



Enero 2016 - ISSN: 1988-7833

## A RETÓRICA NO DISCURSO JURÍDICO: OS ARGUMENTOS NA PETIÇÃO DE *HABEAS CORPUS*

Ivo José Dittrich

UNIOESTE – Universidade Estadual do Estado do Paraná

[dtrch@unioeste.br](mailto:dtrch@unioeste.br)<sup>1</sup>

Ariane Dias Teixeira Leite Defassi

UNIOESTE – Universidade Estadual do Estado do Paraná

[ariane.texleite@hotmail.com](mailto:ariane.texleite@hotmail.com)<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente estudo analisa, sob o prisma da Retórica, a argumentação no discurso jurídico, em específico em uma petição de *Habeas Corpus*. A análise objetiva identificar e descrever os argumentos utilizados, tomando por referência as três provas retóricas apontadas por Aristóteles, cujos fundamentos ainda continuam a subsidiar a teoria retórica contemporânea. Trata-se da argumentação pelo *logos* – relativo à justificação e defesa da tese; pelo *ethos* – relativo à credibilidade de quem a propõe; pelo *pathos* – relativo à ativação das paixões do auditório para que seja aceita. Enquanto o primeiro dos argumentos (*logos*) é de natureza racional, os outros dois se caracterizam pela confiança e pela afetividade, respectivamente. O estudo indica que o *ethos* e o *pathos* são menos utilizados, predominando o uso do *logos*, especialmente com os argumentos legitimadores e por analogia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Retórica, argumento, *ethos*, *pathos*, *logos*, *Habeas Corpus*.

**RESUMEN:** Este estudio analiza, desde la perspectiva de la retórica, la argumentación en el discurso jurídico, en particular, en una petición de *Habeas Corpus*. El análisis tiene por finalidad identificar y describir los argumentos utilizados, tomando como referencia las tres pruebas retóricas mencionadas por Aristóteles, cuyos fundamentos siguen subvencionando la teoría retórica contemporánea. Se trata de la argumentación por *logos* - en la justificación y defensa de la tesis; el *ethos* - en la credibilidad de quien lo propone; el *pathos* - en la activación de las pasiones del auditorio para ser aceptada. Mientras que el primero de los argumentos (*logos*) es de naturaleza racional, los otros dos se caracterizan por la confianza y el afecto, respectivamente. El estudio indica que el *ethos* y *pathos* son menos utilizados, predominando el uso de *logos*, especialmente con los argumentos legitimadores y por analogía.

**PALABRAS CLAVE:** retórica, argumento, *ethos*, *pathos*, *logos*, *Habeas Corpus*.

**ABSTRACT:** From a rhetorical perspective, this paper intends to conduct an argumentation analysis of the judicial discourse, specifically a *Habeas Corpus* petition, aiming to identify and describe the arguments presented. The analysis is based on the three rhetorical proofs, mentioned by Aristotle – whose studies still support the contemporary rhetoric – which correspond to *logos* – related to the defense and justification of the thesis; to *ethos* – related to the speaker's credibility; to *pathos* – an appeal to the emotions of the audience in order to get its acceptance. While the first of the arguments (*logos*) is from rational nature, the other two are featured as trust and affectionateness, respectively.

<sup>1</sup> Possui graduação em Letras Português Inglês pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Umuarama, mestrado em Filologia e Linguística da Língua Portuguesa pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho e doutorado em Linguística pela Universidade Federal de Santa Catarina.

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pelas Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu, especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UNICENP-UNIFOZ e mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* SOCIEDADE, CULTURA E FRONTEIRAS.

The study indicates that *pathos* and *ethos* are less used than *logos*, which is mostly employed by means of legitimating arguments and analogies.

**KEY-WORDS:** Rethorical, arguments, *ethos*, *pathos*, *logos*, *Habeas Corpus*.

## INTRODUÇÃO

A retórica, como teoria e arte do discurso persuasivo, reflete-se diuturnamente no trabalho do pensador do Direito, considerando que o domínio da argumentação se revela fundamental como meio para atingir o resultado esperado, ou seja, o estabelecimento e a prática da justiça. Ainda que a argumentação não seja garantia de êxito na obtenção do fim almejado, se estiver bem articulada e sustentada no conhecimento técnico e científico da área ampliam-se as possibilidades de sucesso. Cabe, portanto, ao profissional do Direito o domínio das diversas facetas técnicas e afetivas do argumento para explorar seus efeitos persuasivos mediante a elaboração de um discurso bem articulado, tecnicamente consistente, confiável e atraente, o que se traduz na efetiva utilização da retórica.

Assim, este estudo apoia-se na Retórica como referencial teórico e metodológico que oferece significativo auxílio na construção do discurso, especialmente o de natureza jurídica, uma vez que estabelece grande parte de seus princípios com base nas lides judiciais. Começa a ser sistematizada como técnica oratória e teoria discursiva no âmbito das circunstâncias históricas e políticas da Grécia Antiga. Mais especificamente, surge em Siracusa, na Sicília (antiga Magna Grécia), por volta do Século V a.c, quando, após a vitória na Batalha de Salamina<sup>1</sup> que redundou na expulsão dos tiranos, os cidadãos gregos começam a reivindicar as terras que lhes foram desapropriadas durante a tirania. Surgem, portanto, inúmeras contendas judiciais que compeliavam os litigantes a buscarem meios para a defesa de suas causas.

