

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO – UCS
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO – UNIRITTER
PROGRAMA DE DOUTORADO EM LETRAS – ASSOCIAÇÃO AMPLA
UCS/UniRitter**

BARBARA BEDIN

**A LEITURA DO DANO MORAL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO NA PERSPECTIVA DA
NOVA RETÓRICA**

CAXIAS DO SUL

2015

BARBARA BEDIN

**A LEITURA DO DANO MORAL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO NA PERSPECTIVA DA
NOVA RETÓRICA**

Tese apresentada ao Programa de Doutorado
em Letras – Associação Ampla
UCS/UniRitter, como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutora em Letras.

Orientadora Prof^a. Dr^a. Heloísa Pedroso de
Moraes Feltes

CAXIAS DO SUL

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS - BICE - Processamento Técnico

B412L Bedin, Barbara, 1973-

A leitura do dano moral pela perda de uma chance no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região na perspectiva da nova retórica / Barbara Bedin. – 2015.

343 f. ; 30 cm

Tese (Doutorado) – Universidade de Caxias do Sul em associação ampla UniRitter, Programa de Doutorado em Letras, 2015.

Orientação: Profª. Dra. Heloísa Pedroso de Moraes Feltes.

1. Retórica. 2. Dano moral. 3. Leitura. I. Título.

CDU 2. ed.: 808

Índice para o catálogo sistemático:

1. Retórica	808
2. Dano moral	347.426.4
3. Leitura	028

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Paula Fernanda Fedatto Leal – CRB 10/2291

A leitura do dano moral pela perda de uma chance no Tribunal Regional do
Trabalho da 4ª Região na perspectiva da Nova Retórica

Barbara Bedin

Tese de Doutorado submetida à Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Doutorado em Letras – Associação Ampla UCS/UniRitter, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Doutor em Letras. Área de Concentração: Leitura e Linguagens. Linha de Pesquisa: Leitura e Processos de Linguagem.

Caxias do Sul, 02 de dezembro de 2015.

Banca Examinadora:



Dra. Heloisa Pedroso de Moraes Feltes
Universidade de Caxias do Sul



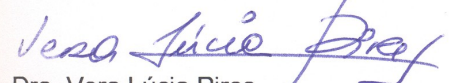
Dr. Jorge Campos da Costa
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul



Dr. Rafael José dos Santos
Universidade de Caxias do Sul



Dra. Valéria Silveira Brisolara
Centro Universitário Ritter dos Reis



Dra. Vera Lúcia Pires
Universidade Federal de Santa Maria

Esta tese é dedicada a todos aqueles que acreditam em si mesmos, porque é o primeiro passo para conseguir realizar todos os seus objetivos.

AGRADECIMENTOS

É nesta hora que se percebe a quantas pessoas, instituições e momentos deve-se agradecer e que, sem aquele apoio, certamente, a caminhada teria sido mais difícil.

Agradeço à minha grande família pelo apoio, pelo incentivo e, especialmente, por acreditar que seria possível a realização dessa jornada. Agradeço ao meu marido Rodrigo e à minha filha Luiza por existirem e serem uma parte de mim (eu sem vocês não sou ninguém, meus amores!).

Agradeço aos professores do Programa de Doutorado em Letras da Universidade de Caxias do Sul (UCS) pelos ensinamentos, pela dedicação, pelos exemplos que são, por me receberem de forma tão afetuosa, porque vocês deixaram minha jornada mais segura, mais tranquila e mais bonita. Um agradecimento à Larissa, fiel escudeira do programa e, hoje, minha colega, por sua disponibilidade e eficiência para resolver da menor até a maior questão administrativa, sempre sorridente e com um brilho inspirador em seu olhar. Agradeço também pela convivência com os colegas do Mestrado e do Doutorado que muito me ensinaram, mesmo sem saber.

Agradeço aos meus colegas professores do curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha (FSG), que acompanharam parte dessa caminhada com muitas conversas, muitos cafés e muito incentivo. Em especial, ao meu coordenador Otaviano Kury e ao Núcleo Docente Estruturante (Rose, Fernando e Viridiana) que se tornaram parte da minha família.

Agradeço à minha colega de profissão Marieli por todo o apoio moral e processual que recebi e, sem o qual, não teria o mesmo ânimo para terminar esta tese.

Agradeço à minha amiga Ângela, que mora no meu coração e, mesmo distante, me mandou muitas energias positivas (sim, eu senti todas elas!).

Agradeço ao Programa de Doutorado em Letras associação ampla UCS e UniRitter pela estrutura oferecida e todo o suporte necessário para o início, o meio e o fim do curso.

Agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e também à FSG pelo auxílio financeiro que recebi em uma parte do curso e que foi de grande importância.

AGRADECIMENTO ESPECIAL

Meu agradecimento mais profundo só poderia ser para minha (super) orientadora Dra. Heloísa Pedroso de Moraes Feltes. Professora dedicada, competente, responsável, exigente, preocupada, afetuosa e que orienta seus alunos com a cabeça e com o coração. Sinto-me acolhida, acarinhada e segura. Não existem gestos ou palavras que possam exprimir a gratidão que tenho por esse tempo de convivência e aprendizado. Fui feliz e sou feliz, mas, ao mesmo tempo, estou triste porque tenho que me ‘desprender’ dela. Heloísa, te amo:

Vou-me embora agora pra longe
Meu caminho é ida sem volta
Uma estrela amiga me guia
Minha asa presa se solta [...] ¹.

¹ Tim Maia, Racionais (“Cristina”).

Nada mais honroso do que mudar a
justiça de sentença, quando lhe
mudou a convicção.

Rui Barbosa

RESUMO

A tese oferece uma contribuição para a leitura do dano moral pela perda de uma chance (DMPC) no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de onze acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. O problema de pesquisa, assim, desdobra-se: (a) Qual é a interpretação de DMPC construído a partir da leitura da norma, da doutrina e da jurisprudência? (b) Qual é a interpretação de DMPC que se constrói pela leitura de acórdãos do TRT4? e (c) Para os Desembargadores, quais são os elementos caracterizadores do DMPC a partir dos acórdãos? O objetivo geral da tese é analisar o conceito de DMPC na sua leitura/interpretação, a partir da estrutura dos argumentos utilizados nos acórdãos. Os objetivos específicos são a identificação das condições de produção e a forma discursiva dos acórdãos; a análise das pistas linguísticas e dos argumentos mais fortes apresentados pelos Desembargadores e como eles guiam o leitor para a sua compreensão; e a análise da justificativa dos enunciados nos acórdãos. Situa-se a questão sobre o DMPC através de autores como Higa (2012); Martins-Costa (2014) e Savi (2012), para, na sequência, ser apresentada a possibilidade de interpretação desse dano, com base na Nova Retórica de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005), viabilizando uma leitura a partir do ambiente sociocultural no qual o sistema jurídico está inserido, focalizando a influência que questões valorativas exercem sobre ele. Trata-se de uma pesquisa interdisciplinar de Estudo de Caso, que demonstra o uso reiterado dos argumentos baseados na estrutura do real (ABER), de ligação de sucessão, das espécies pragmático e de autoridade; dos argumentos quase lógicos (AQL) por meio de uma identidade completa da definição normativa; e os argumentos de ligação que fundamentam a estrutura do real (ALFER), por meio do recurso ao caso particular (exemplo). Os elementos destacados pelos Desembargadores para caracterizar o DMPC, a partir da leitura dos acórdãos são: a conduta de terceiro (ato ilícito), que interfira na certeza de probabilidade de obter um lucro ou evitar um prejuízo de alguém e a frustração pela perda de uma concreta e real probabilidade de vantagem, preocupando-se com o respeito à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Leitura. Nova Retórica. Dano moral. Perda de uma chance.

ABSTRACT

The thesis offers a contribution to the reading of moral damages for the loss of a chance (MDLC) in the Brazilian legal system, from eleven judgments of the Regional Labor Court of the 4th Region (TRT4). The research problem thus unfolds: (a) What is the interpretation of MDLC built from the reading of the standard, the doctrine and the jurisprudence? (b) What is the interpretation of MDLC which is constructed by the reading of judgments of TRT4? and (c) for the Judges, what are the features which characterize the MDLC from the judgments? The overall aim of the thesis is to analyze the concept of MDLC in its reading/interpretation from the structure of the arguments used in the judgments. The specific objectives are the identification of the conditions of production and the discursive form of the judgments; the analysis of linguistic clues and the strongest arguments presented by the Judges and how they guide the reader to their understanding; and the analysis of the justification of the statements in the judgments. It lies the question of MDLC by authors such as Higa (2012); Martins-Costa (2014) and Savi (2012), in order to, then, present the possibility of interpretation of such damage based on the New Rhetoric of Perelman and Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005), enabling a reading from the socio-cultural environment in which the legal system is inserted, focusing on the influence that evaluative questions have on it. It is an interdisciplinary research of Case Study which demonstrates the repeated use of arguments based on the actual structure (ABBAS), on relations of succession, on pragmatic and authority species; use of quasi-logical arguments (QLA), by the means of a full identity of the rule-based definition; and of liaison arguments underlying the real structure (LAURS) through the use of the particular case (example). The elements highlighted by the Judges to characterize the MDLC based on the reading of the judgments are: a third-party conduct (tort), which interferes with certain probability of making a profit or avoid a loss of someone and frustration over the loss of a concrete and real likelihood of advantage, concerning about the respect for the human dignity.

Keywords: Reading. New Rhetoric. Moral damage. Loss of a chance.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Processo de formação discursiva da sentença judicial.....	230
Figura 2 - Contexto dos processos de variação de sentidos	240
Figura 3 - Alternativas de aplicação da Análise do Discurso em sentenças judiciais	248
Figura 4 - A relação do Direito com a Linguística	254
Figura 5 - Acórdãos selecionados.....	257

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Movimento processual no Tribunal.....	228
Tabela 2 - Formulário de pesquisa	255
Tabela 3 - Epíteto	318

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABER	Argumento Baseado na Estrutura do Real
AI	Agravo de Instrumento
ALFER	Argumento de Ligação que Fundamenta a Estrutura do Real
AQL	Argumento Quase Lógico
CCb	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
RI	Regimento Interno
RO	Recurso Ordinário
RR	Recurso de Revista
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T	Turma
TAL	Teoria da Argumentação na Língua
TRT4	Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 A LINGUAGEM DO DANO MORAL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO	30
2.1 A EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL	31
2.2 AS FORMAS DE REPARAÇÃO DO DANO.....	39
2.2.1 A retratação pública.....	39
2.2.2 A indenização	40
2.3 O DANO MORAL COMO ESPÉCIE DE DANO EXTRAPATRIMONIAL: PANORAMA GERAL	43
2.3.1 Dano moral: a problemática do tema	46
2.3.2 A questão de interpretação do dano moral nos Tribunais do Trabalho	49
2.4 O DANO CONFIGURADO PELA PERDA DE UMA CHANCE	51
2.4.1 Manifestações iniciais sobre a perda de uma chance originadas das decisões francesas	51
2.4.2 A ótica da doutrina italiana sobre a perda de uma chance	52
2.4.3 A perda de uma chance no Direito brasileiro	55
2.4.3.1 Nomenclatura.....	57
2.4.3.2 Os pressupostos da perda de uma chance	57
2.4.3.3 Natureza jurídica da perda da chance	59
2.4.3.4 Diferenças entre o risco e a chance	59
2.4.3.5 Diferenças entre os lucros cessantes e a perda de uma chance como dano emergente	59
2.4.3.6 A condição maliciosamente obstada pela parte a quem desfavorece e a perda de uma chance	61
2.4.3.7 Definição de chance real e séria	62
2.4.3.8 A ocorrência de danos extrapatrimoniais na perda de uma chance	64
2.4.3.9 Os critérios usuais para a fixação dos danos morais	64
2.5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONCEITO JURÍDICO-NORMATIVO E A PERDA DE UMA CHANCE	67
2.5.1 Os direitos fundamentais sociais	73
2.5.2 Os direitos fundamentais e o direito privado.....	76
2.5.3 O reconhecimento da violação aos direitos fundamentais do cidadão-trabalhador.....	80

3 NOVA RETÓRICA, HERMENÊUTICA JURÍDICA E PRAGMÁTICA:	
INTERFACES TEÓRICAS	85
3.1 O PERCURSO HISTÓRICO E A REABILITAÇÃO DA NOVA RETÓRICA DE PERELMAN.....	87
3.1.1 A fundamentação racional das decisões judiciais a partir da Nova Retórica.....	93
3.1.2 Os auditórios e seus acordos: conceitos centrais da Nova Retórica.....	100
3.1.3 O auditório particular e a análise do dano moral pela perda de uma chance.....	106
3.2 AS PREMISSAS DA ARGUMENTAÇÃO: ACORDOS PRÓPRIOS DE CADA DISCUSSÃO.....	108
3.2.1 Seleção, presença e interpretação dos dados.....	110
3.2.1.1 Seleção prévia dos elementos.....	110
3.2.1.2 Presença.....	111
3.2.1.3 A interpretação dos dados.....	111
3.2.1.4 A interpretação do discurso: ambiguidade do dado argumentativo	112
3.2.1.5 O uso das noções	113
3.2.2 Apresentação dos dados e forma do discurso	115
3.2.2.1 A apresentação de dados e seus problemas técnicos.....	115
3.2.2.2 Forma do discurso e comunhão com o auditório.....	117
3.2.2.3 Figuras de retórica e argumentação: escolha, presença e comunhão	118
3.2.2.3.1 <i>Figuras de escolha</i>	119
3.2.2.3.2 <i>Figuras de presença</i>	120
3.2.2.3.3 <i>Figuras de comunhão</i>	120
3.2.2.3.4 <i>Os objetos dos acordos</i>	123
3.2.2.3.5 <i>Categoria do real: os fatos, as verdades e as presunções</i>	123
3.2.2.3.6 <i>Categoria do preferível: os valores, as hierarquias e os lugares</i>	125
3.2.2.3.7 <i>Os lugares específicos do Direito (tópicos jurídicos)</i>	132
3.3 TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS APRESENTADAS PELA NOVA RETÓRICA....	133
3.3.1 Os argumentos quase lógicos.....	135
3.3.1.1 Contradição e incompatibilidade	136
3.3.1.2 O ridículo e a argumentação	137
3.3.1.3 Identidade na argumentação	138
3.3.1.4 Definições na argumentação.....	138
3.3.1.5 Analiticidade.....	139
3.3.1.6 Tautologia.....	140

3.3.1.7 Regra de justiça	141
3.3.1.8 Argumento de reciprocidade	141
3.3.1.9 Argumento de transitividade	142
3.3.1.10 Inclusão.....	143
3.3.1.10.1 <i>A inclusão da parte no todo</i>	143
3.3.1.10.2 <i>A divisão do todo em suas partes</i>	144
3.3.1.11 Argumento de comparação	145
3.3.1.12 Argumento pelo sacrifício	146
3.3.1.13 Argumento de probabilidades.....	146
3.3.2 Os argumentos baseados na estrutura do real	147
3.3.2.1 As ligações de sucessão	147
3.3.2.1.1 <i>O vínculo causal e a argumentação</i>	147
3.3.2.1.2 <i>O argumento pragmático</i>	148
3.3.2.1.3 <i>Argumento do desperdício</i>	150
3.3.2.1.4 <i>Argumento da direção</i>	151
3.3.2.1.5 <i>Argumento de superação</i>	152
3.3.2.2 As ligações de coexistência	153
3.3.2.2.1 <i>Interação entre o ato e a pessoa: aspectos gerais</i>	153
3.3.2.2.2 <i>Reação do ato sobre o agente</i>	155
3.3.2.2.3 <i>Reação do agente sobre seus atos</i>	155
3.3.2.3 O argumento de autoridade	156
3.3.2.4 As técnicas de ruptura e de refreamento opostas à interação ato-pessoa	158
3.3.2.4.1 <i>O discurso: ato do orador</i>	159
3.3.2.4.2 <i>O grupo e seus membros</i>	160
3.3.2.5 Outras interações entre acontecimentos, objetos, seres e instituições	161
3.3.2.5.1 <i>A ligação simbólica</i>	162
3.3.2.5.2 <i>Argumentos de hierarquia</i>	164
3.3.3 As ligações que fundamentam a estrutura do real	166
3.3.3.1 O fundamento pelo caso particular	167
3.3.3.1.1 <i>A argumentação pelo exemplo</i>	167
3.3.3.1.2 <i>A argumentação pela ilustração</i>	169
3.3.3.1.3 <i>A argumentação pelo modelo e o antimodelo</i>	170
3.3.3.2 O raciocínio por analogia	171
3.3.3.2.1 <i>O raciocínio por analogia sob a nova retórica</i>	173

3.4 A DISSOCIAÇÃO DAS NOÇÕES	178
3.5 A INTERAÇÃO DOS ARGUMENTOS	183
3.6 DA HERMENÊUTICA GERAL À HERMENÊUTICA JURÍDICA: A INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA NOVA RETÓRICA.....	193
3.7 A LINGUAGEM EM SEU CONTEXTO DE USO E A HERMENÊUTICA JURÍDICA	215
4. ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS	219
4.1 MÉTODO, TÉCNICAS E PROCEDIMENTOS	220
4.1.1 Estudo de Caso: caracterização.....	224
4.1.2 O <i>corpus</i> da pesquisa: caracterização do acórdão.....	226
4.1.2.1 A forma do acórdão	229
4.1.2.2 A existência cultural dos gêneros discursivos sob a ótica de Bakhtin	232
4.1.2.3 O gênero discursivo judicial-decisório	244
4.1.2.3.1 A atividade de decidir.....	246
4.1.3 A hermenêutica do discurso jurídico-decisório	249
4.1.4 A interdisciplinaridade do discurso jurídico-decisório	252
4.1.5 Procedimentos para análise do <i>corpus</i>	255
4.2 ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS: UMA LEITURA DO PROCESSO ARGUMENTATIVO	259
4.2.1 ACÓRDÃO 1: Processo n. 0000613-19.2011.5.04.0771 (RO)	259
4.2.2 ACÓRDÃO 2: Processo n. 0000399-36.2014.5.04.0702 (RO)	262
4.2.3 ACÓRDÃO 3: Processo n. 0000389-13.2013.5.04.0771 (RO)	269
4.2.4 ACÓRDÃO 4: Processo n. 0000629-52.2012.5.04.0022 (RO)	271
4.2.5 ACÓRDÃO 5: Processo n. 0020218-03.2014.5.04.0752 (RO)	274
4.2.6 ACÓRDÃO 6: Processo n. 0001304-15.2012.5.04.0022 (RO)	284
4.2.7 ACÓRDÃO 7: Processo n. 0000805-55.2013.5.04.0811 (RO)	290
4.2.8 ACÓRDÃO 8: Processo n. 0001191-42.2013.5.04.0017 (RO)	295
4.2.9 ACÓRDÃO 9: Processo n. 0020196-64.2014.5.04.0292 (RO)	297
4.2.10 ACÓRDÃO 10: Processo n. 0020137-76.2014.5.04.0292 (RO)	300
4.2.11 ACÓRDÃO 11: Processo n. 0000417-11.2013.5.04.0664 (RO)	304
4.3 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS: ARGUMENTAÇÃO E DANO MORAL	310
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	323
REFERÊNCIAS	333

1 INTRODUÇÃO

Nesta tese, objetiva-se analisar e discutir a leitura que os Desembargadores do Tribunal do Trabalho da 4ª Região (TRT4) fazem sobre o dano moral pela perda de uma chance, a partir do discurso jurídico-decisório. Essa discussão perpassa, necessariamente, a linguagem, por meio das interações sociais e o sentido a elas atribuído. Isso porque a sociedade é composta por diversos códigos sociais, entre eles o código do Direito que, como os demais, se realiza através da linguagem. No conjunto da vida social, explica Bittar (2015, p. 23), o Direito forma, “por especialização e desdiferenciação, uma linguagem entre linguagens e, por isso, também se serve de diversas linguagens sociais, além de interagir com as demais linguagens sociais.” Por esse viés, o Direito não encerra sua linguagem sobre si mesma, ao contrário, muitas vezes ele se presta para preservar as linguagens e, também, a racionalidade no convívio social.

Linguagem e Direito são indissociáveis, haja vista que a concreção do Direito somente se faz por meio da linguagem. A interdependência entre ambos é apresentada por Viana e Andrade (2011, p. 38), citando Calomon de Passos (2001, p. 63-64):

[...] o Direito, mais do qualquer outro saber, é servo da linguagem. Como Direito posto é linguagem, sendo em nossos dias de evidência palmar constituir-se de quanto editado e comunicado, mediante a linguagem escrita, por quem com poderes para tanto. Também linguagem é o Direito aplicado ao caso concreto, sob a forma de decisão judicial ou administrativa. Dissociar o Direito da Linguagem será privá-lo de sua própria existência, porque, ontologicamente ele é linguagem, e somente linguagem.

O Direito brasileiro foi formulado nas bases do Direito romano-germânico e evoluiu até chegarmos a um Estado Democrático de Direito, no qual existe uma constante preocupação com a proteção dos indivíduos, principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 (Constituição). O dano moral pela perda de uma chance é um desses direitos, uma vez que atinge valores intrínsecos dos indivíduos. Como outros direitos reconhecidos ao longo do tempo, houve um amadurecimento sobre seu sentido e, para ser considerado um ato reprovável socialmente, assim como, conseqüentemente, passível de ressarcimento, deve ter nexos de causalidade com o ato praticado pelo sujeito agressor.

Os acórdãos analisados neste estudo fazem parte do processo judicial, em que suas regras estão preestabelecidas no sistema jurídico vigente. Esse processo é composto por várias peças processuais elaboradas por advogados, peritos e juízes. Os procuradores das partes utilizam argumentos diversos para conseguir convencer os julgadores a aderirem às suas teses

e terem sucesso jurídico. Os decisores, por sua vez, também utilizam-se de argumentos para formar seu convencimento e justificar racionalmente suas decisões.

O raciocínio judiciário, até então positivista com forte influência cartesiana, em nome da segurança jurídica, estabeleceu uma metodologia baseada nos princípios matemáticos, evidenciando a necessidade de ordenação e sistematização. A linguagem a ser utilizada na formação dos enunciados (administrativos ou jurídicos), consoante ressaltam Capez e Prado (2010, p. 96-97), deve ser formal (como a lógica matemática), com significado unívoco e destituída de contradições e ambiguidades. O papel do julgador, em nome da segurança jurídica, limita-se a proferir a sentença aplicando a lei a um caso particular, realizando uma dedução correta, graças à legislação que foi escrita de forma “clara” e sem “vaguidades”, bem como desprovida do contexto histórico-cultural.

O sistema jurídico brasileiro mantém uma forte influência do positivismo, inclusive no que diz respeito às decisões judiciais. Existem duras críticas àqueles que pretendem uma interpretação mais flexível das normas quando aplicadas aos casos particulares, com fundamento na segurança jurídica e, também, para impossibilitar os julgadores de tomarem decisões arbitrárias. No entanto, a partir do século XX, Chaïm Perelman, filósofo belga, passa a defender a ideia de que para se chegar a uma decisão justa e que atenda aos anseios da sociedade alcançando a paz, não basta aplicar a lei ao caso concreto e encontrar a resposta verdadeira e única. Faz-se necessária, de acordo com Perelman ([1979] 2004, p.184), “a busca de uma solução que seja não só conforme à lei, mas também equitativa, razoável, aceitável, em uma palavra, que possa ser, ao mesmo tempo, justa e conciliável com o direito em vigor”.

Contrapondo-se à Filosofia Matemática de Descartes, em que o que se opõe ao verdadeiro só pode ser falso, e o que é falso para alguns deve sê-lo para todos, além da decisão ser feita com base na escolha de um (verdadeiro) e a exclusão do outro (falso), surgem os valores. Esses valores que dizem respeito ao papel da educação, da formação espiritual, da política, da ideologia, das tomadas de posições são mutáveis e a sua hierarquia pode ser diferente entre diferentes pessoas, tempo e lugar. Ao contrário do verdadeiro e falso, do certo e errado, Perelman ([1979] 2004, p. 146-147) afirma que “o que se opõe a um valor não deixa de ser um valor, mesmo que a importância que lhe concedamos, o apego que lhe testemunhemos não impeçam de sacrificá-lo eventualmente para salvaguardar o primeiro.”

Dessa forma, não existem argumentos certos ou errados, mas, de acordo com cada tese, eles têm maior ou menor força e fazem variar a intensidade da adesão de um auditório, de forma que, conforme explica Perelman ([1979] 2004, p. 146): “para persuadir o auditório é necessário primeiro conhecê-lo, ou seja, conhecer as teses que ele admite de antemão e que

poderão servir de gancho à argumentação.” Daí a importância de serem conhecidos quais os argumentos são considerados relevantes para o auditório, no caso, os Desembargadores, no que diz respeito à sua interpretação sobre o dano moral pela perda de uma chance, para que se utilizem esses mesmos argumentos para advogados formarem suas teses e conseguirem, assim, a adesão dos julgadores a elas.

A investigação proposta nesta pesquisa abrange, justamente, a leitura do texto jurídico – acórdão – como forma de estudo interdisciplinar. A linguagem atua como basilar no processo de dirimir as divergências jurídicas, já que o discurso argumentativo se propõe a conseguir a adesão do enunciatário à tese do enunciador, e os advogados das partes buscarão convencer os julgadores a aderirem às suas teses para obterem um resultado positivo nas suas demandas, o que culminará com a redação e a publicação do acórdão. Além de existir a aplicação da norma vigente e o respeito às regras processuais, o enunciador (advogado) deverá ter a habilidade de concretizar através do texto jurídico sua intenção de forma adequada para que o enunciatário (Juiz ou Desembargador) concorde com sua tese e responda, através da decisão judicial, de forma positiva.

A parte que entender que a prestação jurisdicional do Primeiro Grau não foi justa, por não ter sido favorável à sua tese, poderá recorrer e, preenchendo os requisitos de prazo e forma, seu pedido será apreciado no Tribunal por Desembargadores que serão os *novos intérpretes* daquela lide. Argumentar para manter ou reformar uma decisão judicial implica fortemente a questão da leitura e interpretação de texto. Esse enfoque dado por meio da Nova Retórica² permite a união da atividade jurídica (prática) com a produção doutrinária, permitindo o aprimoramento de técnicas argumentativas destinadas a promover um resultado positivo nos processos judiciais, por exemplo.

A prática do Direito, vista aos olhos dos positivistas, apresenta-se como um sistema cartesiano que, através de um método sistematizado de trabalho leva a conclusões óbvias sobre o conteúdo das normas.³ Contudo, a leitura de materiais jurídicos diversos sobre o mesmo assunto apresenta a inconsistência dessa prática, demonstrando como o discurso jurídico é heterogêneo e com diversos problemas relacionados à sua significação.

Tratando a função da linguagem como meio de interação social, o Direito desenvolve relações recíprocas com ela para regular a vida em sociedade, através de normas que devem ser respeitadas para manter a paz social entre os integrantes de uma comunidade. O Direito

² Também chamada de Teoria da Argumentação.

³ A dogmática jurídica parte do pressuposto de que a norma é um dogma. Significa dizer que as construções jurídicas não podem se distanciar dos parâmetros estabelecidos pela norma, muito menos confrontar sua existência.

não atua de forma isolada, mas se relaciona com as demais práticas dessa sociedade que também se preocupa com o controle social e a sua normatividade. Para compreender o significado e o alcance das normas jurídicas dentro do contexto social, o Direito deve ser trabalhado de forma interdisciplinar com as Ciências da Linguagem, as quais fornecem subsídios para uma interpretação adequada.

Por tudo o que foi exposto, a pesquisa justifica-se e tem relevância para os estudos interdisciplinares em leitura, na medida em que permite fazer uma reflexão sobre a linguagem, suas características e seu significado social, ou seja, quando está em uso, aprofundando-se no estudo da Filosofia da Linguagem, da Nova Retórica e da Hermenêutica. Possibilita, ainda, conhecer diferentes vozes sociais e ampliar a leitura de mundo, além de exercitar a habilidade de construção de sentidos e aprimorar a habilidade de leitura. Por conseguinte, a leitura não deve ser vista apenas como um decifrar de códigos, mas como uma interpretação. Uma obra é recuperada pelo leitor na historicidade de ambos, destaca Yunes (2002, p. 101), sendo necessário pensar a relação do leitor/autor, sob uma nova perspectiva:

[...] pensar a necessidade de escolha explícita de uma mediação, da figura de um interpretante, isto é, pensar a relação da leitura não mais como deciframento autorizado, mas pensá-la agora como interpretação, o que supõe não apenas o intérprete, mas o interpretante; supõe o instrumento de recorte pelo qual meu texto se articula com o texto do outro.

A forma do acórdão e seu conteúdo será acessível aos docentes da área de Letras para trabalharem diferentes gêneros discursivos com seus alunos. Para tanto, será necessário, e possível com esta pesquisa, conhecer e ampliar o vocabulário especializado. Ao Direito, por sua vez, cabe tirar proveito, da melhor forma possível, de tudo o que os estudos sobre os processos de leitura oferecem, uma vez que, sem esse aporte teórico, seria muito difícil transitar no universo jurídico. Além disso, o estudo do uso da linguagem é importante para combater o entendimento de alguns juristas de que a letra da lei é unívoca, de acordo com a manifestação de Warat ([1976] 1984, p. 68):

O estudo dos usos da linguagem permite efetuar algumas conclusões em torno da disputa existente entre os juristas com referência ao fato de que as palavras da lei contêm uma significação unívoca. [...] Na verdade, existe uma ilusão de univocidade fornecida pela inalterabilidade da instância sintática dos textos legais. Por desconhecer tal fato, produz-se no direito uma febre legislativa, decorrente da falsa crença de que produzindo uma alteração nas palavras da lei, transformam-se mecanicamente as práticas sociais e os sentidos normativos.

Este estudo também possibilita aos profissionais que atuam na área do Direito conhecer e aprofundar a linguagem em seu contexto de uso para compreender o sentido de dano moral pela perda de uma chance nos acórdãos, uma vez que os textos legais são formulados em uma linguagem imprecisa. Necessariamente, esta pesquisa é conduzida considerando o âmbito histórico e temporal que a expressão *dano moral pela perda de uma chance* está inserida, estabelecendo seu vigor e alcance entre o texto e o contexto, na asserção de Teixeira (2002, p. 69):

O direito, por possuir uma base lingüística, demanda a mediação interpretativa como forma de determinação do sentido do dever-ser contido na formulação lingüística. Assim, o hermeneuta além de compreender o texto, deve determinar-lhe a força e o alcance através do cotejamento do texto com a realidade social.

Daí a importância da leitura para compreender o dano moral pela perda de uma chance no caso concreto. Através da Nova Retórica de Chaïm Perelman, base teórica para a realização desta tese, são investigados quais os argumentos utilizados pelos Desembargadores que servem de suporte para as suas decisões. Dessa forma, instrumentalizam-se os advogados que atuam no âmbito da Justiça do Trabalho, mostrando o norte a ser seguido em seus discursos (peças judiciais). Ademais, o Direito serve-se dos estudos sobre a leitura para resolver problemas mais complexos, demonstrando a importância do estudo interdisciplinar porque, de acordo com Paviani (2008, p. 19), auxilia na resolução de “problemas pedagógicos e científicos novos e complexos, dentro de uma determinada concepção de realidade, de conhecimento e de linguagem.” Através de alguns exemplos, Morin (2004, p. 112) argumenta sobre o progresso das ciências quando se rompe o isolamento entre as disciplinas:

[...] seja pela circulação de conceitos ou de esquemas cognitivos; seja pelas invasões e interferências, seja pelas complexificações de disciplinas em áreas policompetentes; seja pela emergência de novos esquemas cognitivos e novas hipóteses explicativas; e, seja, enfim, pela constituição de concepções organizadoras que permitam articular os domínios disciplinares em um sistema teórico comum.

Além da relevante aplicação acadêmica, proporciona, como consequência, a formação de um profissional mais preparado para o mercado de trabalho. A importância da interdisciplinaridade para a formação profissional é destacada por Paviani (2008, p. 59):

[...] é condição básica para uma formação profissional flexível e adequada para o exercício de novas profissões, especialmente nos dias de hoje. [...] a atuação profissional, dentro de padrões elevados de formação científica, depende da elaboração de métodos adequados de intervenção e da busca e articulação de conhecimentos em mais de uma área teórica.

O estudo interdisciplinar do dever de reparar o dano moral pela perda de uma chance, interpretado de acordo com a norma, a doutrina e através dos acórdãos resultará na produção de um metatexto que apresentará as principais compreensões construídas a partir do conjunto de discursos submetidos à análise. Permitirá, assim, encontrar uma compreensão mais complexa dos fenômenos. Nesse sentido, o produto da pesquisa representará, a partir de Moraes e Galiuzzi (2011, p. 114), “a intervenção em discursos coletivos que a pesquisa realizada possibilita ao pesquisador”.

Muitos autores escrevem, especificamente, sobre os problemas de interpretação no campo jurídico, teorias da argumentação através de revisão bibliográfica, mas sempre em um âmbito mais teórico e, dada a origem da responsabilidade civil, o dano moral normalmente é estudado nessa área (Direito Civil). Há várias obras que abordam diferentes aspectos do tema desta pesquisa. Alguns exemplos são os de Margarida Maria Lacombe Camargo em *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*⁴ ([1999] 2003); Paulo Roberto Soares Mendonça com a obra *A argumentação nas decisões judiciais* ([1997] 2000); Manuel Atienza em *Las razones del derecho: teorías da argumentação jurídica* ([1970] 2003); A. Castanheira Neves, em *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I* ([1993] 2003).

De forma mais delimitada, encontram-se estudos que abordam a análise discursiva das decisões judiciais, com atenção especial aos acórdãos. Entre eles, citamos o artigo de Clayton Reis com “A reparação do dano moral no direito trabalhista” (2008), que trata da orientação dos Tribunais a respeito do dano moral na esfera trabalhista, seu conceito, situações em que pode ocorrer e o dano moral decorrente do assédio às mulheres trabalhadoras, e conclui que grande parte das violações aos direitos dos empregados e à dignidade da pessoa humana acontece no ambiente de trabalho, destacando a importância da competência absoluta da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de danos morais; o artigo de Guilherme Cesar Pinheiro, “Teoria da argumentação e jurisprudência dos valores: a fundamentação das decisões em oposição à ideia de discricionariedade judicial” (2010), o qual apresenta uma crítica à teoria material da ponderação de valores em uma questão de ordem do STF, considerando a distinção entre a fundamentação (discurso de justificação) e a aplicação (discurso de aplicação) das normas, enunciada por Klaus Günther e apropriada por Habermas; e o artigo de Lúcia Gonçalves Freitas com “Argumentação e discurso sobre Lei

⁴ Adota-se o itálico para nomes de obras e teses e aspas duplas para títulos de artigos e de capítulos de livros.

Maria da Penha em acórdãos do STJ” (2014), no qual se ocupa da análise de um acórdão do STJ que afetou o entendimento jurisprudencial brasileiro sobre a Lei Maria da Penha, questionando como se constroem argumentos relativos à violência contra as mulheres naquela instância.

Tratando-se de dissertações, podemos citar a de Elisabeth Linhares Catunda, com *Um estudo do gênero jurídico acórdão* (2004), que trata de descrever a organização retórica do gênero jurídico acórdão e, também, descrever a comunidade discursiva jurídica de quinze acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho do Ceará, além de quinze acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará; a dissertação de Éderson de Souza Félix, com *Argumentação e discurso jurídico: o acórdão* (2009), na qual analisa cinco acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, somente de relatoria de um desembargador sobre o dano moral, a partir das condições inadequadas e perigosas de transporte de empregados, consideradas por ele apenas como uma infração de trânsito; a dissertação de Cristina Cattaneo da Silveira, com *Interpretação e decisão: uma análise discursiva do julgamento sobre a delimitação da reserva indígena 'Raposa Serra do Sol'* (2010), utilizando-se da análise discursiva (linha francesa) de uma decisão do STF e os seus reflexos na sociedade; e a dissertação de Manuel Cid Jardon, com o título *A intertextualidade na construção das decisões judiciais trabalhistas* (2012), que aborda a presença da intertextualidade na construção das decisões trabalhistas em duas sentenças da Justiça do Trabalho, dois acórdãos do TRT4 e dois acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho.

Entre as teses que abordam a análise discursiva das decisões judiciais, podem-se citar a de Lélío Maximino Lellis, com o título *O texto nos acórdãos dos tribunais* (2008), a qual analisa a indicativa dos níveis linguísticos, a exteriorizadora dos âmbitos local e global de alcance significativo, bem como do explícito e do implícito co-textual e contextual e a forma de expressão, conteúdo e substrato ideológico de seis acórdãos do STF, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP); e a tese de Miriam Ventura da Silva, *O processo decisório judicial e a assessoria técnica: a argumentação jurídica e médico-sanitária na garantia do direito à assistência terapêutica no Sistema Único de Saúde* (2012), que trata de uma pesquisa empírica de processos judiciais individuais, nos quais postulam tratamentos de saúde em face de entes públicos, da cidade do Rio de Janeiro, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entre setembro de 2009 e outubro de 2010, em que é verificado o modo como se expressam os argumentos médicos e sanitários nas decisões judiciais, no sentido de obrigar os poderes públicos a fornecerem a terapêutica requerida pelos cidadãos.

Monografias e outras pesquisas também foram elaboradas com o foco na análise discursiva das decisões judiciais, das quais podemos citar a monografia de Ronaldo Tazoniero Machado, intitulada *A decisão judicial vista a partir da teoria da argumentação jurídica de Chaïm Perelman* (2007); a monografia de Pedro Guilherme Lindemberg Schoueri, *A argumentação do STF ao alterar normas: uma análise da argumentação fundamentadora de modificações normativas feitas via interpretação conforme a Constituição* (2008), cuja abordagem centra-se na maneira como as normas são modificadas via interpretação da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e qual papel nela é desempenhado a argumentação dos Ministros; a monografia de Rodrigo Ascenso Reis Ribeiro, com o título *Argumentação Jurídica: Aspectos Conceituais Sobre O Uso Da Retórica No Tribunal Do Júri* (2010), a qual enfoca a figura retórica como arte e técnica capaz de persuadir os jurados integrantes do Conselho de Sentença em um Tribunal do Júri; e a pesquisa apresentada pela Aliança de Controle do Tabagismo, realizada por Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou, “Ações indenizatórias contra a indústria do tabaco: estudo de caso e jurisprudência” (2011), que tratou de analisar cem decisões judiciais indenizatórias movidas contra as empresas fabricantes de cigarro originárias dos Tribunais Estaduais e Tribunais Superiores de todas as regiões do Brasil, no período de 01 de janeiro de 2007 até 30 de abril de 2010, em que se concluiu que a maioria das decisões firmou a irresponsabilidade desses fornecedores nos casos de adoecimento e morte dos fumantes.

Dada essa contextualização, o problema de pesquisa desdobra-se em três questões interligadas: (a) Qual é a interpretação de dano moral pela perda de uma chance construída a partir da leitura da norma, das obras e da jurisprudência? (b) Qual é a interpretação de dano moral pela perda de uma chance que se constrói pela leitura de acórdãos do TRT4? e (c) Quais são os elementos importantes considerados pelos Desembargadores do TRT4 para configurar o dever de indenizar e estabelecer a caracterização do dano moral pela perda de uma chance a partir da análise de textos por eles construídos?

A partir do que foi apresentado, o objetivo geral desta tese é analisar a caracterização de ato indenizatório e o conceito de dano moral pela perda de uma chance na leitura/interpretação da norma a partir da análise da estrutura dos argumentos utilizados em acórdãos do TRT4. Os objetivos específicos, por sua vez, são:

- a) identificar as condições de produção e a forma discursiva inserida no texto jurídico (acórdão);
- b) analisar os textos do processo a partir de pistas linguísticas apresentadas pelos Desembargadores ao proferirem seus votos que culminaram na redação do

acórdão, mantendo ou desconstituindo decisões de Primeiro Grau que trataram sobre o ato indenizatório e o dano moral pela perda de uma chance;

- c) analisar a forma como as pistas linguísticas guiam o leitor para a compreensão do ponto de vista dos Desembargadores no contexto apresentado e nos variados argumentos que apresentam;
- d) verificar os argumentos apresentados pelos Desembargadores ao proferirem seus votos mantendo ou desconstituindo decisões de Primeiro Grau que trataram sobre o ato indenizatório e o dano moral pela perda de uma chance;
- e) analisar a justificativa dos enunciados dos acórdãos;
- f) identificar os argumentos mais fortes utilizados para construir a interpretação de dano moral pela perda de uma chance dentro do acórdão.

O método utilizado nesta pesquisa é indutivo, uma vez que parte do estudo de casos particulares para chegar a uma conclusão genérica. No entanto, não é possível uma pesquisa somente com a aplicação de um único método de forma *pura*, destacando-se o método que predomina entre os demais. Tratamos este estudo como um Estudo de Caso, uma vez que se pesquisa um fenômeno concreto dentro de seu contexto, para ter um conhecimento mais aprofundado de determinado assunto. Além disso, adota-se como principal método jurídico de interpretação a Nova Retórica (Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca), ao partir-se do lugar comum e, através dos meios de persuasão, promover a adesão das partes aos seus argumentos. A Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, por sua vez, perpassa todo o processo de compreensão, funcionando como *background*.

O *corpus* objeto de análise é composto por acórdãos publicados nas onze Turmas que compõem o TRT4, no período de 21/06/2014 até 21/06/2015, com competência para julgar os recursos ordinários, nos termos do art. 37, letra “a”, do seu Regimento Interno (RI) de processos originários de todas as comarcas do estado do Rio Grande do Sul. Analisa-se um acórdão de cada Turma dentre aqueles que tratou sobre o dano moral pela perda de uma chance, sem considerar se a decisão manteve ou reformou a sentença porque o que nos interessa é a justificação, que indica quais são os elementos caracterizadores do dano moral pela perda de uma chance, independentemente do resultado final. A pesquisa foi feita diretamente no site do TRT4⁵, do qual foi possível retirar todas as informações necessárias para a realização da análise proposta.

⁵ Consultar: <<http://www.trt4.jus.br>>.

A tese é desenvolvida em quatro capítulos. O Capítulo 1 é a presente introdução, na qual é apresentada toda a esquematização da tese, sua justificativa, o problema, os objetivos, a fundamentação teórica e a planificação do texto. Através de sua leitura, é possível compreender as diretrizes da tese. O Capítulo 2 apresenta a leitura que se faz sobre o dano moral pela perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, para fins de compreensão dos acórdãos no Capítulo 4. Aborda-se o dano como pressuposto do dever de indenizar, seu contexto geral e, principalmente, seu tratamento no âmbito trabalhista. Sobre a perda de uma chance, apresenta-se o entendimento no direito comparado e como o assunto foi introduzido no Brasil. Discorre-se sobre a nomenclatura, os pressupostos, a natureza jurídica, a definição de chance real e séria e a diferença da chance com outras figuras que têm características próximas a ela. Trata-se, também, da dignidade da pessoa humana como conceito jurídico-normativo, uma vez que está intimamente ligado aos direitos sociais que, por sua vez, é espécie de direitos fundamentais. Por ser a dignidade da pessoa humana uma matéria de natureza constitucional e a responsabilidade civil de natureza cível, aborda-se a constitucionalização do Direito Civil como uma consequência da eliminação das fronteiras estanques entre as disciplinas. E, por fim, o dever de reparar a chance é apresentado como uma violação dos direitos fundamentais do cidadão-trabalhador.

Os conteúdos da responsabilidade civil, sua inserção no Direito do Trabalho, a perda de uma chance e os direitos sociais abordados no Capítulo 2 têm como referência obras, artigos e capítulos de livros, tais como os dos autores Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, com “O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho” (2014); Maria Helena Diniz com *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil* (2010); Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica” (2010); Eugênio Facchini Neto, com “Da responsabilidade civil no novo Código” (2006) e “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado” (2010); Manuel A. Carneiro da Frada, com *Direito civil, responsabilidade civil: o método do caso* (2011); Flávio da Costa Higa, com *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no direito do trabalho* (2012); Judith Martins-Costa, com “Dano moral à brasileira” (2014); Arnaldo Rizzardo, com *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002* ([2005] 2007); Ingo Wolfgang Sarlet, com “A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro” (2007), “Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira” (2010), “Os direitos fundamentais sociais, o direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: apontamentos sobre a possível eficácia

dos direitos sociais nas relações entre particulares” (2010), *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988* (2012) e, também, “Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares” (2006); Sérgio Savi, com *Responsabilidade civil por perda de uma chance* (2012); Anderson Schreiber, com *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos* (2013); Reinhard Singer, com “Direitos fundamentais e direitos privados: uma perspectiva de direito comparado” (2007).

