supremo Tribunal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Relator: Min. Marco Aurélio, 2012a. pp. 433. p. 20.

Advocacia-Geral da União se manifestou no sentido da procedência total do pedido formulado na inicial. Igualmente, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo acolhimento integral do pedido.

O Min. Marco Aurélio considerou imprescindível delimitar o objeto sob exame. Ressaltou então que o pleito da requerente seria o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se a antecipação terapêutica de parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado, sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. Após fez destaque à menção feita pela arguente ao fato de que ali não se postulava a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais em comento, o que os excluiria do sistema jurídico.¹⁶⁸

A seguir, ressaltou que o pleito tratava tão somente que os referidos enunciados fossem interpretados conforme a Constituição. E, por isso, exprimiu ser destoante veicular que o Supremo examinaria a descriminalização do aborto, especialmente porque existiria distinção entre aborto e antecipação terapêutica de parto, conforme o ministro.¹⁶⁹

O ministro relator reputou então expressões como “aborto eugênico”, “eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, em razão do viés político-ideológico que a palavra eugenia carrega. Em seguida apresentou que o conflito ali posto estaria como o confronto entre os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os de parte da sociedade que desejasse proteger todos os que a integrariam, independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência.¹⁷⁰

O ministro Marco Aurélio Mello comentou que o tema do caso envolveria a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Ressaltou então que não haveria colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. Citou que o STF já tinha sido instado a se manifestar sobre o tema no *Habeas Corpus* 84025/RJ (DJU de 25.6.2004), mas que a Corte havia alegado prejudicialidade do *writ* em virtude de que o parto e o falecimento do anencéfalo já teriam ocorrido antes do julgamento.

¹⁶⁸ FEDERAL, 2012b.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Ibid.

O ministro relator também assinalou que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo “não se coadunaria com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.”¹⁷¹

5.4 Da análise retórica dos termos vontade da lei/vontade do legislador no acórdão.

No Inteiro Teor do Acórdão, são feitas ao todo vinte e quatro citações à expressão “vontade do legislador”; uma citação à expressão “vontade do Legislativo”. Além disso, menciona-se nove vezes a expressão “vontade do povo”, uma vez a expressão “vontade da entidade detentora do poder de determinar toda a estrutura social” em referência ao Poder Legislativo; também uma vez a “vontade da liderança governista ou a da oposição” em questionamento sobre o que seria a vontade do legislador; uma vez a expressão “vontade do poder legitimado”; uma vez a expressão “vontade do rei”, em explicação sobre o Poder Judiciário não estar mais submetido à realização da vontade da lei, mas ao que diz a lei, ou seja, dando a entender que há a vontade da lei e que ela é literal em sua expressão. No total, identificamos trinta e seis menções a formas metafóricas da vontade de alguém/alguma coisa.

Aqui na pesquisa, focamos em oito citações que nos chamaram a atenção. A primeira citação que encontramos se encontra no voto da Ministra Rosa Weber onde aponta que seria possível discutir a questão com fulcro em quatro linhas argumentativas:

(i) atipicidade da antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia, quanto ao crime de aborto; (ii) **vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude**; e (iii) ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico. A sopesar, ainda, à luz da causa de pedir aberta própria dos processos objetivos, o fundamento adicional trazido da tribuna, qual seja, o de que a criminalização da interrupção da gestação de feto anencéfalo, ou de feto sem viabilidade de vida extrauterina, implica violação de direito fundamental da mulher no tocante aos chamados direitos reprodutivos.¹⁷²

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid.

Sobre o segundo ponto, a Ministra Rosa Weber disserta sobre a vontade do legislador na ausência da anencefalia como causa de excludente de ilicitude.¹⁷³ Ela inicia informando a necessidade de se analisar o fato do legislador supostamente ter retirado, de forma deliberada, a anencefalia do rol das excludentes de ilicitude do crime de aborto no art. 128 do Código Penal. Em seguida, comenta que o argumento da vontade do legislador não pode ser ignorado, mesmo que a interpretação histórica em seu caráter subjetivo não tenha tanto relevo, além de estar em jogo preceito anterior à Constituição de 1988, fundamento de validade de todas as normas integrantes do ordenamento jurídico em vigor.