Observe-se que na época ainda não existia a figura do advogado, mas a defesa ou acusação perante o Tribunal era exercida por oradores que se pronunciavam em nome próprio ou no lugar de pleiteantes que requisitavam sua arte oratória. Córax<sup>2</sup>, por exemplo, compilou exemplos práticos de discursos a serem proferidos em praça pública para que os cidadãos tivessem meios de recorrerem a Justiça. Constituiu, assim, provavelmente a primeira 'arte oratória' de que se tem conhecimento, definindo a retórica como "criadora de persuasão".<sup>3</sup> Vale ressaltar que o sentido de arte implica conhecimento técnico - que pode ser ensinado, aprendido e aperfeiçoado, portanto - e uma relativa habilidade (inata) pessoal para o exercício de uma profissão.

Embora a Retórica necessite de atualização constante, dados os recursos sociais e tecnológicos em que se inscrevem os discursos de hoje em dia, sempre continua atual. No presente estudo, portanto, fornece as bases teórico-metodológicas para identificação e descrição de argumentos utilizados no *Habeas Corpus* – doravante HC -, possibilitando pontuar a sua natureza e recorrência. Justifica-se a escolha dessa peça processual para análise por se tratar de instituto jurídico socialmente relevante, único remédio constitucional acessível a todos os cidadãos, de acordo com o disposto no art. 654 do Código de Processo Penal<sup>4</sup> e art. 1º, § 1º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

## 1. RETÓRICA E ARGUMENTAÇÃO

Como sociedade democrática, para os gregos o uso da palavra era primordial: no processo de formação da *polis* e na convivência em sociedade, portanto, era exigido dos homens públicos não apenas a mera exposição de ideias, mas o exercício da persuasão por meio do discurso a fim de que fossem tomadas as decisões mais apropriadas e convenientes não só ao convívio em sociedade, mas também, e, às vezes, principalmente, para a sobrevivência da cidade-estado. Com isso, a civilização grega marcou a história pelo domínio do discurso eloquente na defesa e garantia dos direitos políticos e jurídicos, ao lado da eloquência literária manifesta nas grandes narrativas épicas, ficcionais ou não.

Saliente-se, entretanto, que muitos "profissionais do discurso" sustentavam a arte do bem falar em argumentos vazios ou falaciosos na busca do convencimento, não importando os meios. Conhecidos como sofistas, principalmente com base em Platão, seu discurso se amparava no princípio de que a finalidade da retórica não é encontrar o verdadeiro, mas dominar através da palavra. Assim, ela já não está devotada ao saber, mas exclusivamente ao poder<sup>5</sup>, promovendo, a partir de então, uma concepção pejorativa da retórica como a arte do discurso pedante, vazio e, muitas vezes, enganador, cuja compreensão ainda hoje permeia o discurso corrente nos meios

políticos e jornalísticos, principalmente. Todavia, de acordo com a visão aristotélica, a retórica, como prática social, é a arte do discurso persuasivo, o que implica, entre outros recursos, uma argumentação<sup>6</sup> articulada e consistente. Para dar suporte teórico à prática discursiva da persuasão, Aristóteles define teoricamente a Retórica como a faculdade de ver, em cada caso, o que pode ser capaz de gerar persuasão<sup>7</sup>. Em termos científicos atuais pode-se dizer que aquela constitui-se no objeto desta.

Assim, a argumentação pela lógica informal (Rodríguez, 2005) representa apenas uma das dimensões que a retórica de um discurso pressupõe. Ao lado dela, preconiza outros argumentos que também podem se mostrar decisivos na definição dos casos. A legitimidade do proponente, a sua competência jurídica, por exemplo, às vezes merece ser discursivamente construída a fim de merecer a respectiva confiança no que propõe e na forma em que o faz: trata-se do *ethos* como argumento. Além disso, é importante que o discurso mereça a devida atenção do auditório e, para isso, convém construí-lo de modo a se tornar atraente, capaz de “tocar” a sensibilidade daqueles que pronunciarão o veredito – é o acionamento do que a teoria retórica convencionou chamar de argumentação passional<sup>8</sup>, patêmica, ou seja - *pathos*. Se o uso corrente convencionou chamar de argumento apenas a prova respectiva a uma afirmação, a Retórica o compreende num sentido mais amplo, ou seja, como todo e qualquer recurso discursivo que favoreça a persuasão. Nesse sentido, a própria apresentação e correção formal do texto jurídico passam a funcionar como argumento, na medida em que ajudam a constituir uma imagem positiva do pensador do Direito, merecendo, assim, maior atenção da parte de quem lê, ouve e decide, visto que o auditório presume que a boa linguagem suporta boas ideias, denotando maior credibilidade e legitimidade na sua forma e conteúdo, além de revelar profundo conhecimento da matéria tratada.