O Capítulo 3 trata das questões teóricas da Nova Retórica e Hermenêutica Jurídica com o objetivo de apresentar o aporte teórico utilizado na análise dos acórdãos. Inicia-se com a gênese e o desenvolvimento sobre o ato de argumentar, além de reconhecer que, contemporaneamente, os argumentos lógicos coexistem com a Nova Retórica. Em face da argumentação de Chaïm Perelman sofrer forte influência de Aristóteles, apresentam-se as premissas desse filósofo sobre a retórica. Aborda-se a fundamentação racional das decisões judiciais com um olhar voltado para a Nova Retórica, as premissas da argumentação aceitas como o ponto de partida dos raciocínios e os esclarecimentos sobre o auditório particular e seu acordo, com enfoque para a interpretação do dano moral da perda de uma chance. Os argumentos reconhecidos pelo Tratado da Argumentação de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca ([1988], 2005) são estudados em uma parte que engloba aos argumentos quase lógicos os argumentos baseados na estrutura do real e as ligações que fundamentam a estrutura do real e, também, as críticas feitas por outros autores sobre a teoria utilizada nesta tese. Os críticos justificam que a flexibilização das decisões judiciais implica na desestabilização da segurança jurídica, ao permitir que os julgadores tomem decisões arbitrárias e irracionais. A importância da ordem dos argumentos e os critérios para a sua escolha também são objetos de apreciação.

Desenvolve-se, no Capítulo 3, uma parte sobre as mudanças de perspectivas ao passar de uma hermenêutica relacionada ao método de interpretação e aplicação das leis para a Hermenêutica Filosófica de Gadamer, que se preocupa menos com o método e mais com a compreensão dos enunciados jurídicos, a partir da realização da justiça. Nessa transformação, a interpretação deixa de ser vista como um modo de conhecer para ser entendida como um modo de ser do ser humano, sendo a linguagem sua forma de realização. A verossimilhança, construída a partir de argumentos, passa a ser considerada uma forma de verdade, refletindo diretamente na Hermenêutica Jurídica. Em paralelo à subsunção lógica do raciocínio jurídico, apresenta-se uma forma dialética de desenvolver esses raciocínios, partindo-se de premissas

geralmente aceitas pelo auditório que se quer influenciar, em que pese a dificuldade em mudar o paradigma interpretativo no sistema jurídico brasileiro. Para que isso aconteça, o Direito deve ser considerado linguagem, muito embora as obras jurídicas e a prática jurídica ainda trabalhem na lógica da apropriação do conhecimento para tentar encontrar a verdade absoluta.

Utilizando Marcelo Dascal ([1999] 2006), são apresentadas as principais formas de empregar a palavra “interpretação” e qual seu alcance no discurso jurídico. Na sequência, trata-se, também, da interpretação jurídica, partindo-se das concepções e de seus diferentes métodos, com base em Luiz Alberto Warat (1984, 1994, 2002). A compreensão da norma é feita a partir da linguagem que tem sua interpretação afetada, por apresentar vaguezas e ambiguidades, mas que, nem por isso, admite arbitrariedades dos julgadores. Para o preenchimento das lacunas normativas, a partir da obra de Marcelo Dascal, *Interpretação e compreensão* ([1999] 2006), desenvolve-se a tarefa pragmática na Hermenêutica Jurídica. Os autores principais utilizados no Capítulo 3 são Chaïm Perelman, com suas obras *Lógica jurídica* ([1979] 2004) e *Retóricas* ([1989] 2004), e Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, com a obra *Tratado da argumentação: a nova retórica* ([1988] 2005); Marcelo Dascal, com a obra *Interpretação e compreensão* ([1999] 2006) e Hans-Georg Gadamer, com *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica* ([1960] 2008).

Em um primeiro momento, o Capítulo 4 é reservado para apresentar a metodologia utilizada para realizar a análise dos acórdãos. Explicam-se o caminho percorrido e a forma como o ambiente foi criado para concretizar a análise proposta, fundamentados em obras, artigos e capítulos de livros como Laurenc Bardin, com *Análise de conteúdo* ([1977] 2011); Charles Bazerman, com “Las formas sociales como hábitats para la acción” (2012) e “Actividades estructuradas discursivamente” (2012); Eduardo Carlos Bianca Bittar, em *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito* (2015); Maria Francisca Carneiro, em *Avaliação do dano moral e discurso jurídico* (1988); Hans-Georg Gadamer, com “O problema hermenêutico e a ética em Aristóteles” ([1996] 2003), *Verdade e método* ([1960] 2008), *Verdade e método II* ([1986] 2002) e *Hermenêutica em retrospectiva* ([1995] 2009); Antônio Carlos Gil, com *Métodos e técnicas de pesquisa social* (2008); Robert K. Yin, com *Estudo de caso: planejamento e método* (2010); Teresa Cristina Wachowicz, com *Análise linguística nos gêneros textuais* (2012); Mikhail Bakhtin, com “Os gêneros do discurso” ([1979] 1997) e *Marxismo e filosofia da linguagem: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem* (1999); Valéria Iensen Bortoluzzi, com “The agreed decision genre and the recontextualization of social actors” (2010); Astor Antônio Diehl, com *Pesquisa em ciências sociais aplicadas: métodos e técnicas* (2004); Leonardo Mozdzenski,

com *Multimodalidade e gênero textual: analisando criticamente as cartilhas jurídicas* (2008); Cristiane Fuzer e Nina Célia de Barros, com “Processo penal como sistema de gêneros” (2008) e Celestina Vitória Moraes Sitya, com *A linguística textual e a análise do discurso: uma abordagem interdisciplinar* (1995).

Na sequência do Capítulo 4, apresentam-se a estrutura do acórdão, a caracterização como gênero discursivo e a abordagem interdisciplinar. Os critérios de escolha dos acórdãos, sua fragmentação e o sistema de notação são apresentados de forma detalhada. Além disso, aborda-se a existência cultural dos gêneros discursivos a partir de Bakhtin, quando os reconhecemos como historicamente situados. Explica-se que a noção sobre o dano moral pela perda de uma chance no TRT4 construída nesta tese é feita através da Teoria da Argumentação (Nova Retórica) de Perleman, tendo como pano de fundo a Hermenêutica Filosófica de Gadamer. A partir do momento em que é aceito o Direito como linguagem, também compreende-se a interdisciplinaridade do discurso jurídico-decisório.

Desenvolvidos todos estes pontos, ainda no Capítulo 4, realizam-se as análises propriamente ditas. A partir do modelo de notação já apresentado no capítulo, desenvolve-se uma análise individual de cada trecho dos acórdãos. Ao final, uma parte é reservada para a discussão dos resultados individuais, de forma a alcançar o metatexto anunciado no início deste capítulo, apresentando os principais entendimentos dos Desembargadores, construídos a partir do conjunto de discursos analisados. A compreensão do fenômeno do dano moral pela perda de uma chance é realizada de forma aprofundada e conclui-se com a apresentação de um enunciado que pode representar qual é a leitura que os julgadores fazem do dano moral pela perda de uma chance no sistema jurídico brasileiro, no âmbito do Direito do Trabalho.

As conclusões, de forma sintética, demonstram que as decisões sobre o dano moral pela perda de uma chance tratam de valores concretos e vinculados a um grupo determinado, nos quais os indivíduos devem se comportar de forma que não causem danos a outrem. Os argumentos utilizados para caracterizar o dano moral pela perda de uma chance são convergentes ao sistema jurídico brasileiro e à sua concepção de valores, mas não possuem uma forma rígida de apresentação. No entanto, em todos os acórdãos, observou-se uma repetição nos tipos de argumentos, inferindo-se que uma linguagem mais técnica da justificação dificulta a utilização de uma diversidade maior de argumentos. Os argumentos de analogia da *Teoria da Argumentação: a nova retórica* ([1988] 2005) estabelecem que o tema e o foro devem pertencer a áreas diferentes, porque, se as relações confrontantes estão na mesma área, podendo ser abrangidas por uma estrutura comum, é caso de um raciocínio pelo exemplo ou pela ilustração. Então, o que é usualmente aplicado como analogia pelo Direito,

representa um raciocínio pelo exemplo ou pela ilustração para a Teoria da Argumentação de Perelman; Olbrechts-Tyteca.

Em face da responsabilidade civil ser representada por cláusulas gerais, a dignidade da pessoa humana contribui, como critério hermenêutico, para a solução das controvérsias que tratam do dano moral pela perda de uma chance, porque indicam a conduta considerada como uma ofensa à dignidade (violação de um direito fundamental) e que é um dos argumentos que sustenta o dano moral, principalmente, a partir do que foi chamado de constitucionalização do Direito Civil.

Uma exposição geral e resumida de todo o conteúdo abordado nesta tese é apresentada nas considerações finais que trata, também, das perspectivas de crescimento e desenvolvimento de pesquisas envolvendo o fenômeno tratado.

2 A LINGUAGEM DO DANO MORAL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO

A ordem jurídica de um país tem como objetivo organizar as relações sociais, normatizar seus interesses e protegê-las de eventuais danos sofridos. Neste capítulo, aborda-se a temática do dano moral pela perda de uma chance no âmbito trabalhista, juridicamente falando, através da leitura que as normas, a jurisprudência e os doutrinadores fazem dele. E, também, como são delineados os contornos da violação desse direito para caracterizar como objeto de ressarcimento. Dessa forma, estamos diante da relação entre o conhecimento jurídico e a realidade à qual se refere, e a apreensão desses sentidos é feita a partir de códigos linguísticos, por meio dos modelos⁶ hermenêutico e empírico, de acordo com Carneiro (1998, p. 127).

Esses modelos não são rígidos, ao contrário, relacionam-se sem prejuízo da unidade do sistema jurídico. No entanto, explica Carneiro (1998, p. 33), por não existirem dispositivos analíticos mais precisos para a avaliação do dano moral, ele tem sido medido através da jurisprudência e de forma preponderante pelos modelos hermenêuticos e empíricos, uma vez que também são “formas de concatenação do raciocínio e expressão do direito, como prestação e linguagem”. Essa forma de construir os sentidos, aliando a interpretação com a investigação das regras de convivência, vai ao encontro da análise feita a partir da Nova Retórica nos acórdãos do TRT4.

Este capítulo tem como objetivo apresentar os códigos linguísticos conhecidos nas normas, na jurisprudência e nas obras jurídicas, com vistas a delinear o entendimento sobre o dano moral pela perda de uma chance e, através de sua relação com os esquemas argumentativos, fazer a análise dos acórdãos do Capítulo 4, verificando, assim, quais são os elementos de consenso dos Desembargadores para construir aquele conceito.

Nos tópicos que seguem, são abordadas as formas de reparação do dano, já que sua existência é pressuposto para o dever de indenizar. O dano moral no contexto geral e na área

⁶ De acordo com as estruturas sociais é que a norma jurídica se desenvolve, apresentando características diferenciadas, mas todas com poder e persuasão como condição de eficácia. Essas características podem ser resumidas através de três modelos científicos (extraídos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior), nos quais, cada um deles, representa uma efetiva concepção do homem, como centro articulador do pensamento jurídico. São eles: (a) modelo analítico: o direito é falado como a condição para a resolução de conflitos e a convivência pacífica. A linguagem do direito manifesta-se como um sistema de regras contido no ordenamento jurídico (ex. CCb); (b) modelo hermenêutico: a linguagem jurídica é utilizada no processo decisório e, neste caso, a busca de sentido é feita através da atividade interpretativa; e (c) modelo empírico: o direito é uma investigação de regras de convivência. O ser humano é entendido como um ser dotado de funções, adaptável as constantes modificações do meio e a linguagem jurídica apresenta-se como um sistema explicativo de comportamentos controlados por normas. (CARNEIRO, 1998, p. 33).

trabalhista, bem com a perda de uma chance, pontua sobre sua nomenclatura, seus pressupostos, sua natureza jurídica, a definição de chance real e séria e a diferença da chance com outras figuras que têm pontos de contato com ela. A opção pela pesquisa da responsabilidade civil pelo dano moral da perda de uma chance ocorre em função de ser um fenômeno em franca ascensão. De acordo com Carneiro (1988, p. 81), o dano moral foi um dos poucos temas que, recentemente, se alastraram no cenário jurídico. O direcionamento ao âmbito trabalhista deve-se à maior envergadura que o tema está ganhando nessa área.

Trata-se, ainda, do dever de reparar a chance como reconhecimento à violação dos direitos fundamentais do cidadão-trabalhador. Contudo, antes de adentrar nessa seara, fala-se sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico-normativo, uma vez que está intimamente ligado aos direitos fundamentais. Apresentam-se os direitos sociais como uma espécie de direito fundamental, além de abordar a chamada constitucionalização do Direito Civil, uma consequência da eliminação das fronteiras engessadas entre as disciplinas.

O capítulo torna-se importante na medida em que apresenta o aporte teórico (Direito material⁷) que serve de suporte para embasar as decisões judiciais. O material de pesquisa deste capítulo deve ser lido em conjunto com as práticas argumentativas, posto que só assim será possível compreender o conteúdo dos argumentos recepcionados pelos desembargadores e seu sentido, quando da análise dos resultados. A necessidade de interpretação a partir da Nova Retórica é adequada às relações estabelecidas entre as normas e as características culturais, econômicas, políticas e sociais de que faz parte o sistema jurídico brasileiro, no caso da construção do conceito de dano moral pela perda de uma chance.

2.1 A EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

A ordem jurídica de um país tem como objetivo, minimamente, organizar as relações sociais e proteger seus integrantes de eventuais turbações. O preâmbulo da Constituição indica as diretrizes que devem reger a convivência em sociedade. Ali, defende-se o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. No entanto, a liberdade para exercer os direitos sociais e individuais está inserida dentro de um contexto de não causar danos a outrem. A

⁷ Conjunto de normas que regulam os fatos jurídicos, em oposição ao direito processual.

responsabilidade civil, por sua vez, tem a função de regular a atribuição de responsabilidade em casos de danos. Essa regra, certamente, foi construída baseando-se nas transformações sociais e nas mudanças de valores. Essas transformações têm relação direta com a forma de argumentar que, da mesma forma, varia de acordo com os valores vigentes em cada época.

O dano moral pela perda de uma chance tem como sustentação jurídica a responsabilidade civil, que é uma matéria tratada pelo Direito Civil e que, de acordo com Facchini Neto (2006, p. 174), “difícilmente haverá no direito civil matéria mais vasta, mais confusa e de mais difícil sistematização do que a da responsabilidade civil”. É uma matéria que não contempla as situações contemporâneas, ou seja, não atende as necessidades da atualidade, por se prender a uma postura do passado. Nesse percurso, percebe-se que, cada vez mais, a responsabilidade civil aproxima-se da reparação de um dano prestando atenção na vítima, em detrimento da penalização do indivíduo, já que isso é tarefa do Direito Penal.

No que diz respeito à sua origem, a responsabilidade civil desenvolveu um princípio genérico no século XVII, com o jurista francês Domat. O percurso de seu desenvolvimento não é objeto de estudo desta tese e, por esse motivo, passa-se ao final do século XIX e extensão do século XX, porque, em função dos fenômenos da industrialização, intensa urbanização e massificação da sociedade, a teoria da responsabilidade civil sofreu grandes mudanças naquela época. Os efeitos da Revolução Industrial, com a introdução das máquinas nesse processo, fizeram com que os acidentes se multiplicassem e, assim, surgisse a necessidade de socorrer as vítimas. Antes, era suficiente a caracterização da culpa e a punição do agente. Com a dificuldade de identificar essa “culpa” na origem do dano, manifesta-se a ideia do risco que vem a direcionar o tema sob o ângulo exclusivo da reparação do dano, consoante explica Facchini Neto (2006, p. 175-178). A teoria da responsabilidade civil abrange tanto a culpa como o risco por ter como finalidade a reparação de todo o dano injusto.

Considera-se a responsabilidade civil como um dos instrumentos jurídicos mais flexíveis, como sustenta Moraes (2006, p. 238-239), porque há condições de oferecer a primeira tutela aos novos direitos, considerados merecedores de proteção, assim que identificados pela consciência social, pois estariam sem outra forma de proteção. Esses novos direitos não estariam aptos a uma imediata regulamentação do legislador ordinário por não estarem, ainda, adequadamente amadurecidos no ambiente social. Por esse motivo, o direito da responsabilidade civil é reconhecido como jurisprudencial. Os primeiros a constatarem as mudanças sociais são os julgadores que, antes mesmo de qualquer regulamentação, estão habilitados a atribuir respostas normativas a esses novos casos através de suas decisões.

A responsabilidade civil, dentro do Código Civil brasileiro (CCb), está inserida no capítulo que trata das obrigações, uma vez que o seu conteúdo corresponde às obrigações decorrentes da conduta da pessoa. Reparar o dano se traduz, então, como a obrigação de indenizar por ato ilícito cometido por alguém. O ato ilícito⁸, nas palavras de Martins ([2007] 2008, p. 60), é aquele ato “que não foi exercido de acordo com a ordem jurídica. É a ação ou omissão praticada por alguém com dolo ou culpa em desconformidade com a ordem jurídica, causando dano a outrem”⁹, ou seja, cometendo um ato ilícito.

O atual CCb foi alterado e passou a vigorar em janeiro de 2003 e, dentre suas inovações, Facchini Neto (2006, p.188-199) destaca algumas que passaram a ser consideradas atos ilícitos e, portanto, passíveis de indenização: (a) o abuso de direito, previsto no art. 180 e assim caracterizado: “o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”; (b) a responsabilidade civil dos incapazes do art. 928, que prevê sua responsabilização com base na equidade e de forma subsidiária, já que o incapaz será acionado “se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”; e (c) a responsabilidade civil pelo fato de outrem, prevista no art. 1.521 para os pais, tutores e curadores, patrões e comitentes, pelos atos de seus filhos, pupilos, curatelados, empregados e prepostos, além dos donos de hotéis e internatos, por atos de seus hóspedes e de alunos internos.

Contemporaneamente, de acordo com Facchini Neto (2006, p. 183-184), a responsabilidade civil possui três funções: (a) a primeira e mais antiga é a função *reparatória* (de danos materiais) ou *compensatória* (de danos extrapatrimoniais); (b) a segunda, é a função *punitiva* que atingirá o ofensor ao ter que compensar economicamente um dano cometido, ou seja, uma conduta passada, e (c) a terceira, é a função *preventiva* (ou dissuasória) com o objetivo de evitar as condutas impróprias futuras, sendo uma forma indicativa de quais condutas o indivíduo deve evitar. Dessa forma, a responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma, independentemente da existência de culpa. Assim, explica Pereira ([1989] 1993, p. 11):

⁸ Não constitui ato ilícito aqueles praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido e, também, em caso de extrema necessidade, a deterioração ou destruição de coisa alheia, ou lesão à pessoa, com o objetivo de cessar perigo iminente. (Art. 188, I e II, CCB).

⁹ Nesse mesmo sentido, apresentam-se os pressupostos de Álvaro Villaça Azevedo (2003), Carlos Roberto Gonçalves (2003) e Rubens Limongi França (1978).

Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da *responsabilidade civil*, que então se enuncia como o *princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano*.

Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.

A obrigação de indenizar, no que diz respeito ao seu **fato gerador**, de acordo com Cavalieri Filho ([1996] 2008, p. 4), pode ser *voluntária*¹⁰ ou *legal*¹¹. A primeira surge através dos negócios jurídicos em que as partes convencionam o dever de reparar em caso de descumprimento de alguma das cláusulas contratuais. A obrigação legal, por sua vez, decorre de imposição da lei e com conteúdo por ela definido. No caso das obrigações de indenizar, Cavalieri Filho ([1996] 2008, p. 5) explica que seu conteúdo é indefinido, uma vez que não se apontam as condutas necessárias para atingir o fim que é *não causar dano*. Essas condutas devem ser avaliadas e descobertas em cada caso, ou seja, quais os atos que o obrigado deverá realizar para ter condições de cumprir com a obrigação originária. E, continua Cavalieri Filho ([1996] 2008, p. 13), ao afirmar que a responsabilidade civil, por sua vez, objetiva impor ao agente causador do dano a sua reparação inspirado no sentimento de justiça, uma vez que “rompe o equilíbrio jurídico-econômico, anteriormente existente entre o agente e a vítima”, devendo ser restaurada a situação da vítima da forma como se encontrava antes de sofrer o dano.

Elemento presente e necessário para o nascimento da responsabilidade é a culpa¹². Culpa, no sentido estrito, equivale à ação ou omissão involuntária que causa danos (negligência, imprudência, descuido, imperícia, entre outros) e, no sentido lato, corresponde ao dolo, ou seja, ação ou omissão intencional para causar o efeito desejado. Sobre o nascimento do ato ilícito através da culpa, Arnaldo Rizzardo (2007, p. 29) discorre:

O ato ilícito decorre da conduta anti-social do indivíduo, manifestada intencionalmente ou não, bem como por comissão ou omissão, ou apenas por descuido ou imprudência. Vale afirmar que o ato ilícito nasce da culpa, no sentido amplo, abrangendo o dolo e a culpa propriamente dita, distinção não importante para a reparação do dano.

A responsabilidade civil, quanto ao seu **fundamento**, é reconhecida e aplicada de forma *subjetiva* e *objetiva*, conforme explica Rizzardo ([2005] 2007, p. 30-31): a responsabilidade *subjetiva* funda-se na culpa, ou seja, violar o direito ou causar dano a alguém

¹⁰ Também chamada de contratual.

¹¹ Também chamada de extracontratual.

¹² Com as restrições feitas ao entendimento sobre a responsabilidade objetiva que será tratada na sequência.

através de uma ação ou omissão intencional (dolo) ou de uma ação ou omissão revestida de imprudência, negligência ou imperícia. De acordo com Facchini Neto (2006, p. 216), por meio do art. 186 do CCb, verifica-se que esse diploma mantém a primazia da culpa como fundamento básico da responsabilidade civil. A responsabilidade *objetiva* tem as mesmas características, com exceção da culpa, que está ausente. Nesses casos, considera-se responsável o proprietário pelos danos causados por seus bens, ou pelo risco da atividade que exerce, organiza e patrocina¹³. A responsabilidade objetiva foi explicitada com as inovações do CCb que introduziu o art. 927, § único, ampliando as condições de reparação do dano, permitindo a ausência de culpa nos casos previstos em lei ou quando a atividade desenvolvida¹⁴ pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Cabe ao julgador decidir quais os pressupostos presentes em cada caso e indicar a procedência do pedido de danos morais, fundamentando o tipo de responsabilidade em que se baseou.

Por fim, em relação à pessoa que pratica a ação, ou seja, quanto ao **agente**, a responsabilidade será *direta ou indireta*. Quando um agente responde por ato próprio, a responsabilidade será direta, enquanto será indireta ou complexa, quando o agente responder por animais ou coisas inanimadas que estejam sob sua guarda. A imputação da responsabilidade sucede do prejuízo decorrente da ação ou omissão do agente. O dano, como pressuposto central da responsabilidade civil no âmbito judicial, deve se restringir ao fato humano¹⁵, caso contrário, seu conceito seria muito amplo. Ainda assim, é necessário que se adote um conceito normativo de dano. O dano, esclarece Frada (2011, p. 89-90), “não é qualquer prejuízo sentido ou afirmado por alguém como tal”. Nessa mesma linha de argumentação, Diniz (2010, p. 93) explicita que o Direito “não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente”. Dessa forma, o estado de espírito do ofendido do evento danoso (dor, angústia, desgosto, humilhação) é a consequência do dano e, por esse motivo, não é ele que é indenizável.

Em que pese não existir uma definição legal pela ordem jurídica, o dano deve ser caracterizado a partir de critérios normativos e basear-se numa ponderação de ordem jurídica. O dano que é levado em conta pelo Direito deve ser aquele que o agente suporta de acordo com as valorações jurídicas (em conjunto com outros requisitos que caracterizam o dever de

¹³ Existem várias obras que podem ser consultadas para aprofundar o tema, inclusive aquelas citadas nesta tese.

¹⁴ Exemplos de atividades que, por si só, configuram risco e, portanto, o entendimento seria pela aplicação da responsabilidade objetiva em caso de dano: (a) empresas de cutelaria - risco iminente de mutilações; (b) empresas de consumo, geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica - perigo de óbito por descargas elétricas; (c) postos de combustíveis - perigo de óbito por explosão.

¹⁵ Aquele fruto da volição humana. (FERNANDES, 2010, p. 11).

indenizar). E, por esse motivo, nesta tese, a autora defende que as decisões judiciais não são arbitrárias quando amparadas em critérios valorativos que representam a posição dos indivíduos em determinado contexto. São inúmeros os tipos de prejuízos suscetíveis de configurar um dano indenizável. Exemplifica-se através de Frada (2011, p. 91): a condenação de danos não patrimoniais, do dano da perda de oportunidade, dos danos biológicos, do dano de privação de uso ou dos danos ambientais.

Uma dupla expansão acompanhada pela sociedade contemporânea que abrange os meios lesivos e os interesses lesados amplia demasiadamente a responsabilidade do agente. Por um lado, a evolução tecnológica garantiu aos particulares condições concretas de prejudicar como, por exemplo, a captura da intimidade de uma adolescente espalhada pela internet. Por outro lado, destaca Schreiber (2013, p. 4), o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e a solidificação da tutela de interesses existenciais e coletivos propicia o chamamento de danos altamente controvertidos a serem ressarcidos.

Esse é o ambiente social na atualidade, o qual necessita de atenção no que diz respeito à responsabilidade para evitar o excesso de demandas judiciais e a utilização desse instituto para a própria vitimização. Estabelecer parâmetros para considerar um dano reparável é indispensável nessa situação. No caso desta tese, a partir das estruturas interpretativo-argumentativas da Teoria da Argumentação de Perelman e Olbrechts-Tyteca, os parâmetros necessários para considerar um dano reparável serão observados a partir da aplicação das normas com coerência ao sistema jurídico-normativo vigente em nosso país.

Existem duas formas de reparação do dano: a *indenização* e a *retratação*. É objeto desta pesquisa somente a indenização por dano moral pela perda de uma chance, excluindo-se a reparação por dano patrimonial e restrito ao dano moral individual nas relações de trabalho¹⁶; exclui-se, ainda, o dano coletivo, que trata da responsabilidade civil a um conjunto de pessoas ou grupo. Através de Nascimento (2011, p. 409), ilustra-se essa distinção:

Duas são as formas de reparação do dano, não excludentes entre si: a indenização e a retratação quando o dano resultar de ato que repercute perante terceiros, em especial mediante publicação na imprensa. Podem coexistir, também, dois tipos de indenização: por dano moral e material. [...] Desse modo, são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundas do mesmo fato.

Há a necessidade de existir o nexo de causalidade entre o ato e o dano, ou seja, deve existir um liame entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima (ARAÚJO JUNIOR,

¹⁶ Inclui as relações que dizem respeito a empregados que trabalham na economia formal, com registro na Carteira de Trabalho, e os terceirizados, empreiteiros, autônomos e demais formas de contratação.

2009, p. 178), sob pena de exclusão¹⁷ da responsabilidade civil¹⁸. Alguns autores e julgadores entendem que o dano deve ser provado; outros, que o dano é presumido, uma vez que atinge a esfera íntima do indivíduo; e uma terceira corrente admite alguns casos com danos provados e outros, com danos presumidos. Cavalieri Filho ([1996] 2007, p. 82-83) entende que, como regra, o dano moral não se presume¹⁹ e há necessidade de fazer prova do que se alega para ter um resultado positivo no processo. No entanto, o julgador tem a prerrogativa de valorar a prova de acordo com as suas convicções. Em sentido contrário, Gonçalves (2007, p. 614) sustenta a presunção absoluta do dano moral, dispensando prova em concreto²⁰, já que “se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*”. Martins ([2007] 2008, p. 101-102) posiciona-se no sentido de que há casos em que é possível aplicar a presunção do dano moral e, em outros casos, há a necessidade da prova, não sendo aceitas meras alegações.

Em comum, têm os autores de que, necessariamente, deve existir o nexo do ato do ofensor com a situação que gera o dever de indenizar²¹. Na seara trabalhista, Melo ([2007] 2007, p. 173) exemplifica dizendo que se o trabalhador pretende ver-se indenizado por ato discriminatório praticado por seu empregador, não basta alegar, mas tem que provar os atos ofensivos cometidos contra sua pessoa. Não precisa provar os sentimentos que emergiram desse ato, mas o ato em si. Melo ([2007] 2007, p. 174) defende a ideia de que em casos de acidente de trabalho, em função de disposição constitucional, a responsabilidade a ser aplicada é somente a subjetiva, contudo esse entendimento é controverso.

Os legitimados a reclamar a indenização por danos morais na esfera cível, conforme Rizzardo ([2005] 2007, p. 273), são aqueles que sofreram os danos e que suportaram na própria alma e espírito, na sua sensibilidade, o sofrimento, a dor, a humilhação, a tristeza; e, sobre aqueles que refletem os acontecimentos, mas que não foram atingidos diretamente, como, por exemplo, os pais, os filhos, o cônjuge ou companheiro que ficam viúvos²². Já nas ações indenizatórias no âmbito da Justiça do Trabalho, de acordo com Martins ([2007] 2008, p. 59), são legitimadas ativas²³ para postular o dano moral aquelas que foram diretamente

¹⁷ Culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior são hipóteses em que o ato ou fato não é condição necessária ou não contribuiu de qualquer forma para o evento danoso, excluindo-se, nesses casos, a responsabilidade civil do empregador.

¹⁸ Se alguém transgredir uma determinação legal, mas não provoca qualquer espécie de dano não há que se falar em um ato ilícito, mas sim de um ato antijurídico inexistindo a obrigação de indenizar.

¹⁹ Esse também é o entendimento de Cianci (2003, p. 44).

²⁰ Nesse mesmo sentido, Bittar (1999, p. 137) e Melo (2007, p. 173).

²¹ Exemplo disso é o caso de uma empresa que inscreve indevidamente o nome de uma pessoa em cadastros de devedores. Há o entendimento de que a simples inscrição indevida já gera o dever de indenizar; contudo, o indivíduo deverá provar que a empresa o incluiu nesses cadastros.

²² São os chamados lesados diretos e indiretos. (DINIZ, 2010, p. 85).

²³ Legitimação ativa corresponde aos reclamantes (autores); e a passiva, aos reclamados (réus).

ofendidas. O terceiro que vê a ofensa e sente-se atingido, em princípio, não tem legitimidade e interesse para promover tal ação e, também, esse entendimento é controverso.

Na seara do Direito do Trabalho, o objetivo da reparação por dano moral é proteger a dignidade do trabalhador. Como o ressarcimento por danos morais tem fundamento na responsabilidade civil, uma vez que não existe matéria específica no campo laboral, por muito tempo existiram divergências sobre a competência material para julgar esses casos, e o entendimento majoritário era de que a Justiça Estadual seria competente para julgar as ações decorrentes de pedidos de danos morais, mesmo que por fatos ocorridos durante a relação de trabalho.

Essa controvérsia se deu em função da redação dada ao inciso IX, art. 114, da Constituição que determinava ser competente a Justiça do Trabalho para julgar, na forma da lei, “outras controvérsias decorrentes da relação de Trabalho.” A inexistência de uma lei clara no sentido de determinar a competência material da Justiça do Trabalho para receber, conciliar e julgar as ações decorrentes de danos morais é que permitiu a interpretação de que a matéria era de competência da Justiça Estadual. No ano de 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45 (EC/45) que ampliou e, principalmente, esclareceu a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as lides envolvendo relações de trabalho. Entre essas mudanças, houve a inclusão do inciso VI, do art. 114 da Constituição, estabelecendo sua competência para processar e julgar “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”. A partir da EC/45, portanto, consolidou-se a competência material da Justiça do Trabalho para apreciar as ações decorrentes de danos morais.

O fato de ter-se fixado a competência da Justiça do Trabalho para julgar essa questão não dirime a controvérsia no que diz respeito à interpretação e ao alcance do que se caracteriza como dano moral, uma vez que ele tem vários sentidos, de acordo com cada caso julgado, dando margem a vários entendimentos e formando-se uma lacuna passível de investigação. A decisão de verificar a interpretação do que caracteriza o dano moral pela perda de uma chance em acórdãos do TRT4 deve-se ao fato de que o julgamento desse assunto é relativamente recente, uma vez que se consolidou com a EC/45 no ano de 2004.

E mais, a legislação permite o reconhecimento da responsabilização ao possibilitar a indenização, mas apresenta um entendimento múltiplo, ambíguo do que, efetivamente, caracteriza o dano moral, além de permitir várias interpretações, o que, nesse caso, oportuniza que sejam expressas várias sentenças sobre um mesmo assunto, mesmo com decisões diferentes. As decisões reiteradas proferidas por um tribunal sobre um mesmo assunto formam a jurisprudência que é utilizada por profissionais da área do Direito como fundamento

para embasar outras reclamações que tenham o mesmo pedido, no caso dos advogados; como argumento para julgar procedente ou improcedente o pedido, no caso dos juízes de Primeiro Grau e reformar ou manter uma decisão de Primeiro Grau, no caso dos Desembargadores. Ou seja, ao fim e ao cabo, essas decisões são utilizadas como fonte do Direito pelos atores judiciais.

2.2 AS FORMAS DE REPARAÇÃO DO DANO

O pressuposto para o dever de indenizar é a existência de um dano. De acordo com o que foi exposto anteriormente, existem duas formas de reparação do dano: a *retratação* e a *indenização*.

2.2.1 A retratação pública

A retratação pública, também chamada de direito de resposta²⁴, está prevista na Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67²⁵) e foi criada para incidir em situações envolvendo casos jornalísticos. No âmbito trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) reconhece a possibilidade de aplicação deste instituto como forma de reparação do dano. O Agravo de Instrumento (AI) julgado pela 3ª T. do TST²⁶ reconhece a possibilidade de retratação pública, contudo indefere o pedido com o argumento de que não houve comprovação de publicação de reportagens feitas pela empresa ré (instituição de ensino), quando, na verdade, foram feitas por um terceiro. Já o Recurso de Revista (RR) julgado pela 4ª T. do TST²⁷, também reconhece a possibilidade de retratação pública, mas indefere o pedido²⁸ com o argumento de que “não houve abalo na credibilidade profissional do autor”.

²⁴ Sobre esse assunto consultar ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional) 130/DF do STF. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 27 maio 2014.

²⁵ Art . 29. Toda (sic) pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que fôr acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou, errôneo, tem direito a resposta ou retificação.

Art . 35. A publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação não prejudicará as ações do ofendido para promover a responsabilidade penal e civil.

²⁶ Proc. n. TST-AIRR-214/2005-001-19-40.6, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, julgado em 25 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 27 maio 2014.

²⁷ Proc. n. TST-RR-35100-18.2007.5.03.0113. Min. Rel. Fernando Eizo Ono, julgado em 21 de setembro de 2011. Disponível em: <[tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 27 maio 2014.

²⁸ No mesmo sentido, o proc. n. SDI1 TST-E-RR-1847/2000-014-09-00.3. Min. Rel. Aloysio Corrêa da Veiga, julgado em 19 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 27 maio 2014.

Ao contrário, o julgamento do RR²⁹ da 8ª Turma que manteve a condenação do Regional à retratação pública justamente porque ficou comprovada a lesão à honra do reclamante. Em outro AI julgado pela 8ª T, o TST³⁰ não só reconhece o direito à retratação pública, como mantém a decisão do Regional que admite esta prática em casos não relacionados a crimes de imprensa nem de ação penal privada. A empresa reclamada argumenta, sem sucesso, que ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais e mais providenciar sua retratação em veículos de comunicação trata-se de um verdadeiro *bis in idem*³¹.

2.2.2 A indenização

A indenização como forma de reparação do dano apresenta-se sob duas formas: (a) a indenização por danos patrimoniais e (b) a indenização por danos extrapatrimoniais. Registra-se, por oportuno, que existem diversas classificações sobre essas duas formas de reparação do dano, inexistindo consenso entre os autores sobre o tema. Para fins desta tese, na medida do possível, apontam-se os diferentes entendimentos sobre a forma de reparação do dano.

Os *danos patrimoniais* caracterizam-se por serem de natureza econômica e sua função é restituir a coisa ou indenizar através de pecúnia para que as coisas voltem ao estado em que se encontravam. Compreende, assim, o patrimônio atual ou a possibilidade de vantagem econômica ou lucro futuro. Esse dano, de acordo com Schreiber (2013, p. 104-105), na fase inicial da responsabilidade civil brasileira, era entendido como sinônimo de prejuízo aplicando-se o decréscimo matemático sofrido pela vítima. Aferia-se o patrimônio da vítima antes da lesão e o mesmo patrimônio após o ocorrido e, através de um simples cálculo matemático, verificava-se a existência de diferença econômica (Teoria da Diferença). Existindo o prejuízo e os demais requisitos da ressarcibilidade (ilicitude da conduta e nexo causal entre a conduta e o dano) caracterizava-se a obrigação de indenizar.

O dano patrimonial ainda divide-se em (a) danos emergentes e (b) lucros cessantes, previstos no artigo 402 do CCb³². Os *danos emergentes* configuram-se como o efetivo

²⁹ Proc. n. TST-RR-142800-02.2007.5.17.0004. 8T. Min. Rel. Dora Maria Costa, julgado em 09 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 27 maio 2014.

³⁰ Proc. n. TST-AIRR-17140-79.2005.5.04.0731. Rel. Min. Dora Maria da Costa, julgado em 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 27 maio 2014.

³¹ Mesmo argumento utilizado pela empresa reclamada no Proc. n. TST-RR-142800-02.2007.5.17.0004.8ªT.Min. Relatora Dora Maria da Costa, julgado em 11 de setembro de 2013, sem sucesso. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 27 maio 2014.

³² Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e os danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

decréscimo patrimonial, enquanto os *lucros cessantes* caracterizam-se pelo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar. A perda de uma chance, em que pese ser constantemente confundida com os lucros cessantes ou como uma terceira forma de dano patrimonial, para fins desta tese, é considerada danos emergentes e desenvolvida no tópico 2.4.3 (e) deste capítulo.

O dano patrimonial é considerado por Diniz (2010, p. 67-75) como sendo a lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deteriorização, total ou parcial, de bens materiais que lhe pertencem, e capaz de serem indenizados. Divide, o autor, o dano patrimonial em *direto e indireto*. O dano patrimonial direto impõe imediatamente um prejuízo no patrimônio da vítima, causado à própria vítima do fato lesivo e como consequência imediata da lesão. O dano patrimonial indireto, por sua vez, é uma consequência possível, mas não necessária, do evento prejudicial a um dano extrapatrimonial, formando um dano moral que produz reflexos prejudiciais à economia do ofendido. Além disso, resulta da relação do fato lesivo com um evento distinto.

A lesão a um direito de personalidade configura-se como um dano patrimonial indireto, de acordo com Diniz (2010, p. 67-75). Refere-se à personalidade como o conjunto de caracteres de uma pessoa e que, por esse motivo, não é um direito, mas o que sustenta os direitos e deveres que dela se propagam. Utiliza a classificação dos direitos de personalidade de R. Limongi França que permitem defender: a integridade física (a vida - concepção e descendência; o nascimento - o aborto; o planejamento familiar - limitação de filhos, entre outros); a integridade intelectual (a liberdade de pensamento, a autoria científica, artística e literária, entre outros) e a integridade moral (a honra, a honorificência, o recato, o segredo pessoal, o dano estético, entre outros).

Por sua vez, Pereira ([1989] 1993, p. 58-59) defende a ideia de que a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade que são indenizáveis. Patrimônio, por sua vez, representa o conjunto de bens inerentes a todos os seres humanos que não tem avaliação econômica e mais os bens materiais, no sentido de algo concreto que ocupa um lugar no espaço. Do dano patrimonial decorre o dever do agressor de colocar alguma coisa equivalente no lugar da perda da vítima (caráter de equivalência); já no dano moral, existe uma convergência de duas forças: (a) o caráter punitivo ao agressor e (b) o caráter de compensação, uma vez que a vítima receberá um valor que lhe proporcione prazeres em contrapartida ao mal sofrido.

Os *danos extrapatrimoniais* são caracterizados a partir de duas correntes doutrinárias. Uma delas (a) defende que o dano moral não é um gênero com espécies, ou seja,

é um dano extrapatrimonial que não tem divisões. Chama-se dano moral³³ e ali enquadram-se todas as situações concretas, o que gera críticas por deixar o conceito muito aberto. Esse entendimento extremamente flexível, de acordo com o que explica Martins-Costa (2014, p.7075-7077), está atrelado ao fato de ter havido seu desvirtuamento quando começou a ser aplicado em nosso país. A noção de dano, nesse caso, está ligada a *sentimentos* (dor, angústia, humilhação, constrangimento) e à ideia de *punição* ao ofensor. Afasta-se a concepção mais ampla de dano extrapatrimonial que a relacionava com os agravos à honra e à reputação e é tratada como a lesão a sentimentos ou a estados anímicos. Assim, de acordo com Martins-Costa (2014, p. 7077), a expressão dano moral “passou a designar um ‘conceito-passaporte’, permitindo ao juiz ajustar e reajustar as soluções conforme entenda necessário, oportuno, ou conveniente, inclusive de forma divorciada do ordenamento legal”. Permite, dessa forma, que o conceito de dano moral fique vinculado de forma extrema ao subjetivismo de cada um.

Esse entendimento, ainda enraizado no sistema jurídico brasileiro, repercute nos julgamentos de duas formas, nos termos em que explicita Schreiber (2013, p. 109): a primeira relaciona o dano moral às consequências (dor, sofrimento) da lesão a um interesse tutelado. Como esses sentimentos são diferentes em cada pessoa, não há um critério objetivo para auferi-lo; a segunda, ao tratar o dano moral pela via negativa, define-o como sendo um prejuízo incalculável, o que permite acolher anseios de uma vastidão tecnicamente insustentável. Uma nova e terceira via define o dano como a lesão a um interesse tutelado, investigando-se o objeto da lesão e qual o interesse da vítima que, efetivamente, foi violado, o que permite a identificação dos danos ressarcíveis.

A outra corrente (b) defende que o dano moral é uma espécie do gênero dano extrapatrimonial. Outros exemplos de espécies desse mesmo gênero seriam o dano existencial e o dano biológico, entre outros. A autora desta tese defende a segunda vertente (o dano moral é uma espécie do gênero dano extrapatrimonial) e ainda que o dano moral divide-se em subespécies, incluindo-se a perda de uma chance como uma subespécie do dano moral e podendo, também, ser classificado como dano patrimonial indireto.

As duas correntes doutrinárias que tratam da noção de dano extrapatrimonial coexistem em nosso sistema jurídico e, por não existir uma definição legal, mostram-se muito abertas e abrangentes, impondo aos juízes o desafio de encontrar critérios para o reconhecimento das lesões passíveis de serem tuteladas juridicamente sem, contudo,

³³ Nessa vertente, existe uma corrente que defende a existência de três tipos de danos: o dano moral, o dano estético e o dano material; em outra, atesta-se a existência do dano moral e do material, de forma que o dano estético seria considerado para fins de quantificação do dano moral, e não como uma terceira espécie de dano.

apresentarem-se como arbitrários. Verifica-se, então, que os danos extrapatrimoniais representam valores de uma determinada sociedade e, por esse motivo, não são absolutos porque variam de acordo com o contexto em que estão inseridos. É a realidade social determinada pelo ambiente, e essa concepção deve ser considerada quando se profere uma decisão, verificando qual é a realidade jurídica e quem a determina. Esses são os limites da argumentação para construir o entendimento de dano moral pela perda de uma chance no Direito do Trabalho que deve vigorar em nosso sistema jurídico sob a ótica da Nova Retórica.

2.3 O DANO MORAL COMO ESPÉCIE DE DANO EXTRAPATRIMONIAL: PANORAMA GERAL

A responsabilidade que gera o dever de indenizar o dano é de natureza e competência cível e não trabalhista e, novamente, a evolução no reconhecimento desse direito nas relações de trabalho é que o introduziu na seara da competência laborativa.

O que se escreve sobre a indenização por dano moral³⁴ no Direito do Trabalho pátrio, basicamente, trata de sua origem, qual é o entendimento legal, doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema antes e depois da Constituição, tentativa de formulação de um conceito que compreenda todas as situações jurídicas, o *quantum indenizatório*³⁵ e o reconhecimento do Tribunal Trabalhista para julgar e processar o feito.

Assim, inicia-se o tópico com uma breve explanação sobre o dano moral³⁶ no sistema jurídico brasileiro, tratando, também, de seu reconhecimento como matéria cível e a competência³⁷ da Justiça Estadual para processá-lo e julgá-lo até chegar ao âmbito laboral, para situar o leitor e permitir que ele compreenda a problemática apresentada nesta tese.

Na responsabilidade civil, por ser representado por uma cláusula geral, o dano não é tipificado em cada comportamento e, por esse motivo, é necessário delinear os limites dos

³⁴ Para um conhecimento mais aprofundado sobre a origem da responsabilidade civil que gera o dever de indenizar o dano moral, é possível consultar autores como Raymond Saleilles, Louis Josserand, Caio Mário da Silva Pereira e José de Aguiar Dias. Inclusive Evaristo de Moraes, em sua obra *Os accidentes no trabalho e sua reparação* - edição fac-similada ([1919] 2009, p. 30), já mencionava que “separa Saleilles o conceito da responsabilidade moral e da responsabilidade penal do da responsabilidade civil” quando tratou sobre os projetos de lei e legislação brasileira vigente na época sobre a reparação (somente material) nos casos de acidentes de trabalho. Contudo, como esse assunto não é objeto de estudo do tema, não será aprofundado. Partiremos da recepção da responsabilidade civil pelo sistema jurídico brasileiro.