Podemos ver na citação abaixo a sua tratativa histórica em relação à vontade legislativa:

Contudo, no caso dos autos **o argumento da vontade do legislador não pode ser simplesmente ignorado**, ainda que sabidamente a interpretação histórica, pelo caráter subjetivo e pelo influxo da passagem do tempo autorizador da releitura dos enunciados normativos (basta lembrar o fenômeno das mutações constitucionais), não se revista de maior relevo e esteja em jogo preceito muito anterior à Constituição de 1988, fundamento de validade de todas as normas integrantes do ordenamento jurídico em vigor (Kelsen). E isso porque a tese esgrimida se escora na premissa de que rejeitada voluntariamente no processo legislativo a exegese perseguida na presente ADPF. Assim, ao optar, o legitimado para tomar as decisões políticas e valorativas do país, de modo a vincular todos os demais, por não considerar a anencefalia caso de excludente de ilicitude, teria pretendido abranger a interrupção da gravidez de anencéfalo no tipo do aborto. Desse modo, a antecipação do parto, em tal circunstância, seria sim fato típico e, conseqüentemente, não haveria espaço para falar em interpretação extensiva do art. 128 do Código Penal, limitado que teria sido intencionalmente o seu alcance.¹⁷⁴ (grifo nosso).

Ou seja, em sua interpretação, é automática a sua assimilação do termo vontade do legislador com o legislador histórico; como vimos, o legislador (entendido aqui como figura única) e histórica (entendido como o legislador que elaborou os artigos em debate do Código Penal, e não o legislativo composto na atualidade).

Na hipótese levantada de que o legislador poderia ter considerado incluir ou excluir do rol das excludentes de ilicitude, a Min. Rosa Weber afirma que a vontade do legislador aqui é no mínimo questionável, à medida em que essa excludente não foi considerada puramente pela deficiência tecnológica em 1940 para o diagnóstico seguro de má-formação. Em seguida, relembra que o Código Penal data de 1940,

¹⁷³ FEDERAL, 2012a. pp. 112.

¹⁷⁴ Ibid. pp. 112-113.

enquanto o uso da ultrassonografia data da época de noventa. E, por isso, o argumento não se sustentaria. Aqui o trecho debatido:

Enfrentada a *quaestio* sob esse ângulo, o rumo do discurso deve ser outro, para a demonstração de que, nesse caso, a **vontade do legislador é no mínimo questionável**. Com efeito, em ordenamento jurídico em que o estupro - quando dele resulta gravidez mesmo que de feto absolutamente viável-, é excludente de ilicitude do aborto (CP, art. 128, II), a presunção é de que como tal não foi contemplada a anencefalia unicamente em razão da deficiência tecnológica, em 1940, para o diagnóstico seguro da má-formação. Como se sabe, data de 1940 o Código Penal – Lei nº 2848, de 07.12.1940 -, e o uso da ultrassonografia, apenas da década de noventa. Nessa linha, entendo que o argumento não se sustenta. (grifo nosso)

O que é importante de ser apontado nesse trecho, sob a ótica da análise retórica, é que apesar de fazer sentido o que a ministra sustenta (e ressaltamos que a proposta não é de fazer juízo de valor se algo está certo ou errado, faz sentido ou não), queremos apontar como se constrói o discurso, porque é entendendo como a persuasão age que podemos ter ciência, em alguma medida, do que se quis fazer com o discurso, e construir resistência ao processo de ler ou ouvir um enunciado como verdadeiro e natural, à medida que a análise desterritorializa ou causa estranheza no que antes era natural, óbvio e verdade.

Quando a ministra presume que a anencefalia não foi contemplada, ela dá razões para que a sua própria presunção se torne verdade discursiva, e não permaneça somente como presunção, desqualificada. Esse geralmente é o seguimento que se dá na argumentação, e que se torna mais implícito quanto mais persuasiva e adaptada a argumentação for; porque “é como se a retórica fosse mais bem sucedida justamente na medida em que não é percebida como retórica.”¹⁷⁵

Após tratar da dubiedade do argumento da vontade legislativa, ela volta a analisa-la. Começa a refletir sobre a vontade do legislador, que teria como pressuposto que a intenção do Poder Legislativo deveria ser preservada; além de que o querer do legislador deveria vincular a ação dos indivíduos em sociedade:

A tese fundada na vontade do legislador tem como pressuposto a de que a intenção do Poder Legislativo há de ser preservada. E isso porque o querer do legislador, e não o do juiz, é que deve vincular a ação dos indivíduos em sociedade, uma vez que o Legislativo é a Casa dos representantes dos sujeitos a quem a lei se destina. Logo, preservar a vontade do legislador como elemento de legitimidade é respeitar a separação

¹⁷⁵ LIMA, Pedro Parini Marques de. **A Metáfora do Direito e a Retórica da Ironia no Pensamento Jurídico**. 383 f. 2013. - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, 2013. p. 35.

dos poderes, para que não haja sobreposição de funções e se evite o arbítrio nas decisões.

Novamente, a pressuposição da ministra sobre o que é a vontade do legislador quer se fazer verdadeira, e tomar ciência disso é tomar ciência, de alguma forma, do processo argumentativo que age sobre nós. Acima, ela faz menção a uma vontade legislativa que parece una, acessível epistemologicamente e não mais desinteressante, já que é o que começa a tratar pelas próximas dezenas de páginas do seu voto.

Nas próximas páginas, a ministra retoma a história da concepção do estado moderno, da tripartição de poderes e minúcias sobre esse processo histórico, para chegar através de uma linha de raciocínio no seguinte tópico: que o Poder Legislativo é reflexo da escolha popular; e que se “as Constituições eram vistas principalmente como documentos de organização de vida política, de forma que seus princípios ou declarações de direitos representavam direcionamentos de ideais a serem realizados pelo próprio Legislativo”¹⁷⁶, não há como descartar a vontade do legislador com a objeção de desinteresse; sendo necessária a sua observação, mesmo que não seja de forma primária e vinculante.

Após, segue examinando a figura da vontade do legislador, dessa vez apresentando a perspectiva exegética da separação dos poderes; onde o modelo liberal de Estado sustentava que o Legislativo seria o único legitimado para determinar condutas e restrições e, por isso, só o que “ele quer” poderia ser conteúdo da lei. Nessa perspectiva, ao juiz só era permitida a simples subsunção entre fato e lei, situação que o juiz foi apelidado como “boca da lei”.

Na citação seguinte da ministra, após fazer esse resgate histórico da figura da intenção da lei, ela a define como fato psicológico, além de rejeitá-la como critério vinculante.

Para iniciar a argumentação contra a subsistência da **vontade do legislador como critério vinculante**, é importante lembrar como Kelsen [37] [37] discute a relação entre ser e dever ser para este cânone de interpretação. **A vontade do legislador é um fato psicológico**. Como tal, pertence ao mundo do ser. De acordo com o que já foi visto no primeiro argumento debatido, de um ser não é possível derivar um dever ser, essa passagem é logicamente impossível. **Normas só podem ser derivadas de normas**. Assim, **a força de comando de uma norma não deriva do fato psicológico ou da vontade que levou à sua enunciação**. Tal vontade só pode ter pretensão de vincular os sujeitos a ela submetidos se existir outra norma reconhecida como válida que determina que aquela vontade seja seguida. Ou seja, a vontade não vale como norma em si mesma, mas apenas na medida em que é enunciada como

¹⁷⁶ FEDERAL, 2012a. p. 119.

um comando de acordo com uma norma que condiciona a sua existência, uma norma superior, por conseguinte. (grifos nossos).¹⁷⁷ (grifos nossos)

Nesse seu parágrafo, ela constrói a ideia kelseniana de que norma só pode derivar de norma e que a vontade, por si só, não vale como norma, já que é necessária outra norma superior que a valide. O que é latente aqui e digno de consideração é trazer a própria discussão kelseniana da diferença entre texto normativo e norma. Se a norma é o texto normativo com significado (ou seja, com um intérprete e, por conseguinte, um fator psicológico em ação), não se pode falar da norma como coisa em si, como se fosse nascida sem atividade interpretativa (quando na verdade é o exato contrário). Alf Ross consegue responder bem a isso. Em seu livro *Direito e Justiça*, seu quarto capítulo trata da interpretação, e conclui que a ideia de intenção legislativa está sempre presente. Roberta Nascimento digere bem essa reflexão do autor no parágrafo a seguir:

O autor reconhece que **toda interpretação do Direito legislado começa com um texto** e enfatiza o papel determinante do contexto. Para Ross, o contexto fornece uma base para presumir o que o autor poderia razoavelmente ter desejado na situação em questão. Sua visão é que **“toda interpretação jurídica em sentido próprio inclui presunções a respeito dos critérios e valores sociais que motivaram o legislador”** (ROSS, 1963, p. 135, tradução nossa), ou seja, **a intenção legislativa está sempre presente**.¹⁷⁸ (grifos nossos)

Para além disso, queremos suscitar a seguinte reflexão, quando o intérprete, a exemplo da Min. Rosa Weber, postula que algo é - como ela mesma postula que a vontade do legislador é um fato psicológico – ela só o é para ela e sua interpretação, e vira fato quando os leitores de sua interpretação concordam. Portanto, o fato, para a retórica, é o incontestado, não o incontestável.

Adiante, ainda no voto da Min. Rosa Weber, por ser um dos(as) ministros(as) que mais trabalha esse conceito ao longo do acórdão, desenvolve-se o seguinte trecho:

No debate sobre a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo, as normas incriminadoras do aborto voluntário (caso se assumisse, *ad argumentum*, que a **vontade do legislador** tenha sido a de retirar a hipótese dos casos de excludente de ilicitude) devem ser interpretadas de acordo com as possibilidades atuais do sistema. E nesse sentido viu-se que relativa é a proteção que o direito posto dá ao feto. Tanto é que, repiso, mesmo na situação incontestável de vida do feto com expectativas absolutamente normais de desenvolvimento após o parto, a mulher não é obrigada a ter o filho quando sofre estupro. **O legislador não deixa, portanto, de levar em**

¹⁷⁷ Ibid. pp. 120-121.

¹⁷⁸ NASCIMENTO, 2021. p. 172.

consideração a mulher, ou, de outra forma, o ordenamento não protege o feto em todas as hipóteses. Logo, em caso de inviabilidade da vida humana, presente vida tão somente biológica, não há como concluir proteja, o ordenamento, o feto em detrimento da mãe. Pelo contrário, a leitura sistêmica conduz à compreensão de que a proteção está do lado da mãe.

O argumento da vontade do legislador não se mostra consistente, pois, para levar a juízo de improcedência da ADPF. Tudo indica que só não contemplada a anencefalia no rol das excludentes de ilicitude por falta de condições tecnológicas de diagnosticá-la à época.¹⁷⁹

Percebemos que apesar de a ministra criticar teoricamente a intenção legislativa, acaba finalizando seu voto com a tese que aponta para uma fundamentação (também) justificada pela vontade do legislador. Como cita em seu voto na p. 121 do acórdão, ela afirma não haver hierarquia entre as técnicas de interpretação.

Diante desse quadro geral de transformação de toda compreensão, gostaríamos de fazer algumas considerações finais. Primeiro, que mesmo que os ministros fazendo breves oposições (gnosiológicas, ontológicas e do desinteresse); ainda sim, acabam por fundamentar parcela de seus votos na intenção legislativa. Quando o fazem, mesmo que façam a famosa “pergunta retórica” quanto à possibilidade de cognição da intenção, não deixam de se utilizar desse argumento para prosseguir em suas fundamentações.

Nisso, há um processo sublime e modesto (que se quer quase inofensivo) nesse procedimento interpretativo que muito cria e pouco desvela, para enfim desvelar a “verdadeira vontade do legislador”; afinal, não haveria sentido desvelar algo que não fosse verdadeiro. No fundo, esse processo interpretativo quer se dizer desvelador, não-argumentativo, e quer se desvencilhar a qualquer custo da *inventio* retórica, que diz respeito à criação e coleta de argumentos.

Além das discussões postas acima, achamos necessário mencionar que o uso do argumento da intenção legislativa se assimila a alguns conceitos examinados por Perelman/Tyteca em seu Tratado da Argumentação. Primeiro, o *argumentum ad verecundiam*, - tratado no seu septuagésimo parágrafo do T.A. - que podemos traduzir como o argumento que apela à autoridade, é também uma das formas de operação da persuasão na sua utilização.