Outra contribuição da Retórica consiste na sistematização da estruturação do discurso persuasivo, apontando quatro etapas ou partes em que se configura: *invenção* - domínio do assunto que será tratado e a escolha dos argumentos cabíveis; *disposição* - a organização dos argumentos de forma coerente e adequada; *elocução* - redação do discurso de forma clara e precisa; *ação* – o proferimento eficaz do discurso de acordo com as circunstâncias em que acontece. Caberia, assim, ao pensador do direito não se dedicar apenas à escolha dos argumentos para sustentar sua causa; deveria preocupar-se, também, e com o mesmo grau de atenção, à disposição em que organizará seu discurso, à linguagem e estilo adequados à situação e ao interlocutor, e, no caso da apresentação oral, aos fundamentos que orientam uma apresentação consistente, confiável e atraente.

Se a Retórica clássica apontava para três gêneros discursivos – judiciário, deliberativo e epidítico -, voltados, respectivamente, para a acusação e defesa de fatos passados, o útil e o nocivo para o desenvolvimento e administração da cidade, censura ou louvor das instituições ou personagens públicas, é porque cada um assume características peculiares e, portanto, o que é mais adequado para um gênero, pode não sê-lo para outro. Nesse âmbito, o auditório a quem é dirigido implica adaptação e estimativa de quais são suas crenças e valores mais prezados a fim de que o discurso não entre em colapso desde o início. Assim, o discurso judiciário assumirá formatação adequada aos objetivos e, especialmente às circunstâncias e o interlocutor: o pleito dirigido a um tribunal de primeira instância pode apresentar formatação e linguagem que sofrem coerções e restrições em níveis superiores. Nessa ordem de raciocínio, mais uma vez o pensador do direito encontraria apoio na Retórica para bem exercer sua função social de defensor e promotor da justiça, pois uma causa justa poderia ser desperdiçada pelo desconhecimento das determinantes discursivas da argumentação e do manejo inadequado do componente oratório que, na sua articulação favorecem o processo da persuasão em suas mais diversas dimensões.

Nessa breve abordagem histórica e conceitual da Retórica verifica-se que ela sempre esteve presente desde os primórdios até a atualidade, sendo influenciada ao longo dos séculos pelo desenvolvimento político e social das civilizações que determinaram ora sua ascensão ora o seu declínio. Instrumento de justiça e decisão coletiva nos regimes democráticos, não encontra lugar nas tiranias e regimes centralizados. Apesar de banida pelos fundamentos racionalistas do positivismo porque vinculada à pressuposta subjetividade da opinião, ressurgiu com toda força em meados do século passado [1958], especialmente a partir da publicação do *Tratado da Argumentação: a nova retórica*, pelo filósofo do Direito Chaim Perelman e sua colega, Lucie Olbrechts-Tyteca. Amparado na teoria retórica clássica, busca lançar as bases para o rigor da argumentação nos mesmos termos da que orienta a demonstração a fim de afastar as decisões subjetivas e a própria irracionalidade na conduta do ser humano em sociedade. Desde então, com elogios e críticas, vem servindo de ponto de partida para a atualização constante dos pressupostos que subjazem ao discurso persuasivo.

## 2. O DISCURSO JURÍDICO E A ARGUMENTAÇÃO

Cabe considerar que o discurso jurídico se desenvolve em âmbitos bastante formais, previamente estabelecidos e legitimados. Assim, na maior parte dos casos, o Orador é representado por autoridade legalmente constituída e o Auditório é identificado como particular porque geralmente constituído por um Juiz ou Tribunal. Além disso, destina-se a produzir uma decisão, sempre decorrente da controvérsia de alegações, com amplo espaço para o contraditório, possibilitando a contra argumentação ou a refutação para que se alcance uma conclusão que, presumidamente, mais se aproxime do verdadeiro, mas nunca de forma universal e absoluta, embora seja (e deva ser) este o ideal a ser buscado. Nesse contexto, ainda que a argumentação se desenvolva basicamente pela racionalização (justificação) das teses, corroborada pela letra da lei, pela analogia e por outros recursos de ordem técnica<sup>9</sup>, também se adotam outros meios para sustentar ou pleitear as alegações, recorrendo a argumentos de natureza afetiva, que pretendem sensibilizar a instância decisória, bem como pela constituição discursiva de uma imagem confiável do pensador do direito e de seu representado.

Pode-se até admitir que a argumentação pelo silogismo seja a mais manifesta na área jurídica, mas se fosse a única solução para as diferentes contendas tornaria desnecessária a intervenção dos membros do Poder Judiciário em suas diversas esferas: bastaria uma “máquina de interpretar silogismos” que a dedução produziria objetivamente todos os resultados. E os diversos recursos a partir de diferentes decisões pautadas em interpretações diversas do fato e do direito apontam que este não é o caso. Assim, ao lado do silogismo, outras formas de raciocínio e estruturação do argumento em bases mais ou menos lógicas (lógica informal) constituem o que teoricamente é representado pelo conceito geral de *logos* – termo originalmente grego, de difícil tradução dada à abrangência de seu sentido: corresponde, aproximadamente, a “discurso racionalizado”, isto é, discurso logicamente articulado e consistentemente justificado em todas as suas afirmações.