³⁵ A maior parte desses tópicos no Direito do Trabalho é reproduzido a partir de materiais escritos na área cível, em função da origem do dano moral vir dali.

³⁶ Apoiando-se na corrente que defende o dano moral como uma espécie de dano extrapatrimonial.

³⁷ Competência diz respeito a qual tribunal está apto a julgar o assunto, de acordo com o sistema jurídico brasileiro.

danos ressarcíveis, a fim de evitar a disseminação irracional da proteção de reparação do dano.

Dessa forma, até a promulgação da Constituição, o entendimento jurisprudencial³⁸ era divergente e, em sua maioria, não concebia a possibilidade de deferimento de indenização por danos morais, mas tão somente em relação ao dano patrimonial³⁹. Atos que feriam a intimidade dos indivíduos causando-lhes dor, sofrimento, constrangimento sempre existiram, contudo foram erigidos ao *status* jurídico passível de indenização no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição, nas palavras de Oliveira ([2005] 2009, p. 211):

O dano moral propriamente dito sempre existiu, mas a possibilidade de sua indenização foi conquista do progresso da civilização. Havia certo embaraço ou mesmo constrangimento em aceitar a compensação de sofrimentos, dores ou angústias por valores monetários, chegando-se até a dizer, paradoxalmente, que era imoral a indenização por dano moral. Contudo, não se pode mais ignorar o abalo moral provocado pelo ato ilícito, que, em muitas ocasiões, tem maior relevo ou repercussão do que o prejuízo material.

O Código Civil de 1916, em seu art. 159, estabelecia a obrigação de reparar o dano; todavia, não explicava ou fazia qualquer diferenciação entre a perda material ou moral. Aqueles que interpretavam a palavra *dano* como gênero aceitavam a existência de duas espécies: material e moral. Nesse período, explica Martins ([2007] 2008, p. 46-47), não se discutia se o dano poderia ser moral, “em razão da situação histórica da época, de o Brasil ser um país com características muito mais agrícolas.” No entanto, a expressão “reparar o dano causado pelo ofensor” era empregada num sentido amplo e genérico, significando tanto o dano material como o moral. O prejuízo dizia respeito ao dano material e à violação de direitos; sendo a moral um direito, consequentemente, estaria abrangido por aquele dispositivo legal.

Algumas legislações esparsas já previam em seus textos a indenização extrapatrimonial, entre elas os Códigos Penais de 1830 e o de 1890; a Lei n. 2.681/12, que tratava da responsabilidade civil nas estradas de ferro e a Lei n. 5.988/73, que tratava dos Direitos Autorais. O Código Penal de 1830, em seu art. 31, estabelecia a condenação na reparação de injúrias e prejuízos desde que fosse posterior à condenação criminal do ofensor. O Código Penal de 1890 determinava a obrigação de dotar a ofendida nos casos de condenação criminal por defloração e estupro de mulher honesta, consoante indica Martins

³⁸ Singelamente, é possível explicar a jurisprudência como sendo o conjunto de decisões no mesmo sentido de um tribunal sobre um determinado tema.

³⁹ Por ter caráter alimentar e, portanto, necessário à subsistência da parte, a indenização por danos materiais era reconhecida como forma de repor o patrimônio diminuído do ofendido.

([2007] 2008, p. 45). A Lei n. 2.681/12 determinava que, em caso de acidente com lesão corporal ou deformidade, em função de sua natureza ou impossibilidade para realizar o trabalho habitual, a empresa deveria arcar com as despesas de tratamento e uma indenização conveniente. De acordo com Martins ([2007] 2008, p. 46): “A indenização conveniente dizia respeito ao dano moral.”

A Lei n. 5.988/73 estabelecia que o autor seria titular de direitos morais e materiais sobre a obra intelectual por ele produzida. Determinava, ainda, quais eram os direitos morais do autor e, entre eles, o de assegurar-lhe a “integridade”, opondo-se a quaisquer modificações, ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicar sua obra e, assim, atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra. Os demais diziam respeito à reivindicação, conservação, indicação de autoria, modificação ou retirada de circulação da obra. (CONSELHO NACIONAL DE DIREITO AUTURAL, 1985, p. 27-28).

A partir da Constituição, o panorama alterou-se e legislações como, por exemplo, o Código de Ética do Servidor Público (Dec. 1.171/94), o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Lei de Direitos Autorais com suas alterações (9.610/98) e o art. 186 do Código Civil brasileiro promulgado em 2002 acrescentaram artigos que tratavam desse assunto. O CDC, em seu artigo 56, estabelece as sanções administrativas a que estão sujeitos aqueles que infringem as normas de defesa do consumidor, sem prejuízo das sanções de natureza civil, penal e outras definidas em normas especiais. Em artigos anteriores, ao determinar a responsabilidade do produtor, fornecedor ou vendedor, não havia explicitação sobre a natureza do dano (material ou moral), indicando, com isso, a possibilidade de responsabilização por danos extrapatrimoniais, a partir de uma leitura que perpassa o texto constitucional.

A Lei 9.610/98 manteve todas as disposições sobre os direitos morais do autor da Lei n. 5.988/73, acrescentando a possibilidade de ter acesso a exemplar único e raro da obra que esteja na posse de terceiros para preservar sua memória através de processo fotográfico ou assemelhado. O dano moral de que trata essa legislação não nasce com a personalidade do autor, mas com a elaboração da obra. Nas palavras de Cabral (2003, p. 44): “Não fazem parte intrínseca do homem, mas sim do seu ato criador”. A regra deontológica, por sua vez, é estabelecida pelo Decreto 1.171/94, em que “tratar mal uma pessoa que paga seus tributos direta ou indiretamente significa causar-lhe dano moral”, ou seja, nesse caso, caracteriza-se o dano moral quando o servidor público “trata mal” o contribuinte. E, a partir daqui, novos questionamentos surgem para discutir o alcance dessa regra.

Observa-se, nessas ilustrações, que o entendimento sobre o dano moral e sua aplicação não era uma constante. Após a promulgação da Constituição, uniformizou-se a aceitação do instituto da responsabilidade civil nos casos de danos morais; no entanto, a forma de interpretação sobre sua caracterização difere quando aplicada a legislação ao caso concreto. Quando a Carta Magna entrou em vigor, as discussões doutrinárias e jurisprudenciais tiveram fim com as disposições dos incisos V e X, do art. 5º, que asseguram o direito à indenização pelo dano moral e/ou material⁴⁰. Complementando essas disposições, o art. 7º, inciso XXVIII⁴¹ da Constituição, fortalece o reconhecimento do dever de indenizar pelo empregador (material e moralmente).

Consolida-se a legislação constitucional que assegura o direito à indenização por danos morais que é da esfera cível e, portanto, poderia inferir-se que seria aplicada somente a esse ramo. Para evitar esse entendimento, o art. 5º, incisos V e X da Constituição, deve ser lido em conjunto com o inciso XXVIII, do art. 7º do mesmo diploma legal que explicita a responsabilidade do empregador, possibilitando a indenização ao empregado em caso de dolo ou culpa. Nesse mesmo horizonte, o CCb de 2002, em seu art. 186⁴², consolidou o entendimento de que o dano, mesmo que exclusivamente moral, configura ato ilícito.

O dano moral pela perda de uma chance, objeto desta pesquisa, decorre da violação de um dever jurídico que, quando acarreta dano para alguém, cria um novo dever jurídico, qual seja, o de repará-lo, nos termos do que apresenta Cavalieri Filho ([1996] 2008, p. 2): “A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano.”

2.3.1 Dano moral: a problemática do tema

⁴⁰ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;. [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁴¹ Art. 7º. São direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

⁴² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O dever de reparar o dano moral está previsto em lei⁴³ civil e constitucional. Mas a interpretação de dano moral, bem como quais os elementos necessários para caracterizá-los em um caso concreto, não está pré-definido, justamente porque a norma trata do caso de forma geral, diante da impossibilidade de fazer uma legislação que contemple todas as situações concretas. Nos dias atuais, explica Cavalieri Filho ([1996] 2008, p. 80-81), não se discute mais se o dano moral é indenizável ou não, mas sim, o que é o dano moral. Esse conceito deve ser balizado pela Constituição Federal de 1988, já que é a norma de hierarquia superior e tutela os valores humanos. O suporte principal dos incisos V e X, do art. 5º da Constituição encontra-se na *dignidade da pessoa humana* que, de acordo com Oliveira ([2005] 2009, p. 215), “constitui um dos fundamentos da República, conforme indicado expressamente no art. 1º⁴⁴ da Constituição de 1988.”

Em que pese ser apontado através de uma cláusula geral, a reparação do dano moral não pode se operar no senso comum como vem acontecendo, explica Moraes (2006, p. 244). Exige-se que esse importante instituto seja tratado com seriedade nas esferas científicas e metodológicas, já que deve proteger a pessoa humana e seus direitos fundamentais, que são igualmente importantes. Sob a ótica civil e constitucional, devem-se identificar quais interesses são tão merecedores de tutela que a sua violação caracteriza a responsabilidade de ressarcimento. Isso porque, tradicionalmente, a responsabilidade civil somente protegia os direitos de propriedade e os direitos subjetivos patrimoniais. No entanto, contemporaneamente, a dignidade da pessoa humana, além de outros princípios constitucionais, influencia intensamente a organização normativa do dever de indenizar.

A dignidade da pessoa humana é um dos basilares de fundação do Estado Democrático de Direito, cenário vigente em nosso país. Tendo a dignidade destaque na Constituição, ela é considerada como um valor supremo do constitucionalismo⁴⁵, uma vez que o diploma legal não protege somente a vida, mas a vida com dignidade. Esse movimento de

⁴³ A lei (ato legislativo ou administrativo) é um preceito (mandamento) jurídico, escrito, emanado do poder estatal competente que tem força coercitiva, de caráter geral, obrigatório e integrante de um sistema jurídico. (FRANÇA, 2009, p. 61-64).

⁴⁴ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...] III - a dignidade da pessoa humana.

⁴⁵ No século XXI, o Direito vive uma mudança de paradigma. Antes, existia uma sistematização dos ramos do direito e que eram divididos de forma bem distinta em público e privado sem interferência entre eles. O ramo do direito público regulava o interesse coletivo e a intervenção estatal e não interferia na esfera privada como, por exemplo, a aquisição de bens. Atualmente, as esferas continuam autônomas, mas existe uma comunicação entre elas. Um exemplo disso é o CDC, que justamente trata da aquisição de bens, ou seja, matéria de cunho privatista, mas recebe a interferência estatal visando regular essas relações e proteger o particular. Esses interesses particulares devem estar em harmonia porque, ao fim e ao cabo, fazem parte de um interesse maior e coletivo que é a sociedade. Assim, a visão solidária e protetora da dignidade da pessoa humana, que é pilar da Constituição, interfere no Direito Civil, no que diz respeito à responsabilidade civil.

intervenção estatal aos interesses particulares, com o fim de atingir seu objetivo coletivo, é pontuado por Popp e Parodi (2013, p. 47):

A explicação para esse comportamento advém de a dignidade da pessoa humana ser um princípio fonte que influencia, de modo irrevogável, todas as relações particulares. Essa intervenção estatal na amplitude da vontade das partes decorre, também, do interesse maior da sociedade de que sejam regulados os limites básicos das relações, para que o equilíbrio - material e moral - entre as pessoas, seja preservado, visando ao atingimento do ideário humanista: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, independentemente de preconceitos.

Assim sendo, ao prever a possibilidade de indenização por danos morais quando violada a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (inciso X), a Carta Magna refere-se à violação da dignidade, que é o fundamento constitucional do dano moral. O enunciado consignado na Constituição é aberto, manifesta-se Pereira ([1989] 1993, p. 54), sendo passível de acréscimos pela jurisprudência e pela lei ordinária:

A Constituição Federal de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral. [...]o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece.[...] É de acrescer que a enumeração é meramente explicativa, sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária aditar outros casos.

Tal ideia de enunciado aberto complementa-se com a definição de moral de Martins ([2007] 2008, p. 21), atrelada ao momento histórico: “A moral tem um conceito que varia com o tempo, em razão de questões políticas, sociais, econômicas. Esse conceito pode ser modificado no decorrer do tempo”. O dano moral, nos termos do que disserta Cavalieri Filho ([1996] 2008, p. 80-81), pode ser conceituado em *sentido estrito* ou em *sentido amplo*. No primeiro caso, o dano moral “é a violação do direito à dignidade”, bens integrantes da sua personalidade que não podem ser violados como intimidade, vida privada da honra e da imagem. No segundo caso, envolve casos não vinculados diretamente à sua personalidade, mas que envolvem o bom nome, reputação, relações afetivas, convicções políticas, filosóficas e religiosas. Sob uma perspectiva constitucionalizada, portanto, Moraes (2006, p. 246) conceitua o dano moral como “a lesão à dignidade da pessoa humana”.

A amplitude do conceito de dano moral e a dificuldade em elencar todas as suas características o torna um “conceito em construção”, de acordo com a lição de Oliveira ([2005] 2009, p. 213): “O amplo território do dano moral, as sutilezas do seu conteúdo e a progressividade de sua abrangência dificultam a formulação de um conceito que possa englobar todas as hipóteses que o caracterizam”. Já para Martins ([2007] 2008, p. 53), o dano

moral fere a honra, a intimidade e a imagem da pessoa, além disso, a família faria parte do indivíduo e passível, portanto, também de indenização. E Martins ([2007] 2008, p. 53) continua: “A dificuldade em avaliar o dano moral e sua subjetividade não pode, porém, ser considerada como fator impeditivo para o pagamento de indenização por dano moral, pois, na verdade, se o dano existe, deve ser reparado”. Dessa forma, vislumbra-se que a celeuma inicia, justamente, com a definição sobre o que é o dano moral e estende-se quando se tenta atrelá-lo à perda de uma chance.

2.3.2 A questão de interpretação do dano moral nos Tribunais do Trabalho

O conceito de dano moral no Direito Civil e no Direito do Trabalho é o mesmo, não existindo um conceito de dano moral trabalhista. Dessa forma, Nascimento (2011, p. 408) esclarece que se buscam no Direito Civil os elementos para a caracterização do dano moral trabalhista. Ao analisar a jurisprudência de vários Tribunais Estaduais do país, Cahali (1998, p. 462) menciona que, a partir da Constituição, assentou-se em definitivo a indenizabilidade do dano moral em decorrência das relações de trabalho e, citando Euclides Alcides Rocha, diz: “são inesgotáveis as hipóteses de situações passíveis de dano moral, por parte do empregador ou de seus prepostos contra o empregado, o ex-empregado ou mesmo o candidato a emprego[...]”.

Os princípios fundamentais elencados na Constituição devem ser observados como ponto de partida para quem pretende estudar o dano moral na esfera trabalhista, uma vez que, aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana, está em evidência o valor social do trabalho. Isso inclui a ordem econômica estar apoiada na valorização do trabalho (art. 170), a ordem social ter como base o primado do trabalho (art. 193) e o princípio fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), destaca Oliveira ([2005] 2009, p. 215). Ao tratar sobre a demissão sem justa causa, Cahali (1998, p. 467-468) esclarece que “expressiva jurisprudência continua afirmando o não cabimento de indenização por pretensos danos morais relacionados com fatos invocados para a demissão do empregado desde que não ultrapassados os limites do exercício regular de direito ou ausência de dolo ou má-fé do empregador” e que a jurisprudência insiste sobre a necessidade de prova efetiva dos danos para que exista a responsabilidade civil por dano moral.

Outros fatos caracterizadores de atos passíveis de indenização por danos morais são elencados por Cahali (1998, p. 472-482): discriminação, imputação falsa de crime, despedida discriminatória decorrente de núpcias da mulher trabalhadora, assédio sexual da mulher

trabalhadora (pode configurar, mas dificilmente existe a denúncia), informações falsas sobre ex-empregado, inclusão do nome do empregado em “listas negras” (empregados que moveram ações contra seus empregadores).

A responsabilidade civil nos acidentes de trabalho é abordada por Lima (1998, p. 261-264), mas se refere à reparação com despesas médicas, farmácia e hospital, diferença de remuneração antes e depois do acidente, quando teve sua capacidade laborativa reduzida. Isso denota que o autor está reconhecendo somente a reparação aos danos patrimoniais. A responsabilidade civil por acidente de trabalho também é assunto da obra de Rizzardo ([2005] 2007, p. 497-511), que, contudo, dedica grande parte do tópico para dissertar sobre o dano patrimonial, a exigência da culpa e a prova do dano para caracterizá-lo, para fins de indenização. Em um único parágrafo se manifesta: “Sem dúvida, a indenização que se procura, tanto na área do dano material como na do dano moral, tem caráter ressarcitório ou reparatório, pois procura o lesado recuperar as perdas econômicas e compensar o mal resultante.”

O dano moral nas relações de trabalho também é referido por Theodoro Júnior (2001, p. 26-29), mas exclusivamente sob o viés do acidente de trabalho. No mesmo sentido, Gonçalves (2007, p. 507-519) aborda o tema do dano moral sob a ótica dos acidentes de trabalho. Normalmente, ao tratar sobre os acidentes trabalho, os autores referem-se à perda da capacidade laborativa, limitações funcionais e dano estético⁴⁶ como causadores de lesão de ordem psicológica e comportamental ensejadores de reparação por dano moral. Tais situações não excluem a possibilidade de indenização por danos materiais, caso o prejuízo econômico se configure.

O dano moral é caracterizado por Araújo Junior (2009, p. 163) como sendo as ações humanas que violam valores, sentimentos ou direitos personalíssimos e que não possuem equivalência econômica:

O dano moral, portanto, é a lesão sofrida pela vítima de natureza extrapatrimonial, afetando os valores, os sentimentos e os direitos personalíssimos inerentes ao homem, como a liberdade, a igualdade, a segurança, o bem-estar, a cidadania, a dignidade humana, a vida, a intimidade, a honra, a imagem, dentre outros que, embora não possuam equivalência econômica, são objetos da tutela jurídica.

Tanto o empregado como o empregador podem cometer atos ilícitos passíveis de indenização, explica Melo (2007, p. 22), contudo, o trabalhador está mais exposto a essa

⁴⁶ Existem discussões sobre o dano estético configurar uma terceira categoria de dano, mas como corrente minoritária. A corrente majoritária entende que o dano estético é uma espécie de lesão do dano moral que deve ser considerada como agravante na apuração da quantificação econômica do dano moral.

possibilidade em face da subordinação a que está submetido. Exemplifica algumas práticas de atos ilícitos do empregador que podem caracterizar o dano moral: falsa imputação de crime como forma de justificar uma demissão sem que se indenize o trabalhador, assédio sexual e moral e divulgação de fatos que somente dizem respeito à vida do empregado e à empresa.

2.4 O DANO CONFIGURADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

É ponto pacífico da obrigação de indenizar a existência de um dano e, por consequência, a reparação integral dos prejuízos pelo ofensor. Porém, por muito tempo não foi reconhecida a possibilidade de indenizar alguém pela perda de uma chance ou oportunidade. As obras jurídicas e os tribunais, destaca Melo ([2004] 2008, p. 354), argumentavam que “aquilo que não aconteceu não poderá nunca ser objeto de certeza, a propiciar uma reparação”. Com o tempo, entendimento diverso foi introduzido em nosso ordenamento jurídico que reconheceu a natureza ressarcível desse dano, mas ainda com alguma resistência.

Neste tópico, aborda-se a perda de uma chance no Direito comparado. Em seguida, trata-se da perda da chance, especificamente, nas obras brasileira, a nomenclatura utilizada, seus pressupostos, sua natureza, seus pontos de contatos e diferenças com outros institutos.

2.4.1 Manifestações iniciais sobre a perda de uma chance originadas das decisões francesas

Através de Higa (2012, p. 20-30), apresenta-se a evolução da perda de uma chance na Corte francesa. Até a década de 1930, a jurisprudência francesa era irreduzível e não reconhecia a chance, sempre com o argumento de dano hipotético, ou seja, prejuízo incerto.

Em 1932, a obra dos irmãos Mazeaud influenciou a jurisprudência francesa a mudar gradativamente esse posicionamento, apresentando-se como um divisor de águas na responsabilidade civil. A Corte de Cassação francesa prolatou seu primeiro acórdão concedendo a reparação pela perda de uma chance, em 1932, abordando o caso de um notário que, com sua conduta falha e dolosa, causou prejuízos a um casal que estava em processo de aquisição de um imóvel. Dois anos depois, a mesma corte manifestou-se favoravelmente à reparação de chances perdidas, condenando um advogado que deixou caducar a pretensão de seu cliente. Em 1965 e 1966, dois acórdãos foram publicados em um periódico francês abordando a perda de uma chance. Ambos tratavam sobre a atuação de dois médicos, o

primeiro pela falha no diagnóstico de um menino e as sequelas decorrentes desse ato; e o segundo, pela falta de adequado acompanhamento de sua paciente. Ambos tiveram uma enorme repercussão, levando alguns autores, de forma equivocada, a informar que eles foram os primeiros casos a tratarem da chance na corte francesa.

2.4.2 A ótica da obra italiana sobre a perda de uma chance

A discussão sobre o tema *perda de uma chance* teve início em 1940 através da obra *Diritto Civile Italiano* desenvolvido pelo professor da Università di Milano Giovanni Pacchioni, que abordava as formas de ressarcimento dos danos, partindo de alguns exemplos clássicos de responsabilidade civil por perda de uma chance citados pelas obras francesa, conforme explicita Savi (2012, p. 7-8), questiona o que ocorreria nos casos em que alguém, através de uma conduta culposa, privasse a possibilidade de lucro de outra pessoa através dos seguintes exemplos: um jóquei que deveria montar um cavalo de corrida, o qual deveria ser entregue pelo proprietário, mas não chega a tempo de participar do Grande Prêmio, por sua culpa exclusiva; um pintor envia pelo correio um quadro a uma exposição, mas, por culpa do correio ou de outros, o seu quadro é destruído ou não é entregue a tempo de participar da exposição; um advogado deixa transcorrer *in albis* o prazo para interpor um recurso de apelação, privando o seu cliente da possibilidade de obter a reforma ou a cassação da sentença que lhe foi desfavorável. Em que pese reconhecer a possibilidade de reclamação pelas vítimas por serem privadas de auferir lucro, afirma ser controverso o interesse jurídico para postular em juízo uma indenização porque o dano não é certo.

Em 1965, conta Savi (2012, p. 8-9), Francesco Donato Busnelli, manteve o posicionamento expresso por Pacchioni, ao considerar a perda de uma chance como mero interesse de fato e, portanto, como um dano que não seria indenizável de acordo com o ordenamento jurídico italiano, ao comentar um julgado do Tribunal de Apelação de Paris. Naquele caso, um banco efetuou o pagamento de um cheque emitido por um cliente seu com insuficiência de fundos. O cliente é vítima de um acidente fatal causado culposamente por um terceiro antes de regularizar sua situação perante o banco. A instituição financeira, então, ajuíza uma ação contra o terceiro para obter sua condenação ao pagamento do valor que despendeu para satisfazer o credor portador do cheque. O Tribunal de Apelação de Paris, assim como havia ocorrido em primeiro grau de jurisdição, rejeitou a pretensão indenizatória do banco. Busnelli analisa o caso baseando-se na responsabilidade civil pela perda de uma chance, pois era provável que, se o cliente do banco não tivesse morrido, restituiria a quantia

paga pelo banco ao credor do cheque. Afirma, também, que, neste caso, a causa *petendi* e o *petitum* da pretensão indenizatória do banco eram diversos e, por isso, não autorizariam a procedência do pedido. Isso porque o banco pediu a condenação do terceiro ao pagamento da quantia que havia sido paga para cobrir o cheque sem fundos emitido pelo cliente. A causa de pedir da ação teria se fundado, única e exclusivamente, em uma lesão a um mero interesse de fato e não na lesão a um direito de crédito (direito subjetivo).

O então professor de Direito Civil da Università di Perugia, Adriano De Cupis, ao publicar, em 1966, *II Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile*, adotou posição contrária a Pacchioni e Busnelli, reconhecendo a existência de um dano passível de indenização nos mesmos casos citados por Pacchioni. De Cupis foi considerado o responsável pelo início da correta compreensão da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito Italiano, explica Savi (2012, p. 10), ao conseguir visualizar um dano independente do resultado final, enquadrando a chance perdida no conceito de dano emergente e não de lucro cessante, como vinha sendo feito pelos autores que o antecederam. De Cupis afirma que não há como negar a existência de uma possibilidade de vitória antes da ocorrência do fato danoso. Para esse professor, justo seria afirmar que, em relação à exclusão da possibilidade de vitória, existe um dano jurídico passível de indenização. Savi (2012, p. 11) cita um trecho da obra de De Cupis considerada o divisor de águas para admissão da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito Italiano:

A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão a impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada.

Para De Cupis, a chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização. Além disso, nem todos os casos de perda de chance serão indenizáveis. Dessa forma, De Cupis, delimita outro elemento importante para a caracterização da perda de uma chance: o de que simples *esperanças aleatórias* não são passíveis de indenização. A adequada compreensão da problemática desta teoria, que teve início com Adriano De Cupis, somente ocorreu em 1976, com a publicação do artigo *Perdita di una chance certezza del danno*, escrito por Maurizio Bocchiola, também professor da Università di Milano. Seu artigo é bastante denso e contém diversos conceitos relevantes. Para esse autor, o termo “chance” significa, em sentido jurídico, a oportunidade de obter um lucro ou evitar uma perda.

Sendo assim, a perda de uma chance teria um valor econômico, um conteúdo patrimonial. Baseando-se nas mesmas ideias utilizadas por Pacchioni e De Cupis, Bocchiola afirma que, em todos aqueles casos, a chance se define como “a não ocorrência de uma eventualidade favorável” (apud SAVI, 2012, p. 12-13). Sendo assim, a chance implicaria necessariamente em uma incógnita, pois um determinado evento poderia produzir-se (as vitórias na corrida de cavalos e na ação judicial, por exemplo), mas a sua ocorrência não é passível de demonstração.

Se fosse possível afirmar que a chance teria êxito, continua Savi (2012, p. 13) teríamos a prova da certeza do dano final (por exemplo, a vitória na corrida ou no processo judicial), e, com isso, o ofensor seria condenado ao pagamento do valor do prêmio perdido e dos benefícios que o cliente teria com a vitória na demanda judicial. Mas se fosse possível provar que a chance não se concretizaria, teríamos a certeza da inexistência do dano final e, assim, o ofensor não seria obrigado a indenizar a vítima. O problema maior existente na teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance é explicado por Bocchiola, com a seguinte questão: “Mas, se não é possível determinar qual teria sido o resultado dos eventos, dos quais dependia a realização da chance, pode-se falar, ainda, de dano certo e, portanto, ressarcível?” O problema assim demonstrado leva a uma resposta negativa, pois seria notável a existência de uma contradição ao falar-se, de um lado, de uma situação meramente eventual ou aleatória e, de outro, exigir que tal situação se apresente com total certeza. Porém, sabendo que no Direito é praticamente impossível se falar em certeza absoluta, uma vez que na maioria das soluções depende-se de um juízo de probabilidade, pode-se notar que eventualidade e certeza não podem ser separadas com nitidez em todos os casos.

A dificuldade de encontrar os limites dos conceitos “provável” e “aleatório” justificou o enquadramento da chance no âmbito do lucro cessante pelos autores que antecederam Adriano De Cupis, esclarece Savi (2012, p. 14). Pode-se dizer que existem características comuns entre a chance e o lucro cessante que se configura no impedimento da vítima em adquirir novos elementos, lucrar e usufruir de ulteriores utilidades patrimoniais, ao invés de retirar da vítima uma importância que esta teria no momento em que o fato danoso ocorre. Ambas as vítimas (do lucro cessante e da perda de uma chance) teriam dificuldades em provar o dano, permanecendo a dúvida sobre se algum outro evento fortuito não teria, igualmente, impedido que aquela esperança da vítima realmente acontecesse. Mesmo assim, ainda se entende que todo aquele que sofrer um dano dessa natureza terá direito a uma indenização, pois no ordenamento jurídico, aplicam-se critérios aproximativos, de probabilidade, uma vez que noções absolutas não são consideradas indispensáveis nesta área.

Afirma-se, então, que tanto nos casos do lucro cessante como nos de perda de uma chance, a prova da certeza não poderá ser mais do que uma prova de verossimilhança.

De acordo com Savi (2012, p. 15-23), Bocchiola conclui que inexistem obstáculos para a admissão da indenização da perda de uma chance no ordenamento jurídico italiano, mas ressalta que a aplicação da teoria encontra limites, pois não é qualquer possibilidade perdida que obrigará o ofensor a ressarcir o dano. Para o autor, somente é possível a admissão de indenização da chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada é superior a 50% (cinquenta por cento). Se isso não for comprovado, deve-se considerar não produzida a prova da existência da chance e o juiz julgará improcedente o pedido de indenização. Isso porque, se demonstrado um percentual desfavorável superior àquele favorável, não existem motivos que justificam a prevalência da segunda sobre a primeira e, assim, o ressarcimento de um dano não demonstrado.

Além disso, considerando que o Direito Italiano reconhece tanto a perda de uma chance como os lucros cessantes como direitos protegidos juridicamente e passíveis de reparação, o critério para diferenciar essas duas possibilidades é o da certeza do dano. No sistema jurídico italiano, como no brasileiro, o ônus da prova⁴⁷⁴⁸ é de quem alega fato constitutivo de seu direito. Sendo assim, no caso dos lucros cessantes, o autor deverá fazer prova dos requisitos e pressupostos necessários para a averiguação deste lucro, enquanto na perda de uma chance, o dano final é, por definição, de demonstração impossível, mesmo no que diz respeito aos pressupostos de natureza constitutiva, estando no campo do desconhecido.

Em 1983, identifica Savi (2012, p. 25-32), a *Corte di Cassazione* teve seu primeiro julgamento sobre a perda de uma chance e, daí por diante, consolidou seu entendimento, recepcionando-a como um dano autônomo e indenizável de forma direta, uma vez que pode ser considerada um bem patrimonial, economicamente valorável e integrante do patrimônio da vítima. Essa Corte adotou uma fórmula⁴⁹ de quantificação do prejuízo para calcular o valor da indenização.

2.4.3 A perda de uma chance no Direito brasileiro

⁴⁷ Art. 333 CPC. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; [...]

⁴⁸ Art. 818 CLT. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

⁴⁹ $VI = VRF \times Y$, onde: VI = valor da indenização da chance perdida; VRF = valor do resultado final; Y = percentual de probabilidade de obtenção do resultado final.

É crível, em termos legais, reconhecer a indenização por danos materiais e morais pela perda de uma chance em nosso ordenamento jurídico, porque a cláusula de responsabilidade civil, consignada na Constituição e também no CCB, é uma cláusula geral que permite a abertura para novos entendimentos sobre a reparação de danos.

Até 2006, pouco se escrevia sobre a perda de uma chance, explica Savi (2102, p. 35-36), ao indicar a dissertação de mestrado de Rafael Peteffi da Silva (2001) e a tese de doutorado do mesmo autor (2005), na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), e, também, a obra de Fernando Noronha (2003), em que ambos abordaram o tema. Antes disso, pode-se citar a *Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance*, de Sérgio Novais Dias (1999). A partir daquele ano, muito material (artigos, monografias, matérias jornalísticas) foi produzido sobre a perda de uma chance, mas abordando o assunto em sua forma mais teórica e voltada, sobretudo, ao Direito Civil.

Outras obras que apresentam a perda de uma chance como assunto principal são a monografia de Danielle Capistrano Ribeiro (2008), da Universidade Cândido Mendes, com o título *A Responsabilidade civil pela perda de uma chance; A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica*, de Grácia Cristina Moreira do Rosário (2009); a monografia de Vivian de Almeida Sieben Rocha (2010), da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, intitulada *A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro; A responsabilidade civil pela perda de uma chance*, de Sergio Savi (2012); *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no Direito do Trabalho*, de Flávio da Costa Higa (2012); *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, de Daniel Amaral Caranúba (2013) e o trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado por Thâmara Leão Teberge (2014), da Universidade Estadual da Paraíba, com o título de *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*.

Os primeiros casos em que foi mencionada a teoria da perda de uma chance em um tribunal brasileiro ocorreram no Rio Grande do Sul, em acórdãos prolatados pelo desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. A aplicação dessa teoria teve início, provavelmente, por conta de uma palestra proferida pelo professor François Chabas, em 23/05/1990, na UFRGS, intitulada *La perte d'une chance en droit français*. Seu surgimento no Tribunal de Justiça ocorreu logo no início da década de 1990, em duas decisões: uma delas em 12/06/1990, momento em que foram fixados os pressupostos da teoria, apenas para rechaçar sua aplicação ao caso concreto, e outra, julgada em 29/08/1991, essa, sim, com a intenção de apoiar e permitir a indenização com base nessa teoria. Em outubro de 1990, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), manifestou-se sobre o tema, contudo, tamanha foi sua

imprecisão teórica que não era possível afirmar se aquele tribunal acolheria ou não a tese da perda de uma chance, conforme destaca Higa (2012, p. 44-51).

Nos próximos tópicos são apresentadas as questões técnicas e propedêuticas a respeito da perda de uma chance. Continua sendo uma pesquisa eminentemente descritiva, mas necessária para conhecer o mérito da questão e facilitar a interface com a Teoria da Argumentação. Ademais, por não ter um conceito fechado, a perda da chance pode ser utilizada pelos julgadores para sanar qualquer lacuna entre a responsabilidade civil e a dúvida, inclusive ultrapassando os reais motivos de sua existência. Poder-se-á verificar, então, como os magistrados decidem nos acórdãos trabalhistas: serão arbitrários e confirmarão a tese daqueles que criticam a flexibilidade das decisões ou se mostrarão coerentes com os *topoi* definidos pela nossa sociedade.

2.4.3.1 Nomenclatura

A expressão *perda de uma chance* é amplamente difundida, mas não é consenso entre os autores. A melhor tradução para *chance* no vernáculo, entende Savi (2012, p. 3), seria *oportunidade*, contudo a expressão *chance* é amplamente difundida na literatura brasileira e, portanto, a mais utilizada⁵⁰.

2.4.3.2 Os pressupostos da perda de uma chance

O requisito da *certeza* é necessário para configurar o dever de indenizar, contudo, na perda de uma chance, o dano se materializa no resultado final que, nessas situações, é indemonstrável. Dessa forma, de acordo com Higa (2012, p. 59), há a certeza do dano “sempre que, por força do ato ilícito praticado que interrompeu o curso dos acontecimentos, a vítima fique em situação inferior àquela em que se apresentava anteriormente”. Para ser motivo de indenização, a “chance perdida” deve ser séria e real e não uma mera especulação e diz respeito à sua existência e não à sua prova. Deve-se diferenciar a grande probabilidade da mera possibilidade.

A técnica de reparação de chances dos tribunais remete sempre a uma hipótese fática, de forma que a vítima sofre uma lesão em seus interesses sobre um evento aleatório, consoante explica Carnaúba (2013, p. 25-32). A partir daí, o autor decompõe em três

⁵⁰ Esse entendimento é compartilhado por Grácia Cristina Moreira do Rosário (2009) e Flávio da Costa Higa (2012).

elementos comuns todos os casos de perda de uma chance: (a) o primeiro, é o interesse sobre um resultado aleatório; (b) o segundo, aquele em que ocorre a diminuição de chances de obter o resultado aleatório esperado, em razão da intervenção do réu e (c) o terceiro, a não obtenção do resultado aleatório esperado. Dessas três constantes decorre uma quarta, que é uma abstração da realidade: a incerteza contrafactual (d).

Tem-se, assim, que em todos os casos a vítima deseja a obtenção de um resultado aleatório (a). Esse resultado, até então, não era um elemento que fazia parte dos conhecimentos da vítima, tratando-se de uma simples chance, já que a possibilidade de ganho ou perda interferem no desenvolvimento da realidade e, principalmente, nos desejos dessa vítima. A natureza “aleatória da ambição da vítima constitui o núcleo duro dos casos de perda de uma chance”, por dois motivos, defende Carnaúba (2013, p. 26): o primeiro, porque a probabilidade de lucro simultânea à de prejuízo demonstra um conhecimento insuficiente da realidade que cria dificuldades à aplicação habitual da norma da reparação; o segundo, se a vítima se queixar da perda de uma vantagem certa é a própria vantagem desejada que deve ser objeto de reparação em sua integralidade, não devendo se falar em técnica de reparação de chance.

Também é uma constante que o desenvolvimento da situação aleatória sofra interferência de um fato atribuído ao réu (b). Nesses casos, essa interferência pode causar dois resultados: ou se interrompe completamente o processo aleatório e, assim, a vítima não obterá a vantagem aleatória desejada (a exemplo do advogado que deixa correr o prazo do recurso sem interpô-lo, tornando definitivo o julgamento ou a morte trágica de um noivo que põe fim aos sonhos de casamento da noiva); ou, as ações do réu podem diminuir, mas sem fazer cessar totalmente, as chances da vítima, tornando essas ações insuficientes para o fracasso do resultado desejado. Outra constante nos casos de perda de uma chance é o fato de a reparação só acontecer se o processo aleatório já estiver terminado e se a realidade se revelar definitivamente contrária aos desejos da vítima (c). A vítima não obtém a vantagem que poderia surgir da oportunidade. Assim, conclui Carnaúba (2013, p. 30):

Esses três elementos de fato podem ser resumidos da seguinte maneira: a reparação de chances é aplicada nos casos em que, em razão de um ato imputável ao réu, a vítima foi privada, total ou parcialmente, das chances de obter um resultado desejado, e sob a condição de que essa antiga expectativa aleatória tenha se tornado definitivamente impossível.

A constância desses três elementos resulta no fato de que todos eles são conhecidos, com exceção de um. Ao mesmo tempo em que é explícito que a vítima não obteve a vantagem

aleatória desejada, privada por interferência do réu, é impossível afirmar qual teria sido o resultado da chance perdida. Trata-se da incerteza contrafactual (d). Na lição de Carnaúba (2013, p. 31): “sabe-se o que se passou; não há efetivamente qualquer dúvida sobre a realidade. Mas, em razão da álea que acometia o interesse da vítima, não se sabe ao certo o *que teria ocorrido* caso o réu não tivesse intervindo.”

2.4.3.3 Natureza jurídica da perda da chance

Para situar corretamente a perda de uma chance, Higa (2012, p. 76-78) explica a necessidade de depurar três vícios epistemológicos que induzem a erro, quais sejam: (a) vincular a avaliação da natureza jurídica ao dano final (resultado) ocorrido. Aqui, há uma confusão entre causa e efeito: a situação lesiva é a *causa* que faz com que a perda da chance exista no mundo dos fatos. O produto ou resultado desse fenômeno, ou seja, o dano (*efeito*) pode ocorrer nas mais diversas formas no mundo jurídico; (b) a perda da chance deve ser avaliada a partir do caráter aleatório da conquista da vantagem cuja possibilidade foi obstada (futuro incerto), e não da chance que a vítima efetivamente tinha (passado certo); e (c) a perspectiva a ser abordada na resolução da natureza jurídica é a do que seria melhor para a vítima.

2.4.3.4 Diferenças entre o risco e a chance

Em que pese o limiar entre o risco e a chance ser muito sutil, há uma diferença que, efetivamente, distingue os dois casos: a preexistência da aleatoriedade. Carnaúba (2013, p. 32-33) explica que o interesse aleatório da vítima deve vir antes, cronologicamente, ao fato atribuído ao réu, o que é totalmente diferente de quando o elemento aleatório surge, exclusivamente, a partir das ações do réu. A incerteza é diferente no risco porque ela aparece a partir das ações do réu e, antes disso, não havia qualquer ameaça à vítima. A dúvida, no caso do risco, trata sobre a repercussão da realidade porque não se sabe o que ocorrerá. A incerteza é fatural e futura. Por outro lado, quando se trata da perda da chance, não é possível afirmar o que teria acontecido ante a inexistência das ações do réu (incerteza contrafactual).

2.4.3.5 Diferenças entre os lucros cessantes e a perda de uma chance como dano emergente

Os conceitos de lucros cessantes e perda de uma chance estão intimamente relacionados, o que dificulta e, na maior parte das vezes, confunde quem os utiliza. A partir daqui, diferem-se os danos emergentes dos lucros cessantes, que estão previstos no art. 402 do Código Civil brasileiro e, em seguida, faz-se a diferenciação entre os lucros cessantes e a perda de uma chance.

O que distingue os danos emergentes dos lucros cessantes é o impacto da lesão ao estado em que a vítima, ou o objeto, estava antes do evento danoso estabelecido pelo ressarcimento do que se perdeu e, também, do que razoavelmente deixou de lucrar. Pretende-se, com o ressarcimento do que se perdeu, que a vítima volte ao estado em que se encontrava antes do evento danoso, caracterizando-se, assim, os *danos emergentes*. Quando o que se está a ressarcir não é mais os decréscimos, mas, antes, o obstáculo à melhora de condição da vítima, então se trata de *lucros cessantes*.

Já a distinção entre a perda de uma chance e os lucros cessantes decorre da diferente técnica de indenização. Nos termos do que apresenta Higa (2012, p. 67), o juízo da perda de uma chance é de **probabilidade**, enquanto o dos lucros cessantes é de **presunção**. A *probabilidade* aplica-se na perda de uma chance, porque o que se pretende é calcular qual seria a probabilidade de a vítima obter o resultado final esperado, em termos percentuais (e não supor qual seria o estado atual da vítima diante da não ocorrência do ato ilícito - teoria da diferença). Nos lucros cessantes, por sua vez,

o grau de probabilidade de que fatos idôneos (pressupostos constitutivos) necessários à percepção da vantagem ocorram é tão grande, por decorrer do andamento normal da vida que leva o intérprete a **presumi-lo**, mediante a formulação de um raciocínio hipotético de como os acontecimentos naturais se dariam sem a ocorrência do ilícito. (HIGA, 2012, p. 68).

A técnica da reparação da chance subverte o que, tradicionalmente, está estabelecido na reparação de danos porque o prejuízo e o nexo causal são substituídos: (a) primeiro, porque assimilou a incerteza quando a decisão for sobre a chance, de acordo com o que explica Carnaúba (2013, p. 20): “o montante do prejuízo corresponderá não ao valor da vantagem aleatória desejada, mas ao valor da chance de obtê-la”; (b) segundo, porque não se repara mais determinado prejuízo, mas a chance que se perdeu. O nexo causal entre o fato e o prejuízo é substituído pelo nexo entre o fato e a perda da chance. Eliminar a chance, dessa forma, representa o prejuízo sofrido pela vítima. Carnaúba (2013, p. 168-169) continua, dizendo que a chance é tratada como um bem pertencente à vítima e destruído por conta de

fato atribuído ao réu. A chance, por meio da técnica, é considerada um “patrimônio anterior” do indivíduo, o que faz esse autor⁵¹ concluir que a chance perdida seja um dano emergente.

2.4.3.6 A condição maliciosamente obstada pela parte a quem desfavorece e a perda de uma chance

A reparação pela perda da chance é muito comparada aos lucros cessantes, mas pouco se fala da condição na qual o implemento é maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorece⁵². O que essas duas figuras têm em comum é o fato de que o curso aleatório dos eventos é obstado em ambas, tornando impossível a verificação, somente por meio da experiência prática, da certeza sobre a sua concretização, variando a probabilidade de sua ocorrência.

As semelhanças, no entanto, acabam por aí. Higa (2012, 72-76), por sua vez, apresenta quatro diferenças entre tais figuras: (a) o dolo típico, obrigatoriamente, deve estar presente na condição maliciosamente obstada, justamente pela menção expressa do termo “maliciosamente”. Ao contrário, na perda de uma chance, não é imprescindível o dolo ou sequer a culpa, uma vez que a reparação pode ser feita com base na responsabilidade objetiva; (b) na condição maliciosamente obstada necessariamente existe a relação obrigacional dos sujeitos vinculados, através de um contrato em um negócio jurídico *stricto sensu*, enquanto na perda da chance, de acordo com Higa (2012, p. 74), isso pode ou não acontecer: “a condição pressupõe uma obrigação preexistente, da qual ela constitui elemento acessório, o que não ocorre na perda de uma chance, em que a álea é o elemento de interesse da vítima”; (c) além da existência do vínculo obrigacional na condição maliciosamente obstada, é imprescindível que o ofensor se encontre na posição jurídica de sofrer uma desvantagem em relação à vítima, caso a condição cuja execução ele impediu fosse conquistada; e (d) os efeitos do ato ilícito diante dessas duas figuras é diferente.

Na condição maliciosamente obstada, o ordenamento jurídico considera fictamente cumprida a condição para todos os efeitos legais e a indenização é feita em sua totalidade do dano, ou seja, representa o que a vítima receberia se não tivesse ocorrido o ilícito. Já na perda

⁵¹ Higa (2012) e Savi (2012) também comungam do entendimento de que a perda da chance é um dano emergente.