Ora, quem de maior autoridade para se utilizar a lei do que o seu próprio criador? E ainda mais, citar suas vontades de aplicação torna extremamente

¹⁷⁹ FEDERAL, 2012a. p. 123.

pertinente o seu encaixe com esse tipo de argumento. Além disso, encontramos uma tentativa de associação de noções, também tratado por Perelman e chamado de “ligação de noções”, parte dos argumentos baseados na estrutura do real. A partir disso, conseguimos perceber a seguinte estrutura argumentativa no uso desse argumento, em especial, no caso analisado. Vejamos:

1) Fato não tipificado ou que reside dúvida em sua aplicação → 2) Celeuma hermenêutico sobre qual norma deve ser aplicada → 3) Argumentação de que o Legislador criou lei X para abarcar, tutelar, proteger bens Y → 4) Argumentação de que se deve aplicar Lei X por envolver os bens Y da mesma lei.

Temos então uma estrutura quase-lógica em sua evidência. A presunção do intérprete de que “é porque o legislador assim o quis, que assim deverá ser” é posta como regra interpretativa. Como vimos anteriormente, mesmo quando temos materiais preparatórios, contextos históricos registrados (*occasio legis*) ou outras formas de se acessar alguns esboços da intenção legislativa, o seu caráter inventivo é inegável. Portanto, mesmo quando possuímos aproximações do que poderia ter sido a vontade do legislador, qualquer dito sobre isso se torna dito por quem diz, e não pelo próprio legislador. Essa separação entre intérprete e texto interpretado, oração e orador, leitura e leitor pode ser distinção fundamental para resolver problemas hermenêuticos que venham a surgir nesse sentido.

Por último, deseja-se apontar que no uso desse argumento, há o lugar de qualidade, que em latim chamamos de *topos* de qualidade. Quando utilizamos a autoridade do Legislador como criador da lei - e por isso só ele (ou melhor ele) seria o intérprete da questão – acabamos recorrendo para o fato de que o Legislador é não só a fonte de sua criação, como da sua pressuposta aplicação correta. Esse lugar comum também pode ser lido pelo binômio do velho-novo, onde evocar a noção de que a origem está no legislador, o velho (legislador histórico) ocupa o lugar de sabedoria, prudência, experiência; enquanto o legislador atual ocuparia o lugar do novo, que remeteria a conceitos como ao de novato, imperito, imaturo. Nessa balança proposta, acaba-se induzindo o leitor a adotar esses lugares comuns; com sorte, sem que ele nem mesmo perceba.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho, pudemos observar alguns pontos. Sendo eles:

1. Sem Retórica não há Direito. Entendendo Retórica como comunicação, é impensável imaginar que alguma estrutura ou ente subsista no campo jurídico sem a ferramenta da linguagem. De fato, a linguagem é a artificialidade onde o Direito se forma e atua de forma persuasiva a convencer que institutos, poderes e autoridades existem independente da linguagem.
2. Sendo o Direito fruto das operações linguísticas, e a Retórica a disciplina dedicada a estudar fenomenologia dos atos retóricos; serve a Retórica como ótica adequada a identificar, estudar, catalogar e discutir os jogos linguísticos que nele ocorrem.
3. Servidos da ótica retórica, a retórica estratégica que esconde por conveniência a aparência persuasiva para ser mais persuasiva acaba sendo revelada, e estando revelada, pode capacitar o leitor/intérprete a estar num estado semelhante à ataraxia dos pirrônicos, onde as operações de convencimento são neutralizadas pela tomada de consciência do intérprete dos atos e jogos retóricos em cena.
4. A retórica é indiscernível da análise retórica à medida que quando se ouve e interpreta, também se pensa sobre esses dados recebidos, e essa ponderação é um ato discursivo interno que depende de convencimento próprio para produzir persuasão.
5. A análise retórica nos serve como ciência interpretativa, na medida em que nos habilita com o vocabulário retórico a reconhecer as formas, figuras, premissas e argumentos que são dados em determinado discurso.
6. Identificamos o fenômeno da argumentação quase lógica no Direito, e as nomenclaturas e definições fornecidas por Perelman/Tyteca são úteis para a interpretação dos dados; para a manutenção da dialogicidade, na medida em que impede o locutor de fincar a *ultima verba*; e para que o intérprete entenda os movimentos retóricos, podendo entender o que o levou ou o levaria a ser persuadido por aquele argumento/discurso em tela.
7. O argumento da intenção legislativa se utiliza de formas da lógica formal para produzir persuasão, à medida que se assimila a elas.
8. A intenção legislativa é um ente quando percebida como tal, mas volátil e artificial quando percebida como construção dialógica.