Observe-se que os Tratados da Argumentação não especificam a nomenclatura de uma forma de argumento, cuja sustentação se dá com base na letra da lei, possivelmente porque se trata do direito já positivado e para tanto bastaria aplicá-lo, ou pelo seu caráter geral, que abarcaria todos os demais que estão subordinados aos limites da lei. Assim, neste estudo o caracterizamos como argumento legitimador, considerando, conforme DITTRICH (2008), que seus pressupostos de justificação assumem natureza factual ou legal<sup>10</sup>, o que numa extensão interpretativa abarca, assim, os argumentos sustentados no direito positivado, visto que sua legitimidade tem origem no Poder Legislativo que a elaborou para posterior apreciação e aplicação pelo Judiciário.<sup>11</sup>

O argumento por analogia, por sua vez, aparece difundido entre as teorias da argumentação. Para Perelman (1996, 1997) seu valor argumentativo será posto em evidência com maior clareza, se encarmos a analogia como uma similaridade de estruturas, cuja fórmula mais genérica seria: A está para B assim como C está para D. Significa que a primeira relação (A/B) representa o conhecimento novo – *tema* - que é pautado com base na informação já conhecida - *foro* – relação C/D<sup>12</sup>. Ampara-se, portanto, na similitude dos casos representados nas relações discursivamente construídas. Na área do Direito representaria a aplicação da regra de justiça, ou seja, para casos semelhantes, decisões semelhantes. Assim, a utilização da jurisprudência como *foro* para o argumento por analogia transforma-se numa prática recorrente no Direito: o orador busca a similitude entre as decisões proferidas pelos Tribunais, cuja aplicação ao caso concreto asseguraria equidade jurídica. Cabe observar, no entanto, que no uso da analogia é necessário o estabelecimento de uma relação bastante consistente e articulada entre tema e foro, do contrário, torna-se numa argumentação fraca, facilmente refutável.<sup>13</sup> Por isso, o uso argumentativo da analogia exige esforço adicional do orador no sentido de precisar clara e consistentemente em que bases a jurisprudência se assenta, como se relaciona analogicamente com o caso pleiteado – *tema* -, não bastando, portanto, indicar, numerar ou meramente transcrever passagens jurisprudenciais apontadas como *foro*.

Todavia, mesmo na seara do discurso jurídico, uma argumentação consistente, pautada no *logos*, pode não ser suficiente para conquistar a adesão de um júri, juiz ou Tribunal à proposição em julgamento. Ao lado da apresentação e respectiva racionalização das proposições, para ampliar suas possibilidades de efetiva persuasão, parece exigir que também insira argumentos de natureza passional, além de amparar-se na própria imagem do operador que pleiteia ganho de causa. Assim, a teoria retórica ensina que o *ethos* - o caráter que o orador assume ou deve assumir para inspirar confiança no auditório – constitui importante estratégia persuasiva, pois sejam quais forem seus argumentos lógicos, eles poderão sucumbir sem essa confiabilidade.<sup>14</sup> Ainda que este argumento fique restrito na sua maioria à defesa oral, como acontece corriqueiramente no Tribunal do Júri, também se aplica ao texto escrito, quando o orador, por exemplo, expõe suas qualidades pessoais ou o tratamento que quer dispensar ao auditório particular, como forma de tornar-se aceitável, empático e idôneo. Importante ressaltar que o *ethos*, além da imagem prévia (social ou profissional) do

Orador<sup>15</sup>, se dá efetivamente na construção de uma imagem de si no discurso, estabelecida em sua interação com o respectivo Auditório.<sup>16</sup> Ressalte-se, ainda, que o *ethos* discursivo do orador pode ser reflexo do seu conhecimento científico, social, moral, cultural, no qual expõe a escolha dos argumentos englobando a razão prática, a sinceridade e a benevolência solidária.<sup>17</sup>

Ao lado da conquista ou reforço da confiabilidade, a exploração das emoções no discurso como estratégia persuasiva, mesmo no jurídico, também pode cumprir papel determinante. Teoricamente, este aspecto da persuasão é categorizado como *pathos*: o conjunto de emoções, paixões, e sentimentos que o orador deve suscitar no auditório com seu discurso<sup>18</sup>. Representa um argumento psicológico de grande peso, utilizado pelo orador em sua busca pela adesão do julgador à causa em apreço. Aristóteles, em sua Retórica, já antecipava uma estreita relação entre o ânimo dos juízes e o resultado de seus julgamentos<sup>19</sup>. Assim, o orador experiente, além de se mostrar emocionado para revelar convicção nas próprias ideias, deve “tocar” afetivamente seu auditório, provocando os sentimentos que mais contribuem para o desfecho pretendido, ou seja, com seu discurso poderá tanto indigná-lo quanto torná-lo complacente e solidário.