⁵² Art. 129. (CC) Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.

da chance, aplica-se ao resultado final um percentual que corresponde à probabilidade de êxito, e esse resultado será o valor econômico da chance para fins de indenização.

2.4.3.7 Definição de chance real e séria

Não é uma mera possibilidade que caracterizará a reparação pela perda da chance. As obras jurídicas contemporâneas defendem, de forma unânime, que o interesse da vítima deve ser sério e real. Questionam-se, assim, quais critérios devem ser utilizados para construir essa definição. O Direito Comparado é utilizado por Carnaúba (2013, p. 123-128) para apresentar e questionar alguns critérios que limitam a dimensão da chance. Os tribunais italianos asseveram que não há direito à reparação quando a chance perdida representar menos de 50% (cinquenta por cento) de chances de alcance de um resultado positivo. Ao expor seu ponto de vista, Carnaúba entende que esse limite pode criar discriminações sem qualquer justificativa, porque algumas oportunidades, mesmo inferiores a 50% (cinquenta por cento), podem representar interesses efetivamente relevantes para aqueles que os detêm. Reconhece o autor essa solução como simplista e inadequada, em função da diversidade de interesses sobre as probabilidades. Outro critério utilizado pelos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica é o princípio geral de que o Direito não protege interesses insignificantes, o que evitaria a banalização da figura da chance.

A Corte de Cassação francesa releva a probabilidade envolvida no caso, considerando que quanto menor for a probabilidade representada pela chance perdida, mais sustentará o argumento dos julgadores de que a chance não é séria e real. Quanto maior a probabilidade de sucesso caso a chance não fosse perdida, mais digna de proteção jurídica ela seria. Em outros casos, os julgadores consideram que a chance é real e séria se o beneficiário comprovar seu particular interesse na oportunidade perdida. E o entendimento de Carnaúba (2013, p. 128) é de que “uma chance real e séria representa um interesse significativo da vítima de um incidente”. Esse entendimento é compartilhado por Higa (2012, p. 87) que considera infeliz o critério da seriedade da chance ser quando ela tem percentual superior a 50% (cinquenta por cento) e, também, pelo simples fato de tabelar o conceito de “seriedade”. Higa (2012, p. 87-88) assim se manifesta:

Epistemologicamente, é inapropriado preestabelecer um determinado conceito jurídico, quando o próprio legislador fez opção clara pela redação a partir de cláusulas gerais. Com efeito, a escolha do legislador foi propositada, e não cabe ao intérprete desvirtuá-la, preenchendo, em juízo prévio e abstrato, conceitos abertos.

Neste ponto, concorda-se com Higa e Carnaúba por defenderem que o sentido de “sério e real” deve ser estabelecido no caso concreto e de acordo com o contexto, e não ser determinado através de uma porcentagem. A denominação mais aberta de certos termos jurídicos é necessária, porque a legislação não consegue prever todos os casos possíveis de interesses juridicamente protegidos. Por sua vez, Savi (2012, p.65) posiciona-se da mesma forma que os tribunais italianos, ao asseverar que a chance é considerada séria e real quando for possível “fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado [...]”.

A jurisprudência francesa defende, também, que a perda da chance é um direito autônomo que não tem relação com a perda da vantagem desejada. Essa posição não se sustenta, explica Carnaúba (2013, p. 129 - 131), já que esses dois elementos estão inevitavelmente ligados, porque se referem ao mesmo objeto (à vantagem): “O interesse sobre a vantagem é o interesse de obter *certamente* essa vantagem, enquanto o interesse sobre a chance é o interesse de obter *provavelmente* essa mesma vantagem.”

A lesão a um interesse aleatório, afirma Carnaúba (2013, p. 130 - 131), é uma lesão subordinada que não deixa de ser uma expressão atenuada da lesão final, mas distinta por três fatores:

- a) subordinação quanto à existência: somente nos casos em que a vantagem desejada esteja definitivamente perdida é que a perda da chance se apresenta como um prejuízo ressarcível. Nos casos em que a vantagem desejada é concretizada, a incerteza contrafactual que atinge a divergência se extingue e, assim, não se pode afirmar que a vítima estaria em uma situação mais vantajosa sem o fato atribuído ao réu. Quando a vítima tiver oportunidade de alcançar o resultado que deseja, não existirá o direito à reparação;
- b) subordinação quanto à sua extensão: o valor da chance perdida sempre corresponde a uma parte da vantagem desejada e, por esse motivo, sempre deve ser avaliada a partir da vantagem em jogo, ou seja, do caso concreto;
- c) subordinação quanto à sua reparação: não pode existir a cumulação da indenização da chance perdida com a indenização da vantagem final perdida, justamente porque tratam sobre o mesmo objeto. O deferimento de indenização para ambas acarretará em excesso concedido à vítima.

2.4.3.8 A ocorrência de danos extrapatrimoniais na perda de uma chance

Em um primeiro momento, a reparação de danos pela perda de uma chance é pensada somente no que diz respeito às suas questões patrimoniais, inclusive por considerá-la como um dano emergente. Contudo, de acordo com o caso concreto, existe a possibilidade de surgir duas espécies de danos pela perda da chance: patrimoniais ou extrapatrimoniais e, ainda, cumulados ou não. Esse é o entendimento de Savi (2012, p. 81-84), de Rosário (2009, p. 51-58) e de Higa (2012, p. 81), que assim se manifesta:

A perda de uma chance tem características de “situação lesiva”, que pode gerar todas as espécies de reparação por responsabilidade civil previstas no ordenamento, por força do desarmamento ilícito de uma posição jurídica favorável - real e séria.

O dano material será quantificado levando em consideração a chance perdida, já que a indenização será correspondente a uma parte da vantagem desejada. O dano moral será avaliado a partir do interesse que é lesado e, considerando sua importância para a vítima, critério que somente se verificará no caso concreto. Dessa forma, em caso de procedência do pedido de reparação pela perda de uma chance, ela poderá ter duas formas de quantificação dos danos: pelo dano patrimonial e pelo dano extrapatrimonial. No caso desta pesquisa, é importante verificar a forma de reparação pela perda da chance tanto patrimonial como extrapatrimonial.

Se os magistrados adotarem o entendimento italiano de que a reparação só se configura quando existir mais de 50% (cinquenta por cento) de probabilidade de obtenção do resultado desejado, interesses que são sérios para a vítima, mas em porcentagem menor, serão julgados improcedentes. Nesses casos, não terão desdobramento na indenização por danos morais pela perda da chance e o objeto de pesquisa se perderá. Na verdade, pode-se dizer que a adoção ou não dos critérios adotados pela jurisprudência italiana é uma condição para a seleção dos acórdãos no TRT4.

2.4.3.9 Os critérios usuais para a fixação dos danos morais

Pelo fato de não existirem critérios teóricos sólidos para caracterizar a figura do dano moral e, por consequência, estabelecer sua quantificação nos casos de reparação de danos extrapatrimoniais, lança-se mão dos indicadores de Martins-Costa (2014, p. 7104-7114), dos *standards* usuais de fixação da indenização por danos morais. Repete-se, em diversas nas

obras e decisões judiciais, que a indenização deverá ser o suficiente para desestimular a repetição do fato pelo ofensor, mas, ao mesmo tempo, evitar um enriquecimento indevido por parte da vítima, além de não ter o caráter de punição penal. Esse entendimento é vago e muito amplo e não tem correspondência em qualquer dispositivo legal.

Cinco *standards* usados, frequentemente, para fins de quantificação dos danos morais, são identificados por Martins-Costa (2014, p. 7104-7114) quais sejam:

- a) a *gravidade da culpa do ofensor*, é coerente com a gradação da culpa estabelecida nos artigos 944, parágrafo único⁵³ e 945, do CCb. Não é possível medir matematicamente o dano moral, apenas valorá-lo, de acordo com determinados parâmetros, sendo a gravidade da culpa do ofensor um deles;
- b) a *conduta da vítima*, ou seja, a sua culpa, também é coerente com o que está estabelecido no artigo 945⁵⁴, do CCb, uma vez que a conduta da vítima será confrontada com a conduta do ofensor no momento de mensurar o dano, porque interfere no nexo causal;
- c) a *extensão do dano*, ou seja, a gravidade do dano, também encontra guarida no postulado normativo da proporcionalidade: quanto maior o dano, mais ele é indenizado e, ao contrário, quanto menor o dano, menos ele é indenizado. Tem relação direta com a apreciação da prova do dano;
- d) a *condição pessoal das partes*, que deveria apreciar, por exemplo, o resguardo da vida privada entre uma figura pública, em caso análogo, um Chefe de Estado, e uma não pública, ou “comum”, uma perda parcial de movimentos na mão de um pianista tem maiores repercussões do que se essa mesma lesão fosse em um cantor de ópera. Na prática, apesar de sofrer várias críticas, o critério da condição pessoal das partes limita-se à sua condição socioeconômica. Tal critério não tem fundamento, uma vez que a dignidade de uma pessoa desfavorecida economicamente não é menor do que aquela que tem maiores condições econômicas e está socialmente melhor situada;
- e) o *grau de sofrimento da vítima*, que é o mais inconsistente e habitualmente confundido com o dano moral. O dano moral caracteriza-se pela violação de bens jurídicos como a saúde, a honra, o respeito, entre outros, e não o

⁵³ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁵⁴ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

sentimento de dor ou vexame. O sentimento é subjetivo e pode ser valorado de formas diferentes pelas diferentes pessoas.

O *método bifásico* apresentado por Paulo de Tarso Sanseverino é apontado por Martins-Costa (2014, p. 7115-7116) como sendo o mais adequado para quantificar o dano, porque ele une os *standards* abstratos de valoração e as informações concretas do caso. Busca-se, através desse método, determinar o arbitramento equitativo da indenização por dano moral, em que o julgador deverá utilizar *standards* racionais de fundamentação e motivação da sentença, com a expressa indicação dos critérios utilizados. Foi inspirado no art. 59⁵⁵ do Código Penal (CP) e assim se procede, de acordo com Martins-Costa (2014, p. 7116):

Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico atingido, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam. Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso. Chega-se, com isso, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes.

Tal método coaduna-se com o entendimento desta pesquisadora que defende a fundamentação das decisões judiciais para que elas não sejam consideradas arbitrárias, mas, antes, racionais e justas.

Mais adiante, abordar-se-á a perda da chance como violação aos direitos fundamentais dos trabalhadores; contudo, não é possível fazer evoluir esta tese, sem antes, falar sobre a dignidade da pessoa, uma vez que estão, indubitavelmente, relacionadas. Parte-se da dignidade da pessoa já inserida no contexto jurídico constitucional de nosso país, sem reconstituir o percurso dessa noção no pensamento filosófico e seu desenvolvimento histórico, uma vez que não é objeto de estudo desta tese⁵⁶.

⁵⁵ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. [...] II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

⁵⁶ Seus antecedentes podem ser consultados em SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012; em NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade humana: princípio constitucional fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2009; MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: COUTINHO, Adalcy Rachid et al.; SARLET, Ingo Wolfgang

2.5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONCEITO JURÍDICO-NORMATIVO E A PERDA DE UMA CHANCE

O termo dignidade da pessoa humana é de difícil conceituação, consoante esclarece Sarlet (2012, p. 48-55), em que pese estar qualificada como valor fundamental da ordem jurídica, não só da Constituição brasileira, mas de todas aquelas que pretendem alcançar um Estado Democrático. Esse conceito, como muitos outros do Direito, tem contornos vagos e imprecisos, caracteriza-se por ser ambíguo e poroso, além de apresentar-se, necessariamente, com uma natureza polissêmica. É um conceito em permanente construção e desenvolvimento, mas em que foram estabelecidas, ao longo do tempo, algumas diretrizes fundamentais para defini-lo e concretizá-lo. A dignidade humana é um atributo intrínseco à pessoa humana, sem, no entanto caracterizar um atributo físico que é inerente à sua natureza. Além disso, é irrenunciável e inalienável, sem se cogitar a possibilidade de lhe ser concedida através de uma pretensão, uma vez que é atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente. Deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, porém, não pode ser criada, concedida ou retirada, embora possa ser violada.

A tutela da pessoa humana está prevista no rol dos Princípios Fundamentais do art. 1º, inciso III, da Constituição, sendo considerada uma cláusula geral e que, mais adiante, será verificado como esse mandamento também é utilizado como fundamento para a constitucionalização do direito privado. A dignidade humana, portanto, é respeitada e protegida, contudo, não é uma criação constitucional, explica Moraes (2010, p.119), mas um princípio fundamental consagrado pela Constituição por causa de sua eminência e considerada o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática.

Há quem argumente, destaca Sarlet (2012, p. 57), que a dignidade da pessoa humana seja dotada de um sentido cultural advindo do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo. Por esse motivo, existe a interação entre as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa humana, refutando-se a ideia de que sua dimensão ontológica se equipare a uma dimensão biológica. Sarlet refere que a ideia de dignidade da pessoa humana contém elementos histórico-culturais, a qual também foi recepcionada em outras ordens constitucionais, como o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o Tribunal

Constitucional de Portugal. Deste último, refere o acórdão 90-105-2⁵⁷ que se ajusta perfeitamente a essa questão:

[...] a ideia de «dignidade da pessoa humana», no seu conteúdo concreto — nas exigências ou corolários em que se desmultiplica —, não é algo de puramente apriorístico [...] e ou a-histórico, mas algo que justamente se vai fazendo (e que vai progredindo) na história, assumindo, assim, uma dimensão eminentemente «cultural». Para dizer ainda com Vieira de Andrade: «o valor da dignidade da pessoa humana [...] corresponde a uma *potencialidade* característica do ser humano, que se vai actualizando nas ordens jurídicas concretas». [...]

É que, se o conteúdo da ideia de dignidade da pessoa humana é algo que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente, já se vê que no Estado moderno [...] há-de caber primordialmente ao legislador essa concretização: especialmente vocacionado, no quadro dos diferentes órgãos de soberania, para a «criação» e a «dinamização» da ordem jurídica, e democraticamente legitimado para tanto, é ao legislador que fica, por isso, confiada, em primeira linha, a tarefa ou o encargo de, em cada momento histórico, «ler», traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios «abertos» da Constituição (tal como, justamente, o princípio da «dignidade da pessoa humana»).

Tratar a dignidade da pessoa humana em suas dimensões, natural e cultural, justifica a linha metodológica da Hermenêutica Filosófica adotada nesta tese, na qual a compreensão é uma questão essencial do homem e, também, uma questão histórico-cultural. A leitura desta tese, portanto, deve conter uma reflexão crítica ao considerar sua perspectiva histórico-cultural, uma vez que é desta maneira que ela foi concebida. Como símbolo linguístico que a dignidade da pessoa humana é, ela não contém um conteúdo universal e fixo que determine uma imutável visão de mundo e concepção moral, destaca Sarlet (2012, p. 57- 58), já que essa noção é objeto constante de reconstrução e repactuação de seu conteúdo e significado.

Sendo assim, somente no contexto de uso é que o sentido de dignidade da pessoa humana será delineado. A sociedade clama por justiça para protegê-la de suas angústias e que, de acordo com Bittar (2010, p. 261), são representadas pela miséria, injustiça, sofrimento, exploração, desvio, deturpação, corrupção, degradação, entre outros. Essa demanda por justiça está depositada na expressão *dignidade da pessoa humana*, que é fundamental, nas palavras de Bittar (2012, p. 261), “para a cultura dos direitos, esta que se dedica exatamente a identificar e a proteger valores que sejam construídos historicamente a partir das próprias mazelas do trato comum das coisas e da vida social.”

A dignidade tem estreita ligação com a liberdade de autodeterminação⁵⁸, não sendo noções que se equiparam, mas, de acordo com Sarlet (2009, p. 15-43), se ligam intrinsecamente, uma vez que uma das principais exigências da dignidade humana é a garantia

⁵⁷ Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>/(mediante cadastro gratuito). Acesso em: 06 jun. 2015.

⁵⁸ Matriz kantiana centrada na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa.

de direitos de liberdade. Em sua obra *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Sarlet (2012, p. 59-70) apresenta diversas considerações até propor um conceito de dignidade da pessoa humana. Refere a dignidade através da perspectiva de limite e tarefa, mantendo-se uma dupla dimensão: a primeira, como expressão da autonomia da pessoa humana (autodeterminação das decisões essenciais referentes à própria existência); e a segunda, como necessidade de sua proteção (assistência). Ainda, a partir de Dworkin, pressupõe a conexão entre uma voz ativa e outra passiva, em que mesmo aquele que já perdeu a consciência de sua dignidade, ainda assim deve ser tratado. Tal argumento reporta-se à obra de Kant, de forma que nenhum homem pode ser usado como mero instrumento para a realização dos fins alheios, ou seja, não pode ser tratado como objeto.

Nessa perspectiva, em muitas situações, uma violação da dignidade é identificada por meio do objetivo da conduta (intenção de “coisificar” o outro). Os indivíduos são sujeitos do discurso e da ação e, por esse motivo, de acordo com Moraes (2010, p. 120),

se a humanidade das pessoas reside no fato de elas serem racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza...[...] será ‘desumano’, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.

A dignidade da pessoa é violada sempre no caso concreto, considerando-a a partir de determinada ou determinadas pessoas. Dessa forma, não é possível desrespeitar a dignidade da pessoa em abstrato, uma vez que o objetivo da dignidade humana é o indivíduo e não toda a humanidade.

A dignidade tem caráter intersubjetivo e relacional (Kant), destaca Sarlet (2012, p. 59-70), existindo um dever de respeito nos limites da comunidade de seres humanos. A perspectiva intersubjetiva acarreta uma obrigação geral de respeito à pessoa, justamente pelo seu valor intrínseco como tal, representada por um conjunto de direitos e deveres correlativos (bens indispensáveis ao indivíduo). As pessoas não podem ser tratadas de forma indigna; todavia, essa indignidade deve ser analisada de acordo com as convenções sociais, que variam em conformidade com a época e o lugar. Pode-se dizer, então, que a dignidade é dialógica, posto que se eu me vejo no outro, devo considerá-lo nos limites do que penso que é digno e como desejo que o outro respeite a minha dignidade, através da construção histórico-cultural da época em que estou inserida.

Diante de todas essas considerações, Sarlet (2012, p. 72-73) conclui, pela impossibilidade de reduzir o conceito de dignidade da pessoa humana a uma fórmula genérica

e abstrata, que seja necessária uma definição que alcance seu sentido e operacionalidade no caso concreto, com vistas a garantir um certo grau de estabilidade e segurança jurídica, bem como para evitar que se justifique o contrário da dignidade. E, assim, é feita a seguinte proposta conceitual da dignidade da pessoa humana, que deve sempre ser testada, considerando a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2012, p. 73, grifos do autor).

A partir desse conceito, deve-se verificar como a dignidade da pessoa humana se transmuta para o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Como já mencionado anteriormente, a dignidade da pessoa humana está positivada no texto constitucional e, nesse sentido, adota-se o posicionamento de Sarlet (2012, p. 81)⁵⁹ de que o direito positivo é “um sistema de normas⁶⁰ integrado tanto por regras como por princípios expressos e implícitos, ambas as categorias, por sua vez, impregnada de valores [...]”. E conhecer a importância que foi dada à dignidade da pessoa humana na Constituição Federal, indicará, no âmbito jurídico, sua importância e vigor na qualidade de norma fundamental.

Sinale-se, por oportuno, que o direito à dignidade refere-se ao seu reconhecimento, respeito, promoção e desenvolvimento, não se revestindo em direito fundamental. Isso significa dizer, explica Sarlet (2012, p. 84-85), que a dignidade da pessoa como princípio jurídico pode servir de base a posições jurídico-subjetivas, ou seja, normas definidoras de direitos e garantias, e, também, de deveres fundamentais. Não se reconhece um direito fundamental à dignidade da pessoa humana, mas um direito à existência digna.

Destaca-se, também, de acordo com Sarlet (2012, p. 86-87), que a dignidade da pessoa humana (como princípio fundamental) em relação aos direitos e deveres fundamentais possui uma dupla dimensão jurídica: a objetiva e a subjetiva, e que guarda relação com os valores fundamentais de uma comunidade. E, nessa direção, os princípios e direitos fundamentais são, de acordo com Sarlet (2012, p. 86),

⁵⁹ Para fins desta tese, adota-se o entendimento de que as normas são reconhecidas como o conjunto de princípios e regras aplicadas ao Direito.

⁶⁰ As regras contêm prescrições imperativas de conduta, enquanto os princípios são mandados de otimização, ordenando que algo seja realizado, na maior medida possível, e considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. (Sarlet, 2012, p. 87).

[...] expressão jurídico-constitucional (mediante a incorporação ao direito positivo, na condição de direito objetivo) de uma determinada ordem de valores comunitária, não podendo ser reduzido a direitos (posições subjetivas) individuais. Também por esta razão (mas não exclusivamente), é que a dignidade da pessoa, do indivíduo, é sempre a dignidade do indivíduo socialmente situado e responsável [...].

A partir de Alexy, Sarlet (2012, p. 89) expressa o reconhecimento da dignidade da pessoa humana não como um princípio absoluto que aparenta essa certeza, por dois motivos: o primeiro, porque a dignidade advém de duas normas, uma regra e um princípio; e, em segundo lugar, pelo fato de que, em muitas situações, o princípio da dignidade prevalece mediante todos os demais princípios. A dignidade da pessoa, por sua vez, como um princípio, deve harmonizar-se à igual dignidade de todos os seres humanos, ou seja, ter sua parcela de relatividade.

Na condição de princípio, Sarlet (2012, p. 87) explicita que a dignidade da pessoa desempenha “[...] um mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes”. Na condição de regra, é percebida a partir da constatação de que, nos casos em que a norma da dignidade humana é relevante, questiona-se, tão somente, se ela foi violada, ou não (e não se ela prevalece sobre outras normas).

As obras jurídicas, conforme destaca Sarlet (2012, p. 92-94), consideram que a dignidade da pessoa humana desempenha o papel de imprimir à ordem constitucional: (a) uma unidade de sentido, por atuar como elemento de integração e critério hermenêutico, a partir do momento em que serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico; e (b) legitimidade, por dizer com a razão de ser do próprio poder estatal. A relação entre a dignidade e os direitos fundamentais de acordo com Sarlet (2012, p. 124), com base em Geddert-Steinacher, é uma relação *sui generis*, visto que, em muitos casos, a dignidade da pessoa assume a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, simultaneamente. Isso significa dizer que, em regra, a violação de um direito fundamental estará vinculada à dignidade da pessoa.

A proposta de “pragmatização” do conceito de dignidade da pessoa humana, aproveitada quando é possível obter um resultado positivo em termos de clareza, a partir de uma adequada identificação das esferas específicas de proteção dos direitos fundamentais diversos e individualmente considerados, é reconhecida por Sarlet (2012, p. 125). Em maior

parte, a cláusula geral da dignidade da pessoa humana se concretiza, em termos técnico-jurídicos, por meio dos direitos fundamentais em espécie. Por outro lado, a violação da dignidade, através de novas ofensas e ameaças, autoriza a proteção de direitos fundamentais que, em princípio, não estão explícitos na Constituição.

Os princípios jurídicos que representam o núcleo referencial da dignidade, de acordo com Moraes (2010, p. 120-139), são a igualdade, a integridade física e moral (psicofísica), a liberdade e a solidariedade. A forma de violação primeira do direito à **igualdade** corresponde à prática de atos discriminatórios ao fazer diferença entre sujeitos da mesma categoria, sem fundamentação jurídica (*ratio*). Modernamente, considera-se que a esse princípio deve-se acrescentar o princípio da diversidade, ou seja, o respeito à especificidade de cada cultura. A violação ao princípio de proteção à **integridade psicofísica** está representado, tradicionalmente, pelo direito à não tortura e direito a algumas garantias penais, além do direito à existência digna. Já no Direito Civil, esse princípio garante inúmeros direitos de personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal e o direito à saúde).

A **liberdade**, atualmente, é vista sob a perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. São exemplos de violação da dignidade da pessoa humana, em razão da lesão à liberdade, a revista íntima e a exigência de exame toxicológico aos empregados, a exigência de se submeter ao bafômetro, a impossibilidade de receber tratamento médico por causas religiosas, a incapacidade de controle de dados pessoais, a restrição à manifestação de pensamento ou crítica, a prisão ilegal, o cárcere privado, entre outros. A liberdade individual deve sempre ser considerada à luz da solidariedade social. A **solidariedade social**, como valor (dignidade social), origina-se da consciência racional dos interesses em comum, implicando a cada membro 'não fazer aos outros o que não gostaria que lhe fizesse', como uma obrigação moral. Trata-se de um conjunto de elementos que tem por objetivo garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa. Viola-se esse princípio nas lesões que tenham no grupo a sua ocasião de acontecer: danos sofridos no contexto familiar, nas mais diversas modalidades (lesão à capacidade procriadora ou sexual do cônjuge, descumprimento de pensão alimentícia, não reconhecimento voluntário de paternidade); danos causados aos sócios minoritários; descumprimento dos deveres fundados na boa-fé.

Os exemplos apresentados não são absolutos e, de acordo com Moraes (2010, p. 139), "todas as lesões que podem ser reconduzidas a pelo menos um desses quatro princípios são graves o bastante para gerar a reparação por dano moral". O dano moral pela perda de

uma chance pode ser enquadrado como uma violação da dignidade da pessoa humana a uma espécie de direito fundamental, em razão da lesão ao princípio da solidariedade social implicar o dever de respeito ao outro, como eu gostaria que ele me respeitasse.

Em seguida, relaciona-se a dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais sociais direcionados ao ambiente constitucional brasileiro.

2.5.1 Os direitos fundamentais sociais

A origem dos direitos fundamentais baseia-se na garantia de liberdade dos indivíduos frente ao Estado. Esse parâmetro, bem como a sua eficácia, ampliou-se no decorrer do processo histórico, incluindo-se a relação entre os indivíduos no mesmo nível de igualdade, os quais, assim, nas palavras de Sarlet (2010a, p. 378), “expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição”. O que dá sentido, valor e concordância prática ao sistema de direitos fundamentais é a Constituição que, em que pese ter um cunho compromissário, repousa na dignidade da pessoa humana, esclarece Sarlet (2012, p. 91), ou seja, “na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado [...]”.

Pode-se dizer que a dignidade está entrelaçada em diversas áreas do espaço social e é tomada como referência por elas, da forma como ilustra Sarlet (2012, p. 92-93) ao mencionar que a dignidade tem uma função normativa, porém não jurídica, ao ser usada como parâmetro sociocultural no processo decisório político jurídico em que se afirma, por exemplo, que toda violação da dignidade é injusta. Ou quando é tomada como um conceito referencial sobre o que cada um entende o que é e sua forma de promoção e/ou proteção, mesmo que seja entre particulares.

A dignidade, portanto, possui duas naturezas: a primeira, como fonte dos direitos fundamentais (e direitos humanos também); e a segunda, como conteúdo desses direitos. As duas funções são compatíveis entre si, sendo que os tribunais brasileiros, cada vez mais, utilizam-se da dignidade da pessoa humana como critério hermenêutico, isto é, como fundamento para a solução de controvérsias, nas mais diversas áreas jurídicas. No entanto, afirma Sarlet (2012, p. 96), os julgadores desvalorizam e fragilizam a aplicação do princípio da dignidade humana quando não demonstram a noção subjacente utilizada, bem como não indicam qual conduta é ou não considerada ofensiva à dignidade.

Os Direitos e Garantias Fundamentais⁶¹ estão expressos na Constituição, no Título II e abrangem o Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), o Capítulo II (Dos Direitos Sociais), o Capítulo III (Da Nacionalidade), o Capítulo IV (Dos Direitos Políticos) e o Capítulo V (Dos Partidos Políticos). Em que pese algumas críticas a respeito de serem ou não os direitos sociais considerados como direitos fundamentais, a autora desta tese acompanha o entendimento majoritário da obra brasileira de que todos os capítulos do Título II são direitos fundamentais e, ainda, outros previstos ao longo do texto constitucional, matérias de Direitos Humanos expressas em tratados internacionais e direitos fundamentais implícitos subentendidos naqueles manifestadamente positivados. E esse posicionamento, explica Sarlet (2010, p. 17):

[...] não significa necessariamente um tratamento jurídico equivalente de todos os direitos fundamentais (especialmente no que concerne à sua proteção, eficácia e efetividade) [...] o que não equivale a dizer que o regime jurídico dos direitos fundamentais não seja substancialmente o mesmo.

Ademais, os direitos fundamentais formam, em nosso ordenamento jurídico-constitucional, um grupo de posições jurídicas complexas e heterogêneas e, em função de sua multifuncionalidade, são reconhecidos através de sua (a) dimensão negativa como direito de defesa e (b) positiva, como direito à prestação. Esse último (b) divide-se, ainda, em dois subgrupos: (b1) o dos direitos a prestações em sentido amplo (englobando os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento) e (b2) o dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais). Essa classificação está alicerçada na posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular de direitos fundamentais⁶², a partir da defesa contra interferências inapropriadas, ou a exigência de atuação positiva do Estado e da sociedade.

Os direitos sociais, por sua vez, também são constituídos das dimensões negativas e positivas⁶³ e sujeitam-se à lógica do art. 5º, §1º, da Constituição, no que diz respeito à sua eficácia e efetividade, no sentido explícito por Sarlet (2010a, p. 384-385):

⁶¹ A Constituição ainda distingue, de forma expressa, o que são os direitos humanos (posições jurídicas de qualquer pessoa humana, reconhecidas e tuteladas pelo direito positivo internacional) e os direitos fundamentais (positivados expressa ou implicitamente no âmbito do direito constitucional). (SARLET, 2010, p. 17).

⁶² Esse critério foi desenvolvido principalmente por Jellinek, aperfeiçoado por Robert Alexy e inserido por Gomes Canotilho e Vieira de Andrade no direito constitucional português, bem como para o direito constitucional brasileiro por Ingo Sarlet, dentre outros e pode ser consultado na obra desses autores para um aprofundamento no assunto.

⁶³ Alguns doutrinadores brasileiros, como Flávio Galdino, adotam a tese de Stephen Holmes e Cass Sunstein de que todos os direitos são positivos com dimensões negativas (**The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton, 1999). Clémerson Clève diz que é possível falar em direitos fundamentais que

[...] todas as normas de direitos fundamentais se devem outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo de otimização pautado pelo conjunto de princípios fundamentais e à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras, também as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser consideradas dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade, o que não significa (e nem o poderia) que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais.

O artigo 6º da Constituição estabelece como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o **trabalho**, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Em seguida, no artigo 7º, é elencada uma série de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, que visam à melhoria de sua condição social, além de outros ali não estabelecidos. Dessa forma, não só os direitos sociais expressos na Constituição, bem como os direitos dos trabalhadores previstos nos tratados internacionais que tiveram a adesão do Brasil, nas legislações infraconstitucionais e os implícitos nas normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, são considerados direitos fundamentais, sob a ótica constitucional.

Os direitos dos trabalhadores são reconhecidos por Sarlet (2014, p. 18-21) como espécie do gênero de direitos fundamentais no âmbito do sistema constitucional brasileiro. E tanto os direitos sociais através dos direitos dos trabalhadores, como direitos fundamentais, reclamam uma leitura constitucional adequada, no que diz respeito à sua fundamentação, conteúdo e alcance. A Constituição serve de referencial como fundamento e critério interpretativo, tanto na aderência a determinadas concepções de Justiça, quanto no que diz respeito a determinada ordem de valores expressos, especialmente ao que diz respeito aos princípios e aos direitos fundamentais.

A construção doutrinária estabelece a necessidade de garantir um *mínimo existencial* para o reconhecimento da dignidade da pessoa, seja ele originado do direito básico de liberdade (existente antes da Constituição), ou como direito fundamental, decorrente do Estado Social (entre eles, a proteção à vida, à dignidade da pessoa e a vários direitos fundamentais sociais). Sua primeira e importante manifestação dogmática foi na Alemanha, no início da década de 1950. Além de autores, primeiro o Tribunal Administrativo Federal e depois também o Tribunal Constitucional Federal, reconheceram o direito fundamental às condições mínimas necessárias para uma existência digna. E dentro de suas peculiaridades, o

apresentem o caráter “prevalentemente” negativo ou positivo (Sobre os direitos do homem. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional:** (e de teoria do direito). São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 121-7). Essas críticas não são desenvolvidas para evitar mudanças de direção na pesquisa, até porque o entendimento da autora da tese é de que a classificação apresentada é perfeitamente aceitável.

direito anglo-saxão e o direito americano também estabeleceram suas bases para o reconhecimento do mínimo existencial. (SARLET, 2006, p. 563-564).

Em nosso país, no âmbito constitucional, Sarlet (2006, p. 568-569) faz referência ao fato de haver o reconhecimento do mínimo existencial, mas que ele não se confunde com o que é chamado de mínimo vital, já que esse último garante a vida, mas sem, necessariamente, garantir a sobrevivência em condições dignas. O conteúdo do mínimo existencial corresponde, então, ao conjunto de garantias materiais para uma vida condigna. No geral, assim como acontece com os direitos fundamentais sociais e a dignidade da pessoa, o mínimo existencial relaciona-se a um diversificado complexo de posições jurídico-subjetivas negativas (defensivas) e positivas (prestacionais), explícitas ou implícitas. Quando são objeto de análise, devem receber um olhar atento, principalmente quando está em pauta a promoção e a proteção do mínimo existencial por parte e contra o Estado e a sociedade. Isso porque se deve pautar pelos valores que são considerados relevantes naquela época e, ainda, considerar a organização política e econômica do Estado.

Esclarece-se, por oportuno, que a autora desta tese apresenta, de forma abreviada, os fundamentos que podem ser usados como argumentos para justificar as decisões prolatadas pelos desembargadores em seus julgamentos, deixando de lado as controvérsias sobre serem os direitos sociais considerados como direitos fundamentais, sobre a eficácia e aplicabilidade imediata desses mesmos direitos, em especial quando se trata de sua dimensão positiva, porque a intenção é apenas delinear os conceitos normativos jurídico-constitucionais dos direitos dos trabalhadores brasileiros, reconhecidos pela maioria dos autores para fins de análise dos acórdãos.

No próximo tópico, abordar-se-á a vinculação dos direitos fundamentais entre particulares e a sua influência na responsabilidade civil.

2.5.2 Os direitos fundamentais e o direito privado

O Direito, em sua forma tradicional, é dividido em duas grandes áreas: o Direito Público e o Direito Privado, com a justificativa de organização sistemática e facilidade prática. De uma forma simplista, pode-se dizer que o Direito Público reúne as disciplinas que regem as relações em que o Estado⁶⁴ é parte, enquanto no Direito Privado, agregam-se as disciplinas que regem, exclusivamente, as relações entre os particulares.

⁶⁴ Com exceção do art. 173 da Constituição, em que o Estado pratica atividades econômicas e é regido pelo Direito Privado.

O Direito Privado, que inclui o Direito Civil e o Direito do Trabalho⁶⁵⁶⁶, pressupõe um espaço de não intervenção do Estado e que, conforme explicam Fachin e Ruzyk (2010, p. 98), são deveres de omissão por parte do Estado, também chamados de liberdade negativa: “É do exame dessas liberdades que se revela a constituição da clivagem público e privado, uma vez que é precisamente na constituição dos direitos subjetivos que estabelecerão os limites de atuação do Estado.”

Assegurar a liberdade individual e o espaço de não intervenção estatal decorrem da queda da monarquia absolutista inglesa, no século XVII, e a instituição da monarquia constitucional. Naquela época, a burguesia liberal defendia a limitação do poder Estatal apenas aos assuntos relacionados à administração pública e à defesa da ordem social, e a garantia de liberdades individuais para dispor das propriedades e atuar nos mercados. A estrutura absolutista de poder era vista como um obstáculo para o livre desenvolvimento e acumulação do capital devendo, portanto, ser substituída por uma estrutura de poder que melhor correspondesse às relações sociais e econômicas capitalistas que haviam se tornado preponderantes na Inglaterra a partir daí. Fachin e Ruzyk (2010, p. 100) explicam que John Locke, nessa época, “identifica como elemento central da especialidade privada a noção de propriedade, sendo um dos pensamentos fundantes do patrimonialismo característico do Direito Civil de matriz Liberal.”

A propriedade é um conceito que abrange a vida, a liberdade e os bens; no entanto, a propriedade de bens tem maior importância para John Locke, que a considera uma extensão da personalidade do sujeito. Tudo aquilo que o homem constrói ou retira da natureza por meio do seu trabalho (que também é de sua propriedade, já que ele é proprietário do seu corpo) integra a sua propriedade. Todos os sujeitos são considerados proprietários, porque quem não é proprietário de bens é proprietário de sua força de trabalho (vendida por ele e apropriada por quem a adquire). A venda da força de trabalho tem como contraprestação a moeda, que

⁶⁵ Existe uma discussão a respeito da natureza do Direito do Trabalho ser Público, Privado, Misto ou Social. Considerando que o Direito do Trabalho regula o interesse entre e de particulares, a autora da tese adota o entendimento de que é um Direito Privado, nos termos de Nascimento (2011, p. 65): “Os pilares do direito do trabalho são, no direito coletivo, a liberdade sindical e a negociação coletiva, e, no direito individual, o contrato de trabalho como contrato *sui generis*, o que é suficiente para demonstrar a sua natureza privada.”

⁶⁶ Não se pode esquecer que a regulamentação do trabalho através do Direito do Trabalho (dentro de um contexto econômico e político a partir da Revolução Industrial) foi originada/retirada do âmbito do Direito Civil onde era tratada como uma “locação de serviços”. O Direito Civil presumia que as relações de trabalho eram equilibradas e se formavam através da autonomia de vontade das partes, desconsiderando completamente a realidade da época. O Direito do Trabalho, por sua vez, reconhece que, por causa da dependência econômica e da subordinação ao empregador, o empregado encontra-se em uma situação de inferioridade. Para que as relações contratuais laborais sejam equilibradas entre as partes, garante-se o princípio da proteção jurídica do empregado. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 83-139).

assegura a acumulação de capital. E é justamente nesse espaço de acumulação privada, exercido supostamente por iguais, que passa a ser considerado um lugar privilegiado de exercício da liberdade individual limitando a atuação do Estado (que tem o dever de assegurar essa liberdade). Entre os século XIX e parte do século XX, a dignidade da pessoa humana não é considerada como valor predominante, em função do patrimonialismo do espaço privado (FACHIN; RUZYK, 2010, p. 100-101).

Em nosso país, as transformações histórico-culturais do século XX culminaram com a promulgação da Constituição, protegendo as garantias fundamentais, os direitos humanos, a ordem econômica vigente e a liberdade. A dignidade da pessoa passa a ser considerada o valor mais intenso, o princípio que é considerado fonte dos direitos fundamentais (e direitos humanos também), e como conteúdo desses direitos, é o fundamento de todo o ordenamento jurídico. E, sendo o Direito Privado parte desse todo, a dignidade da pessoa também é um valor a ser protegido naquela esfera. A dignidade humana, de acordo com Nipperdey (2011, p. 52), realiza-se no ordenamento jurídico:

[...] quando ela assegura à pessoa uma esfera, na qual ela pode atuar como ser independente e moralmente autorresponsável, na qual ela nem é submetida a pretensão de poder de uma outra pessoa, nem é transformada em mero meio de uma finalidade comunitária, mas é pessoa autorresponsável livre.

O artigo 5º da Constituição determina que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, além de serem elencadas várias outras situações que são protegidas - como a livre manifestação de pensamento, a inviolabilidade do sigilo da correspondência, a residência, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, entre tantos direitos fundamentais que são imperativos no Direito Privado. Dessa forma, o indivíduo está vinculado à comunidade, mas sem tocar em seu valor próprio. O Estado de Direito Social é o resultado da vinculação do particular à comunidade e que tem como resultado imediato, de acordo com Nipperdey (2011, p. 54), “limites imediatos à liberdade individual”.

O particular, argumenta Nipperdey (2011, p. 54-58), especialmente o economicamente mais forte, não deve se aproveitar de sua condição para infringir interesses gerais justificados. Os direitos fundamentais interferem na esfera privada de diversas formas: primeiro, garantem ao particular um espaço livre do Estado; segundo, o Estado intervém/protege institutos como casamento, livre comércio, direito à propriedade e à

herança. Nesses casos, os particulares têm limitações porque não podem contrariar as garantias daqueles institutos e qualquer outro protegido constitucionalmente. O direito à indenização previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição é um exemplo típico de proteção que não pode ser violada pelo particular.

E, em terceiro lugar, alguns direitos fundamentais abrangem todo o ordenamento jurídico e, por tal motivo, tem aplicação imediata aos particulares. São direitos fundamentais que se dirigem ao Estado, mas, em função de seus efeitos plenos, Nipperdey (2011, p. 59) diz tratar-se do “efeito normativo imediato de determinações de direitos fundamentais particulares em sua qualidade de direito constitucional objetivo, vinculativo que anulou, modificou, complementou ou criou de novo determinações de direito privado”.

Nessa direção, Facchini Neto (2010, p. 56-58) evidencia que a chamada constitucionalização do Direito Privado manifesta-se por dois caminhos: (a) pela influência das normas constitucionais, via concretização legislativa e/ou judicial sobre as normas de Direito Privado e as relações entre particulares; e (b) por meio de institutos originalmente de Direito Privado previstos na Constituição que irão influenciar tal Direito. Adotando a tese de que a eficácia dos direitos fundamentais é imediata entre particulares, ou seja, é uma eficácia direta *prima facie*, registra-se que, apesar da influência da obra estrangeira⁶⁷, é necessário considerar as condições peculiares do nosso contexto sociojurídico, nos termos do que esclarece Sarlet (2007, p. 132-133):

[...] somente as circunstâncias de cada caso concreto, as peculiaridades de cada direito fundamental e do seu âmbito de proteção, as disposições legais vigentes e a observância dos métodos de interpretação e solução de conflitos entre direitos fundamentais (como é o caso da proporcionalidade e da concordância prática) podem assegurar uma solução constitucionalmente adequada [...].

A promulgação da Constituição inaugura uma nova perspectiva de proteção às garantias fundamentais, de forma que a dignidade da pessoa passa a ser considerada o valor mais importante e fundamento de todo o ordenamento jurídico. A partir daí, observa-se que o discurso constitucional passa a priorizar os fenômenos jurídicos relacionados às questões existenciais em detrimento das relações patrimoniais e a norma civilista tem que se adaptar a

⁶⁷ A influência da doutrina estrangeira sobre a construção dos direitos fundamentais brasileiros pode ser consultada em: SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007. p.111-144. E em FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37-75.

esse novo olhar. A constitucionalização do Direito Civil deve ser entendida mais como uma questão valorativa do que, propriamente, uma questão de hierarquia, em que a Constituição é norma superior. O significado mais profundo da constitucionalização do Direito Civil, de acordo com Moraes (2010, p. 112), é reconhecer que os valores expressos pelo legislador constituinte devem *informar* o sistema jurídico como um todo. E referidos valores originam-se da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético e da noção de justiça inseridos na sociedade.

A observância dos valores conformadores da Constituição, por óbvio, deve ser aplicada ao instituto da responsabilidade civil, de forma que a proteção da pessoa humana expandiu, consideravelmente, os elementos possíveis para caracterizar prejuízos admissíveis de serem ressarcidos. De acordo com esse entendimento, e por meio das análises realizadas, a responsabilidade civil pela perda de uma chance, em que pese não existir previsão legal no CCb, é reconhecida pelo nosso sistema jurídico.

A partir do que foi apresentado, a autora desta tese assume a posição de que as normas de direitos fundamentais produzem efeito imediato na relação entre os particulares, ou seja, entre cidadão-cidadão. Os direitos sociais do trabalho, em especial, foram idealizados para intervir sobre a relação entre os particulares, para dar equilíbrio ao contrato laboral e, portanto, não sofrem resistência a essa vinculação. Dessa forma, quando o tribunal se deparar com um caso de afronta a um direito fundamental social atribuído a um particular (no caso dessa tese é o empregador), ele deverá analisar o que é mais importante proteger: a liberdade do empregador no que diz respeito à livre iniciativa, o seu poder diretivo naquilo que está sendo questionado judicialmente ou os direitos fundamentais do trabalhador, suposta vítima de seu ato. Como ocorre a aplicação no caso concreto, e em que medida, é uma questão de interpretação e organização dos direitos fundamentais envolvidos, de tal forma que se considere a ligação temporal da Constituição com os contextos político e social que lhe dão suporte.

2.5.3 O reconhecimento da violação aos direitos fundamentais do cidadão-trabalhador

O Direito do Trabalho não trata do “direito dos trabalhadores”, mas de uma ordem jurídica que se refere às relações de trabalho, ao sistema de produção capitalista e que estabelece regras para as duas partes. Os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa estão previstos como fundamentos do Estado Democrático de Direito no inciso IV, do artigo 1º da

Constituição, e, de acordo com Sarlet (2014, p. 21), “[...] com a mesma relevância e hierarquia axiológica, evidenciando um compromisso com a simetria entre o capital e o trabalho, [...] espancando qualquer leitura parcial e sectária.” Nesse sentido, Coutinho (2010, p. 167) reflete: “Não há que se pensar, portanto, em favor, ou proteção do mais débil, mas em reconhecimento de direitos fundamentais do cidadão-trabalhador, fortalecido em um Estado Democrático de Direito.”