9. A intenção legislativa é construída por quem lida com ela. Se o intérprete decide sobre a intenção legislativa, é ele quem forma a vontade da lei/legislador. Se as partes alegam determinada posição ser a do legislador, ela é percebida como tal até que se alegue o contrário. Desta forma, o ente volitivo é sempre tributário da adesão que a argumentação produz para se manter como tal ou ser desconstruído como mera alegação.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Pressupostos e Diferenças de um Direito Dogmaticamente Organizado**. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, [s. l.], v. 20, p. 193–210, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.71890>
- _____. **Uma crítica retórica à retórica de Aristóteles**. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, [s. l.], v. 110, n. 0, p. 35–73, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.9732/p.0034-7191.2015v110p35>
- ARGUMENTAR. In: **DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA - MICHAELIS**. [S. l.]: Editora Melhoramentos, [s. d.].
- ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Edson Bini. 1. ed. São Paulo: EDIPRO, 2011.
- AUNE, James Arnt. “Honey, I Blew Up the Rhetorical Tradition!” Comments on The Beginnings of Rhetorical Theory in Classical Greece. *American Communication Journal*, [s. l.], v. 3, n. 1, 1999.
- BALLWEG, Ottmar. **Retórica analítica e direito**. *Revista Brasileira de Filosofia*, [s. l.], v. XXXIX, n. 163, 1991.
- BALLWEG, Ottmar, SCHANZE, Helmut, KOPPERSCHMIDT, Josef. **Entwurf einer analytischen Rhetorik**. In: RHETORIK UND PHILOSOPHIE. München: Wilhelm Fink Verlag, 1989. p. 229–247.
- BRASIL. **Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848**. Brasília, DF: 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm
- CAMPBELL, Karlyn Kohrs, HUXMAN, Susan Schultz, BURKHOLDER, Thomas R. **The Rhetorical Act Thinking, Speaking, and Writing Critically**. 5. ed. Stamford: Cengage Learning, 2013.
- CATOGGIO, Leandro. **Las Raíces Ilustradas de la Hermenéutica Filosófica**. *Eidos*, [s. l.], n. 13, p. 26–53, 2010.
- CHIASSONI, Pierluigi. **Técnicas de Interpretación Jurídica Breviario para juristas**. Tradução: Pau Luque Sánchez; Maribel Narváez Mora. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- DEMÓSTENES. **Sur le traité avec Alexandre: Harangues**. Paris, v. 2, 1925.
- FEDERAL, Brasil. Supremo Tribunal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Relator: Min. Marco Aurélio, 2012a. pp. 433.
- _____. Supremo Tribunal. **Informativo nº 11**. [S. l.], 2012b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm#ADPF> e interrupção de gravidez de feto anencéfalo – 26. Acesso em: 15 jan. 2022.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito Técnica, Decisão, Dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FONTES, Narbal de Marsillac. **Retórica e Direitos Humanos**. 1. ed. Curitiba, PR: Appris, 2020.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II Complementos e índice**. Tradução: Enio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2002.

GRZEGA, Joachim, SCHÖNER, Marion. **English and General Historical Lexicology: Materials for Onomasiology Seminars**. Germany: Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt, 2007. v. 1

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Tradução: Silvina Álvares Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

HARPER, Douglas. argue (v.). **Online Etymology Dictionary**, [s. l.], [s. d.]. Disponível em: https://www.etymonline.com/word/argue#etymonline_v_16987

_____. **argument (n.)**. In: ONLINE ETYMOLOGY DICTIONARY. [S. l.: s. n.], [s. d.]. Disponível em: <https://www.etymonline.com/word/argument>. Acesso em: 12 mar. 2022b.

_____. **Aufklärung (n.)**. In: ONLINE ETYMOLOGY DICTIONARY. [S. l.: s. n.], [s. d.].

HERRICK, James A. **The history and theory of rhetoric: an introduction**. 3. ed. Boston: Pearson Education, 2005.