Apesar dessa natureza e, por isso, caracterização diferenciada das provas retóricas acima apresentadas, na efetiva construção do discurso elas interagem complementar e integradamente, predominando ora uma, ora outra. Especificamente no HC analisado, observa-se a predominância do argumento pela racionalização das teses (*logos*), especialmente com base na palavra da lei e na jurisprudência, mas, ainda que em menor escala, o orador também argumenta pela confiabilidade (*ethos*) e pela afetividade (*pathos*). Na sequência, após uma rápida abordagem do HC como remédio jurídico de grande relevância numa sociedade democrática, será analisado o uso de cada uma das provas retóricas, abonando-as com os respectivos excertos do discurso em tela.

### **3. HABEAS CORPUS**

Para alguns autores, a origem do *Habeas Corpus* surge no Direito Romano que concedia o direito de liberdade a todo homem detido injustamente, fazendo jus ao recurso *interdictum de libero homine exhibendo*, que alcançava qualquer que fosse o constrangimento ilegal à liberdade física, expandindo-se por toda a parte, através de constituições e leis ordinárias instituídas nos Países que lutavam pela liberdade individual. Também se aproxima do atual conceito de *Habeas Corpus* (1988) a Magna Carta que, por pressão dos barões, foi outorgada pelo Rei João sem Terra (1215) nos campos de Runnymede, Inglaterra.

No Brasil, a Constituição de 1988 prevê no seu art. 5º, inciso LXVIII, que será concedido *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, ou por ilegalidade ou por abuso de poder. Constitui-se, assim, como garantia constitucional acessível a toda pessoa física, com previsão legal também na norma infraconstitucional (art. 647 Código de Processo Penal).<sup>20</sup> É nominado como remédio constitucional, isento de custas processuais, cuja natureza jurídica é de ação mandamental. Seu procedimento não é privativo de advogado, podendo ser impetrado por qualquer cidadão que se sinta lesado.

### **4. AS PROVAS RETÓRICAS NO HABEAS CORPUS**

O discurso a ser analisado é uma Petição de *Habeas Corpus*<sup>21</sup> impetrado junto ao Tribunal Regional Federal da Região X, pelo constrangimento ilegal perpetrado pelo M.M. Juiz da Vara Federal da Subseção Judiciária da cidade Y, que, por meio de decisão em primeiro grau, afastou o requerimento de nulidade da oitiva de uma testemunha de acusação sem a presença de advogado e decretou a revelia da ré por ausência de comparecimento à audiência de interrogatório, mesmo sendo a falta justificada. Em resumo, para facilitar a compreensão do respectivo texto e o papel de cada uma das instâncias envolvidas: o HC em análise foi impetrado junto ao Tribunal/instância superior, por meio de advogado/impetrante, que representou a parte interessada/paciente contra um ato praticado pelo juiz de primeira instância/autoridade coatora.

Na sequência, serão abordadas as três provas retóricas – *logos*, *pathos* e *ethos* – nesta mesma ordem. Para abonar o uso de cada uma delas, foram transcritos os respectivos fragmentos textuais, indicando, entre parênteses, o número da página em que constam no documento original. As análises, além de justificarem por que os fragmentos representam uma ou outra das provas, deverão contemplar os efeitos persuasivos pretendidos pelo Orador/impetrante frente a seu Auditório/Tribunal, ressaltando que os resultados do processo de persuasão sempre se inscrevem nos limites do “provavelmente”.

## **Logos**

Conforme dito anteriormente, a análise do *logos* se restringe à argumentação mais proeminente no HC em causa, ou seja, aos argumentos *legitimadores* e aos argumentos *por analogia*. Inicia-se pelos primeiros, lembrando que se trata de argumentos fundados na norma propriamente dita, apoiando-se na legislação pertinente do remédio constitucional para sustentar a revisão da decisão imposta em primeira instância e, ao mesmo tempo, para refutar as justificativas arroladas na decisão impugnada.

### **Fragmento 01:**

*A impetração se funda no art. 5º, incisos LIV e LXVIII, da Constituição Federal; e artigos 647 e 648, inciso I, do Código de Processo Penal. (p.1)*

### **Fragmento 02:**

*Ora, sabido que nenhum acusado será processado ou julgado sem defensor, nos termos do artigo 261 do Código de Processo Penal que da seguinte forma preceitua:*

**Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.**

**Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) .(p.3)**

### **Fragmento 03:**

*No mesmo sentido, em relação a nulidade processual, com referência a prejuízo a defesa o artigo 564 do Código de Processo Penal:*

**Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:**

*(...)*

**III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:**

*(...)*

**c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos; (p.3)**

Observe-se, de passagem, que o orador narra os fatos que geraram o direito violado para, a partir daí, construir sua argumentação de acordo com os interesses pretendidos. Assim, o *logos* descrito nos três fragmentos acima é constituído por argumentos legitimadores, considerando que o orador se restringe a justificar sua tese com base no ordenamento jurídico, ou seja, apoia-se na letra da lei. A consistência e a força deste argumento determinam, em tese, maior probabilidade de adesão do auditório, dado a incidência, no Direito, do princípio da legalidade, que no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal dispõe *que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, de modo a assegurar que toda e qualquer divergência se resolva pelo império da norma e nunca pelo primado da força ou outro meio ilegal.