O Direito do Trabalho é mais amplo do que apenas ser considerado um estatuto jurídico de direitos fundamentais do trabalhador, defende Nascimento (2011, p. 61-63). Argumenta, ainda, que o que justifica essa ideia é a *proteção ao trabalhador* concebida no início da sociedade industrial. O desnivelamento do empregado diante do empregador ocorreu pela criação da teoria da subordinação, que é o reconhecimento da posição desigual de uma das partes do contrato de trabalho. Soma-se a isso, o fracasso da ordem social importunada pelo desequilíbrio social dos operários e dos donos de fábrica da época. A partir daí, questiona-se qual é a forma de conceder essa proteção.

A principal conclusão a que se chegou foi a de que o trabalhador deve ter uma proteção real pautada pela equidade, e que a imparcialidade é imperativa para o juiz realizar a justiça. Além disso, o meio de proteger o trabalhador é dividido em concepções que se transformaram em princípios do Direito do Trabalho, consoante aponta Nascimento (2011, p. 61-63):

- a) o conteúdo do contrato de trabalho deve ser *legal-contratual*: o desnível de poder entre os contratantes tem como consequência a necessidade de um sistema de leis que limite a autodeterminação do empregador;
- b) necessidade de *limitação do poder do empregador*: destinada a beneficiar quem está em situação de inferioridade, através de apoio jurídico;
- c) organização de um sistema de *leis especiais não dispositivas* suficiente para atender as exigências sociais: intervenção do Estado para introduzir a liberdade contratual limitada, como forma de estabelecer, via judicial, o equilíbrio entre as partes do contrato laboral;
- d) *liberdade sindical*: passagem dos postulados individuais a unificados e com mais força, para possibilitar maiores conquistas aos trabalhadores;
- e) defesa da *dignidade do ser humano que trabalha*: como membro da sociedade, o trabalhador tem todos os direitos conferidos pela lei aos demais cidadãos e que deve ser respeitada no seu ambiente de trabalho;

- f) *não discriminação*: para assegurar ao trabalhador oportunidades iguais aos demais membros da sociedade, de acordo com suas possibilidades;
- g) *cooperação*: para evitar que o direito do trabalho obstaculize o desenvolvimento econômico, do qual depende a abertura dos postos de trabalho e ative as relações de trabalho.

A autora desta tese entende que todas as concepções apresentadas por Nascimento estão entabuladas, de forma explícita ou implícita, na Constituição e, também por esse motivo, o Direito do Trabalho deve ser reconhecido como um estatuto jurídico de direitos fundamentais que estabelece regras para todos os envolvidos nas relações laborais. Assim sendo, as partes do contrato de trabalho individual estão vinculadas aos direitos fundamentais, com o objetivo de proteção aos seus direitos, que devem ser defendidos tanto pelo legislador como pelo juiz.

O Direito Civil, por sua vez, por fazer parte integrante do sistema jurídico, também sofre influência dos preceitos constitucionais. Mas o Estado somente intervirá de forma protetiva, nos casos de turbação dos direitos fundamentais. Intervém, também, quando os interesses de minorias ou determinados grupos sociais, como as mulheres, forem descuidados, destaca Singer (2007, p. 354-356). A autonomia privada dos empregadores limita-se dentro dos parâmetros de não violar os direitos fundamentais dos empregados.

Destaca-se, também, a indissociabilidade entre a personalidade e o trabalhador, a partir de Gediél (2010, p. 146), que representa as “condições existenciais necessárias ao desenvolvimento, físico, psíquico e social do sujeito e pode assumir significado próprio para a doutrina dos direitos de personalidade.” Considerar como fundamentos da República os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, da Constituição) coloca em condição superior de direitos fundamentais os direitos de personalidade e os direitos sociais dos trabalhadores, conforme afirma Gediél (2010, p. 148); e estabelece a indissociabilidade das “dimensões do humano vivendo em sociedade: o cidadão livre do espaço público e o trabalhador juridicamente subordinado no espaço privado.”

Nas relações contratuais de trabalho, Gediél (2010, p. 171) esclarece que a proteção “ganhará sentido ao ser traduzida na observância e efetivação dos direitos que todos possuem [...]”. Exemplifica com o trabalho em local insalubre que, não só é juridicamente relevante como um adicional legal, mas também como um possível dano à saúde. Da mesma forma, a perda de uma chance na relação trabalhista não trata apenas do poder diretivo do empregador de admitir ou demitir, ou da violação da boa-fé nos contratos de trabalho, mas também porque

as expectativas ou direitos não podem ser frustrados ou violados discricionariamente, o que acarreta a violação a um direito social.

O Direito do Trabalho protege a verdadeira essência do homem ao regulamentar a prestação de serviços de uma pessoa a outra através da Consolidação das Leis do Trabalho (doravante CLT) e, assim, nas palavras de Delgado e Delgado (2014, p. 213) “[...] *permite a existência formalizada da condição de dignidade no trabalho* [...]”. Esclarecem que muito se utiliza, de forma inapropriada, do termo *direito ao trabalho* como um elogio às estratégias político-sociais de fomento a postos de trabalho, mesmo que sejam precários; e, ainda, esse entendimento é ampliado para abranger a execução por pessoas naturais, de trabalho subservientes ou similares de prestação de serviço. Além disso, destacam Delgado e Delgado (2014, p. 214, grifos dos autores): “[...] na ordem jurídica do Estado Democrático de Direito não se concebe o trabalho como *sujeição*, porém como *direito*, isto é, *vantagem protegida juridicamente*.”

É indiscutível que nas relações de trabalho sempre existirá uma pessoa humana. E essa pessoa humana, destaca Gediél (2010, p. 170), está “impregnada e carregada de direitos fundamentais que desvelam e afloram sua dignidade; daí porquanto a objetivação do trabalho, em parte, oculta o sujeito titular de direitos que deve ser (re)focado.” Dessa forma, o entendimento de que o Direito do Trabalho protege a verdadeira essência do homem, conjugado com a responsabilidade civil contemporânea que, cada vez mais, aproxima-se da reparação de um dano prestando atenção na vítima, e se afastando da penalização do indivíduo, justifica a consideração do dano moral pela perda de uma chance caracterizar-se como uma violação da dignidade da pessoa humana a uma espécie de direito fundamental, em razão da lesão ao princípio da solidariedade social, implicando o dever de respeito ao outro como eu gostaria que ele me respeitasse. Essa mudança de foco da responsabilização do ofensor para o ressarcimento à vítima é uma releitura do Direito Civil, explicado por Moraes (2006, p. 250):

Ela traduz a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade, compatível com a ideologia do *Code Napoléon* e do Código Civil de 1916, para o chamado modelo solidarista, baseado na Constituição da República, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado: questiona-se se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado. Trata-se, assim, de vincular diretamente a responsabilidade civil aos princípios constitucionais da dignidade, da igualdade e da solidariedade.

A responsabilidade civil e a obrigação de indenizar os danos morais pela perda de uma chance deve se orientar a partir do reconhecimento de que um direito fundamental foi violado. Além disso, devemos observar se as decisões estão pautadas pela ordem jurídica brasileira que pretendem a realização do Estado Democrático relacionando o Direito Privado às normas constitucionais positivadas e aos princípios delas inferidos, além de tratados internacionais de direitos humanos devidamente recepcionados pela norma constitucional e que efetivamente representem os valores fundamentais de uma comunidade. Somente nessa condição é que as decisões se tornarão efetivamente justificadas e não poderão ser consideradas arbitrárias.

A possibilidade de ser feita uma interpretação à cláusula geral de responsabilidade civil, em consonância com os efetivos e atuais valores de uma sociedade, propicia a compreensão do sentido através das técnicas argumentativas da Nova Retórica, que são desenvolvidas no Capítulo seguinte. No Capítulo 3, desenvolvem-se as premissas das argumentações que representam os acordos próprios de cada discussão, os tipos de argumentos reconhecidos por Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca e a utilização da argumentação para decidir um caso em que se buscam a equidade e a aproximação da justiça, por meio da Nova Retórica, como método de interpretação jurídica, e a Hermenêutica Filosófica, como forma de observação dessas interpretações.

3 NOVA RETÓRICA, HERMENÊUTICA JURÍDICA E PRAGMÁTICA: INTERFACES TEÓRICAS

Este capítulo abarca as questões teóricas da Nova Retórica e da Hermenêutica Jurídica, com o objetivo de apresentar o aporte teórico utilizado na análise dos acórdãos. Apresentam-se, ainda, o surgimento e a evolução sobre o ato de argumentar, seu entendimento e a superação, contudo sem exclusão dos argumentos lógicos que existem, simultaneamente, com a Nova Retórica.

O subcapítulo 3.1 trata do ato de argumentar, a partir das primeiras teorias da argumentação até chegar na Nova Retórica. Essa gênese faz-se importante porque a argumentação utilizada nesta tese sofre grande influência das construções apresentadas por Aristóteles. A seção 3.1.1 até a subseção 3.1.1.3 tratam da fundamentação racional das decisões judiciais, com um olhar voltado para a Nova Retórica. Apresentam-se as premissas da argumentação aceitas como o ponto de partida dos raciocínios e que pressupõem um acordo do auditório, além de contextualizar o auditório particular e seus acordos no caso do dano moral pela perda de uma chance.

No subcapítulo 3.2, apresenta-se um conjunto de elementos reconhecidos por todos os indivíduos de determinado auditório e que nele podem influenciar. O ordenamento jurídico em que uma decisão está inserida corresponde a um sistema de referências em que os argumentos podem ser testados. As seções 3.2.1 e 3.2.2 são reservadas para o desenvolvimento das premissas da argumentação, por meio da seleção, presença e interpretação e, ainda, a apresentação dos dados, a forma do discurso, as figuras retóricas, os objetos dos acordos e os lugares específicos do Direito.

O subcapítulo 3.3 trata dos tipos de argumentos recepcionados pela Nova Retórica, a partir da obra de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação: a nova retórica* ([1988] 2005). Seu corpo está dividido em subseções dedicadas aos argumentos quase lógicos, aos argumentos baseados na estrutura do real e às ligações que fundamentam a estrutura do real. Discutem-se as críticas feitas por outros autores, considerando a divisão dos tipos de argumentos e do conceito de auditório universal. Trata da relativização do Direito para se aproximar do ideal de justiça concreta na teoria de Perelman e Olbrechts-Tyteca, e que tem, como consequência, a insegurança jurídica do sistema.

O subcapítulo 3.4 aborda a dissociação das noções, as quais negam a existência das relações de ligação e sua diferença com a ruptura de ligação. Apresentam-se, também, as novas noções que surgem da dissociação, seus efeitos e sua relação com a incompatibilidade

de argumentos. Muito relevante na seção é a desqualificação do discurso, a partir da dissociação e as formas de como evitá-la.

A complexidade e a constante interação entre os argumentos, a força dos argumentos, sua relação com a eficácia e a validade são tratadas no subcapítulo 3.5. Aborda-se, ainda, a questão da importância da ordem dos argumentos e os critérios para a sua escolha.

O tratamento dado à hermenêutica geral e seu desenvolvimento até a Hermenêutica Filosófica de Gadamer, dissertando a respeito dos seus vários níveis de reflexão e das mudanças de perspectivas que propugnam pela passagem da interpretação a partir de um objeto para a interpretação como sendo um acontecimento, é tratado no subcapítulo 3.6. A verossimilhança passa a ser considerada uma forma de verdade, deixando de ser absoluta quando se tratam de questões metodológicas.

Nesse percurso, a interpretação deixa de ser vista como um modo de conhecer para ser entendida como um modo de ser do ser humano, sendo a linguagem sua forma de realização. A linguagem faz o ser do mundo aparecer e se faz entender. O círculo hermenêutico, como modo de compreender o todo de um texto, a partir de suas partes e suas partes a partir do todo, é considerada uma regra da compreensão hermenêutica contemporânea, em que se exprime a *estrutura-prévia* existencial própria da presença, ao incorporar a possibilidade positiva de o conhecimento mais originário ser apreendido de forma autêntica.

Esse pensamento reflete, diretamente, na interpretação jurídica que passa a desempenhar um papel fundamental para a concretização de direitos. À luz da hermenêutica gadameriana, a interpretação da norma se faz com base em uma pré-compreensão que se relaciona com o todo de um texto e se exterioriza quando as partes que se definem a partir do todo também definem o próprio todo. Perelman não descarta que o raciocínio jurídico é feito através da subsunção lógica, em que o caso concreto é contextualizado na norma geral, mais ampla; contudo, apresenta uma nova ótica por meio dos raciocínios dialéticos, quando se parte de premissas geralmente aceitas pelo auditório que se quer atingir. Sustenta-se, ainda, a interligação entre a hermenêutica gadameriana e a teoria da argumentação jurídica e a não relatividade desta última, em que pese sua negativa por alguns autores. Reconhece-se a dificuldade em mudar o paradigma interpretativo no sistema jurídico brasileiro, porque, para sua efetivação, o Direito deve ser considerado linguagem, mas a obra jurídica e a prática jurídica ainda trabalham na lógica da apropriação do conhecimento para tentar encontrar a verdade absoluta.

Tomando-se como base os pressupostos de Marcelo Dascal ([1999] 2006), identificam-se os significados principais utilizados para a palavra “interpretação” e o seu alcance no discurso jurídico. Em seguida, trata-se, especificamente, da interpretação jurídica, partindo das concepções e seus diferentes métodos, de Luiz Alberto Warat (1984, 1994, 2002), de forma a adotar, como principal método jurídico de interpretação, a Nova Retórica. Aborda-se a compreensão da lei em função da linguagem que, aparentemente, é precisa, mas que, quando aplicada ao caso concreto, identificam-se vaguezas e ambiguidades que afetam a interpretação.

Nesta tese, pesquisamos essa aplicação nos acórdãos do TRT4, considerados discursos a serem interpretados. Os julgadores devem se ater ao ordenamento jurídico como qualquer outro membro da sociedade, uma vez que ele representa a construção de seus ideais, mas com o dever de proteger os valores fundamentais da convivência entre os seres humanos e evitar decisões arbitrárias. O fio condutor da legislação do Brasil, ou seja, a base da concepção valorativa da comunidade jurídica, é a Constituição Federal e os princípios por ela adotados.

Por fim, no subcapítulo 3.7, desenvolve-se a tarefa pragmática na hermenêutica jurídica, utilizando como referencial teórico a obra de Marcelo Dascal, *Interpretação e compreensão* ([1999] 2006). A linguagem, em seu contexto de uso no âmbito jurídico, consiste no preenchimento de lacunas para fazer a leitura adequada do texto e alcançar a justiça no caso concreto. As lacunas a serem preenchidas são de natureza axiológica, já que, quando se tratam de lacunas técnicas, o ordenamento jurídico já estabeleceu a forma de saná-las. Essas lacunas axiológicas serão satisfeitas, com o objetivo de se chegar a um resultado justo, através de um julgamento prudente que encontrará na verossimilhança uma forma de verdade e será justificada de forma argumentativa para ser considerada racional.

3.1 O PERCURSO HISTÓRICO E A REABILITAÇÃO DA NOVA RETÓRICA DE PERELMAN

As primeiras teorias da argumentação, explica Breton (2001, p. 19), surgiram em torno de 450-440 a.C. e não tardaram a se chamar de a arte da retórica (*techné rhétoriké*), passando por quatro grandes períodos: (a) o *período fundador*, quando surgem os primeiros manuais de retórica e do ensino dos logógrafos que preparavam as exposições para os queixosos e acusados (abrange cem anos, desde meados do século V a meados do século VI a.C.); (b) o *período da maturidade*, que marca o apogeu aristotélico, em que Aristóteles

rompe com a herança dos “tecnólogos” do período precedente e inspira a cultura da argumentação que se desenvolveu no quadro da República e dos primeiros tempos do Império e marca, no plano teórico, seu desenvolvimento até os dias de hoje; (c) o *período do declínio* da teoria argumentativa no seio da retórica, que se entende desde finais do Império Romano até meados do século XX, no qual a retórica se torna uma teoria das figuras de estilo e a parte argumentativa reduz-se, progressivamente, por efeito do êxito crescente das ciências exatas e experimentais e de uma certa filosofia de evidência e, por fim, (d) o *período da renovação*, com o aparecimento de uma nova retórica, a partir dos escritos do belga Chaïm Perelman e da investigação sobre argumentação de Toulmin, que se desenvolveram tendo como referência o Direito.

A retórica, com base nos autores clássicos e outros contemporâneos, deve ser entendida como uma técnica para persuadir e convencer, e não como um discurso vazio⁶⁸ de conteúdo como, equivocadamente, alguns expressam. A retórica tem relação com a práxis, acrescenta Gadamer ([1986] 2002, p. 272-273), porque “ela não é evidentemente uma mera teoria das formas de falar e dos recursos de persuasão. Ela pode, antes, progredir de uma capacidade natural para uma destreza prática.” Ela teve grande importância na Grécia e Roma antiga, destaca Plantin (2008, p. 19-20), todavia perdeu fôlego quando os direitos políticos foram tolhidos pela queda do regime republicano no Império Romano e deslegitimada por ter sido incapaz de produzir o saber positivo. No entanto, foi resgatada na segunda metade do século XX, através do ressurgimento da comunicação em massa e a reconquista da liberdade política. A retórica encontra-se presente no cotidiano das pessoas, valorizando o interlocutor que, de acordo com Estevão (2010, p. 141), tem a “capacidade para debater, para reagir e para interagir em face de problemas, propostas e teses apresentadas”, o qual relata, ainda, que a retórica é valorizada enfatizando a “persuasão com o emprego da argumentação, da dialética e da oratória.”

Tanto a retórica como a hermenêutica são universais, refere Gadamer ([1986] 2002, p. 277), compenetradas uma com a outra, uma vez que fazem parte da estrutura da linguagem humana. Em suas palavras:

Não haveria oradores nem retórica se o entendimento e o consenso não sustentassem as relações humanas; não haveria nenhuma tarefa hermenêutica se não fosse

⁶⁸ A retórica foi combatida por Platão, que a considerava “o contrário do pensamento justo” e “manipuladora de espíritos”. Já para Aristóteles, era considerada a exposição de argumentos ou de discursos adequados a persuadir ou comover um auditório, de forma a considerar as relações entre o explícito e o implícito, o literal e o figurado, as inferências e o literário privilegiando o peso das proposições e da linguagem que as veicula. (MEYER, 2007, p. 19-24).

rompido o consenso daqueles que “são um diálogo” e não se precisasse buscar o entendimento. A combinação com a retórica, portanto, possibilita dissolver a aparência de que a hermenêutica estaria restrita à tradição estético-humanista, como se a filosofia hermenêutica estivesse às voltas com um mundo do “sentido” contraposto ao mundo do “real”, que está se ampliando na “tradição cultural”.

A revalorização da retórica ocorreu através de Chaïm Perelman, apontado como o fundador da retórica moderna, com o objetivo de estudar o campo da argumentação como o do *provável*, uma vez que se distancia da certeza do cálculo e tenta incorporar adesões às teses apresentadas. Aristóteles posicionou-se a respeito (da retórica), definindo suas regras: a retórica era, principalmente, uma rigorosa técnica⁶⁹ de argumentar, mas que se diferenciava da lógica porque os silogismos aristotélicos (entimemas) são convincentes, mas refutáveis, já que na lógica o silogismo alcança uma demonstração que não se pode refutar. As opiniões (*doxa*) constituem um papel significativo nas premissas do raciocínio retórico, e o orador, para tentar sustentar ou anular uma tese, deve encontrar, pelo pensamento e pela reflexão, o que ela contém de persuasivo. Na retórica, os sentimentos e a razão são inseparáveis, motivo pelo qual os meios (argumentos) que fazem um discurso persuasivo são de ordem afetiva e racional.

Aristóteles apresenta três formas de provas retóricas (ou argumentos): o *ethos*, o *pathos* e o *logos*. Nos ensinamentos de Melo e Santos (2011, p. 18), o *ethos* e o *pathos* referem-se à afetividade, sendo que o *ethos* é o que chama a atenção do auditório, obtendo sua confiança (caráter moral do orador). O *pathos* pretende atingir as emoções e os desejos e pode ser retratado, em um discurso, pelo tom de voz e pela dramaticidade (é a forma como o ouvinte se dispõe). O *logos*, por sua vez, representa o aspecto racional, de justificação (o que discurso demonstra ou parece demonstrar). O interesse de Aristóteles pela retórica também se dá pelo fato de ter como objeto *palavras* e não *coisas*. A retórica se serve de argumentações explícitas na concepção de Aristóteles, e é por esse motivo, destaca Berti ([1989] 2002, p. 167), que ela “representa uma verdadeira forma de racionalidade.”

⁶⁹ Aristóteles considera a “arte” uma forma de racionalidade, entendida no sentido grego do termo e que compreende, inclusive, nosso conceito de “técnica”. A forma de racionalidade da arte é constituída pelo “inventar”, isto é, “pelo estudar de qual modo vem a ser alguma coisa.” A arte se liga, especificamente, ao universal, ou seja, à espécie e à forma, e não ao indivíduo, e descobre um nexos universal entre uma certa causa, isto é, representa um conhecimento universal que denominamos de “conceito”. A arte, como conhecimento universal, contrapõe-se à experiência, que é o conhecimento do individual, mas, ao mesmo tempo, a primeira deve ser acompanhada pela segunda. O *logos* (discurso), que caracteriza a arte, é o conhecimento do porquê, ou seja, o conhecimento científico. Frequentemente, o termo “arte” é, para Aristóteles, sinônimo de “ciência” e coincide, exatamente, com um tipo de ciência chamada de “ciências poiéticas” ou produtivas. (BERTI, [1989] 2002, p. 157-163).

Dois tipos de raciocínios são reconhecidos por Aristóteles: o analítico e o dialético⁷⁰. O analítico diz respeito a aquele de que partem as premissas para encontrar a resposta verdadeira, através de um raciocínio lógico: se A são B, e B são C, então todos os A são C. Dessa forma, Perelman explica que “sendo a verdade uma propriedade das proposições, independente da opinião dos homens, os raciocínios analíticos são demonstrativos e impessoais.”⁷¹ ([1977] 1997, p. 20, tradução nossa). O dialético é aquele representado pelos tópicos, retórica e refutação dos sofistas. O saber, na esteira do que leciona Meyer ([1989] 2003, p. XXIV), poderá ser *contingente*, como as perguntas e respostas dos interlocutores, ou *necessária*, como o saber que será, então, analítico e não mais dialético.

Dar um ponto de partida é estabelecer um princípio, e tal ponto, na análise, é considerado problemático, de forma que Meyer ([1989] 2003, p. XXV, grifos do autor) explica, de uma forma clara e concisa, essa situação:

[...] *supõe-se* uma questão resolvida para poder, precisamente, resolvê-la. Apresenta-se uma hipótese e tiram-se consequências a fim de testá-la, verificá-la. Como esperar chegar a isso? Se o ponto de partida é problemático, toda a cadeia de inferências que dele procedem também o será. É preciso, então, um segundo movimento chamado *síntese*, em que se parte das consequências, estas, porém, consideradas como fatos conhecidos independentemente, donde se deduz a hipótese da análise, a qual faz as vezes agora de conclusão para a inferência. Tomemos um exemplo simples: vejo gotas de água escorrendo pela minha vidraça e concluo daí que é a chuva a cair – *porque* a chuva, quando cai, sempre se espalha em gotículas pelas paredes lisas onde bate. Temos em suma: se A, então B, porque B implica A. A primeira inferência parte de uma observação sensível, dando lugar a uma hipótese que se verifica em seguida, e também instantaneamente, por um movimento inverso. Há gotas de água, portanto chove; pois, se chove, há gotas.

Para fundar a ciência, faz-se necessário explicar como o saber é adquirido. Na concepção de Platão, isso se faz com dois movimentos independentes: o de análise e o de síntese. O primeiro movimento é a *análise*, em que se parte da *suposição* de uma questão resolvida para poder, justamente, resolvê-la. Essa suposição é uma hipótese de onde se tiram as consequências para testá-la. O segundo movimento, que é a *síntese*, parte das consequências que, então, são consideradas os fatos conhecidos e de onde se deduz a hipótese da análise, que serve de conclusão para as inferências que procederam à análise. A independência desses dois movimentos é o que possibilita a validação do processo.

Já para Aristóteles, esses dois movimentos estão interligados e as consequências da análise são tiradas em vista da síntese inversa e, assim, as conclusões permanecem circulares.

⁷⁰ O objetivo deste estudo não é resgatar as explicações da aquisição do saber e suas diferenças entre Platão e Aristóteles. Por esse motivo, levantamos os pontos relevantes do assunto focados no saber aristotélico.

⁷¹ No original: “siendo la verdad una propiedad de las proposiciones, independiente de la opinión de los hombres, los razonamientos analíticos son demostrativos e impersonales.”

O saber (ciência) parte da dialética que representa esse duplo movimento unificante da análise e da síntese em ida e volta integradas. As conclusões são circulares, já que a síntese, fixando-se na análise e em seu resultado hipotético inicial, é igualmente problemática. Não é possível, portanto, fundamentar a análise na síntese, uma vez que ambas não podem se tornar autônomas reciprocamente (ou elas se duplicam ou de adaptam uma à outra). Utilizando esse desdobramento da dialética, Meyer ([1989] 2003, p. XXVI) explica que percebemos não ser possível resolver a questão de como se *chega* ao princípio porque, sob um ponto de vista diferente, ele é o primeiro e o último. Os dois filósofos gregos partem do conhecido para explicar como o saber é adquirido, mas para Platão esse conhecido é absoluto por se tratar de uma demonstração lógica, enquanto para Aristóteles esse conhecido é relativo, porque resgata a contingência, o hipotético, o possível, o provável e a opinião e é chamada de dialética ou retórica⁷².

Em suas obras, Aristóteles faz uma complexa relação entre retórica e dialética, entre retórica e filosofia e entre retórica e política e, ao fim, conclui que a retórica é uma forma de racionalidade particularmente diferente da ciência, mas também estruturada por argumentações, principalmente dialéticas, e que isso lhe confere um caráter *técnico* exato e permite, ainda, aproximar-se da verdade. A retórica tem a mesma força inferencial que a lógica; contudo, a primeira argumenta em favor do verossímil, de forma que a segunda, argumenta em favor da verdade. A dedução lógica e a argumentação seguem processos inversos, de acordo com Beuchot: “A dedução é independente e se ramifica segundo sua força inferencial sobre todas suas conclusões. Por outro lado, a argumentação é ascendente: parte de uma proposição cuja aceitabilidade está cada vez mais segura.”⁷³ (1998, p. 51, tradução nossa). O amor pela argumentação demonstrado por Aristóteles significa, segundo Berti ([1989] 2002, p. 323-324),

amor pela explicação, isto é, por dar razão, por justificar, por motivar; significa, portanto, investigação de um “porquê”, por isso interrogação, problematidade, alcance crítico, ou seja, em tudo o contrário do dogmatismo, da imposição, da

⁷² Aristóteles escreve o tratado da retórica e o tratado da dialética, os quais apresentam um estrito paralelismo, justificado pela analogia estrutural feita de forma explícita por Aristóteles ao afirmar que a retórica é “especular” (correspondente, paralela, análoga) à dialética, ou “imagem” dela ou ainda “semelhante” a ela. As duas disciplinas têm a mesma estrutura lógica, ou seja, a mesma forma, o mesmo modo de argumentar, aplicados a situações e a conteúdos diversos. Ambas são apresentadas como métodos, sendo que o caráter técnico da retórica consiste em saber usar bem os meios de persuasão, modos de causar crenças (*pisteis*), enquanto a dialética consiste em saber usar bem as argumentações. (BERTI, [1989] 2002, p. 171-173).

⁷³ No original: “La deducción es descendente y se ramifica según su fuerza inferencial hacia todas sus conclusiones. En cambio, la argumentación es ascendente: parte de una proposición cuya aceptabilidad está cada vez mejor asegurada.”

assertoriedade categórica e sem motivo, do arbítrio, da violência verbal, da intimidação.

Ao escolher o que é moralmente adequado, a retórica torna-se totalmente diferente do discurso vazio a que foi reduzida. Dessa forma, pode-se medir a validade de um discurso não só pelo seu parâmetro matemático moderno, mas, também, por meio da argumentação jurídica que, para muitos, é considerada um pensamento fraco. Ao tratar a retórica não apenas como uma técnica de oratória deslumbrante que apela, unicamente, para o encanto e as emoções, mas, antes, baseada na dialética e articulada com a política⁷⁴, Aristóteles atraiu autores como Perelman e Olbrechts-Tyteca a discutirem a lógica do discurso político ou judiciário recuperando a dimensão comunicativa da linguagem. Em contraponto, Berti ([1992] 1997, p. 290-291) alerta que para Aristóteles os argumentos têm um valor decisivo e não somente verossímil, como defende Perelman. Para o filósofo grego, determinados argumentos, como a refutação, por exemplo, podem ter uma condição de verdadeira demonstração e chegar a resultados rigorosos, enquanto para Perelman os argumentos são rigorosos quanto à forma, mas não quanto ao conteúdo, porque partem dos princípios comuns, das noções comuns e dos lugares comuns, e seu resultado é *plausível* e, portanto, quase lógico. Aristóteles entende que a falta de rigor não ocorre em função da lógica da qual se serve, mas dos objetos aos quais ela se aplica (os bens e as ações humanas), e conclui que não é a dialética, mas, sim, o objeto ao qual se aplica que deve ser atribuída a falta de rigor. Mesmo com essas diferenças, é inegável que a lógica invocada por Perelman⁷⁵ foi elaborada, principalmente, a partir de Aristóteles e praticamente sem mudanças até os dias de hoje.

Quando as opiniões entre os indivíduos são diferentes, elas têm uma distância e, conforme esclarece Meyer (2007, p. 26), a retórica negocia essa distância para chegar a uma resposta que é feita através de um acordo. Em verdade, não se trata da simples argumentação, mas de uma conduta específica que é a argumentativa, pela qual o sujeito faz valer seu ponto de vista específico a partir dessa conduta. Ao escrever o prefácio à edição brasileira da obra de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da Argumentação: a nova retórica*, Fábio Ulhoa Coelho ([1988] 2005, p. XVI) explica a importância do tema apresentado por

⁷⁴ Aristóteles aborda o eu e o outro visto em mim, ou seja, um ser individual e um coletivo. E é nesse ser coletivo que se buscam os acordos para viver em sociedade na *polis*, por isso a relação feita entre retórica e política.

⁷⁵ Na introdução da obra *El império retórico: Retórica y argumentación*, Perelman ([1977] 1997, p. 18) reconhece que seu estudo da reabilitação da retórica é feito com base em Aristóteles: “El renacimiento y reabilitación de la retórica en el pensamiento contemporáneo al cula asistimos hoy, no ha sido posible sino después de un reexamen de las relaciones entre la retórica y la dialéctica, tales como habían sido establecidas por Aristóteles y profundamente modificadas en un sentido desfavorable para la retórica por Petrus Ramus. Es a tal reexamen al que vamos a proceder.”

aqueles autores, destacando a inexistência de interpretações jurídicas 'verdadeiras', mas um saber fundado em premissas, verossímil ou não, contudo nunca verdadeiras ou falsas, e que se ocupam de apresentar meios para sustentar determinada decisão como sendo a mais justa, equitativa, razoável e oportuna.

Com tudo o que foi dito, a tomada de posição nesta pesquisa avança no sentido de que a argumentação, com suporte na Nova Retórica, é técnica o suficiente para ser julgada racional e deve ser considerada, ao lado da lógica, como uma forma de validar o discurso jurídico. Defende-se, ainda, que a argumentação através das palavras e, principalmente, das manifestações/afirmações para a tomada de um posicionamento, estão ligadas entre si e derivam, coerentemente, umas das outras, não sendo autônomas.

3.1.1 A fundamentação racional das decisões judiciais a partir da Nova Retórica

Nesta tese, a leitura e a análise dos argumentos feitas pelos Desembargadores do TRT4 sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance são consideradas racionais sob a ótica da Nova Retórica⁷⁶, desde que demonstrado o caminho percorrido. Por esse motivo, analisa-se a parte da fundamentação das decisões, justamente para verificar o procedimento adotado pelos julgadores para formar seu entendimento sobre o tema.

A Constituição prevê que o magistrado, ao proferir sua decisão, deve fundamentá-la, sob pena de nulidade (art. 93, inciso IX), porque é o corolário da tramitação do processo, respeitando preceitos fundamentais como o princípio do devido processo legal⁷⁷. Essa postura de fundamentar as decisões judiciais traz segurança jurídica para as partes e ética por parte do julgador, sendo considerada por Mendonça (2000, p. 153-154) um imperativo da segurança jurídica: “se, por um lado, o juiz deve ter um grau de autonomia em face da lei, por outro, não pode o magistrado decidir arbitrariamente, pois, dessa forma, se estaria colocando em risco a própria estabilidade institucional do Estado.” A motivação da decisão judicial é o que legitima o trabalho hermenêutico que, através de seu resultado, surtirá efeito sobre a coletividade.

Uma preocupação constante de Chaïm Perelman, de acordo com Freitas (2007, p. 334), é com a “responsabilidade ética dos decisores judiciais e com o raciocínio dialeticamente adequado sobre justiça.” A partir disso, corrobora-se com o entendimento de que a conduta argumentativa é um *procedimento* e que, de acordo com Feltes (2003, p. 260), é

⁷⁶ Perelman ([1977] 1997, p. 24) também denomina a nova retórica de nova dialética.

⁷⁷ Esse princípio é a base de outros que regem a tramitação dos processos, como o contraditório, a ampla defesa, o respeito às formalidades legais.

“um procedimento baseado em atitudes de assentimento ou refutação.” O julgador, ao justificar sua decisão através da fundamentação, realiza uma tarefa eminentemente prática, justamente porque o julgador tem que aplicar a norma a um caso particular e se evidencia, de acordo com Perleman ([1990] 2005, p. 480-481), nas análises das obras jurídicas, nos arrazoados dos advogados, nas peças de acusação do Ministério Público ao fornecerem razões que podem exercer uma influência sobre a decisão do juiz.

Essa justificação descaracteriza a decisão como arbitrária ou injusta, explica Perleman ([1990] 2005, p. 481), e o raciocínio judiciário apresenta-se como o próprio padrão do raciocínio prático, tendo como objetivo justificar uma decisão, uma escolha, uma pretensão, em que a sentença será justificada se estiver conforme o Direito. Ao demonstrar o caminho percorrido, o magistrado fundamenta sua decisão aceitando como verdade os argumentos de uma das partes (assentimento⁷⁸), rejeitando a afirmação da outra (refutação⁷⁹) e, ainda, se entender necessário, adere aos entendimentos de outras fontes (assentimento) sequer levantadas pelas partes. Esse percurso deve ser coerente e, para ter uma força persuasiva, aproximar-se dos esquemas ou estruturas de raciocínio rigoroso, formal e demonstrativo, ou seja, dos raciocínios formais lógico-matemáticos.

A prova demonstrativa que é analisada pela lógica formal não é persuasiva, mas convincente,⁸⁰ uma vez que admite a verdade das premissas de que se parte, garantida pela *evidência*⁸¹, consequência do fato de se referirem a ideias claras e com um sentido inequívoco. A verdade das premissas era aceita através de um acordo entre as partes que não permitia a discussão dos sentidos, já que eram considerados unívocos. Contudo, a partir do instante em que uma palavra tem um sentido ambíguo, deve-se escolher o sentido que for mais adequado ao caso particular, fornecendo as razões de escolha para obter adesão à solução apresentada. Esse é um problema que a lógica formal não consegue resolver, consoante destaca Perelman ([1979] 2004, p. 142).

⁷⁸ Assentimento. Aceitação, como verdade, do conteúdo de um juízo, de uma ideia ou de uma doutrina. (IDICIONÁRIO AULETE. Disponível em: < <http://aulete.uol.com.br/assentimento>>. Acesso em: 28 mar. 2014).

⁷⁹ Refutação. Parte do discurso destinada a refutar os argumentos contrários. (IDICIONÁRIO AULETE. Disponível em: < <http://aulete.uol.com.br/assentimento>>. Acesso em: 28 mar. 2014).

⁸⁰ Perelman e Olbrechts-Tyteca fazem essa distinção entre convencimento e persuasão quando explicam que a convicção é fundamentada na verdade de seu objeto, podendo ser provada e, portanto, válida para qualquer ser racional. A persuasão, por sua vez, tem um alcance unicamente individual, ou seja, direcionada aos auditórios particulares. Na sequência, dizem que na prática os termos *convencer* e *persuadir* são imprecisos e assim devem permanecer, porque a distinção entre diversos auditórios é incerta. ([1988] 2005, p. 32-33).

⁸¹ Nas palavras de Perelman ([1977] 1997, p. 25): “una argumentación jamás puede procurar la evidencia y no es posible argumentar contra lo que lo es.”

A decisão dos magistrados é tomada com base nos fatos, documentos e provas apresentados nos autos⁸² do processo e a adesão aos argumentos de uma das partes representa a interpretação que foi dada pelos Desembargadores ao caso concreto. Na explicação de Warat (1994, p. 31-32), a interpretação da lei é um processo redefinitório de determinada classificação ou sentido, ou seja, cada termo tem seus critérios definidos, é aplicado em uma determinada classe de objetos e sempre em um contexto de comunicação (caso concreto). Quando se pergunta qual é o significado de um termo, se está requerendo a apresentação de um critério que permita identificar a que classe de objetos o rótulo, cujo sentido não se conhece, é aplicado. Muitas vezes, essas definições não são suficientes para resolver determinado problema porque as coisas ou objetos possuem as propriedades dadas pelos critérios de definição, mas se apresentam em diferentes graus comparado aos casos em que a sociedade o aceita como modelo ou paradigma. É o caso da aplicação dos termos *gordo*, *calvo* e *rico*. E questiona: quantos fios de cabelo deve ter um indivíduo para ser considerado calvo? Quantos quilos deve pesar um homem para ser considerado gordo? Quanto dinheiro ele deve ter para ser considerado rico? Esses termos são vagos e, para ter uma definição, são necessários uma explicação ou esclarecimento dos critérios que devem ser considerados.

No entanto, existem termos dos quais não sabemos quais características considerar relevantes para sua distinção, a propósito da valorização de quem os utiliza. Exemplos disso seriam *mulher bonita* e *bom pai de família*. Nesse caso, disserta Warat (1994, p. 33-36), há uma ambiguidade por polissemia, e a única maneira de eliminar as dúvidas é estabelecer definições persuasivas. São chamadas de persuasivas porque os critérios de relevância são utilizados com o objetivo de “convencer o receptor a compartilhar o juízo valorativo postulado pelo emissor do caso.” Assim, as normas jurídicas apresentam problemas de imprecisão linguística e precisam de uma explicação para que seus termos ou definições sejam esclarecidos. Porém, ainda segundo Warat (1994, p. 36), muitas vezes, é possível esclarecer as definições através dos critérios já estabelecidos, chamados de argumento *explicativo*.

Se esses critérios, por outro lado, não coincidem com a posição ideológica do julgador por entender que a classe normativa apresentada representará uma decisão completamente injusta no caso concreto, o julgador apresenta argumentos *persuasivos* para embasar sua decisão. Nesses casos, o decisor apresenta como relevantes outras conotações não explicitadas para caracterizar algum termo chave incluído na norma, e sua sentença ou

⁸² Conjunto organizado das peças de um processo judicial. (IDICIONÁRIO AULETE. Disponível em: <<http://aulete.uol.com.br/assentimento>>. Acesso em: 08 dez. 2014).

acórdão mudará a linha genérica de solução de uma lide. Essa posição vem ao encontro da Teoria da Argumentação de Perelman, a qual permite a seleção e a aplicação de determinado valor como sendo o mais adequado, por ser mais justo, para a solução de um caso. A interpretação da lei por meio da readequação de definições possui sempre uma carga axiológica e o processo argumentativo justifica a direção adotada pelo julgador, não sendo considerado arbitrário o desfecho final desse processo.

Ao se buscar a definição de Justiça (com letra maiúscula) em uma decisão judicial, deve-se ter em mente que essa concepção está longe de ser arbitrária. Ao contrário, ela é um termo considerado prestigioso, posto que tem um sentido *emotivo* que faz com que se confira um *valor* a ele e que é definido como sendo a justiça⁸³. Ao se definir uma noção a um signo que já é preexistente na linguagem e carrega seu sentido emotivo, não se pratica um ato arbitrário. Quando se define a Justiça de determinada forma e não de outra, significa que se reconhece o sentido de determinados valores que são identificados e aceitos por aquele que apresentou essa definição. Esse reconhecimento é um instrumento muito útil na ação e constitui verdadeira força social, explica Perelman ([1990] 2005, p. 5): “admitir uma definição de uma noção assim é, longe de praticar um ato indiferente, dizer o que estimamos e o que desprezamos, determinar o sentido de nossa ação, prender-se a uma escala de valores que nos permitirá guiar-nos em nossa existência.”

Além disso, Perelman ([1990] 2005, p. 18) parte do ponto em que a justiça tem um elemento essencial que é a igualdade: “todos estão de acordo sobre o fato de que ser justo é tratar de forma igual.” Quando se defendem diferentes formas de justiça, o ponto em comum entre elas é que, sob certa ótica, os seres são iguais e, portanto, fazem parte de uma mesma classe ou categoria e fazer justiça dentro de cada categoria é tratá-los de forma igual. Esse é um entendimento puramente formal, porque não estabelecem as discussões sobre quando dois

⁸³ A palavra “justiça” (com letra minúscula) é um signo que representa um valor, da mesma forma como “liberdade”, “bem”, “virtude”, “realidade”, entre outras o representa. Esse valor já preexiste na linguagem, mas com um sentido emotivo, um termo prestigioso e que está representado pelas palavras em letra maiúscula: Justiça, Liberdade, Bem, Virtude e Realidade. (PERELMAN, [1990] 2005, p. 4-5). Quando se define uma noção que não é um signo novo, mas já preexiste na linguagem, ou seja, quando se define “justiça” desse ou daquele modo, não se comete um ato arbitrário, mas, antes, aplicada à valoração do sujeito que a define naquela determinada situação. Adeodato ([1996] 2007, p. 159) explica que a palavra “justiça” (com letra minúscula) confere a determinada situação real o caráter de *bem* jurídico. No sentido jurídico, a justiça não é mais um valor moral, mas um *valor situacional*. Já a palavra “Justiça”, com letra maiúscula, é a justiça moral que une de forma abstrata os indivíduos em suas relações sociais - “A justiça jurídica reage conseqüentemente a um número menor de relações do que a justiça moral: ela defende valores morais legítimos, embora em grau mais modesto, e esta base é indispensável para o desenvolvimento dos valores morais mais altos da hierarquia em que a ética de Hartmann os organiza. Para defender este mínimo ético necessário, a justiça social é apreendida pelo direito positivo e então limitada a fronteiras mais rígidas, é codificada. Surgem assim instituições garantidoras dessa moral mínima (justiça jurídica), tais como a legalidade, a sanção organizada, a ameaça de coação, o constrangimento pela violência legal.”

seres fazem parte de uma categoria essencial e como eles devem ser tratados; e, nesse ponto, verifica-se a diferença entre a justiça formal ou abstrata e a justiça concreta. A justiça formal ou abstrata é definida por Perelman ([1990] 2005, p. 19) como sendo “um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma.” Esse é um acordo dentro das diversas formas de justiça defendidas e as divergências ocorrem no campo do prático, ou seja, na aplicação da justiça, no qual se determinam quais são as características essenciais para a sua aplicação.

A justiça tem, no entendimento de Larenz ([1991] 1997, p. 257), dois significados de fundamental importância prática: um negativo e outro positivo. O negativo, considerado mais inteligível, através da experiência, é mais fácil reconhecer uma resolução injusta do que a única justa. Dessa forma, o juiz deveria evitar todas as resoluções reconhecidamente injustas. O positivo, por sua vez, são ideias diretivas que surgem, gradualmente, sempre que se passa das categorias mais gerais das relações sociais às particulares, de modo que a ordem expressa só possa ser determinada, em último grau e de forma plena de conteúdo, diante do problema jurídico concreto, mas sem estabelecer por si só a solução. Daqui pode-se identificar a justiça distributiva, a equitativa e a protetiva, resultando em um “conjunto de pontos de vista, que em parte se entrecruzam, que na literatura metodológica se repetem como fins jurídicos, valorações supraleais ou como *topoi*.”