HIRATA-VALE, Flávia Bezerra de Menezes. **A Expressão Da Condicionalidade No Português Escrito Do Brasil: Contínuo Semântico-Pragmático**. 158 f. 2005. - Unesp, Araraquara, 2005.

LIMA, Pedro Parini Marques de. **A Metáfora do Direito e a Retórica da Ironia no Pensamento Jurídico**. 383 f. 2013. - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, 2013.

_____. **Retórica Como Método No Direito O Entimema E O Paradigma Como Bases De Uma Retórica Judicial Analítica**. 191 f. 2007. - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Conrado Hubner Mendes; Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2008.

MADDEN, Edward H. **The Enthymeme: Crossroads of Logic, Rhetoric, and Metaphysics**. *The Philosophical Review*, [s. l.], v. 61, n. 3, p. 368–376, 1952. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/2182321>

MARSILLAC, Narbal De. **PERCEPÇÃO OU PERSUASÃO: ANÁLISE RETÓRICA DAS PRÉ-PERSUASÕES**. [s. l.], v. 11, n. 1, p. 1–23, 2021a.

MARSILLAC, Narbal De. **Racionalidade retórica e argumentativa**. *Princípios*, [s. l.],

v. 18, n. 30, p. 271–291, 2011.

_____. **Razão Pública de Rawls como Razão Retórica.** *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 04, p. 1552–1571, 2021b. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2021.62781>

_____. **Rhetorical Turn e a Análise Tópico-Epistêmica na Filosofia de Nietzsche.** *In: HOMEM E NATUREZA: ENTRE O ALVORECER ANTIGO E O CREPÚSCULO MODERNO.* Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. p. 231–254. Disponível em: <https://doi.org/10.22350/9786559170388>

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL.** 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

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

_____. **La rhétorique.** 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France - PUF, 2011.

MILL, John Stuart. **A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, Being a Connected View of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation.** 3. ed. London: John W. Parker, 1851.

NASCIMENTO, Roberta Simões. **O argumento da intenção do legislador: anotações teóricas sobre uso e significado.** *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 167–193, 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p167

PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999.

PARINI, Pedro. **A Análise Retórica na Teoria do Direito.** *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, RS, v. XII, n. 1, p. 115–135, 2017.

PERELMAN, Chaïm. **De la justice.** *In: JUSTICE ET RAISON.* Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972. p. 256.

_____. **La lógica jurídica y la nueva retórica.** Santiago, Chile: Olejnik, 2019.

_____. **Lógica e retórica.** *In: RETÓRICAS.* Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Lógica Jurídica.** Tradução: Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **O Império Retórico.** 2. ed. Porto: Asa Editores II, 1999.

PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica.** Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

SCHIAPPA, Edward. **Did Plato Coin Rhetorikē**. *American Journal of Philology*, [s. l.], v. 111, n. 4, p. 457–470, 1990.

_____. **Did Plato Coin Rhetorike** Author (s): Edward Schiappa Source : The American Journal of Philology , Vol . 111 , No . 4 (Winter , 1990), pp . 457-470. [s. l.], v. 111, n. 4, p. 457–470, 2014.

_____. **The Beginnings of Rhetorical Theory in Classical Greece**. New Haven, CT: Yale University Press, 1999.

SHEPSLE, Kenneth. **Congress is a “they”, not an “it”: legislative intent as oxymoron**. *International Review of Law and Economics*, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 239–256, [s. d.]. Disponível em: [https://doi.org/https://doi.org/10.1016/0144-8188\(92\)90043-Q](https://doi.org/https://doi.org/10.1016/0144-8188(92)90043-Q)

TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la Ley**. Tradução: Diego Dei Vecchi. 1. ed. Lima, Perú: Palestra Editores, 2013. ISSN 0210-301X.

TO ARGUE (VERB). In: **CAMBRIDGE DICTIONARY**. [S. l.]: Cambridge University Press, 2022. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/portuguese-english/argumentar>. Acesso em: 11 mar. 2022.

VORSTER, J. N. **Why opt for a rhetorical approach ?** *Neotestamentica*, [s. l.], v. 29, n. 2, p. 393–419, 1995.