O fragmento abaixo traz uma decisão análoga ao caso da paciente, que fora proferida pelo mesmo Tribunal a que o impetrante se dirige, o que, provavelmente, ampliaria as possibilidades de obter êxito no direito pleiteado. Assim, o Orador recorre à jurisprudência para fundamentar seu argumento por analogia, apontando a similaridade do entendimento esposado pela Corte, o qual se adaptaria perfeitamente ao direito da paciente que busca a anulação do decreto de revelia em seu desfavor, ante o seu não comparecimento à audiência de interrogatório, justificada com o respectivo atestado médico.

### **Fragmento 04**

**EMENTA: HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA. INTERROGATÓRIO DO RÉU. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. NÃO COMPARECIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA.** Se o réu foi vítima de acidente, que motivou inclusive a suspensão anterior do processo, a realização de posterior procedimento cirúrgico que ele necessitava, agendado para o mesmo dia da audiência, constitui motivo justo para a redesignação da audiência de interrogatório para outra data, na qual o réu tenha condições de comparecer, quando não comprovada má-fé no tocante à escolha da data do procedimento hospitalar. A saúde da pessoa e o atendimento médico são valores que prevalecem sobre o princípio da celeridade processual. (TRF4, HC 5020687-41.2012.404.0000, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Márcio Antônio Rocha, D.E. 14/01/2013) (p.9).

Ainda em outras duas oportunidades o Orador ainda se apoia na jurisprudência – uma por referência expressa (transcrição da Ementa) e outra por referência indireta (reportando um caso célebre na época da ditadura militar no país) – para fundamentar seu argumento, pleiteando, por analogia, que seja dispensado tratamento idêntico à paciente a fim de assegurar a aplicação da regra de justiça.

Observe-se que o argumento por analogia, em sua estreita relação com a regra de justiça, denota ser um argumento forte desde que, para melhor adesão do auditório, o orador aponte de forma precisa e justificada onde reside a similaridade da jurisprudência colacionada – *foro* - com o caso concreto - *tema*. Significa que, em contrapartida, aqueles discursos jurídicos que apenas arrolam a ementa de inúmeros casos julgados veem reduzidas suas possibilidades de êxito, pois se apoiam no princípio de que a instância decisória se deixaria impressionar e persuadir pela mera quantidade.<sup>22</sup>.

### **Pathos**

No fato concreto, objeto do HC, por um lado está implicada a condição financeira da paciente que não teria dinheiro para custear as despesas de deslocamento da defesa técnica a uma cidade do Nordeste para acompanhamento de audiência de oitiva de testemunha de acusação e, por outro, da paciente que dependia da nomeação de defensor público. Ainda que esteja em causa a ilegalidade pela falta de nomeação de defensor, o apelo à precariedade da situação financeira pretende sensibilizar o Auditório para que, talvez, decida levando em consideração sentimentos de humanidade. É o que pretende mostrar o fragmento abaixo:

#### **Fragmento 05**

Muito embora a defesa técnica da Paciente tenha sido intimada da expedição da carta precatória, *e não tenha comparecido ao ato tendo em vista a insuficiência financeira para deslocamento de uma viagem entre as cidades de Foz do Iguaçu/PR e Maceió/AL, não foi nomeado nenhum defensor para qualquer dos réus*, caracterizando nulidade absoluta e prejuízo a defesa técnica. (p.3)

Recurso patêmico (sensibilizador) semelhante se mostra em outro fragmento, transcrito a seguir, em que o Orador aponta os anseios e sentimentos mais íntimos que afligiam o coração e a mente da Paciente, que com muito medo de não conseguir engravidar, não pode interromper o tratamento médico vinculado à solução do seu problema de saúde: trata-se, agora, de um apelo emocional do orador que, ao retratar a situação pessoal da paciente, procura despertar a afetividade do auditório (Tribunal), para que considere mais essa alegação passional no proferimento do seu veredito.

#### **Fragmento 06**

*A Paciente a muito tempo sonha com a possibilidade de ser mãe, possuindo restrições médicas para tanto, visto que está sendo submetida a tratamento médico para sanar o problema*, não podendo adivinhar que a audiência aprazada originariamente para o dia 08/04/2013 seria designada para outra data, sendo que caso tivesse finalizado a instrução na aludida data acima descrita teria sido a Paciente interrogada e exercido seu direito de defesa. (p.8)

Tanto na passagem do fragmento 05: “*e não tenha comparecido ao ato tendo em vista a insuficiência financeira para deslocamento de uma viagem entre as cidades de Foz do Iguaçu/PR e Maceió/AL*”, quanto na passagem do fragmento 06: “*A Paciente a muito tempo sonha com a possibilidade de ser mãe, possuindo restrições médicas para tanto, visto que está sendo submetida a tratamento médico para sanar o problema*”, o orador argumenta pelo *pathos*, na medida em que, sustenta e reforça o seu pleito com a exposição da vida pessoal da paciente, descrevendo as suas mazelas, sempre no intuito de despertar as paixões e sentimentos do auditório. Tem-se, portanto, que também na área jurídica há significativo apelo ao patêmico como técnica argumentativa utilizada pelo próprio pensador do direito ou por outro impetrante – qualquer cidadão – que recorre ao emocional para descrever uma situação de privação da liberdade que mereceria ser revista.