O pensamento jurídico reflete de forma direta sobre o raciocínio jurídico, e a perspectiva argumentativa mais flexível surge como alternativa ao positivismo lógico voltado ao Direito e às discussões jurídicas totalmente irracionais. Até o século XVIII, a preocupação com a realização das decisões justas⁸⁴ remeteu à importância dada aos precedentes, uma vez que se tinha o entendimento de que casos similares deveriam ser tratados de forma igualitária. A partir da Revolução Francesa, esclarece Atienza (2006, p. 76), ocorre uma série de mudanças fundamentais no Direito e, entre elas, está a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais. Nesse período, o Direito é entendido como um conjunto de leis formado através de sistemas jurídicos bem elaborados que representam a soberania nacional. As sentenças passam a ser objeto de conhecimento público com um papel reduzido do juiz, que é obrigado a apresentar o motivo de suas decisões. O sistema normativo de um Estado por si só

⁸⁴ As decisões são intrinsecamente justas porque são legais, vale dizer, não arbitrárias porque contidos nos marcos das normas gerais. Na medida em que se possa relacionar um ato decisório com alguma norma geral pré-existente (sic), este será vivido sempre como justo. O que ultrapassar essa limitação também será considerado justo se conseguirem se apresentar argumentativamente como derivadas do marco inicial estabelecido. Essa é uma característica das teorias formalistas que perseguem o sentimento de segurança, que tem como base constitutiva: (a) a suposição de existir um legislador racional de uma ordem jurídica com os mesmos atributos, (b) a afirmação do caráter neutro da atividade judicial e (c) a pretensão de uma ciência do direito descomprometido dos atos decisórios e do jogo social. (WARAT, 1994, p. 54).

é insuficiente para dar conta de todas as situações existentes no Direito, devendo ocupar-se, também, dos conflitos da prática jurídica e atentando-se para as razões de decidir do juiz, ou seja, para a argumentação no processo que tem como objetivo, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 50):

provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu assentimento: uma argumentação eficaz é a que consegue aumentar essa intensidade de adesão, de forma que se desencadeie nos ouvintes a ação pretendida (ação positiva ou abstenção) ou, pelo menos, crie neles uma disposição para a ação, que se manifestará no momento oportuno.

No Brasil, um olhar crítico sobre o Direito iniciou com Tobias Barreto⁸⁵. Seu estado natal era Sergipe, mas mudou-se para o Recife para cursar a Faculdade de Direito. Tinha ideias revolucionárias e travava batalhas intensas com seus professores, por estarem atrelados aos velhos conceitos da ciência jurídica. De acordo com Ferreira (1977, p. 15), Tobias Barreto leu profundamente o positivismo, o darwinismo, o evolucionismo e, em especial, a ciência religiosa alemã de Strauss e Baur: “a leitura dos publicistas e jurisconsultos alemães, Mohl, Gneist, Ihering levou-o a uma nova intuição do direito, fecundou e aprimorou a ciência jurídica brasileira”.

O que analisaremos nos acórdãos do Capítulo 4 é justamente a quais teses os Desembargadores aderiram e quais argumentos foram considerados mais fortes/relevantes para eles, a partir da leitura dos argumentos de cada parte envolvida em um processo judicial. A argumentação não visa à adesão exclusivamente pelo fato de a tese ser verdadeira, destaca Perelman ([1979] 2004, p. 156), mas também por parecer mais equitativa, mais oportuna, mais útil, mais razoável e mais adequada à situação. A argumentação se torna mais forte quando se trata da jurisprudência, porque interpretam as leis e podem ir mais além, nas palavras de Perelman ([1990], 2005, p. 29), porque é dela que depende a definição de todas as expressões equívocas do Direito:

para ela [jurisprudência], será um jogo definir essas noções e interpretar essas expressões de forma que o sentimento da justiça do juiz não seja contrariado com demasiada violência pelas exigências da lei. Em certos casos, quando se tratou de leis cujo sentido dificilmente se poderia deformar, a jurisprudência se contentou mesmo, pura e simplesmente, em esquecer-lhes a existência e, de tanto não as aplicar, as fez cair em desuso.

⁸⁵ A biblioteca digital do Senado Federal (<http://www12.senado.gov.br/institucional/biblioteca>) disponibiliza diversas obras e artigos de Tobias Barreto ou que tratam sobre sua trajetória como jurista, filósofo e poeta no Brasil.

A jurisprudência é relevante justamente porque demonstra um posicionamento reiterado dos julgadores na aplicação da norma ao caso particular e, ao fim e ao cabo, reflete os valores aceitos pela sociedade. O ato de decidir permite o esclarecimento de termos vagos ou ambíguos, e tamanha é a importância de um julgamento atender aos anseios sociais que a interpretação ou a aplicação de um sentido a uma determinada situação pode culminar com a não aplicação da lei. Por esse motivo, é relevante conhecer o entendimento dos Desembargadores ao reconhecerem, ou não, a existência de um dano que configure o prejuízo material ou não material, em um determinado contexto.

A Teoria da Argumentação⁸⁶ de Perelman e Olbrechts-Tyteca pode ser considerada uma tese intermediária pela qual o julgador é considerado um criador e um aplicador do Direito. Se for considerado só criador, poderá apresentar decisões arbitrárias, e se for considerado só aplicador, nos remeterá às tendências realistas, em que a sentença é proferida a partir de um trabalho exclusivamente lógico-dedutivo. Assim, nessa tese intermediária, Warat (1994, p. 62) explica que as normas gerais predeterminam um conteúdo, podendo o juiz considerá-lo ou separar-se dele, apresentando ao órgão judicial uma alternativa genuína que decorre do direito positivo que transfere a esses órgãos judiciais o controle da predeterminação dos conteúdos: ou dita a sentença com o conteúdo determinado e as normas gerais predeterminando esse conteúdo ou adota outra linha de solução. E Warat (1994, p. 62) finaliza com o entendimento de que “se o conteúdo é alheio à predeterminação deve ser considerado normativamente equivalente ao que a norma superior predetermina.”

Nesse aspecto, uma crítica que se faz à teoria de Perelman e Olbrechts-Tyteca é a de que a relativização ou flexibilização do Direito para se aproximar do ideal de justiça concreta⁸⁷ abala a segurança jurídica⁸⁸ do sistema. Essa segurança jurídica trata dos procedimentos e entendimentos adotados por suas instituições em que previamente é conhecido ou esperado um determinado resultado. Presume-se que as decisões judiciais

⁸⁶ Nesse mesmo sentido, Atienza ([2000] 2006, p. 77) afirma que a importância da obra de Perelman é a reabilitação da razão prática, em que se introduz algum tipo de racionalidade na discussão de questões concernentes à moral, ao Direito, à política, etc., que venha a significar algo assim como uma via intermediária entre a razão teórica (a das ciências lógico-experimentais) e a pura e simples irracionalidade.

⁸⁷ De acordo com Perelman, existem duas espécies de justiça, conforme já explicitado na nota de rodapé nº 83, e que aqui se expande um pouco aquela explicação: a formal, que é engessada, estanque, e a concreta, que mais se aproxima da realidade social. O autor ainda explica que a justiça é considerada, por muitos, a principal virtude, a fonte de todas as outras. Isso porque se confunde o valor da justiça com o valor da moralidade inteira (entendimento de E. Dupréel). O valor justiça é o nome comum a todas as formas de méritos (os clássicos expressam sua ideia fundamental dizendo que a ciência moral tem como objeto ensinar o que é justo fazer ao que é justo renunciar). A ciência moral também diz que a razão deve ensinar a distinção entre o justo e o injusto, em que consiste toda ciência do bem e do mal. Conclui dizendo que a justiça é de um lado uma virtude entre as outras, e de outro, toda a moralidade e, nesse último sentido, a justiça contrabalança todos os outros valores. ([1990] 2005 p. 6-7). Na sequência, o autor explica as concepções mais correntes da justiça.

⁸⁸ A segurança jurídica é ponto importante defendido pelas teorias formalistas.

obedecerão aos procedimentos já conhecidos quando da resolução de um conflito e, assim, trarão estabilidade para o sistema jurídico. Quando argumentos diversos são adotados para decidir uma situação semelhante em que se busca a equidade⁸⁹ e a aproximação com o que é aceito pela sociedade mais do que a verdade através da aplicação matemática de uma lei, a insegurança jurídica se instala.

Além disso, os positivistas afirmam que as decisões judiciais assentadas no racionalismo judicial, ou seja, que aderem a determinados argumentos para aceitar uma tese, são decisões arbitrárias e totalmente irracionais, uma vez que são baseadas em valores e os valores são sempre relativos. A Nova Retórica não ignora que possam existir decisões arbitrárias; contudo, elas se caracterizam justamente por não apresentarem de forma clara qual o caminho percorrido para chegar a determinada sentença ou acórdão, até porque argumentação é persuasão e não se pode persuadir sem apresentar motivos para isso.

Para evitar um erro de argumentação, Perelman ([1979] 2004, p. 157) defende que “o orador deve conhecer seu auditório, ou ao menos os posicionamentos deste em relação ao assunto abordado”, o que justifica o estudo do acórdão. A eficácia da argumentação depende da adesão do auditório e, no caso do objeto de análise desta tese, depende da aceitação dos argumentos pelos Desembargadores que julgam os recursos. A argumentação deve apoiar-se em teses admitidas pelo auditório em relação aos assuntos abordados, porque a leitura que o magistrado tem sobre uma determinada tese, e aceita por ele, é que faz com que sua decisão seja procedente ou improcedente.

Um ponto central na Nova Retórica, é a construção sobre o *auditório universal*, baseada no conceito de auditório em Aristóteles porque, nas palavras de Perelman ([1979] 2004, p. 143), “um discurso só pode ser eficaz se é adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer.” Parte-se do pressuposto de que é necessário separar a interpretação lógica da quase lógica de Perelman. Como uma das principais críticas à teoria de Perelman e Olbrechts-Tyteca é direcionada ao seu entendimento sobre auditório universal, é importante deixar esclarecido esse conceito, sua relação com as decisões judiciais e a eficácia da argumentação na Nova Retórica, o que é feito na próxima seção.

3.1.2 Os auditórios e seus acordos: conceitos centrais da Nova Retórica

⁸⁹ Equidade é entendida como plausibilidade, verossimilhança. No livro *A ética*, Aristóteles define a equidade como aquela que “[...] nasce quando a justiça diz respeito a um caso que foge do comum e da generalidade da própria lei; de sorte que a equidade é como uma correção, de que a lei, pela sua abstratividade, necessita continuamente”. (1959, p. 101).

Ao desenvolver a Teoria da Argumentação a partir da Nova Retórica, Perelman esclarece que não exclui a interpretação lógica, mas desenvolve uma forma de interpretação através do processo argumentativo. Sendo assim, a interpretação lógica é excluída do entendimento de auditório universal, porque é diferente da interpretação quase lógica. No conceito de auditório universal é possível ter diversas interpretações que não são excludentes, porém lidas em conjunto. As “regras” da Nova Retórica não podem ser usadas na lógica, porque nessa as premissas e as regras de dedução são preestabelecidas (PERELMAN, [1988] 2005, p. 16) e justificam-se a partir da **demonstração** (abstração que se preocupa com a forma e não se considera orador e auditório). Na lógica, disserta Perelman ([1979] 2004, p. 142), acreditando nas premissas preexistentes, tomam-se como verdades as conclusões que delas decorrem. A verdade das premissas é garantida pela *evidência* que resulta do fato de partirem de ideias claras não passíveis de qualquer discussão.

Já na Nova Retórica, a **argumentação** considera o processo comunicativo, porque é uma teoria que sai do âmbito do formal/ideal para atuar ponderando os problemas levantados pelo manejo da linguagem no caso concreto. Por isso, a preocupação com o resultado no caso concreto. A Nova Retórica resolve um problema em que a lógica formal não tem alcance, quando uma palavra pode ser tomada em vários sentidos ou para esclarecer uma noção vaga ou confusa. Nesses casos, surge um problema de decisão, momento no qual se apresentam as razões da escolha para obter a adesão à solução proposta, conforme esclarece Perelman ([1979] 2004, p. 142), e é aqui que entra a argumentação. Não se trata de uma lógica do racional, explica Berti ([1989] 2002, p. 288), mas uma *lógica do razoável*, porque a verossimilhança é empregada não como uma probabilidade calculada, mas, ao contrário, o “geralmente aceito” ou “aceitável” tem um caráter qualitativo mais próximo do termo “razoável” do que do termo “provável”.

O orador tem que responder a todas as críticas que são levantadas e não pode excluir nenhum argumento de forma arbitrária. Então, o auditório universal é formado por todos os seres racionais (esclarecido, consciente e livre) e representa um conjunto de interpretações que se relacionam sob os pontos de vista *interno* e *externo* do auditório. O auditório universal pode ser visto, por sua vez, do ponto de vista do orador e do ouvinte. Para o orador, o auditório universal é o seu ideal argumentativo. Para o ouvinte, há duas opções: ou ele não faz nenhuma objeção quanto à argumentação do orador, de modo que esteja concordando com ela; ou, então, faz críticas à argumentação e não reconhece o ideal argumentativo para todos os seres racionais. Para o ouvinte que tem críticas, a argumentação do orador corresponde a um auditório particular limitado por uma das interpretações.

É do *ponto de vista interno* que se fala em universalidade. É quando o processo argumentativo sobrevive a todas as críticas, inclusive as do orador. Todavia, mesmo assim, esse processo argumentativo não deve ser considerado absoluto porque o orador faz parte de um tempo e um espaço, mesmo não se dando conta disso. E é sempre possível serem revistos os entendimentos, porque o orador não pode afirmar com certeza que seu argumento é universal e muito menos particular. Nessa linha, Perelman fala em “desconfiança”, ou seja, deve-se desconfiar do argumento, mas o orador deve usar o argumento de forma a transcender o tempo e o espaço e procurar a razão (buscar o verdadeiro, o real, o objetivo). Do *ponto de vista externo*, o auditório é aquele justamente situado em um tempo e um espaço e que se torna particular naquela época. Uma visão sociológica, antropológica e histórica do auditório só pode ser feita quando o auditório se transforma em particular. A norma e o Direito são a visão interna do auditório universal, e o fato, a criação das pessoas, a evolução da história são a visão externa desse auditório. A distinção entre o auditório⁹⁰ universal e o particular não é uma diferenciação entre o ideal e o real, mas entre dois tipos de ideal, esclarece Dascal ([1999] 2006, p. 627), sendo os dois tipos de auditório ideais reguladores, limitando o que os falantes pensam que podem dizer, os argumentos que podem usar e os apelos que sentem ser apropriados. No auditório universal a plateia imaginada é a humanidade, à medida que, no auditório particular, é uma parcela da humanidade como os brasileiros ou os engenheiros químicos.

O auditório universal é formado por todos os seres racionais. Aqueles que não se posicionam não concordando, mas criticando e não justificando a crítica, são considerados não racionais por Perelman e são excluídos (não de forma arbitrária), em função da sua posição, e aí se forma um *auditório de elite*. Esse auditório de elite é visto por aqueles que foram excluídos como um auditório particular. O auditório de elite sempre tem críticas que não foram respondidas e, por esse motivo, perde a sua universalidade. Mas, para quem participa do auditório de elite, ele continua sendo universal. Há uma controvérsia no ponto de vista de quem participa do auditório e de quem é excluído por ser considerado irracional. O argumento tem duas medidas de valor: a *eficácia* (persuasão, emoção, retórica) e a *qualidade* do auditório. Um argumento tem eficácia diferente se for um auditório de pessoas racionais (competentes) ou irracionais (incompetentes, ignorantes).

Para conhecer as teses admitidas pelo auditório, é necessário identificar o que é percebido como relevante para os julgadores e proceder à análise, cuidadosamente, através da

⁹⁰ Dascal ([1999] 2006) refere-se ao auditório usando o termo *platéia*.

perspectiva argumentativa prática construída por Perelman e Olbrechts-Tyteca. A decisão judicial, a partir da aproximação das teses admitidas pelo auditório, tem o condão de ser mediadora e não impositiva, com a configuração de um vencedor e um vencido. Essa polarização afasta a decisão do resultado justo, já que “escolhe” uma das partes (a vencedora) e marginaliza a outra (a vencida), e essa não é a pretensão de um Estado Democrático de Direito. Mendonça (2000, p. 156) explica que “através da argumentação, a lei tem seu rigor atenuado pelo juiz, de modo que possa se aproximar dos valores de justiça socialmente dominantes.”

Quando Perelman fala sobre as motivações das decisões judiciais no livro *Ética e direito* ([1990] 2005, p. 559ss.), ele faz um retrospecto de quando a motivação nas decisões judiciais passou a ser exigida e, mais, o que efetivamente significa *motivação* nesse contexto. A forma como cada período determinou a *motivação* das sentenças indica o seu significado. Para exemplificar, até por volta de 1800, a intenção era de que a motivação da sentença representasse, somente, uma obediência ao Poder Legislativo e, em consequência, dos juízes em relação à lei, pois restringia-se à adequação dos fundamentos à lei escrita, sem se questionar se a decisão era justa ou equitativa. Contudo, percebeu-se que, principalmente, em relação ao Direito Civil, existia uma dificuldade em adequar todos os casos à lei, por discutirem questões versadas sobre fatos e não só sobre direito. Assim, nesses casos, o juiz invocava o art. 4º do Código Napoleônico⁹¹ para justificar sua intervenção nos casos de silêncio, de obscuridade ou de insuficiência da lei, demonstrando que a ideia de motivação, de justificação da uma decisão judicial mudam de sentido ao mudar o *auditório*.

Em um regime democrático, de acordo com Perelman ([1990] 2005, p. 566-567), o juiz deve prestar contas do modo como usa o poder, através da *motivação* de suas decisões. Além disso, a justificação modifica-se de acordo com a instância ou com a jurisdição do julgador, de acordo com cada auditório. Os tribunais inferiores justificam-se perante as partes, perante a opinião pública esclarecida e, principalmente, perante as instâncias superiores que exercem seu controle em casos de recurso. Os tribunais superiores, por serem responsáveis em unificar a jurisprudência e de estabelecer a paz judiciária, esforçam-se em demonstrar que as suas decisões são as mais adequadas em relação ao Direito vigente e aos problemas que se buscam resolver. A motivação em uma decisão judicial e sua relação com o auditório são pontuadas por Perelman ([1990] 2005, p. 569):

⁹¹ “o juiz que se recusar a julgar, sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei pode ser processado como culpado de negação de justiça”.

motivar uma sentença é justificá-la, não é fundamentá-la de um modo impessoal e, por assim dizer, demonstrativo. É persuadir um auditório, que se deve conhecer, de que a decisão é conforme suas exigências. Mas estas podem variar com o auditório: ora são puramente formais e legalistas, ora são atinentes às conseqüências, trata-se de mostrar que estas são oportunas, equitativas, razoáveis, aceitáveis. O mais das vezes, elas concernem aos dois aspectos, conciliam as exigências da lei, o espírito do sistema, com a apreciação das conseqüências (sic).

Em seu livro anterior, *Retóricas* ([1989] 2004, p. 303ss.), Perelman já explicitava seu entendimento sobre o auditório universal, ao escrever que toda a argumentação se desenvolve de acordo com o auditório ao qual se dirige e ao qual o orador é obrigado a adaptar-se. A diversidade dos auditórios é imensa e pode variar de forma quantitativa, desde o orador até o ouvinte. O orador deve adotar uma linguagem reconhecida pelo seu auditório, já que o exercício eficaz da argumentação supõe um meio de comunicação, uma linguagem comum, sem a qual o contato não é possível de se realizar. Além disso, a argumentação parte e se desenvolve do que é reconhecido como verdadeiro, como normal, como verossímil, como válido aos ouvintes, por teses por eles admitidas, reconhecidas por um grupo social e que vão desde o senso comum até o reconhecimento de indivíduos adeptos ou estudiosos de assuntos de diversas áreas, como a área científica, a jurídica, a filosófica ou a teológica. Conhecer o auditório a que se dirige é, portanto, fundamental para a eficácia da argumentação.

O *lugar-comum*⁹² é referido por Perelman ([1979] 2004, p. 159) como um ponto de vista, um valor que é preciso levar em consideração em qualquer discussão e cuja elaboração apropriada redundará em uma regra, em uma máxima que o orador utilizará em seus esforços de persuasão. Na lição de Perelman ([1979] 2004, p. 159), “os lugares-comuns desempenham na argumentação um papel análogo ao dos axiomas de um sistema formal. Podem servir de ponto inicial justamente porque os supomos comuns a todos os espíritos.” Diferem-se dos axiomas porque a sua adesão é fundamentada na sua ambiguidade, na possibilidade de interpretá-los e aplicá-los de modo diverso.

Do ponto de vista teórico, Atienza ([2000] 2006, p. 78-79) avalia que Perelman não apresenta clareza nos conceitos centrais da sua concepção de retórica, principalmente no que

⁹² O lugar-comum é um ponto de vista, um valor que deve ser considerado em qualquer discussão. Em relação ao pensamento não especializado, os lugares-comuns são o que são os lugares específicos em relação a uma matéria em particular. Os princípios gerais do direito são os lugares específicos do direito, enquanto as afirmações de ordem muito geral indicam a direção inicial a um pensamento não especializado. (PERELMAN, ([1979] 2004, p. 159). Theodor Viehweg introduziu a tópica ao Direito considerando-a uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica. Considera um método científico em que o ponto de partida é o senso comum, uma vez que constatou que, em Direito, nem sempre é possível encontrar uma resposta inquestionável pra cada caso concreto. Bustamante (2004, p. 154) explica que, nessas situações, aquele que decide realiza valorações que condicionam suas decisões, sendo necessário conhecer sua forma de raciocínio. O raciocínio jurídico, portanto, para Viehweg é uma forma de argumentar, ou seja fornecer motivos e razões dentro de uma forma específica.

diz respeito aos argumentos e ao auditório universal, tornando-os confusos e, por esse motivo, inúteis. Os argumentos estão dentro e em determinado lugar do discurso e são acompanhados de outros argumentos que interagem com eles, entre outros fatos que não possibilitam precisar o que é um argumento forte e um argumento fraco, e quais são os critérios para identificá-los. E sua crítica finaliza com o argumento de que o conceito de auditório universal é incoerente, porque não consegue articular o seu aspecto normativo com o aspecto fático.

Do ponto de vista prático, Atienza ([2000] 2006, p. 82-87) diz que, ideologicamente, a teoria de Perelman é muito conservadora, e que isso se deve, entre outros fatores, à obscuridade das noções que caracterizam os aspectos da boa argumentação. Justifica que a noção de *razoabilidade* é confusa, o que prejudica o entendimento do que é uma decisão razoável. Além disso, nos casos difíceis (*hard cases*), a opinião pública se divide de uma maneira que não é possível decidir satisfazendo a todos, e Perelman não dispõe de critérios adequados para solucionar esses casos. Diz que o positivismo jurídico que Perelman critica é aquele do século XIX e não o positivismo atual e justifica isso apresentando autores contemporâneos e suas particularidades. No que diz respeito à adesão de Perelman ao modelo tópico de raciocínio jurídico, Atienza explica que o seu processo de formação e suas opiniões compartilhadas são demoradas, sendo aplicado somente aos ramos mais conservadores do Direito. E, finalmente, o fato de Perelman dar destaque ao discurso dos juízes nas instâncias superiores distorce o fenômeno do Direito moderno e dá à retórica/argumentação uma importância maior do que ela, efetivamente, tem.

Sobre a retórica, em específico, Atienza ([2000] 2006, p. 88-90) fundamenta-se em Gianformaggio (1973) para dizer que a relação entre o plano da retórica geral e o da retórica ou lógica jurídica não está bem resolvido, muito em função da obscuridade de seus conceitos, e que a distinção entre raciocínio teórico e prático não coincide com a diferença entre demonstração e argumentação, sendo, portanto, equivocada.

As críticas apresentadas não têm força suficiente para desqualificar a Teoria da Argumentação de Perelman⁹³⁹⁴, que é relevante e aplicada nesta tese, considerando o

⁹³ Perelman escreveu diversas obras tratando de aspectos de sua Teoria da Argumentação, enquanto Olbrechts-Tyteca escreveu com o autor somente a obra *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Sendo assim, ao citar Perelman, os autores que se referem a ele o fazem não se restringindo a essa única publicação, mas ao conjunto de suas obras.

⁹⁴ a Teoria da Argumentação de Perelman diferencia-se da Teoria da Argumentação de Robert Alexy ([2001] 2011) utilizada no Direito. Na Teoria da Argumentação de Perelman, não existe uma hierarquia de valores pré-estabelecidos, e sua importância também não é estabelecida *prima facie*. Ele também critica a ideia de evidência como característica da razão: se toda prova é concebida como redução à evidência, a Teoria da Argumentação não consegue se desenvolver. Já na Teoria da Argumentação de Alexy, primeiro o autor estabelece que se a norma estiver explicitada, faz-se a aplicação da lei ao caso concreto, através de uma operação lógica de subsunção. Alexy ([2001] 2011, p. 245) estabelece a regra de carga da prova na argumentação que rege como

procedimento argumentativo como uma técnica racional e, portanto, apta a validar o discurso jurídico. Verifica-se que os valores dominantes de uma sociedade modificam-se com o passar do tempo, mas a lei, muitas vezes, é concretizada com atraso, não acompanhando em tempo real a evolução do entendimento sobre o que é justiça para cada cidadão. E nada mais universal, mais forte, mais perfeito que a justiça,⁹⁵, assim, nas palavras de Perelman ([1990], 2005, p. 30), “durante o período em que há defasagem, a jurisprudência se encarrega, com certa dificuldade, de reduzir ao mínimo os inconvenientes das morosidades inevitáveis do poder legislativo.”

Daí decorre a importância do estudo do acórdão, porque essas decisões se aproximam muito mais do ideal de justiça de uma sociedade do que a lei defasada em determinadas épocas e, ainda, é aceita como fonte do Direito, gerando, ao fim e ao cabo, uma aceitação consciente do resultado e aproximando-se da tão desejada justiça. A Teoria da Argumentação⁹⁶ de Perelman é, portanto, um método prático de justificação racional⁹⁷ das decisões judiciais.

3.1.3 O auditório particular e a análise do dano moral pela perda de uma chance

O que normalmente se chama de *senso comum*, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 112), “consiste numa série de crenças admitidas no seio de uma determinada sociedade, que seus membros presumem ser partilhadas por todo o ser racional.” No entanto, ao lado dessas crenças, existem os acordos próprios de uma disciplina particular, qualquer que seja sua natureza (científica ou técnica, jurídica ou teológica). Na lição de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 112), “tais acordos constituem o

regra pragmática e assegura a vinculação da discussão ao direito vigente. Determina que os “argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.” Larenz ([1991] 1997, p. 214) estabelece a diferença da Teoria da Argumentação desses dois autores, explicando que Alexy afirma que no discurso jurídico trata-se da *justeza de enunciados normativos*, enquanto, para Perelman, só é possível encontrar argumentos “aceitáveis” para os interlocutores quando surge a *aptidão de consenso* no lugar da *justeza*.

⁹⁵ É sempre útil e importante poder qualificar de justas as concepções sociais que se preconizam. Todas as revoluções, todas as guerras, todas as revoltas sempre se fizeram em nome da Justiça. (PERELMAN, [1990] 2005, p. 8).

⁹⁶ Pode-se dizer que as Teorias da Argumentação, qualquer que seja a matriz teórica que adotem, não só a de Perelman, tratam da justificação racional das decisões judiciais.

⁹⁷ A justificação é racional em face da racionalidade dos julgadores. Adotamos o entendimento de Gadamer ([1995] 2009, p. 384) sobre a racionalidade: “Racionalidade não significa simplesmente ser dotado com razão, mas racionalidade é uma ‘propriedade’ positiva, que um homem possui que o capacita a tomar decisões racionais e responsáveis. Portanto, racionalidade não é meramente uma capacidade de pensar, ver e conhecer algo, mas é uma postura fundamentada do próprio ser.”

corpus de uma ciência ou de uma técnica, podem resultar de certas convenções ou adesão a certos textos, e caracterizam certos auditórios.” Esses auditórios particulares adotam uma linguagem técnica que escapa ao conhecimento dos cidadãos “comuns” e, em relação aos membros desse auditório, os juízes, advogados, promotores, ele é considerado mais geral (universal).

No caso do Direito, destacam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 114), o auditório é especializado e está bem delimitado graças às considerações de ordem formal, “está ligado por textos bem determinados, constituem domínios de argumentação específicos” e são o ponto de partida de novos raciocínios. Esse ponto de partida pode ser entendido, também, como uma situação relacional, uma vez que se irá argumentar sempre em relação a eles. O ponto de partida poderá ser a lei, a jurisprudência ou as obras jurídicas, mas, para ser considerado um argumento racional, além de estar justificado, deverá ser relacionado a. Mais adiante, veremos que o ponto de partida da argumentação em nosso sistema jurídico é a Constituição. Sendo assim, deve-se interpretar a jurisprudência ou as demais fontes do Direito, para se adequar ao caso particular e realizar a justiça concreta através da/em relação à Constituição, devendo ser considerada sempre aberta e em sintonia com as mudanças sociais.

Determinados tipos de objetos de acordos podem admitir definições particulares em certos tipos de auditórios especializados como, por exemplo, o que é considerado um fato e, também, podem estabelecer a forma como será invocado ou criticado. Ao jurista cabe acatar como fato o que está previsto nos textos ou o que permite ser tratado como tal, e não o que pode desejar o acordo do auditório universal. Existem ficções no Direito que obrigam a tratar como inexistente uma coisa que existe e vice versa, assim, um fato pode ser ignorado juridicamente mesmo que seja admitido como senso comum.

No que diz respeito à responsabilidade civil pela perda de uma chance na Justiça do Trabalho sob a ótica que aqui está sendo analisada, os interessados em participar desse ambiente deverão conhecer as regras, técnicas e noções específicas de tudo quanto nele é admitido. Sobre elas, não é necessário esforço de argumentação para sustentá-las, já que podemos identificar essas informações como sendo os *acordos próprios* desse auditório. Quando se fala da reparação pelo dano moral, em especial no Direito do Trabalho, trata-se de um assunto sem definição explícita no texto jurídico e não há um consenso do auditório e, por sua vez, abre-se espaço para as condutas argumentativas. Pode-se dizer que, ao se encontrar o dano moral pela perda de uma chance nesta tese, ter-se-á estabelecido o *lugar comum* de um auditório especializado.

Se os argumentos são aceitos por alguns e não por outros, seria vantajoso que os oradores pudessem escolher seus auditórios. No entanto, no Direito, para evitar que uma das partes escolha o auditório que melhor atenda a seu postulado em detrimento da outra, por uma regra processual, a distribuição dos processos se faz pela rigorosa ordem de entrada⁹⁸. Os julgamentos tendem a decidir por equidade e, por esse motivo, o julgador não pode ignorar argumentos que lhe são apresentados enquanto membro de um grupo social particular, mas não especializado, ou enquanto membro do auditório universal. Existe, aí, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 117), um apelo ao senso moral do juiz que pode “incentivá-lo a inventar argumentos válidos em seu âmbito convencional, ou a apreciar de modo diferente aqueles de que dispõe.”

Os acordos devem ser estabelecidos para se ter um mínimo de estabilidade ao viver em sociedade. No início de um processo, parte-se das premissas; contudo, na sequência, estabelecem-se explicitações e estabilização de acordos. Isso permite que se organizem os argumentos e se estabeleça quais serão utilizados, uma vez que sobre as premissas, as explicitações e os acordos não há necessidade de argumentação, porque já são admitidas pelo auditório. No caso específico do Direito, Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 119-124) pontuam alguns como a técnica da *coisa julgada*, que estabiliza determinados julgamentos ao vedar o questionamento de certas decisões; e as *presunções*, que são baseadas na inércia, ou seja, presume-se que uma atitude ou uma opinião já adotada permanecerá no futuro até prova em contrário e com as devidas justificativas (razões suficientes para admitir a mudança).

3.2 AS PREMISSAS DA ARGUMENTAÇÃO: ACORDOS PRÓPRIOS DE CADA DISCUSSÃO

Antes de desenvolver os tipos de argumentos apresentados pela Nova Retórica, os quais são utilizados no Capítulo 4 para a análise dos acórdãos, apresentam-se as premissas da argumentação que são aceitas como o ponto de partida dos raciocínios e pressupõem um acordo do auditório. O orador deve adaptar-se ao seu auditório, em que o ponto de partida de seu raciocínio devem ser, sempre, as teses admitidas por aqueles a quem se dirige. E a esse respeito, Perelman ([1977] 1997, p. 43) afirma:

⁹⁸ Art. 714, letra “a”, da CLT: Compete ao distribuidor: a) a distribuição, pela ordem rigorosa de entrada, e sucessivamente a cada Junta, dos feitos que, para esse fim lhe forem apresentados os interessados.

se não quer correr o risco de fracassar em sua missão, o orador não deverá partir nunca senão de premissas que gozem do benefício de uma adesão suficiente: se esta não fosse suficiente, a primeira preocupação de quem quer persuadir, deverá ser a de reforçá-la através de todos os meios que dispõe, pois a transferência da adesão não se realiza senão estabelecendo uma solidariedade entre as premissas e as teses que um se esforça para que sejam admitidas.⁹⁹

Para que a argumentação seja eficaz, o orador procura as manifestações de adesão explícitas ou implícitas de cada auditório. Para isso, utiliza-se de técnicas para destacar ou reconhecer a adesão, de acordo com Perelman ([1988] 2005, p. 119). Os acordos que se estabelecem preliminarmente às discussões podem ser resultado das atitudes das partes e, às vezes, são institucionalizadas em função de hábitos adotados ou regras de procedimentos. O que se está disposto a conceder, dos valores reconhecidos, dos fatos sobre os quais expressa seu acordo, dependem as possibilidades de argumentação, ressalta Perelman ([1988] 2005, p. 125-129). Por esse motivo, toda argumentação é uma argumentação *ad hominem* (ou *ex concessis*) no sentido restrito (porque não tem peso para o auditório universal como o orador imagina) e baseada na opinião. A essa argumentação opõe-se a argumentação *ad rem*, em que o orador pretende válida para toda a humanidade racional (*ad humanitatem*).

A argumentação *ad rem*, objetivando o auditório universal, tenta evitar o uso de argumento que só é válido para grupos particulares. Normalmente, os argumentos *ad hominem* são qualificados como pseudo-argumentos, porque persuadem determinadas pessoas que não deveriam ser atingidas por serem desvalorizadas e, assim, não surtiriam efeito sobre elas próprias. O argumento *ad hominem* reduz o prestígio daquele que teve uma tese refutada por esse argumento; contudo, é uma consequência de qualquer refutação, não importando a técnica utilizada. O argumento *ad personam* consiste em um ataque contra a pessoa do adversário, com o objetivo primeiro de desqualificá-lo. Essas duas técnicas de argumentação são confundidas, porque costumam interagir.

Deve-se também referir a petição de princípio, considerada um erro na técnica argumentativa, ou seja, um erro de retórica e pode ser entendida em relação à argumentação em geral e à argumentação *ad hominem*, em particular. A petição de princípio, explica Lacombe, é “um defeito da argumentação ou erro primeiro orador quando este não se preocupa com a adesão do auditório às premissas do seu discurso, construindo-as

⁹⁹ No original: “si no quiere correr el riesgo de fracasar en su misión, el orador no deberá partir nunca sino de premisas que gocen del beneficio de una adhesión suficiente: si ésta no fuese suficiente, la primera preocupación de quien quiere persuadir, deberá ser la de reforzarla por todos los medios de que dispone, pues la transferencia de la adhesión no se realiza sino estableciendo una solidaridad entre las premisas y las tesis que uno se esfuerza por hacer admitir”.

aleatoriamente.” ([1998] 2003, p. 244, grifos do autor.) Representa um argumento *ad hominem*, quando ele não é utilizável, porque pressupõe que o interlocutor já aderiu a uma tese que o orador está se esforçando para fazê-lo admitir. As proposições de princípio e de conclusão (que nunca são exatamente as mesmas) devem estar bem próximas umas das outras, para que a acusação de petição de princípio seja justificada. Dessa situação, que é complexa e bem difícil de ser caracterizada, por não comportar uma réplica, quase sempre se discute sobre a legitimidade da acusação.

3.2.1 Seleção, presença e interpretação dos dados

Para cada auditório, existe um conjunto de coisas admitidas que lhe pode influenciar e que, no caso do auditório especializado, trata-se do *corpus* de uma disciplina reconhecido pelos seus adeptos. No caso do Direito, esse *corpus* é o sistema jurídico inteiro no qual uma decisão está inserida, correspondendo a um sistema de referências em que os argumentos podem ser testados e que tem uma importância fundamental.

A seguir, aborda-se o papel da seleção prévia dos elementos que servem de ponto de partida da argumentação, bem como da adaptação desses elementos para a argumentação; a presença conferida a esses elementos, em função de sua seleção; a utilização dos dados para a argumentação, a partir de uma elaboração conceitual que lhes confira sentido; a ambiguidade do elemento argumentativo; e o uso das noções.

3.2.1.1 Seleção prévia dos elementos

Os argumentos disponíveis para serem utilizados pelo orador constituem um *dado* que é considerado de acordo com a sua prevalência, uma vez que são amplos e passíveis de aplicação de diversos modos, explica Perelman ([1988] 2005, p. 132).

A forma de prevalência é de suma importância, destacando-se o papel da seleção prévia dos elementos, que serve de ponto de partida e adaptação aos objetivos da argumentação. Os dados são escolhidos de acordo com situações específicas e o que não é de interesse da área não é utilizado, mas nem por isso é descartado.

A importância dos elementos já é reconhecida quando eles são escolhidos e apresentados ao auditório.

3.2.1.2 Presença

Os elementos escolhidos para apresentação ao auditório representam um fator essencial da argumentação, chamado de *presença*, o qual atua de um modo direto sobre a sensibilidade, ao exercer uma ação já no nível da percepção. Por esse motivo, o orador preocupa-se em tornar presente em seu discurso aquilo que valoriza a sua argumentação, como um dos papéis da retórica e como técnica de argumentação.

Recorrer ao objeto real, concreto, para emocionar o auditório, explica Perelman ([1988] 2005, p. 132), é uma dessas técnicas, e exemplifica com os filhos do réu que são levados ao tribunal para provocar piedade ao juiz. E essa presença atinge o auditório de uma forma que a mera descrição do objeto não consegue fazer, mas não deve ser confundida com a fidelidade ao real.

A noção de *presença* adotada por Perelman ([1988] 2005, p. 135), de importância capital para a técnica argumentativa, está relacionada ao seu aspecto técnico, concluindo que “toda argumentação é seletiva” ao escolher os elementos e a forma de torná-los presentes. Tendo em vista que a escolha dos elementos torna o argumento parcial e tendencioso, ele deve ser complementado por argumentação diversa para tornar equilibrada a apreciação dos elementos.

Na linha das decisões judiciais, os julgadores só decidem depois de ouvir todas as partes envolvidas em um processo. Nas ciências humanas, acrescenta Perelman ([1988] 2005, p. 136), essa escolha não é apenas seleção, mas são incluídas construção e interpretação: “toda argumentação supõe, portanto, uma escolha, que consiste não só na seleção dos elementos que são utilizados, mas também na técnica da apresentação destes. As questões de forma se mesclam com questões de fundo para realizar a presença.”

3.2.1.3 A interpretação dos dados

A forma como se desenvolve a utilização dos dados para aplicação em um discurso é o que diferencia a argumentação da demonstração. Na demonstração, todos os elementos são entendidos por todos da mesma forma, por conta da univocidade que é exigida deles. Na argumentação, de modo diverso, considera-se não só a seleção dos dados, mas, também, o modo como são interpretados e o significado atribuído a eles. Por esse motivo, na prática argumentativa, os dados compreendem elementos sobre os quais parece existir um acordo unívoco e fora de discussão, ao menos de um modo provisório.

Considerando a multiplicidade de interpretações advinda da escolha dos dados, Perelman ([1988] 2005, p. 139) sugere a distinção entre a interpretação de *signos* e a de *indícios*, necessária em uma teoria da argumentação. Como *signos* são entendidos todos os fenômenos passíveis de evocar outro fenômeno, uma vez que são utilizados num ato de comunicação e com vista a essa evocação. Sua importância deve-se à intenção de comunicar. O *indício*, por sua vez, evoca outro fenômeno de uma forma objetiva, independentemente de qualquer intencionalidade: “o mesmo ato, o de fechar uma janela, pode ser, conforme o caso, signo convencionado ou indício de alguém que está com frio.” Muitas vezes, essas duas espécies de interpretação não podem ser discriminadas, por estarem inarredavelmente juntas, mas apresentam distintos problemas, conforme dissertado no tópico seguinte.

3.2.1.4 A interpretação do discurso: ambiguidade do dado argumentativo

A ambiguidade do dado argumentativo, bem como a multiplicidade de aspectos que interagem com a interpretação, levanta a necessidade de encontrar regras que permitam limitar as muito amplas possibilidades de interpretação teoricamente reconhecidas. Em geral, o texto implica uma argumentação implícita que faz parte do seu essencial. Sendo assim, “a distinção entre o que é dito e o que não passa de construção acrescentada posteriormente e sujeita à controvérsia depende do acordo ou do desacordo concernente à interpretação”, destaca Perelman ([1988] 2005, p. 142). A limitação voluntária de um contexto é o que pode assegurar a clareza de um texto ou de uma noção, concluindo-se que a regra é a necessidade de interpretação, enquanto a extinção da interpretação constitui uma condição excepcional e artificial.

Fazem parte da organização dos dados, com vistas à argumentação, a sua interpretação, o significado a eles concedidos e, também, a apresentação de certos aspectos desses dados, em função de acordos implícitos na linguagem utilizada. São as chamadas escolhas das qualificações. O *epíteto* é a forma mais aparente que a escolha se manifesta. Perelman ([1988] 2005, p. 143) explica que o *epíteto* resulta da escolha visível de uma qualidade que se destaca e completa nosso conhecimento do objeto. É utilizado sem justificação, porque há a presunção de que se enunciam fatos incontestáveis; contudo, essa seleção se mostra tendenciosa. Vários epítetos podem ser escolhidos para qualificar um mesmo enunciado. Perelman ([1988] 2005, p. 143) exemplifica: qualificar Orestes de

“assassino de sua mãe” ou de “vingador de seu pai.” Alguns aspectos tendenciosos são facilmente detectados e outros não, mas dificilmente estas escolhas são desprovidas de intenção argumentativa.

Outras qualificações podem ser detectadas através de ilustrações: declarar que alguém cometeu um roubo é também determinar suas penas; dizer que alguém sofre de determinada doença é prejudicar o tratamento a que o paciente será submetido; ao invés de separar os indivíduos em ricos e pobres, põe-se em primeiro plano a oposição entre brancos e negros, para que o branco pobre se sinta valorizado; a inserção numa classe pode ser feita, ou não, por meio do uso de uma qualificação.

3.2.1.5 O uso das noções

A aplicação das noções ao objeto do discurso corresponde à atividade de compreensão e à de extensão, e a qualificação dos dados e sua inserção nas classes constituem os dois aspectos dessa mesma atividade, não importando qualquer dificuldade. O que pode gerar diferentes interpretações é a natureza desse acordo, a consciência de sua precariedade, de seus limites e de suas possibilidades argumentativas. Sendo assim, a única significação de uma noção somente é admitida em um campo de aplicação completamente determinado, ou seja, em um sistema formal: “a noção de “bispo” no jogo de xadrez satisfaz essa condição”, ilustra Perelman ([1988] 2005, p. 148). Porém, isso não se aplica a um sistema jurídico que abrange acontecimentos futuros, por serem impossíveis de determiná-los inteiramente.

Por esse motivo, os termos ou noções devem tentar ser bem explicados, mas também devem conter uma margem de interpretação que possibilite sua aplicação ao caso concreto. Quanto mais vagas e confusas são as noções aplicadas, explica Perelman ([1988] 2005, p. 148), maiores serão os problemas de organização e precisão dos conceitos. Consequência disso é que, com frequência, a utilização das noções deixa de ser uma simples escolha de dados aplicáveis a outros dados, para se tornar uma construção de teorias e interpretação do real. E, aqui, Perelman ([1988] 2005, p. 149-150) reforça que a linguagem “não é somente um meio de comunicação, é também instrumento de ação sobre as mentes, meio de persuasão.”

Para se tentar obter a adesão dos espíritos, vários elementos coexistem e interagem entre si como, por exemplo, os valores aceitos pelo auditório, o prestígio do orador e a língua de que se serve e o que é descartado pela lógica formal. A técnica argumentativa recorre a um

conjunto de convenções fundadas de forma ideal em um campo de saber puramente técnico. As noções vagas, consoante explica Perelman ([1988] 2005, p. 151-152), conseguem se tornar claras em relação a uma área de aplicação determinada, quando se tenta especificá-las ao máximo, através de um sistema de referências. Soma-se a isso o fato de que esse sistema de referência compartilha de ideologias diversas, a materialização e estabilização de uma noção depende de um esforço de boa vontade global, com necessidade de ajustes a cada aplicação em particular e o que pode ser equiparado ao *espaço de jogo* de Gadamer. E, assim, Perelman ([1988] 2005, p. 152) conclui: “Como o sentido das noções depende dos sistemas nos quais são utilizadas, para mudar o sentido de uma noção basta inseri-la num novo contexto e, notadamente, integrá-la em novos raciocínios.” As consequências práticas vinculam o uso das noções, acrescenta Perelman ([1988] 2005, p. 154-155), e, portanto, a alteração dessas consequências, indiretamente afetam as reações quanto ao seu uso.

A noção também pode ser modificada pela necessidade da própria argumentação, e que o orador faz valendo-se de sua plasticidade. A flexibilidade das noções permite que sejam utilizadas de acordo com a vinculação feita às teses dos oradores. As noções utilizadas a favor da tese do orador são apresentadas como ricas, não confusas, flexíveis, ou seja, são valorizadas. Por outro lado, as noções utilizadas nas teses dos adversários serão apresentadas como imutáveis, o que permite, desqualificá-las ou refutá-las. Essa técnica (flexibilizar ou engessar as noções) é utilizada quando o valor designado pela noção resultará, ao menos em parte, da argumentação. Ao contrário, se este valor estiver claramente identificado e for prévio à argumentação, a técnica utilizada será baseada na extensão, caracterizando-se por ampliar ou restringir uma noção para alcançar, ou não, determinados seres, coisas, ideias e situações. Perelman ([1988] 2005, p. 158) exemplifica ao aumentar o campo de atuação da palavra pejorativa “fascista”, com vistas a alcançar os inimigos, e restringe a extensão da palavra positiva “democrático”, para excluí-los. Ao contrário, restringe-se a palavra “fascista”, para excluir os amigos, e amplia o alcance da palavra “democrático”, para incluí-los.

Até agora, dissertou-se sobre a finalidade da persuasão, ou seja, do ponto de vista do raciocínio, da crença, da adesão. No próximo tópico, abordar-se-á a persuasão, a partir da forma¹⁰⁰, da expressão do pensamento e o eventual papel que as características das expressões pode ter na apresentação dos dados.

¹⁰⁰ A “forma” de que trata Perelman, segundo ele mesmo, aproxima-se mais de um sentido dado pelo escritor do que pelo lógico. (PERELMAN, [1988] 2005, p. 160).

3.2.2 Apresentação dos dados e forma do discurso

Baseando-se em Perelman ([1988] 2005, p. 162), que defende a possibilidade de diferenciar a matéria da forma somente em alguns aspectos, destacam-se os meios que possibilitam a uma determinada apresentação dos dados para situar o acordo em um patamar, marcando, com certa intensidade, as consciências e acentuando alguns de seus aspectos. A escolha de uma forma ocorre a partir do entendimento sobre suas variações e suas diversas apresentações de um mesmo conteúdo.

Verifica-se, a seguir, a forma com que o conteúdo do discurso chega ao auditório através do orador, distinguindo-se, assim, os problemas levantados pela apresentação dos dados daqueles relativos à sua escolha; à forma do discurso e seus problemas técnicos e às figuras de retórica e argumentação.

3.2.2.1 A apresentação de dados e seus problemas técnicos

Em um primeiro momento, a escolha da forma do discurso deve considerar seu tempo ou espaço disponível, se as limitações impostas decorrem de uma convenção ou por oportunidade, da atenção e interesse dos ouvintes e dos custos que envolvem a impressão de um texto, entre outros. Tendo ciência dessas limitações, o orador/escritor¹⁰¹ utilizará critérios para organizar seu “espaço” entre a exposição dos elementos iniciais, sua escolha e seu modo de apresentação, principalmente porque seu objetivo é a adesão do auditório. Esses critérios serão feitos a partir de técnicas¹⁰², também tratadas por Perelman como esquemas argumentativos, quais sejam:

- (a) *técnica da repetição* ou da *insistência* ou da *acumulação*: repetição de fatos para valorizá-los e para criar a presença; e acentuação de determinadas passagens, pelo som da voz ou pelo silêncio também para criar a presença:
 - *sinonímia* ou *metábole*: repete-se a mesma ideia com palavras diferentes e com o objetivo de acentuar a repetição, destacando um ou outro aspecto.
- (b) *técnica da evocação de detalhes*: muitas vezes indiscernível da técnica de repetição; trata de um tema fazendo, de forma sucessiva, uma descrição sintética, global e análise ou enumeração dos detalhes; ou explicitação das sucessivas fases de um fenômeno, indicando o modo como dele se tomou

¹⁰¹ Escritor no sentido de quem escreve, e não somente de autores de ficção.

¹⁰² Baseados nos livros de Perelman, *Tratado da argumentação* e *El imperio retorico*.

conhecimento. É indispensável para criar a emoção, enquanto as noções gerais e os esquemas abstratos não têm esse mesmo efeito:

- *amplificação*: cria-se a presença através da divisão do todo em suas partes;
- *congéries*: começa-se enumerando as partes e termina-se por uma síntese.

A intenção argumentativa, explica Perelman ([1988] 2005, p. 168-174), é notada a partir do instante em que o termo se afasta da linguagem habitual. Considera-se habitual, *grosso modo*, o termo que passa despercebido a partir de uma escolha aparentemente neutra. O que diferencia o uso argumentativo de um termo deve ser verificado a partir do conhecimento das palavras ou expressões que o orador preferiu e outras que ele poderia ter utilizado entre uma *família de palavras*¹⁰³. O termo que é considerado como habitual tende a ser entendido como um termo neutro; contudo, nenhuma escolha é desprovida de intenções. O termo neutro pode ser utilizado para dar mais segurança às suas argumentações, já que é aceito de antemão pelo auditório. Ele também aumenta a credibilidade das premissas em contraponto ao que poderia ser um estilo argumentativo mais incisivo, sendo considerado um caso particular de renúncia ao estilo mais insistente. Perelman ([1988] 2005, p. 174) lembra que, para a análise, se separam as premissas e a argumentação de modo artificial por pura comodidade, já que existe a argumentação na própria posição das premissas.

Por meio dessas técnicas, o orador constrói seus argumentos de forma estratégica, estabelecendo relações precisas entre os elementos do discurso, com o objetivo de impor-se ao leitor, obrigar que vejam determinadas relações, limitar as interpretações que poderiam ser consideradas, criar contexto, enfim, constitui uma tomada de posição, caracterizando o raciocínio jurídico bem construído. A essa forma de construção de discurso, Perelman ([1988] 2005, p. 178-179) chama de *sindética*. A construção *assindética*, em oposição àquela estrutura, abre mão de qualquer ligação precisa entre as partes e não parece querer impor nenhum ponto de vista.

As modalidades argumentativas¹⁰⁴ do ponto de vista técnico do linguista são quatro:

- (a) a *assertiva*, que convém a qualquer argumentação;
- (b) a *injuntiva*, que se expressa pelo imperativo, não tem força persuasiva, mas é eficaz para aumentar o sentimento de presença e o seu poder vem da ascendência da pessoa que ordena sobre a que executa;

¹⁰³ Expressões ligadas por seu sentido, e não palavras ligadas por um sistema de derivações.

¹⁰⁴ Baseadas no livro de Perelman, *Tratado da argumentação*. ([1988] 2005, p. 179-185).

- (c) a *interrogativa*, que tem uma importância retórica considerável, porque a pergunta supõe a incidência sobre um objeto no qual já existe um acordo. No meio judiciário, tem como objetivo uma confissão sobre um fato real desconhecido de quem questiona (mas se presume a partir de sua existência e de suas condições) ou compelir o adversário a incompatibilidades;
- (d) a *optativa*, que é a que melhor atende à manifestação das normas e aproxima-se do imperativo que expressa um rogo, uma súplica. A ação do voto ‘tomara que ele consiga’ revela (no voto) uma aprovação e, indiretamente, uma norma.

Além dessas modalidades argumentativas, Perelman ([1988] 2005, p. 181) considera que o emprego dos tempos verbais, os pronomes e os artigos também permitem influenciar os auditórios e, por esse motivo, são utilizados de forma argumentativa.

3.2.2.2 Forma do discurso e comunhão com o auditório

A forma de apresentação dos dados tem duas funções: (a) produzir efeitos argumentativos relativos ao objeto do discurso; e (b) oferecer um conjunto de características relativas à comunhão com o auditório. O sistema linguístico que une seus usuários implica em regras formais, explica Perelman ([1988] 2005, p. 185 - 189), mas também aceita diversos estilos, expressões particulares, características de um meio, do lugar que nele se ocupa, de certa atmosfera cultural. O vocabulário, o uso de termos arcaicos, de dialetos funcionam como diferenciadores dos meios, e as linguagem particulares têm um papel de segregação: podem representar uma oposição de classes, representar desprezo pelo objeto que se fala, salientar uma hierarquia, servir como forma de aproximação e tentativa de ganhar a confiança de alguém.

A linguagem está em constante evolução e, quando algumas expressões deixam de ser obrigatórias, por não se aplicarem mais àquele momento, se tornam *clichês*. O clichê é uma expressão estereotipada que se repete e tem como objetivo usar de um meio fácil para se chegar à comunhão com os ouvintes. Nas palavras de Perelman ([1988] 2005, p. 187), o clichê “resulta de um acordo sobre o modo de expressar um fato, um valor, uma ligação de fenômenos ou um relacionamento entre pessoas.” É reconhecido pelo ouvinte que se distancia da expressão por não mais compartilhar todos os pontos de vista daqueles que a aceitam e utilizam e é, ao mesmo tempo, fundo e forma. O ouvinte dá-se conta de que a mesma coisa dita pelo clichê poderia ser dita de outra forma, e melhor dissocia o fundo e a forma, fazendo um recuo no nível da linguagem. Aquele que rejeita os valores expressos pelo clichê toma

recuo no nível do pensamento. Ambos os ouvintes percebem uma inadequação à situação que pode ser utilizada quando a pretensão for de desqualificar raciocínios e oradores.

As *máximas* são outra forma, como os clichês, de uma formulação consagrada importante, ao tentar explicitar mais ou menos uma norma. Elas reúnem a sabedoria das nações e, também, servem para promover essa sabedoria e fazê-la evoluir. Através das máximas, verificam-se quais são os valores aceitos e os processos de sua transferência. Têm uma força muito grande, refletem fortemente na presunção de acordo e sua rejeição deve ser acompanhada de fortes motivos. As máximas conferem ao discurso um caráter ético e é o que qualificaríamos, hoje, de juízos de valor. Os *provérbios* são considerados máximas curtas, populares e de fácil difusão. Perelman ([1988] 2005, p. 188) chama atenção para o fato de que o provérbio “exprime um acontecimento particular e sugere uma norma.” Se a norma é admitida pelo auditório, o provérbio poderá servir de ponto de partida dos raciocínios, porque ele é percebido como uma ilustração da norma.

3.2.2.3 Figuras de retórica e argumentação: escolha, presença e comunhão

As figuras de retórica representam formas de expressão que não se enquadram no comum e são consideradas simples ornamentos que contribuíam para deixar o estilo artificial e floreado. Ao se dedicar às técnicas do discurso persuasivo, Perelman direciona seus estudos para mostrar “*em que e como o emprego de algumas figuras determinadas se explica pela necessidade da argumentação*” ([1988] 2005, p. 190, grifos do autor), deixando de lado a legitimação do modo literário de expressão. Para que a figura de retórica se realize, ela necessita de duas características, aparentemente indispensáveis: (a) uma forma (seja ela, conforme a distinção dos lógicos modernos, sintática, semântica ou pragmática); e (b) um emprego que se distancia do uso normal de expressar-se e, por esse motivo, chama a atenção. E será considerada uma figura *argumentativa* se, causando uma mudança de perspectiva, seu uso parecer normal em relação à nova situação apresentada.

Por outro lado, Perelman ([1988] 2005, p. 192) explica que se o discurso não suscitar a adesão do ouvinte, a figura será recebida como ornamento, como figura de *estilo*, provocando admiração no plano estético ou como testemunho da originalidade do orador. Dessa forma, detectar-se-ão determinadas estruturas aptas a se tornarem figuras, mas não se poderá decidir antecipadamente se elas serão consideradas uma figura e se terão um papel argumentativo. Além disso, constata-se que uma mesma figura (reconhecida através de sua estrutura) não produz, necessariamente, o mesmo efeito argumentativo.

Para ser considerada argumentativa, a figura não precisa sempre acarretar a adesão às conclusões do discurso, sendo suficiente que o argumento seja percebido em seu pleno valor. Algumas estruturas possíveis, conforme descrição de Perelman ([1988] 2005, p. 192- 194), são: a *alusão*, sendo reconhecida em seu contexto, pois sua estrutura não é gramatical e nem semântica, mas acontece em relação a alguma coisa que não é objeto imediato do discurso. Será uma figura, quando a forma de expressão for considerada incomum; no entanto, ela terá, quase sempre valor argumentativo, por trata-se de um elemento de acordo e de comunhão; e a *metáfora*, considerada figura, por ser possível aderir ao seu valor argumentativo, mas, não é considerada uma figura de estilo.

Três efeitos provocados pelas figuras na apresentação dos dados são destacados por Perelman ([1988] 2005, p. 195-203): (a) a imposição ou sugestão de uma *escolha*; (b) o aumento da *presença* e (c) a realização da *comunhão* com o auditório, podendo ser relacionados a fatores bastante gerais da persuasão, quais sejam:

3.2.2.3.1 Figuras de escolha

A interpretação é um dos modos principais da escolha e pode propiciar o acontecimento de figuras argumentativas ou figuras de estilo, entre elas:

- (a) a definição oratória: utiliza a estrutura da definição, não para oferecer o sentido de uma palavra, mas para pôr em destaque alguns aspectos de uma realidade que poderia ser desvalorizado;
- (b) a perífrase: desempenha o mesmo papel que a definição oratória e desdobra-se em *sinédoque* ou *metonímia*, cujas funções não são essencialmente a da escolha, mas podem lhe servir como: “os mortais”, para “os homens”, é uma maneira de enfatizar uma característica específica dos homens. A *antonomásia* é um tipo de sinédoque que toma um nome comum por um nome próprio ou um nome próprio por um nome comum, com o objetivo de não pronunciar um nome próprio ou qualificar alguém de forma útil para a argumentação;
- (c) a prolepse (ou antecipação): sugere, indiretamente, que há motivo para substituir uma qualificação por outra, quando a primeira poderia levantar objeções e, assim, caracteriza-se como figura de escolha;
- (d) a retificação: caracterizada pela hesitação, salienta a legitimidade de uma escolha;
- (e) a correção: legitima uma escolha ao substituir uma palavra por outra.

3.2.2.3.2 Figuras de presença

A figura de presença objetiva tornar presente na consciência o objeto do discurso, quais sejam:

- (a) a onomatopéia: pretende evocar um ruído real (cria ou usa de forma inusitada palavras já existentes) com a intenção de imitação;
- (b) a repetição: favorece a presença; pode agir diretamente ou pode acentuar o fracionamento de um acontecimento complexo de forma detalhada;
- (c) a amplificação: utiliza formas que, normalmente, visam a um objetivo diferente da presença como, por exemplo, na amplificação mediante enumeração das partes e aproxima-se da argumentação quase lógica;
- (d) a sinonímia (ou metábole): repetição de uma mesma ideia utilizando termos diferentes sugerindo uma correção progressiva para proporcionar a presença (forma destinada essencialmente à escolha);
- (e) o procedimento (*interpretatio*): explicita um membro de frase por outro, com o objetivo de aumentar a presença. Figura muito próxima da sinonímia ou metábole;
- (f) o pseudodiscurso direto: dá a conhecer as intenções que se atribuem a alguém ou o que se acredita ser a opinião de outro sobre essas intenções e sempre está relacionado com a hipótese. Pode ser confundido com o ‘eu’ da enálage da pessoa e enálage do número de pessoas (visto mais adiante) e, então, é considerado uma figura de comunhão;
- (g) a hipotipose: brusca passagem do pretérito, que é o tempo da narrativa para o presente, que é o tempo da descrição;
- (h) a enálage de tempo: substituição sintática de um tempo para outro contrário às ligações normais.

3.2.2.3.3 Figuras de comunhão

São representadas pelas seguintes figuras:

- (a) alusão: um acontecimento do passado, um uso ou um fato cultural em que o conhecimento é particular dos membros de um grupo em que o orador quer criar essa comunhão (“algo” evocado);

- (b) citação: caracteriza-se quando não serve para apoiar o que se diz com o peso de uma autoridade e que é a sua função normal. Aqui, consideram-se citações as máximas e os provérbios;
- (c) apóstrofe e interrogação oratória: quando não tem o objetivo de informar-se ou garantir um acordo;
- (d) comunicação oratória: o orador pede ao adversário e ao juiz para que reflitam sobre a situação em que está, convidando-os a participar da deliberação ou tentando confundir-se o auditório;
- (e) enálage da pessoa e enálage do número de pessoas: no primeiro caso, é a permutação do 'eu' ou do 'ele' pelo 'tu' e faz com que o ouvinte acredite ver a si mesmo na argumentação do orador. No segundo caso, é a permuta do 'eu' e do 'tu' pelo 'nós'.

A modificação do estatuto dos elementos do discurso é uma consequência dos efeitos da apresentação de dados. Os tipos de objetos de acordo são compostos por elementos de diversas categorias e usufruem de diferentes privilégios. Os fatos, as verdades e as presunções referem-se ao auditório universal; enquanto os valores, as hierarquias e os lugares tem ligação com o auditório particular. Há um grande interesse a respeito da fixação do estatuto dos elementos utilizados, da transposição de certos elementos a outra categoria e da possibilidade de enfatizar mais um tipo de objeto de acordo do que outro, explica Perelman ([1988] 2005, p. 203). Isso porque a deficiência desses diferentes objetos não são vinculadas às mesmas condições.

Apesar de se presumir que o orador e seu auditório reconhecem o mesmo estatuto para os elementos do discurso, isso desaparece quando surge uma divergência explícita. Além disso, em diversas situações o orador se esforça para direcionar o debate ao estado em que lhe parece mais favorável modificando, se for preciso, o estatuto de determinados dados. E é aqui que a apresentação tem um papel fundamental. O orador poderá, também, defender que os elementos que ele utiliza em seu discurso têm o estatuto mais elevado, usufruindo de um acordo com maior amplitude do que os demais.

Diante desse quadro, Perelman ([1988] 2005, p. 203-205) conclui que o estatuto de valor será atribuído aos sentimentos pessoais e o estatuto de fato será atribuído aos valores. Afirma que os sentimentos e impressões pessoais são apresentados, em geral, como juízos de valor amplamente compartilhados. Juízos de valor e sentimentos, mesmo que exclusivamente subjetivos, podem ser transformados em juízo de fato, através de artifícios de apresentação como, por exemplo, substituindo a qualificação “mentiroso” por “pessoa com uma disposição

para induzir cientemente em erro”, dando a impressão de ter transformado o juízo de valor em juízo de fato. A nova forma do enunciado aparenta ser mais precisa, insistindo em suas condições de verificação com o objetivo de evitar uma apreciação desfavorável.

Ao serem atribuídos a alguém, os juízos de valor também podem se transformar em expressão de fatos com o objetivo de dar peso ao enunciado ou limitar seu alcance: uma norma baseada na autoridade de uma célebre personagem corre o risco de se transformar em um simples fato cultural. Apresentar como fato de experiência o que é, na verdade, a conclusão de uma argumentação e qualificar a solução considerada melhor como sendo a única que permite uma transposição análoga do juízo de valor em juízo de fato, também são técnicas utilizadas para modificar o estatuto dos elementos no discurso.

Em determinadas situações, o desacordo de valores é apresentado como desacordo sobre os fatos, uma vez que é mais fácil retificar um juízo de valor que não se aprova, com vistas a retificar um erro material. Esse desacordo, segundo Perelman ([1988] 2005, p. 205), sustenta-se numa informação insuficiente que basta ser completada para que a pessoa mal informada mude sua opinião. Diante de uma lei contestada, seu valor aumentará se for declarado que, se ela foi transgredida, só aconteceu por ignorância. É um modo de argumentar dissimulado e, então, se um condutor de veículo não utilizar cinto de segurança e for abordado pela autoridade de trânsito, justificará que não tinha conhecimento dessa norma. A transposição de valores em fatos pode ser facilitada pela figura da *metalepse* quando, por exemplo, troca-se o enunciado “ele esquece os favores” por “ele não é reconhecido”. Essa figura é uma maneira de atribuir uma conduta a um fenômeno de memória, permitindo ao interlocutor alterar sua atitude, parecendo ter somente melhorado seu conhecimento sobre os fatos.

Até aqui, apresentaram-se figuras que evidenciam o estatuto de determinados objetos de acordo. Contudo, pode-se querer, também, a diminuição do estatuto de certos objetos de acordo na apresentação das premissas. A negação de um fato será transformada em juízo de apreciação para, de acordo com Perelman ([1988] 2005, p. 206), minimizar a seriedade de uma oposição a um fato ou a deturpação da verdade, ou, ainda, minimizar as normas para serem consideradas apenas caprichos.

Reduzir a argumentação a juízos de valor para deixar explícito que as únicas que importam são as divergências de valor, e é nelas que o debate deve se ater, é o caso mais

interessante de transposição¹⁰⁵, destaca Perelman ([1988] 2005, p. 207). Ocorre com pouca frequência e de forma não tão clara, a vontade de abreviar o debate a uma questão de valores. No entanto, não é raro acontecer que, de forma voluntária, somente valores sejam postos no primeiro plano. Perelman ([1988] 2005, p. 208) finaliza explicando que o estatuto dos objetos de acordo e suas modificações, a partir da maneira que os dados são utilizados, vai ao encontro do que o autor já afirmou, a respeito da solidez e da precariedade, a um só tempo, dos pontos de sustentação da argumentação: os objetos de acordo somente são reconhecidos em um contexto completo.

3.2.2.3.4 *Os objetos dos acordos*

Os objetos dos acordos podem servir de *premissas da argumentação* e são divididos em duas categorias, nos termos de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 74): (a) a categoria do *real* abrangendo os fatos, as verdades, as presunções e tem pretensões de validade para um auditório universal e (b) a categoria do *preferível*, comportando os valores, as hierarquias e os lugares do preferível, somente podendo identificar-se com um auditório particular.

As premissas da argumentação, por sua vez, não têm a pretensão de provar ou demonstrar a verdade, mas, tão somente, transferir para a conclusão a adesão outorgada a elas, conforme tratado a seguir.

3.2.2.3.5 *Categoria do real: os fatos, as verdades e as presunções*

A seguir, disserta-se acerca dos fatos, das verdades e das presunções que são objetos de acordo com o auditório universal e pertencem ao real:

(a) os fatos

A definição de *fato* não abrange um determinado dado concreto em todos os tempos e em todos os lugares, uma vez que é impossível tal situação. Na argumentação, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 75) “a noção de ‘fato’ é caracterizada unicamente pela idéia (sic) que se tem de certo gênero de acordos a respeito de certos dados.” É o que chamam de auditório universal e é, a partir dele, que se decidirá o que é um fato em uma ou outra situação concreta. A

¹⁰⁵ Perelman ([1988] 2005, p. 208) esclarece que utilizou o termo ‘transposição’ propositadamente, por ser ambíguo, e marcar que ele pode se referir tanto a uma simples transferência de acordo como uma modificação profunda.

adesão ao que é considerado fato nesse auditório não precisa ser reforçada através da argumentação pois já é aceito por todos.

Nenhum enunciado tem o privilégio de ser absoluto, já que o acordo sempre é passível de questionamentos. Assim, há duas formas normais para que um acontecimento perca o estatuto de fato ressaltam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 76): “quando são levantadas dúvidas no seio do auditório ao qual ele foi apresentado e quando se amplia esse auditório, acrescentando-lhes outros membros cuja qualidade para julgar é reconhecida e que não admitem que se trata de um fato.” E no segundo caso, explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 76), é possível se comprovar de forma eficaz que “o auditório que admitia o fato é apenas um auditório particular, a cujas concepções se opõem a dos membros de um auditório ampliado.”

Para a argumentação, o *fato* só é considerado uma premissa quando não controverso e basta ser questionado para perder sua condição de aceitação. Quando o fato é utilizado como conclusão de uma argumentação e não como ponto de partida, ele também perde esse estatuto.

(b) as verdades

As *verdades* são sistemas mais complexos, relativos a ligação entre os fatos e, aplicando-se a elas o que é dito sobre os *fatos*. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 77) explicam que “tratam-se de teorias científicas ou de concepções filosóficas ou religiosas que transcendem a experiência.” A relação entre fato e verdade vai depender da concepção de cada auditório.

(c) as presunções

As *presunções* são admitidas pelos auditórios como os fatos e as verdades, mas dependem de um reforço, uma vez que não são absolutas em um acordo universal. Estão vinculadas, em cada caso particular, ao normal e ao verossímil. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 79) citam alguns exemplos de presunções que se usam habitualmente: (a) a qualidade de um ato manifesta a da pessoa que o praticou; (b) a credulidade natural, que faz com que nosso primeiro movimento seja acolher como verdadeiro o que nos dizem e que é admitida enquanto e na medida em que não tivermos motivo para desconfiar; (c) o interesse,¹⁰⁶ segundo a qual concluímos que

¹⁰⁶ Também em Perelman ([1977] 1997, p. 47).

todo enunciado levado ao nosso conhecimento supostamente nos interessa; e (d) a presunção referente ao caráter sensato de toda ação humana.

Para cada comportamento, há um aspecto normal que serve de base para os raciocínios, e seu efeito mais imediato é a imposição da obrigação da prova a quem quiser se opor à sua aplicação; ao contrário daquele que tem a prerrogativa da presunção e que fica dispensado de realizar qualquer prova. De uma forma mais geral, para cada categoria de fatos, especialmente para cada categoria de comportamento, existe um modo de ser considerado normal. Como uma presunção genérica, todos os auditórios admitem que, até prova em contrário, presume-se que o normal é o que aconteceu ou vai acontecer.

O normal, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 80), varia em diversos aspectos, mas é “uma base com a qual podemos contar em nossos raciocínios [...] abrange mais amiúde, ao mesmo tempo e de uma forma diversamente acentuada, conforme os casos, as idéias de médias, de modo e, também, de parte mais ou menos extensa de uma distribuição.” No que diz respeito ao comportamento de um grupo de indivíduos, a presunção tem mais relação com o *modo* do que com a *média* quando se procura a base para o habitual. Ademais, a noção costumeira de normal, além de ser um objeto de acordo, vai sempre depender de um acordo implícito a respeito do grupo de referência (da categoria total em consideração à qual ele se determina).

3.2.2.3.6 Categoria do preferível: os valores, as hierarquias e os lugares

São objetos de acordo que pretende a adesão de um grupo particular:

(a) os valores

Os *valores* estão vinculados à ideia de uma multiplicidade de grupos, ao pensá-los como objetos de acordo com que permitem uma comunhão sobre os modos particulares de agir. Estar de acordo acerca de um valor, a partir de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 84), é “admitir que um objeto, um ser ou um ideal deve exercer sobre a ação e as disposições à ação uma influência determinada, que se pode alegar numa argumentação, sem se considerar, porém, que esse ponto de vista se impõe a todos.” São divididos por Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 87-90) em (a) concretos e (b) abstratos e

afirmam que a argumentação se baseia em ambos, de acordo com cada situação e, muitas vezes, com difícil distinção entre eles.

Os *valores concretos* vinculam-se a um ente vivo, a um grupo determinado, a um objeto particular, examinados em sua unicidade. Os *valores abstratos* são vagos e precisam ser comparados a valores concretos para se realizarem como, por exemplo, as noções de fidelidade, de lealdade, de solidariedade e de disciplina. Na argumentação, não se dispensa nenhum dos tipos de valores porque, de acordo com cada caso, eles serão subordinados a um ou ao outro. Para Aristóteles, exemplifica Perelman ([1977] 1997, p. 51), o amor à verdade, valor abstrato, é superior à amizade devida à Platão, valor concreto. Além disso, para Perelman ([1977] 1997, p. 51), os raciocínios fundados sobre valores concretos, parecem característicos de uma sociedade conservadora; enquanto os valores abstratos, facilmente submetidos a críticas, estariam vinculados a justificação da mudança, ao espírito revolucionário.

Uma mesma realidade (grupo social, por exemplo) será tratado ora como valor concreto e único, ora como uma multiplicidade de indivíduos que serão postos em oposição a um só ou a alguns, a partir de argumentações, por meio do número, às quais qualquer noção de valor concreto é totalmente alheia. Muitas vezes, os valores concretos são utilizados para fundar os valores abstratos e vice-versa;

(b) as hierarquias

A argumentação baseia-se, também, nas *hierarquias*, sendo que as admitidas apresentam-se sob quatro aspectos, seguindo a organização de Perelman ([1977] 1997, p. 52):

- as hierarquias *concretas*: manifestam a superioridade dos homens sobre os animais;
- as hierarquias *abstratas*: manifestam a superioridade do justo sobre o útil;
- as hierarquias homogêneas: baseiam-se sobre as quantidades, em que terá preferência a quantidade maior de um valor positivo e, simetricamente, uma quantidade menor, de um valor negativo;
- as hierarquias heterogêneas: relacionadas a valores diferentes (o respeito à verdade é superior à amizade).

Do ponto de vista de um esquema argumentativo, a hierarquia de valores é mais importante do que os próprios valores, porque dentro de um auditório os mesmos valores são aceitos, podendo variar a intensidade com que cada um os aceita. E é justamente nesse ponto que o orador pode utilizar-se dos valores, sem justificar sua preferência a cada um. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 92) manifestam-se no sentido de que os valores, mesmo que admitidos por vários auditórios particulares, o são com maior ou menor força, e a “intensidade da adesão a um valor, em comparação com a intensidade com a qual se adere a outro, determina entre esses valores uma hierarquia que se deve levar em conta.”

A obrigatoriedade na hierarquização dos valores acontece porque a procura simultânea de valores cria uma incompatibilidade, sendo necessário fazer escolhas e, como consequência, sacrificar um deles.

(c) os lugares

Os *lugares* servem para fundamentar valores ou hierarquias ou para reforçar a intensidade da adesão que eles provocam. São considerados premissas de ordem muito geral, tendo a função análoga ao das presunções. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 94-95) destacam que dos lugares “derivam os Tópicos, ou tratados consagrados ao raciocínio dialético.” Chamam de *lugares comuns* as premissas de ordem geral que permitem fundar valores e hierarquias que intervêm para justificar a maior parte de nossas escolhas; e de *lugares específicos*, o que se refere ao que é preferível em domínios particulares¹⁰⁷. Os lugares, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 90), “formam um arsenal indispensável, do qual, de um modo ou de outro, quem quer persuadir outrem deverá lançar mão”. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 97-108) explicam que determinados lugares são levados em conta por todos os auditórios sendo eles os principais:

- *lugares de quantidade* (alguma coisa é melhor do que a outra por razões quantitativas e mostrando eficiência): um maior número de bens é preferível a um menor número, o bem que serve a um maior número de fins é preferível ao que só é útil ao mesmo grau, um mal duradouro é maior do que um mal passageiro, o provável sobre o

¹⁰⁷ Aristóteles distinguia os *lugares-comuns* (servem indiferentemente em qualquer ciência) e os *lugares específicos* (próprios de uma ciência particular ou de um gênero oratório bem definido). Os lugares-comuns atuais são a aplicação dos lugares-comuns aristotélicos a temas particulares. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA [1988] 2005, p. 94-95).

improvável, o fácil sobre o difícil, ao que há menos risco de nos escapar. A superioridade do que é admitido pelo maior número fundamenta determinadas concepções de democracia e, também, as concepções da razão que assimilam esta ao *senso comum*. Um bem também terá sua validade geral reconhecida, quando seu uso não se tornar dispensável por qualquer outro bem.

O normal que se apresenta com frequência é objeto de um dos lugares usados com mais regularidade, permitindo a passagem do que se faz com o que se deve fazer (o normal para a norma) de forma muito natural, e a argumentação será necessária quando se trata do anormal, conforme explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 100):

A passagem do normal à norma é um fenômeno deveras corrente, que parece ser natural. É a dissociação dos dois e sua oposição mediante a afirmação da prioridade da norma sobre o normal, que necessita de uma argumentação que a justifique: essa argumentação tenderá à desvalorização do normal, o mais das vezes pelo uso de outros lugares que não os de quantidade.

O que é incomum, excepcional é motivo de desconfiança até que demonstre o seu valor;

- *lugares de qualidade* (é único ou raro, e adquire um valor qualitativo em relação à multiplicidade quantitativa do diverso): aparece na argumentação quando se questiona a qualidade do número. O valor do único, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 102), “pode exprimir-se por sua oposição ao comum, ao corriqueiro, ao vulgar”, e representa a forma de desvalorizar o múltiplo oposto ao único. O raro se relaciona, principalmente, ao objeto; enquanto o difícil, ao sujeito como agente. O valor qualitativo é a precariedade indicando que tudo o que está em risco ganha um valor superior aos demais. Esse é o lugar da oportunidade: cada coisa é preferível no instante em que tem mais importância.

O lugar do irreparável, de acordo com seus fundamentos, relaciona-se com a quantidade ou com a qualidade. Na quantidade, é a certeza de que os efeitos, intencionais ou não, se prolongarão indefinidamente: é a duração infinita do tempo que se dissipa depois que o irreparável tiver sido feito ou identificado. Na qualidade, ao acontecimento que se denomina como irreparável, será conferida a unicidade. O irreparável não pode ser repetido, pontuam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 103), e é esse medo de não repetição que faz aparecer o seu valor.

Destaca-se que um mesmo objetivo pode ser alcançado com o auxílio de lugares muito diversos; contudo, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 108), “o uso de certos lugares ou de certas argumentações não caracteriza necessariamente um determinado meio cultural, mas pode resultar, o que aliás costuma acontecer, da situação argumentativa particular em que se está.” A situação argumentativa é imprescindível para tornarem certos quais os lugares aos quais serão empregados e abrange, de forma complexa, e ao mesmo tempo, o objetivo a que se busca e os argumentos com os quais há o perigo de se chocar. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 109) explicam que esses dois elementos estão intimamente ligados visando, “[...] a um só tempo a transformação de certas convicções e a réplica a certos argumentos, transformação e réplica, que são indispensáveis ao desencadeamento dessa ação.”

As situações de relação entre os lugares de qualidade e de quantidade com os demais são apresentadas por Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 110):

- *lugares de ordem*: podem relacionar-se com os lugares de quantidade, nos quais o anterior é considerado mais estável, mais geral; e com os lugares de qualidade, nos quais o princípio será considerado original, com uma realidade superior, determinante das possibilidades extremas de um desenvolvimento; se o antigo for valorizado por ter perdurado muito tempo e personificar uma tradição, o novo será valorizado por ser original e raro;

- *lugares do existente*: podem relacionar-se com os lugares de quantidade, quando vinculados ao estável, ao habitual, ao normal e, como real, fundamentam os lugares de quantidade e dão sentido ao duradouro e ao que se impõe universalmente; e com os lugares de qualidade, quando vinculados ao único e ao precário - o valor do existente é retirado do fato de impor-se enquanto vivência, enquanto irreduzível a qualquer outro objeto, enquanto atual;
- *lugares da essência*: podem relacionar-se com o normal: é o único a aceitar que os pensadores empiristas constituam padrões, estruturas; ou com o ideal: é o único fundamento válido de toda a normalidade para os racionalistas: o arquétipo abstrato;
- *lugares da pessoa* (vinculados à sua dignidade, ao seu mérito, à sua autonomia): conferem valor ao que é feito com cuidado e requerem um esforço. Os lugares a serem utilizados definem-se a partir da situação argumentativa e consideram, ao mesmo tempo, o objetivo a que se deseja chegar e os argumentos nos quais correm o risco de se chocar. Vários fatores influenciam na escolha do lugar (atitude do adversário, efeito da escolha com relação a uma ação que irá acontecer). Podem ser baseados nos lugares da essência, da autonomia, da estabilidade, na unicidade e da originalidade.

As ligações e justificações dos lugares podem resultar de uma tomada de posição metafísica e, assim, representar uma visão de mundo ou podem ser apenas ocasionais. De acordo com os ensinamentos de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 111), o espírito clássico prefere a primazia concedida aos lugares da quantidade e a tentativa de restringir a esse ponto de vista todos os outros lugares. Considera-se superior e fundamento de valor o que é universal e eterno, o que é racional e comumente válido, o que é estável, duradouro, essencial, o que interessa a um maior número. O espírito romântico, ao contrário, se reduz aos lugares de qualidade. São lugares românticos o único, o original e o novo, o distinto e o marcante na história, o precário e o irremediável.

O *lugar da pessoa*, que é uma premissa da argumentação, trata justamente da dignidade que está prevista como um direito a

ser protegido na Constituição, e é mencionado ao se falar da violação dos direitos da pessoa que acarretam a responsabilidade civil. É um *lugar comum* aceito pelo auditório universal, de forma subjetiva, e que não precisa de grandes esforços argumentativos, uma vez que já faz parte do acordo entre as partes. Quando tratamos sobre o dano moral pela perda de uma chance no âmbito do Direito do Trabalho, os objetos do acordo acerca dos auditório universal e do particular poderão assim ser entendidos:

- i. os *atos* podem ser jurídicos ou ajurídicos. Para que sejam alcançados pelo ordenamento jurídico, não podem ser um acontecimento natural, mas um fato relevante que crie uma obrigação. O *lugar comum* reconhece que não se deve violar a dignidade da pessoa humana, ou que se deve respeitar o íntimo dela. O fato de desrespeitar o indivíduo ao ponto de ele perder uma chance é considerado um fato relevante para o Direito e caracteriza-se como um fato jurídico. As *verdades* fazem as ligações entre os fatos e dependem do entendimento de cada auditório. No caso específico da responsabilidade civil na legislação brasileira, ela é reconhecida porque é um fato relevante e, portanto, é considerada uma verdade dentro do ordenamento jurídico (aquele que causar dano a outrem é obrigado a repará-lo). As *presunções* são o caráter 'normal' das pessoas, é o que se espera delas ao respeitarem umas às outras;
- ii. Os *valores* caracterizam-se com o entendimento de que, se alguém desrespeitar outra pessoa, as disposições de sua ação interferem no fato jurídico caracterizador do dano moral pela perda de uma chance. As *hierarquias* tratam da intensidade dos valores admitidos pelo auditório: a violação do íntimo do indivíduo vale mais do que o regulamento da empresa. Os *lugares do preferíveis* são as premissas de ordem geral responsáveis por nossas escolhas como respeitar a dignidade das pessoas.

3.2.2.3.7 Os lugares específicos do Direito (tópicos jurídicos)

Os princípios gerais de direito¹⁰⁸ e as máximas (ou adágios)¹⁰⁹ auxiliam o raciocínio judiciário para a construção de uma dialética, em que se tenta conciliar o respeito ao sistema com o caráter sensato de uma decisão. Os tópicos jurídicos referem-se aos lugares *específicos* de Aristóteles, tratados em sua obra *Tópicos*, e dizem respeito a matérias particulares. Na década de 1960, relata Perelman ([1979] 2004, p.119-120), Gerhard Sturck organizou um catálogo enumerando sessenta e quatro lugares específicos do Direito, destacando-se a importância dos tópicos jurídicos.

Algumas amostras desse catálogo são apresentadas por Perelman ([1979] 2004, p. 121-125) e indicam princípios gerais de direito ou máximas, esclarecendo que esses lugares específicos “não passam de argumentos, que são encontrados em todos os ramos do Direito e dão o alcance real ao raciocínio jurídico que não quer limitar-se à citação de textos.” São adágios latinos:

- (a) *lex posterior derogat legi priori* (a lei posterior revoga a lei anterior);
- (b) *lex specialis derogat legi generali* (a lei especial derroga a lei geral);
- (c) *res judicata pro veritate habetur* (coisa julgada é tida como verdade);
- (d) *de minimis non curat praetor* (o pretor não se ocupa de questões insignificantes);
- (e) *ne ultra petita* (a condenação não pode ultrapassar o pedido);
- (f) *et audiatur altera pars* (é necessário também ouvir a parte contrária);
- (g) *in dubio pro reo* (em caso de dúvida, a favor do réu ou da liberdade);
- (h) *nemo plus iuris transferre potest quam ipse haberet* (ninguém pode transferir mais direito do que tem);
- (i) *casum sentit dominus* (o proprietário arca com o prejuízo resultante do acaso);
- (j) *quisquis praesumitur bonus* (todos são presumidamente bons ou inocentes);
- (k) *venire contra factum proprium* (não se pode insurgir contra as consequências do feito próprio);
- (l) *jura scripta vigilantibus* (a negligência não pode ser motivo de escusa);
- (m) a simples possibilidade de dúvida não pode ser determinante: para a convicção do juiz, é preciso contentar-se com um grau de certeza para a vida prática;

¹⁰⁸ Os princípios gerais de direito são reconhecidos como regras de direito obrigatórias na ausência de qualquer texto escrito. Para ter o caráter de regra, deve ser ‘declarado’ por uma instância judiciária que estabelece seu alcance e limite. Dentro do possível, é mais detalhado, enquanto as máximas são vagas. (PERELMAN, [1979] 2004, p. 118).

¹⁰⁹ As máximas são frases concisas, sínteses breves resultantes da experiência e da tradição, cujo crédito se deve à sua antiguidade e à sua forma de lapidar. (PERELMAN, [1979] 2004, p. 119).

(n) *favor legitimatis* (o direito favorece o que é legítimo).¹¹⁰

A seguir, Perelman ([1979] 2004, p. 125-128) apresenta regras originárias do alemão¹¹¹, que se relacionam a uma concepção moderna de Direito:

- (o) as exceções têm interpretação restrita;
- (p) *einmal ist kein Mal* (aquilo que só acontece uma vez não conta);
- (q) na dúvida deve-se dividir em partes iguais;
- (r) em uma divisão, recorrer-se-á, em último recurso ao sorteio;
- (s) quem cometeu uma falta deve arcar com suas consequências;
- (t) o direito exige sanções;
- (u) a chicana (abuso do direito) é proibida;
- (v) a confiança (boa-fé) merece proteção;
- (x) a arbitrariedade é proibida.

Além dos adágios e princípios, Struck apresenta outros lugares jurídicos que devem ser considerados pelo legislador e também pelo juiz na aplicação do Direito, estabelece Perelman ([1979] 2004, p. 129), e dizem respeito à compensação, à responsabilidade, à iniciativa, à prioridade, à igualdade, à autonomia de vontade, aos padrões, à proteção dos comportamentos habituais, à proporcionalidade, ao praticável, ao perigo de abuso, à finalidade, ao interesse, ao interesse geral, à proteção social, ao interesse econômico, ao princípio de ordem, à segurança jurídica e à possibilidade de abreviar os procedimentos nos casos evidentes.

A maior liberdade de interpretação dada ao julgador pelos tópicos jurídicos permite uma expansão de argumentos para apresentar uma solução razoável, todavia sem se aproximar da arbitrariedade. A escolha da técnica de interpretação acontece a partir do caso particular, com o objetivo de se chegar à decisão mais justa, razoável e equitativa. Por esse motivo, tal escolha não é uma consideração de ordem geral, válida sempre e em todo o lugar. Os tópicos jurídicos permitem elaborar uma metodologia jurídica influenciada pela prática, que guia o raciocínio jurídico e se esforça em conciliar o direito, a razão e a justiça, finaliza Perelman ([1979] 2004, p. 131).

3.3 TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS APRESENTADAS PELA NOVA RETÓRICA

¹¹⁰ Das letras (a) até (m) são adágios latinos.

¹¹¹ Em função do grande número de regras ordinárias alemãs, Perelman apresenta algumas, das quais reproduzimos um pequeno número.

A argumentação, por ser uma questão de adesão com uma intensidade variável de teses por auditórios variados, diz respeito ao *status* dos argumentos que intervêm em determinada argumentação e que não pode ser invariável, como acontece no sistema formal. Perelman esclarece que os dados, em sentido amplo, representam a discussão referente a sua interpretação e, de uma forma mais particular, referem-se ao sentido e ao alcance dos termos utilizados na descrição dos dados, podendo ser discutidos ao lado dos fatos e das verdades: “Na medida em que os mesmos dados podem ser variavelmente qualificados, inserindo-os em categorias em que o acordo não está definido antecipadamente, um enunciado que os utiliza resulta em uma escolha que não pode mais ser discutida.” ([1977] 1997, p. 75-76, tradução nossa)¹¹².

O sistema é bem definido no que diz respeito à demonstração, ao contrário da argumentação, em que se parte de um *corpus* frequentemente mal definido, e as teses nas quais são baseados podem ser subentendidas ou implícitas. Perelman ([1977] 1997, p. 76) defende que os argumentos que apoiam uma tese são mais ou menos fortes da mesma forma que os argumentos apresentados na tese oposta e não implicam, necessariamente, sobre a conclusão, dependendo da apreciação dos argumentos prós e contras e, ainda, com o valor da solução que se apresenta aos problemas em discussão.

As técnicas argumentativas podem ser de *ligação* ou de *nexo* e de *dissociação*. Serão de *ligação*, quando se transfere para a conclusão a adesão concedida às premissas; e de *dissociação*, quando separa elementos habitualmente relacionados na linguagem ou na tradição aceita. A Nova Retórica recepciona três tipos de argumentos de ligação: (a) os argumentos quase lógicos, (b) os argumentos baseados na estrutura do real e (c) os argumentos fundados na estrutura do real¹¹³.