### **Ethos**

No fragmento 07, abaixo transcrito, o orador agrega valor persuasivo ao pleito pretendido, na medida em que busca a adesão do auditório pela *captatio benevolentiae* (conquista da benevolência), ainda que se trate de uma fórmula recorrente no pedido final de um discurso judiciário quando o orador

pugna pela concessão e defesa de um direito, apresentando-se de forma humilde e, ao mesmo tempo, ressaltando a experiência e a sabedoria do Auditório a que se dirige:

#### **Fragmento 07**

Ínclitos Julgadores, *face ao que, modestamente ficou exposto* e acrescidos dos valorosos subsídios que afluirão do vasto saber jurídico e grande experiência na judicatura de Vossas Excelências, requer mui respeitosamente se dignem dar provimento ao presente pedido de **HABEAS CORPUS**, concedendo imediatamente a **LIMINAR** postulada nos seguintes termos: (p.11)

A passagem '*face ao que, modestamente ficou exposto*' permite atestar a intenção do orador em construir uma imagem positiva de si, referenciando-a de forma modesta, mas empática: mesmo dotado de todo conhecimento científico, cultural, técnico e social projetado na fala até então construída, ainda objetiva projetar para o auditório um *ethos* de singeleza, possivelmente para se anteciper a uma (sempre) possível atribuição de arrogância.

Observe-se que a construção do *ethos* não fica caracterizada somente em fragmentos como o transcrito acima: a própria apresentação e organização do discurso também podem projetar uma imagem positiva do orador a partir das suas escolhas textuais e argumentativas. Uma argumentação moderada, rigorosa, dogmática, pragmática, legalista, expressa numa linguagem transparente, clara e precisa pode construir um perfil de grande conhecedor da doutrina e da prática jurídica. Todavia, para analisar o *ethos* sob esta ótica seria necessário considerar o discurso em toda a sua extensão, o que não caberia no âmbito deste estudo, além da necessidade de considerar os limites éticos em que se processaria.

Ainda que a análise das três provas retóricas precisasse debruçar-se sobre maior número de fragmentos e, mesmo, necessitasse de maior refinamento analítico e conceitual, parece suficiente para indicar que o orador, na construção do seu discurso, apoiou-se nas três formas de argumentar, buscando a persuasão, tanto pelo cunho racional do *logos*, quanto pelo cunho ético e afetivo do *ethos* e do *pathos*, integrando-os na busca por um discurso não só coerente, mas também confiável e, em certa medida, emocional.

#### **CONSIDERAÇÃO FINAL**

Observa-se que, na atualidade, o avanço tecnológico e a ausência (justificada, ou não) de tempo disponível para os profissionais do direito, por vezes banaliza a elaboração do discurso jurídico especialmente em relação aos recursos argumentativos, reduzindo-a, frequentemente, a um simples exercício de "*copia e cola*" de ementários, doutrinas e resumos. Em função disso, mas não só, e apesar de que o presente estudo não poderia ter tido qualquer pretensão de esgotar a abordagem da argumentação no discurso jurídico do *Habeas Corpus*, pretendeu-se apresentar, pelo menos, uma referência teórica para a análise e elaboração desse gênero discursivo. Se as abordagens, tanto em sua estruturação teórico-metodológica quanto em seus resultados, tiverem aclarado a natureza e a instrumentalidade dos meios argumentativos, indicando que, além da argumentação racional por meio do *logos* também se faz presente aquela de cunho afixador e afetivo pelo *ethos* e pelo *pathos*, terá sido significativa a sua contribuição para o estudo do discurso em geral e do jurídico em particular. Assim, ainda que predominem os argumentos racionais na construção do discurso jurídico, seria interessante que as teorias da argumentação jurídica atribuíssem maior atenção à natureza e ao papel da argumentação afixadora e afetiva, compreendendo que na interatividade entre as diferentes provas sustentam-se as possibilidades de persuasão do julgador, seja ele juiz ou Tribunal.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- AMOSSY, R. (2005): *Imagens de si no discurso: a construção do ethos*. Contexto, São Paulo.
- ARISTÓTELES. (2002): *Arte Retórica e Arte Poética*. Trad. Antonio P. de Carvalho. Ediouro, Rio de Janeiro.
- ARISTÓTELES. (2003): *Retórica das paixões*. Trad. Isis B.B. da Fonseca. Martins Fontes, São Paulo.
- ARISTÓTELES. (2005): *Retórica*. Trad. Manuel A. Júnior, Paulo F. Alberto e Abel N. Pena. 2ª ed. Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa.
- ATIENZA, M. (2003): *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Landy, São Paulo.
- BRETON, Ph. (1999): *A argumentação na comunicação*. Trad. Viviane Ribeiro. Bauru, São Paulo.
- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. (2003) Saraiva, São Paulo.
- DITTRICH, I. J. (2008): Por uma teoria retórica do discurso: princípios teórico-metodológicos. *Ideação (Unioeste. Impresso)*, v. 10, p. 91-116.
- ESTATUTO da Advocacia e da OAB e Legislação Complementar/Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Paraná. (2011): Nova Letra, Blumenau.
- NUCCI, G. S. (2011): *Código de Processo Penal comentado*. Saraiva, São Paulo.
- PERELMAN, C; OLBRECHTS-TYTECA, L. (1996): *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria E. Galvão. Martins Fontes, São Paulo.
- PERELMAN, C. (2004): *Lógica jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. Martins Fontes, São Paulo.
- PERELMAN, C. (1997): *Retóricas*. Trad. Maria E. G. G. Pereira. Martins Fontes, São Paulo.
- REBOUL, O. (2004): *Introdução a Retórica*; Trad. Ivone C. Benedetti. Martins Fontes, São Paulo.
- RODRIGUEZ, V. G. (2005): *Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. Martins Fontes, São Paulo.
- ROHDEN, L. (1997): *O Poder da linguagem: a arte retórica de Aristóteles*. EDIPUCRS, Porto Alegre.
- TÁVORA, N; ANTONNI, R. (2009): *Curso de direito processual penal*. 2. ed. Podivm, Salvador.

---

<sup>1</sup> 480 a.c., Batalha de Salamina, na qual os gregos coligados triunfaram definitivamente sobre a invasão persa, quando começou o grande período da Grécia Clássica. (REBOUL, 2004, p. 2)

<sup>2</sup> Discípulo do filósofo Empédocles. É considerado o inventor do argumento que leva o seu nome, o córax. (REBOUL, 2004, p. 2 e 3)

<sup>3</sup> REBOUL, 2004:02

<sup>4</sup> Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

<sup>5</sup> REBOUL, 2004:10

<sup>6</sup> Argumentar é também escolher em uma opinião os aspectos que a tornarão aceitável para um determinado público. A transformação de uma opinião em argumento em função de um auditório particular é precisamente o objeto da argumentação. (BRETON, 1999: 32) Ph.

<sup>7</sup> ARISTÓTELES, 2002:33

<sup>8</sup> As paixões são todos aqueles sentimentos que, causando mudança nas pessoas, fazem variar seus julgamentos, e são seguidos de tristeza e prazer, como a cólera, a piedade, o temor e todas as outras paixões análogas, assim como seus contrários. (ARISTÓTELES, 2003: 5).

<sup>9</sup> O *Tratado da Argumentação: a nova retórica* (PERELMAN e TYTECA, 1996) constitui o referencial teórico de maior abrangência na categorização das técnicas argumentativas, especialmente as de natureza racional (logos). A obra de Rodriguez (2005), embora voltada para a área jurídica, também é bastante completa nesse sentido.

<sup>10</sup> Conforme DITTRICH (2008: 102)

<sup>11</sup> Os diferentes argumentos contribuem, assim, para sustentar a *tese*, procurando fundamentá-la sob os mais diversos aspectos. Em seu conjunto, convergem para torná-la consistente – *argumentos técnicos* –, pra mostrar sua utilidade e suas

---

consequências – *argumentos sensibilizadores* – e, finalmente, para atestar a competência do orador e a natureza ética da tese em apreciação – *argumentos legitimadores*. (DITTRICH: 2008,98)

<sup>12</sup> Consulte-se, a respeito, PERELMAN (1996, 1997).

<sup>13</sup> A analogia é um instrumento de argumentação instável. Isso porque quem lhe rejeita as conclusões tenderá a afirmar que não há sequer analogia e minimizará o valor do enunciado, reduzindo-o a uma vaga comparação ou a uma aproximação puramente verbal. (PERELMAN, 1996: 447).

<sup>14</sup> REBOUL, 2004:48

<sup>15</sup> Os **atos** anteriores e a boa reputação que deles resulta se tornam uma espécie de capital que se incorporou à **pessoa**. Trata-se de um ativo que se adquiriu e se tem o direito de invocar em defesa própria. (PERELMAN: 1997, 230)

<sup>16</sup> AMOSSY, 2005:17

<sup>17</sup> AMOSSY, 2005:44

<sup>18</sup> REBOUL, 2004:49

<sup>19</sup> Persuade-se pela disposição dos ouvintes, quando estes são levados a sentir emoção por meio do discurso, pois os juízos que emitimos variam conforme sentimentos tristeza ou alegria, amor ou ódio. (ARISTÓTELES, Retórica, 2005: 97)

<sup>20</sup> Art. 647 - Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

<sup>21</sup> Trata-se do HC n. 5008861-81.2013.404.0000/TRF4. Ainda que se trate de instrumento público, os nomes e as instâncias não foram referidas para fins de preservação de identidade.

<sup>22</sup> Isso serve de alerta aos argumentantes mais afoitos, que muitas vezes constroem discursos escritos repletos de recortes de ementas, que pouco contribuem para a efetiva persuasão do destinatário. (RODRIGUEZ, 2005: 150)