O sentido e o alcance de um argumento isolado dificilmente é identificado sem ambiguidades, esclarecem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 211), porque, para compreender o sentido de um texto, deve-se conhecê-lo integralmente, sendo o argumento apenas um elo dentro do esquema argumentativo. Além disso, segundo Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 211), os móveis de uma argumentação quase nunca são explicitados e, para identificarmos um esquema argumentativo, deve-se interpretar as palavras do orador e, principalmente, suprimir os elos faltantes dessa cadeia.

¹¹² No original: “En la medida en que un mismo dato puede ser calificado de manera variable, instertándolo en categorías sobre las cuales el acuerdo no está establecido por anticipado, un enunciado que lo utiliza resulta de una escogencia que no puede ser más que discutida.”

¹¹³ Alguns autores criticam essa classificação, considerando ela confusa, no entanto isso é dirimido nas obras de Perelman *Lógica jurídica* ([1979] 2004, p. 174) e *El império retórico* ([1977] 1997, p. 77).

Na sequência, apresentam-se os tipos de argumentos da Nova Retórica de forma isolada para, no Capítulo 4, analisar o argumento persuasivo e seus efeitos na leitura dos acórdãos, explicando melhor o efeito prático da argumentação.

Um assunto relacionado à área jurídica refere-se a um auditório especializado, e as crenças, habitualmente admitidas em uma determinada sociedade e chamadas de *senso comum*¹¹⁴, não se aplicam totalmente a essa disciplina. O auditório do Direito possui uma linguagem técnica que lhe é própria e não compreensível para muitos de um auditório mais geral. Para transitar em uma disciplina particular, é necessário o conhecimento das regras e técnicas, além das noções específicas nesse âmbito. Como a argumentação jurídica desenvolve-se no interior de um sistema definido, somente terá uma consequência jurídica o que nele está definido.

Nos processos judiciais, por sua vez, somente é possível caracterizar o dano moral pela perda de uma chance se o Direito o reconhecer como tal. Vale registrar a lição de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 115):

Em direito, existem ficções que obrigam a tratar uma coisa, mesmo que não exista, como se existisse ou a não reconhecer como existente alguma coisa que existe. O que é admitido como um fato de senso comum pode ficar privado de qualquer consequência jurídica.

Os esquemas de argumentação caracterizados por processos de (a) ligação e (b) de dissociação, são técnicas complementares que operam conjuntamente, todavia uma pode ser mais saliente que a outra. Os processos de *ligação*, na esteira do que dissertam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 215), são “esquemas que aproximam elementos distintos e permitem estabelecer entre estes uma solidariedade que visa, seja estruturá-los, seja valorizá-los positiva ou negativamente um pelo outro.” Os processos de *dissociação*, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 215), são técnicas de ruptura com o objetivo de separar elementos considerados um todo e têm, como consequência, transformar o sistema ao modificar algumas das noções que constituem suas bases.

3.3.1 Os argumentos quase lógicos

Esses argumentos são comparáveis a raciocínios formais, lógicos ou matemáticos, mas são diferentes na medida em que os argumentos tem uma aparência demonstrativa, por

¹¹⁴ Senso comum é equivalente ao conhecimento não teórico. No senso comum pode haver algum lugar-comum, mas nem sempre. Alguns autores utilizam lugar-comum e senso comum como sinônimos.

conta de um esforço de redução ou de precisão de natureza não-formal. A argumentação somente será transformada em uma demonstração coercitiva se forem determinados todos os termos utilizados, eliminar toda a ambiguidade e impedir que o raciocínio tenha múltiplas interpretações. Os lógicos formais entendem que se trata de um erro lógico, contudo essa afirmação só se sustenta quando se utiliza o caminho demonstrativo, defende Perelman ([1977] 1997, p. 81). No processo argumentativo não existem demonstrações corretas ou incorretas, mas sim, de argumentos mais ou menos fortes e que, dependendo do caso, podem ser reforçados com outros tipos de argumentos.

Nesse sentido, Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 219-220) explicitam que os argumentos quase lógicos tem *aparência* de demonstração, uma vez que, primeiro, se evidencia o esquema formal que serve de molde à construção do argumento, depois, realizam-se operações de redução (esforço mental para reduzir ao formal) para inserir os dados que os tornam comparáveis. Essa argumentação se apresenta de uma forma mais ou menos explícita e se organiza de duas formas, nos termos indicados por Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 220): (a) os argumentos quase lógicos que apelam para as estruturas lógicas (contradição, identidade total ou parcial, transitividade) e (b) os argumentos quase lógicos que apelam para as relações matemáticas (parte com o todo, do menor com o maior, frequência).

3.3.1.1 Contradição e incompatibilidade

A *contradição*, dentro de uma asserção ou sua negação, torna o sistema incoerente e sem utilidade. Na lição de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 222), no sistema lógico, os enunciados são unívocos e os signos, por sua combinação, e seguindo determinadas regras, resolvem as contradições. Já na argumentação, dificilmente os enunciados são considerados contraditórios, pois podem ser interpretados com diferentes sentidos, devendo ser feito um exercício de leitura para verificar o sentido de acordo com as condições de uso.

As teses incompatíveis, explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 222), são diferentes daquelas contraditórias¹¹⁵, uma vez que dependem da natureza das coisas ou de uma decisão humana. A argumentação através dos argumentos quase lógicos defende a incompatibilidade de teses e não sua contradição. Para evitar a incompatibilidade dos argumentos quase lógicos, asseveram Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 224-225), preocupa-se de antemão com os problemas que podem surgir, através de uma atitude

¹¹⁵ Na lógica, defende-se que a contradição tem os mesmos pressupostos que a incompatibilidade, porque quando da apresentação de uma assertiva e sua negação, é necessário escolher uma das asserções ou renunciar às duas.

lógica; ou os problemas podem ser resolvidos à medida que vão surgindo, e essa é a atitude do homem *prático*; ou, ainda, adota-se uma atitude *diplomática*, em que se inventam procedimentos para evitar que a incompatibilidade apareça, ou para remeter a um momento mais oportuno as decisões a tomar. As atitudes *lógica*, *prática* e *diplomática* são consideradas procedimentos para evitar a incompatibilidade.

Num sistema formalizado, duas proposições são admitidas como contraditórias quando, sendo uma a negação da outra, pressupõe-se que ambas podem ser aplicadas à mesma situação, criando a necessidade de escolher entre uma das teses. Uma das técnicas que mostra a incompatibilidade fundamenta-se em afirmar que, se duas teses podem ser aplicadas ao mesmo objeto, se ambas se excluem, ao menos uma é sempre aplicável, o que torna inevitável o conflito entre as duas teses. As duas teses tornar-se-ão compatíveis se o conflito é evitado através de uma divisão no tempo ou uma divisão quanto ao objeto. Se todos os enunciados de uma pessoa forem tratados como um único sistema e ela fizer duas afirmações em épocas diferentes de sua vida, podem ser apresentadas como incompatíveis. Se as diversas épocas da vida dessa pessoa não forem tratadas como solidárias umas com as outras, a incompatibilidade deixa de existir.

As normas também podem ser incompatíveis quando uma delas regulamentar um acontecimento que a outra exclui; ou, ainda, a partir das consequências de uma única regra. Podem apresentar-se em diversas modalidades, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 231), e são chamadas de *autofagia*: “A generalização de uma regra, sua aplicação sem exceção, conduziria ao impedimento de sua aplicação, à sua destruição.” Outra situação que pode levar a autofagia é aquela em que não se opõe um enunciado ao ato pelo qual é afirmado, mas em que se aplica a regra ela mesma, resultando em uma autoinclusão; e, também, aquela que opõe uma regra às consequências que parecem dela decorrer. As incompatibilidades reveladas na autofagia enfraquecem uma tese e podem levar o orador ao ridículo.

3.3.1.2 O ridículo e a argumentação

O ridículo é uma arma poderosa contra aqueles que podem abalar os argumentos do orador. É utilizada quando se defendem duas teses incompatíveis e não existe um esforço para corrigi-las, situação que Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 235) caracterizam como sendo uma *sanção pelo riso*. Nas palavras de Feltes (2003, p. 267), “é ridícula a afirmação que conflitar, sem justificativa, com uma opinião reconhecida, admitida.” Outra

forma de representar o ridículo é argumentar contra um acordo admitido em uma determinada sociedade que, inclusive, o orador não iria contrariar. As incompatibilidades, normalmente, se apresentam para serem resolvidas; contudo, a solução não está dada *a priori*.

Uma das formas mais características para levar a argumentação do opositor ao ridículo é a *ironia*. Através dela, em um primeiro momento, admite-se o argumento e apresentam-se as suas consequências, com vistas a demonstrar suas incompatibilidades e defender a tese em que se acredita.

3.3.1.3 Identidade na argumentação

A identificação de elementos que são objetos do discurso é uma das técnicas essenciais da argumentação quase lógica.

Na *identidade total*, os elementos são reduzidos, preservando o que há de idêntico e intercambiável, desde que não sejam considerados arbitrários nem evidentes. As definições são os processos mais característicos da identificação chamada de *completa*. Na relação de *identidade parcial*, sob determinado ponto de vista, os elementos são tratados como intercambiáveis e têm, como pretensão, uma identidade parcial dos elementos confrontados.

3.3.1.4 Definições na argumentação

As *definições* são os procedimentos mais característicos de *identificação completa*. Quando não fazem parte de um sistema formal e identificam o *definiens* com o *definiendus*¹¹⁶, são considerados por Perelman e Olbrechts-Tyteca como argumentos quase lógicos. Consoante explica Feltes (2003, p. 267), essas *definições* devem ser justificadas ou valorizadas por meio de uma argumentação e não estarem baseadas em relações nocionais. Perelman ([1977] 1997, p. 90) identifica quatro espécies de definições na linguagem natural:

- (a) a *definição normativa*: prescreve o uso de um termo e, apresentando-se como regras obrigatórias, são passíveis de serem sustentadas através da argumentação;
- (b) a *definição descritiva*: indica seu uso natural e, enquanto não forem confrontadas, usufruem o estatuto de um fato;

¹¹⁶ O que é definido com o que o define.

(c) a *definição de condensação*: aponta os elementos essenciais das definições descritivas e, somente apresentando-se como regras obrigatórias, são passíveis de serem sustentadas ou confrontadas, por meio da argumentação;

(d) a *definição complexa*: combina as definições anteriores de diversas formas.

Sempre que existir mais de uma forma de se definir uma noção, estamos falando de realizar uma escolha que não pode ser admitida sem discussão, com exceção de quando essa noção não se prestar para embasar a racionalidade. Por outro lado, se uma definição orientar a racionalidade, então ela deve ser justificada. As definições que têm caráter argumentativo pretendem que elas influenciem o uso da noção que, sem a intervenção delas, estaríamos inclinados a adotar, destacam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 242-243).

A possibilidade de definições múltiplas retiradas do uso ou criadas pelo autor é pressuposto para o uso argumentativo das definições. Feltes (2003, p. 268) explica que “as situações em que nos encontramos diante de definições variadas de um mesmo termo e em que é indispensável fazer uma escolha entre elas são as mais típicas para sua argumentatividade.” Os termos correlacionados estão em constante movimento e interação com outros termos da mesma ou de outra linguagem e com outras definições possíveis do mesmo termo.

3.3.1.5 Analiticidade

Considera a igualdade de duas expressões declaradas sinônimas, sem que o valor de verdade das proposições seja modificado, uma situação difícil de ser concebida em um sistema de linguagem, em que os usos linguísticos podem ser introduzidos a qualquer tempo.

A análise das proposições, do ponto de vista argumentativo, explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 244), é considerada sempre *direcional* para atingir um objetivo preciso. Toda a análise, com exceção daquela feita no sistema formal, pode ser reconhecida como uma argumentação quase lógica não exaustiva, quando se utilizam definições ou enumerações limitando o alcance de um conceito¹¹⁷ a determinados elementos relacionados.

¹¹⁷ Larenz ([1991] 1997, p. 300-312) distingue o “conceito” e o “tipo” para justificar a possibilidade de subsunção ou não da norma ao caso particular. Um conceito está estabelecido por meio de sua definição, de tal forma, que se aplica a um caso concreto ou situação de fato “só quando e sempre que” seja possível nele encontrar o conjunto das notas características da definição. A definição do conceito é a *premissa maior* do silogismo subsuntivo; a constatação de que um objeto X apresenta todas as notas distintivas mencionadas na definição é a *premissa menor*; e o enunciado de que X pertence à classe de objetos designados pelo conceito ou que X é um caso do gênero que se designou mediante o conceito é a *conclusão*. O tipo, ao contrário, não

3.3.1.6 Tautologia

Trata-se de uma crítica à argumentação quase lógica por ser carente de interesses, já que não ensina nada de novo. Esse entendimento, destacam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 245-247), supõe que a definição é uma convenção puramente linguística, arbitrária, sem interesses científico e independentes da experiência, mas como não é isso que acontece, já que as definições são ligadas a uma teoria que permitem visões originais, essa acusação perde relevância.

Algumas vezes, justificam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 246-247), a tautologia aparece de forma voluntária e evidente, devendo ser considerada uma figura, em que sua interpretação é chamada de *tautologia aparente*: “pai é sempre pai”. Para ter alguma utilidade, as duas expressões não podem ser consideradas sinônimas.

A obrigatoriedade de diferenciar os termos pode ser feita não para indicar uma tautologia, mas para expressar um sentido a partir da negação (contradição), e é considerada uma figura quase lógica chamada de *negação de um termo por si próprio* como, “um tostão não é um tostão.” Os termos são tratados como tendo um sentido só, mas, a partir da interpretação, constata-se suas diferenças. Essa condição caracteriza o aspecto quase lógico das tautologias e contradições; porém, a partir das interpretações, as diferenças aparecem. A *antanáclase*, por exemplo, trata-se do emprego de uma homonímia e que Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 247) exemplificam: “É-me caro ser amado, contanto que não me custe caro.” A diferença está fixada e o conhecimento dos usos linguísticos apresenta uma solução imediata.

necessita que todas as características indicadas nele estejam presentes e, frequentemente, são passíveis de gradação e permutáveis entre si, até certo limite. A conexão das notas características do tipo à realidade concreta é o que é decisivo em cada caso e, isoladas, têm o mero significado de sinais ou indícios. Dessa forma, é necessário reconhecer se as notas características consideradas “típicas” encontram-se presentes em tamanho grau e intensidade que, no seu todo, a situação, de fato, corresponda à imagem fenomênica do tipo. O tipo, portanto, não se define, só se descreve; contudo, com seu auxílio, é possível verificar se um fenômeno pode ou não integrar-se no tipo. O autor explica que se institui a unidade do tipo quando o “tipo real normativo”, como ele denomina, representa uma situação fática que acontece sob diferentes modos na realidade social e que exige uma importância jurídica porque lhe está conformada uma determinada consequência jurídica e, dessa forma, a valoração nele é inerente. No caso do tipo, existe uma coordenação a ele e não uma subsunção e, por esse motivo, é um processo de pensamento orientado a valores. O conceito e o tipo têm pontos de comunicação quando um conceito considerado definido por notas características acabadas pode conter uma nota característica aberta, na forma de um tipo. O tipo, por sua vez, pode ter notas características imprescindíveis e, conjunto com outras que não são, aproximando-se, assim do conceito. Um conceito com uma intenção de definição conceitual pode ser apresentado como uma descrição do tipo; e a descrição do tipo pode ser entendida como uma etapa anterior à formação de um conceito. Muitas vezes, os tribunais argumentam de forma tipológica e justificada como coordenação de um tipo, mas declaram, de forma equivocada, que utilizaram a subsunção a um conceito. Dessa forma, conclui-se, para fins desta tese, que a maior parte dos “conceitos hermenêuticos” construídos a partir da Nova Retórica tratam-se, na verdade, de um tipo jurídico e não um conceito em sentido estrito.

3.3.1.7 Regra de justiça

A *regra de justiça* é um argumento utilizado para reduzir, parcialmente, a identidade dos elementos que são cotejados uns pelos outros, permitindo um intercâmbio em determinadas situações. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 248) explicam que essa regra reconhece o valor argumentativo da justiça formal, ou seja, sujeitos da mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma, supondo uma etapa de classificação e categorização, desde que não exista motivo para que sejam tratados de forma diferenciada. Baseia-se na expectativa de coerência de uma conduta ao apresentar um aspecto de efetiva racionalidade, mas que a justiça formal não identifica quando dois objetos fazem parte da mesma categoria essencial, deixando espaço para a argumentação e a valorização de determinados traços em detrimento de outros.

Perelman ([1977] 1997, p. 95), utilizando Frege, menciona que não existe identificação de dois seres diferentes, mas duas maneiras diferentes de designar o mesmo ser. Assim, o problema prático é de saber em quais casos é racional ou justo tratar da mesma forma dois seres ou duas situações que se diferem, embora aproximemos umas das outras. Nesse caso, a identificação é parcial e não completa, pelo fato de que as diferenças são desqualificadas, enquanto as semelhanças são exaltadas como sendo fundamentais, dependendo da finalidade que se propõe atingir. É indispensável que em todo o caso particular exista uma classificação prévia dos objetos e, também, precedentes que indiquem a forma como tratá-los, apresentando a base que autoriza a passar de casos anteriores para casos futuros.

3.3.1.8 Argumento de reciprocidade

Esse tipo de argumento busca aplicar o mesmo tratamento a duas situações correspondentes, utilizando a *regra de justiça* de forma indireta. Necessária se faz a aplicação da noção de simetria, para que seja possível a utilização da regra de justiça. Nas palavras de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 250): “Os argumentos de reciprocidade realizam a assimilação de situações ao considerar que certas situações são simétricas.”¹¹⁸

¹¹⁸ Em lógica formal uma relação é simétrica quando a mesma relação pode ser aplicada a a e b e a b e a . A ordem do antecedente e consequente pode ser invertida.

Abrangem, também, a transposição dos pontos de vista que reconhece a identidade de algumas situações através da simetria. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 250-253) explicam que nos argumentos quase lógicos as situações são consideradas simétricas, mas não são idênticas, haja vista no caso concreto é difícil que isso ocorra. Dois atos complementares (porque cada um contém uma condição necessária para a realização de determinado efeito), mesmo sendo diferentes, podem dar motivos ao emprego de um argumento de simetria: “Eu acusei; vós condenastes.”¹¹⁹ Duas ações, duas condutas, dois eventos, apresentados como o inverso uns dos outros, também resultam em um argumento quase lógico por simetria.

A argumentação pelos contrários parte de um caso concreto e leva a uma generalização que exige a aplicação do mesmo tratamento à situação simétrica. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 255) apresentam: “Se não é justo deixar-se levar pela cólera contra quem nos fez mal sem querer, aquele que nos fez bem porque a isso era forçado não tem direito a nenhum reconhecimento.” A argumentação simétrica não é considerada puramente formal, uma vez que sua aplicação em casos semelhantes necessita de uma avaliação sobre a importância dos elementos que diferenciam as situações que são julgadas simétricas, em um determinado contexto.

3.3.1.9 Argumento de transitividade

Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 257) explicam que “a transitividade é uma propriedade formal de certas relações que permite passar da afirmação de que existe a mesma relação entre os termos *a* e *b* e entre os termos *b* e *c*, à conclusão de que ela existe entre os termos *a* e *c*.” Caracterizam-se as relações tais como: “igual a”, “incluído em” e “maior do que”, “mais pesado do que”, “mais extenso do que”. É considerado um argumento quase lógico quando é contestável ou quando suas assertivas exigem adaptações e precisões.

Mesmo sendo contestável, Feltes (2003, p. 269) esclarece que “pode basear-se em relações de igualdade, superioridade, inclusão, ascendência, implicação, etc., podendo vir combinada com a simetria.” Assim, os argumentos baseados na estrutura do real poderiam sustentar as mesmas afirmações.

Uma das relações transitivas mais importantes, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 260), é a relação de *implicação*. A prática argumentativa, em que

¹¹⁹ Réplica de Domício Afer.

pese não utilizar todas as implicações que a lógica formal pode definir, faz grande uso da relação de consequência lógica. A transitividade é, basicamente, o fundamento do raciocínio silogístico e a relação transitiva de implicação, por sua vez, resulta de outras relações transitivas.

3.3.1.10 Inclusão

A inclusão é um argumento quase lógico que apela para as relações matemáticas e, nos ensinamentos de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 262), divide-se em dois grupos: (a) a demonstração da inclusão das partes num todo tratando todas as partes iguais, sem acrescentar qualidades especiais a qualquer parte; e (b) os argumentos que demonstram a divisão do todo em partes e a relação entre as partes dali resultantes.

3.3.1.10.1 *A inclusão da parte no todo*

Permite apresentar argumentações fundamentadas no esquema “o que vale para o todo vale para a parte.” De acordo com Feltes (2003, p. 270), “normalmente esta relação é tratada quantitativamente: tanto o todo é considerado mais importante que a parte, como a importância da parte é proporcional à fração que ocupa em relação ao todo.” A relação do que se compreende com o que é compreendido, no duplo sentido da palavra, é um tipo de raciocínio baseado na inclusão e comumente utilizado - os conhecimentos dos interlocutores, por exemplo, não são mais que uma parte daqueles dos oradores.

Existe, por sua vez, uma propensão a confundir os lugares de quantidade relacionados com os argumentos derivados da inclusão da parte no todo com os argumentos quase lógicos. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 264) apresentam essa diferença:

Os argumentos derivados da inclusão da parte no todo permitem formular o problema de suas relações com os lugares de quantidade...[...]. Os argumentos quase-lógicos estão sempre à nossa disposição para justificar os lugares da quantidade, se estes forem postos em discussão. Ademais, os lugares da quantidade podem servir de premissas a uma argumentação de aspecto quase-lógico. O que faz que, em presença de um raciocínio, pode-se, ora considerá-lo a aplicação de um lugar de quantidade, ora uma argumentação quase-lógica.

A diferença entre eles, ou a opção de escolha entre um deles, será possível diante de um caso particular.

3.3.1.10.2 A divisão do todo em suas partes

Servem de fundamento para uma série de argumentos que Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 265) chamam de *divisão* ou de *partição*. Feltes (2003, p. 270) explica que “este argumento baseia-se na concepção de que o todo é a soma de suas partes, isto é, as partes, pela sua adição, devem reconstituir um conjunto dado.”

Nos argumentos de *divisão*¹²⁰¹²¹, as partes podem ser relacionadas de modo exaustivo, mas a forma de escolha pode ser variada, desde que seja possível, mediante sua adição, reconstruir um conjunto de dados. Esse argumento não é puramente formal, pois exige que se conheça a relação entre o todo e a parte em particular. Tal tipo de argumentação mais característico pretende provar a existência ou inexistência de uma das partes e sua argumentação ocorre por exclusão. O argumento de divisão está na base do dilema em que se analisam duas hipóteses para concluir que, independentemente da que for escolhida, se chega a uma opinião, a uma conduta de mesmo alcance. É um raciocínio que conduz a diferentes formas, na lição de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 268-270): (a) duas possibilidades contraditórias conduzem a um mesmo resultado, nas quais é admitida a equivalência dos meios de prova apresentados. É um dilema atribuído ao adversário como sendo de má-fé, porque se apresenta, muito mais, como uma ideia preconcebida da última hipótese do que, propriamente, de uma argumentação; (b) cada uma das duas possibilidades conduz a dois resultados de igual valor, no entanto representando soluções desagradáveis, argumentando-se para aderir à do mal menor; e (c) nos dois casos, conduzem a uma incompatibilidade com uma regra à qual se vinculam. A situação tem um caráter estático não sendo passível de mudanças.

Quando dentro de um debate, as soluções são limitadas a duas: a do orador e a do adversário, de forma que o orador pode desqualificar o adversário apresentando a sua tese como único caminho correto. Em outra técnica, o orador argumenta que sua tese é a única solução ao problema apresentado, enquanto as demais teses, em bloco, são rejeitadas ao indeterminado, questionando-se os ouvintes se existe solução melhor do que a dele. Não há tempo de elaborar esses argumentos, porque a discussão está limitada a duas respostas, as

¹²⁰ Essa definição baseia-se na distinção feita por Aristóteles.

¹²¹ Cícero define a divisão do todo em suas partes com um vocabulário diferente do de Aristóteles, como sendo a definição por enumeração das partes ou a análise referente às espécies. Quintiliando, por sua vez, também retoma essas definições, mas destaca que o número de partes é indeterminado; e o da espécie, determinado. Na argumentação pela *espécie*, reportam-se as divisões que um acordo preexiste à argumentação parecem naturais e não necessitam uma argumentação exaustiva e tratam, sobretudo, da divisão do gênero em espécies. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, [1988] 2005, p. 266).

quais são chamadas por Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 270-271 de argumento *ad ignorantiam*.

A relação entre as duas partes que formam um todo também pode ser a da *complementaridade* e, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 273), existem dois vieses: ou é complementar, porque é imprescindível para explicar, justificar ou permitir o emprego de determinada noção, ou é considerado complementar aquilo que, adicionado à noção, sempre reconstitui um todo. Uma afirmação e sua negação, nesse sentido, são sempre complementares e eliminam a ideia de oposição e de escolha necessária para se chegar ao contrário. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988], 2005, p. 274) explicam que, *a priori*, não é possível saber como interpretar os textos legais ou jurisprudenciais, somente o caso particular permitirá a escolha da técnica argumentativa mais adequada.

3.3.1.11 Argumento de comparação

Trata de avaliar objetos, uns em relação aos outros, através da constatação dos fatos. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 274) enfatizam que esse tipo de argumento é diferente dos argumentos de identificação e dos argumentos de raciocínio por analogia. Em geral, são apresentados como constatações de fato, enquanto a relação de igualdade ou desigualdade, como “suas faces são vermelhas como maçãs”, são apenas uma pretensão do orador.

A ideia de medida que acompanha os argumentos de comparação e representam determinados critérios são dados por Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 275) da seguinte forma: (a) por oposição (pesado e leve), (b) por ordenamento (o que é mais pesado que) e (c) por ordenação quantitativa (a pesagem por meio de unidades de peso). Os critérios são mais complexos quando se utilizam noções trazidas do uso comum, e sua combinação é realizada das mais diversas formas, de forma que as características dos termos de referência conferem, a uma série de argumentos, o seu aspecto particular. O argumento comparativo eleva à mesma categoria os objetos da comparação, podendo ser usados tanto para qualificar, quanto para desqualificar o que se compara.

Podem-se considerar as mais diversas formas de combinações de critérios, existindo comparação entre elementos que não estão incluídos em um sistema. Eles interagem entre si de duas maneiras, nos termos explicitados por Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 276):

- (a) quando o nível absoluto do termo padrão tem um papel ativo sobre o valor dos termos pertencentes à mesma série e que lhe são comparados (efeito observado na percepção). Na argumentação, os termos já manifestados influenciam as novas avaliações;
- (b) quando a comparação aproxima dois termos que, em princípio, eram considerados incomparáveis. As condições do termo de referência que concedem o aspecto particular a uma série de argumentos devem ser adaptados ao auditório para garantir a eficácia do argumento. Podem ser usados, também, superlativos ou superlativos sugeridos por processos de amplificação, entre outras possibilidades.

Tais análises servem para diferenciar os argumentos de comparação entre os valores efetivamente mensuráveis, em que num sistema ou numa série teriam sido fixados e ficariam estáticos.

3.3.1.12 Argumento pelo sacrifício

Diz respeito a que grau de sacrifício se está disposto a suportar para alcançar determinado resultado. Aplica-se a todo o domínio das relações de meio-fim, o meio sendo o sofrimento, o sacrifício, um esforço. É uma forma de argumentação por comparação, explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 281), já que o argumento utilizado com mais frequência é o que “alega o sacrifício a que se está disposto a sujeitar-se para obter certo resultado.”

O sacrifício mede o valor atribuído àquilo por que se faz o sacrifício; contudo, aos olhos de terceiros, depende da consideração que se tem por aquele que serve de referência: quanto mais prestígio, mais impressionante fica o argumento, enquanto a intensidade da mágoa mede o valor da coisa perdida.

Esses argumentos são sequenciais e se ligam aos argumentos baseados na estrutura do real, mas também constituem uma pesagem. Para um dos elementos que serão postos na balança, há um esforço para torná-lo homogêneo e, assim, fornecer uma descrição quantitativa dele. Os termos comparados aproximam-se e geram uma interação no argumento pelo sacrifício e os que lhe são vinculados.

3.3.1.13 Argumento de probabilidades

São espécies de argumentos comparativos que visam dar aos problemas um aspecto empírico, fazendo avaliações sobre a importância dos acontecimentos e sobre a probabilidade de sua aparição. De acordo com Feltes (2003, p. 271), “o recurso às probabilidades está sujeito a diferentes interações entre os elementos comparados.” Esse tipo de argumento destaca-se quando as avaliações são baseadas, ao mesmo tempo, na importância dos acontecimentos e na probabilidade de seu aparecimento, sendo quantificáveis todos os elementos envolvidos e, para ser aplicado, exige uma série de acordos prévios.

3.3.2 Os argumentos baseados na estrutura do real

Esses argumentos, nas palavras de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 297-298), estabelecem uma “solidariedade entre juízos admitidos e outros que se procura promover”, servindo para vencer uma resistência, para provocar a adesão ao que não se quer, para obter o que se quer. Apresentar esses argumentos como partes indissociáveis de um mesmo todo é uma forma de pôr em evidência a solidariedade entre elementos diversos. Os argumentos baseados na estrutura do real tratam da maneira pela qual se apresentam as opiniões relativas ao real e não sua descrição objetiva. Essas opiniões podem ser tratadas como fatos, verdades ou presunções.

As ligações argumentativas frente a um discurso considerado como realidade justificam o *portanto*, e variam conforme as referências do orador sobre ela e o entendimento do auditório. Os argumentos baseados na estrutura do real são categorizados através de suas ligações argumentativas, explanadas a seguir, quais sejam: (a) as ligações de sucessão e (b) as ligações de coexistência.

3.3.2.1 As ligações de sucessão

São aquelas que unem um fenômeno a suas causas ou a suas consequências, ou seja, fenômenos do mesmo nível que se relacionam.

3.3.2.1.1 O vínculo causal e a argumentação

Os efeitos argumentativos do vínculo causal são numerosos e muito importantes e permitem, segundo Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 299-300), três tipos de

argumentação. O **primeiro tipo**, tende a relacionar dois acontecimentos¹²² sucessivos dados entre eles, por meio de um vínculo causal. O **segundo tipo**, aos que é dado um acontecimento, a tendência é descobrir a existência de uma causa que pôde determiná-lo. O **terceiro tipo**, aos que é dado um acontecimento, a tendência é evidenciar o efeito que dele deve resultar. No que diz respeito ao segundo e ao terceiro tipo de argumentação¹²³, trata-se da argumentação causal, pela qual o *como* ou *por que* dominam a argumentação. Além disso, quando se trata de atos humanos, supõe-se que estes são atos racionais, e essa argumentação requer um acordo entre os interlocutores sobre os motivos da ação e sua hierarquização para se tornar eficaz.

O vínculo causal exerce função importante no raciocínio histórico que recorre à *probabilidade de retrospectiva*. Em uma construção teórica, elimina-se a causa principal da produção de um fenômeno para considerar as modificações que resultariam dessa eliminação. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 301) ilustram com determinado cientista acusado de espionagem que, em sua defesa, alegará que se não houvesse a guerra, ao invés dele estar sendo acusado, seria um candidato ao prêmio Nobel pelo mesmo ato.

3.3.2.1.2 O argumento pragmático

O argumento pragmático baseia-se em apreciar um ato ou um acontecimento, de acordo com suas consequências favoráveis ou desfavoráveis (efeitos), esclarecem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 299-303). Desenvolve-se sem grandes dificuldades, por não precisar de justificação para ser aceito pelo senso comum. Já o ponto de vista oposto (sua rejeição), toda vez que é defendido, precisa de uma argumentação. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 304) ainda estabelecem que “a argumentação pelas consequências pode aplicar-se, quer a ligações comumente aceitas, verificáveis ou não, quer a ligações que só são conhecidas por uma única pessoa.”

Esse argumento não se resume à transferência de uma determinada qualidade da consequência para a causa. Na lição de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 305), o argumento pragmático “permite passar de uma ordem de valores a outra, passar de um valor inerente aos frutos a outro valor inerente à árvore, permite concluir pela superioridade de uma conduta partindo da utilidade de suas consequências.” Essas consequências são a fonte do

¹²² Perelman e Olbrechts-Tyteca referem o acontecimento como um termo a ser tomado em sentido amplo, porque a relação entre um princípio e suas consequências é, muitas vezes, tratada como uma ligação de sucessão que faz parte da estrutura do real.

¹²³ O primeiro é examinado juntamente com a argumentação pelo exemplo e os problemas apontados pelo raciocínio indutivo.

valor do acontecimento que as causa e podem ser observadas ou previstas, podem ser cabais ou hipotéticas, e são exercidas sobre a conduta ou sobre o juízo. Aquele que é acusado de cometer uma má ação deve trabalhar para romper o vínculo causal e direcionar a culpabilidade para outra pessoa ou para as circunstâncias.

O acordo sobre o valor das consequências é o que, geralmente, permite o desenvolvimento do argumento pragmático. Se houver questionamento ou refutação, com o objetivo de discutir a importância das consequências alegadas, serão chamadas outras técnicas argumentativas. Alega-se, de forma pragmática, para destacar as consequências positivas de uma determinada conduta como prova para legitimar a verdade de sua tese. Ao transferir o valor de uma consequência para a causa, é possível um elo de encadeamento causal bem distante; contudo, quanto mais distante, mais frágil o elo se torna e mais fácil será para o adversário recusá-lo.

Quanto mais se remonta ao encadeamento causal, mais difícil é sua transferência, chegando, em alguns casos, a ser impossível fazer uma sequência conexa; e essa é, justamente, uma crítica que se faz ao argumento pragmático. Outra crítica, ressaltam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 306-307), diz respeito à seleção das consequências em determinado debate, bem como por reduzir a esfera da atividade moral ou religiosa a um denominador comum utilitário, fazendo desaparecer o que há de preciso nas noções de dever, de falta ou de pecado. Essas críticas são reveladas pelos próprios autores da Nova Retórica, pressupondo-se que os valores morais ou religiosos não são discutidos e que as regras do bem e do mal, do verdadeiro e do falso, são reconhecidas sob outra ótica, livre de suas consequências, mesmo que sejam somente as consequências atuais e imediatas. A natureza das consequências de um acontecimento, seja ela deliberada ou involuntária, possibilitará sua diferente interpretação e valorização.

A interpretação de uma argumentação pragmática pode ser de *fato-consequência* ou de *meio-fim*. Se o objetivo for minimizar um efeito, deve-se apresentá-lo como uma *consequência*; no entanto, se o objetivo for destacá-lo, aumentar-lhe a importância, deve-se apresentá-lo como um *fim*, conforme explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 308). Pela ótica do *fato-consequência*, existe uma oposição entre a unicidade do fato com a pluralidade de consequências. Já quando se analisa pela perspectiva do *meio-fim*, opõe-se a unicidade do fim com a multiplicidade de meios. A distinção entre fim e consequência autoriza atribuir a uma pessoa a responsabilidade de certos efeitos de seus atos. Em que pese ter se defendido a existência de uma clara diferença dos fins e dos meios, na prática, há uma

ação recíproca entre os objetivos perseguidos com os meios utilizados para realizá-los, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 312).

O meio pode ser valorizado de acordo com o fim que se busca e, para isso, ele tem de ser não o melhor, mas o mais eficaz. A busca pelo melhor meio é um problema técnico que exige o emprego de diversas informações e dos mais variados tipos de argumentação. Ao contrário, um meio pode servir de obstáculo para se realizar um fim. Quando a argumentação é utilizada como meio de *persuasão*, deve-se observar e conhecer o auditório para que se escolha a argumentação mais eficaz dirigida a ele, já que não é possível afirmar qual argumento é melhor do que o outro.

Caracteriza-se a aplicação do argumento pragmático pela proposta de uso do sucesso como critério de objetividade, validade. A conformidade com o real que, ao fim e ao cabo, representa um acordo com a ordem universal, em alguns casos, como nas religiões, nas filosofias e na tradição, é provada por meio da felicidade, apresentada como a última justificativa de uma teoria: ela é a melhor causa. A realidade apresentada, destacam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 305), é a garantia do valor do argumento: “o que pode nascer, desenvolver-se, sobreviver, apresenta-se como bem sucedido, como promessa de sucesso futuro, como prova de racionalidade e objetividade.”

3.3.2.1.3 Argumento do desperdício

Esse argumento diz respeito à uma sucessão de acontecimentos, relegando a segundo plano a ideia de causalidade. Existe uma justificação que consiste em dizer que, se a obra já foi iniciada e foram aceitos sacrifícios para seu andamento, deve-se prosseguir na mesma direção e não desistir ou renunciar àquela atividade; abrange, também, o incentivo para completar estruturas inacabadas. Essa busca do que falta ou a perda de finalizá-la, em função da ignorância, motiva o estudo, a curiosidade, a pesquisa, enfim, o conhecimento. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 319) esclarecem que “o sacrifício é medida do valor que o determina, mas, se este valor é mínimo, o sacrifício é, por seu turno, depreciado.” Por outro lado, realizado e aceito o sacrifício, estimula-se a continuidade do combate, por aumentar e valorizar as suas razões.

Concede-se a preferência ao que é *decisivo* no argumento do desperdício. Isso quer dizer, valoriza-se o ato que poderá ter pleno alcance, de acordo com as circunstâncias. Essa ação não é considerada um desperdício e, por esse motivo, favorece a sua realização. Por outro lado, quando se insiste em uma ação considerada um *supérfluo*, ela é desvalorizada. A

ação é desestimulada porque sua realização teria um efeito nulo, esclarecem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 320).

3.3.2.1.4 Argumento da direção

Em alguns contextos, ao invés de confrontar o interlocutor com todo o intervalo que separa a situação atual do fim último, divide-se esse intervalo em seções, demarcando pontos de referência intermediários e estabelecendo fins parciais, cuja realização não suscita uma oposição tão forte. Essa técnica é chamada de *procedimento das etapas*, na qual a estrutura do real condiciona a escolha das etapas, mas de nenhuma maneira as impõe. O argumento da direção é, nas palavras de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 321), o “alerta contra o uso do procedimento das etapas: se você ceder desta vez, deverá ceder um pouco mais da próxima, e sabe Deus onde vai parar.” O argumento de direção responde à pergunta: aonde se quer chegar?

A opinião que se tem sobre a maior ou menor facilidade de transposição de determinadas etapas é o que determinará sua divisão. A cada etapa transposta, o interlocutor vê-se diante de uma nova configuração da situação, que modifica sua atitude perante o resultado final. Na lição de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 322), em determinadas situações, uma de suas novas peculiaridades será permitir a utilização do argumento do desperdício, quando a primeira etapa será considerada um investimento. O *procedimento das etapas* pode ter um resultado positivo ou negativo. Poderá ser inútil ou nociva, quando for uma simulação, uma manobra dilatória; enquanto será um argumento positivo quando estimular uma medida considerada crucial em uma direção que se pretende.

O argumento da direção, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 323-324), implica duas condições (que fundamentam a réplica a esse argumento): uma delas, é que a existência de uma sequência de etapas direcionadas a certo objetivo, no mais das vezes é temido; e a outra, uma vez tomado o caminho que leve ao objetivo pretendido, a dificuldade ou impossibilidade de deter-se. As réplicas ao argumento de direção, a partir das lições de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 324-325), consistem em:

- (a) alegar ambiguidade de desenvolvimento, levando a arbitrariedade de só ver uma única direção possível;
- (b) alegar que, entre uma etapa da discussão e as posteriores que deveriam ser temidas, existe uma diferença qualitativa;
- (c) receio de consequências imprevisíveis de um primeiro movimento;

- (d) possibilidade de encerramento depois de uma certa etapa, geralmente garantida pela elaboração de um contexto formal, impedindo de ir além do decidido; ou, referir um equilíbrio de forças que impede de continuar, indefinidamente, em certa direção;
- (e) demonstrar que já se chegou à temida ladeira fatal, sendo necessário dar um primeiro passo em determinada direção, para, em seguida, poder deter-se.

Diversas formas podem ser assumidas pelo argumento da direção e, novamente, baseando-se em Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 326-327), são aqui apresentadas:

- (a) argumento da *propagação*: chama a atenção contra determinados fenômenos que, a partir de mecanismos naturais ou sociais, tendem a se multiplicar até se tornarem nocivos (pode-se recorrer à noção de *contágio*);
- (b) argumento da *vulgarização*: chama a atenção contra determinados fenômenos que, ao se propagarem, tornam comum e vulgar, desvalorizam o que é raro, limitado e secreto;
- (c) argumento da *consolidação*: chama a atenção contra as repetições que conferem significado e valor ao que não passa de um esboço, uma hesitação, uma fantasia, e que se tornará uma regra de conduta.

A partir das formas assumidas pelo argumento da direção, Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 327) concluem que “um fenômeno, inserido numa série dinâmica, adquire um significado diferente daquele que teria, tomado isoladamente. Esse significado varia conforme o papel que o fazem desempenhar nessa série.” Ademais, as formas alternativas do argumento da direção destacam a *mudança de natureza* entre as primeiras etapas e a conclusão.

3.3.2.1.5 Argumento de superação

Esse argumento consiste em ir, cada vez mais longe, em uma determinada direção, sem que se vislumbre um final, e com um crescimento continuado de valor. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 328) explicam que tem valor não chegar em determinado fim, mas que cada situação sirva de trampolim, experiência, superação para prosseguir, indefinidamente, em uma certa direção. No entendimento de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 329), o argumento de superação, frequentemente, é utilizado para transformar argumentos contra em prós, justificando que, o que até então era um obstáculo, é

um meio para se chegar a um estágio superior. As refutações ao argumento de superação, a partir das lições de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 329-330), consistem em sustentar que é impossível ir indefinidamente na direção pretendida, porque irá se chegar ao absoluto (e renunciar a progressão) ou a uma incompatibilidade (podendo chegar ao ridículo).

No mais das vezes, interessa mais o valor que a argumentação de superação concede a determinados termos situados aquém, e sobre os quais, efetivamente, versa o debate do que o termo final. É o que se destaca nas figuras da *hipérbole* e na *lítótes*. Na *hipérbole*, o objetivo é uma maneira exagerada de exprimir. Sua função é dar uma direção ao pensamento, orientá-lo na avaliação dessa direção e, de forma indireta, dar uma pista sobre o termo que é relevante. Na *lítótes*, sua definição contrasta de forma mais complexa em relação ao que se pensa com a *hipérbole*, porque, ao se exprimir, aparenta enfraquecer o pensamento, consoante pontuam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 330-332).

3.3.2.2 As ligações de coexistência

As ligações de coexistência unem duas realidades de nível desigual, destacam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 333), sendo uma mais fundamental e explicativa que a outra. Essas ligações unem uma pessoa a seus atos, um grupo aos indivíduos que fazem parte dela e, normalmente, uma essência a suas manifestações. Já nas ligações de sucessão, os termos cotejados se encontram em um mesmo plano fenomênico. É característico dessa espécie de ligação um dos termos ser mais estruturado, enquanto sua ordem temporal é relegada a um segundo plano.

3.3.2.2.1 *Interação entre o ato e a pessoa: aspectos gerais*

O primeiro exemplar da construção teórica da ligação de coexistência fundamental é a relação existente entre uma pessoa e seus atos, nos ensinamentos de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 334). A ligação entre as pessoas e seus atos não caracteriza uma relação necessária, bem como não possui qualidades de estabilidade existentes entre um objeto e suas particularidades. A repetição de um ato pode causar a reconstrução da pessoa ou a adesão fortalecida da construção anterior. A distinção entre o que se considera importante, natural, característico do ser de quem se fala e o que é considerado transitório, manifestação exterior do sujeito, representa a construção da pessoa humana que se vincula aos atos.

É certo que a concepção de pessoa varia bastante, de acordo com a época e de acordo com a metafísica adotada. A forma de construir a pessoa, relacionando um acontecimento com a sua estrutura, poderá ser, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 334), “objeto de acordos limitados, precários, particulares a um dado grupo, acordos suscetíveis de revisão sob a influência de uma nova concepção religiosa, filosófica ou científica.” Todo o argumento sobre a pessoa apresenta um elemento de estabilidade ao presumir, ao interpretar o ato, a partir da pessoa. Porém, essa estabilidade não está completamente assegurada e terá, nas técnicas linguísticas, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 335), uma fonte para a impressão dessa permanência, sendo que a mais importante é o nome próprio.

Até certo ponto, a estabilidade da pessoa parece com uma coisa, com suas propriedades determinadas em definitivo e vai ao encontro da liberdade, da espontaneidade da pessoa. A partir de determinados atos da pessoa, que são transformados em qualidades e virtudes integradas em uma essência firme, o objeto, definido a partir de suas propriedades, apresenta uma concepção estabilizada de pessoa. No entanto, para que tudo não se resuma a uma simples apreciação pragmática de comportamentos, afirma-se que a pessoa tem o poder de se transformar, de se modificar e de se converter. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 336) explicam a relação entre a pessoa, sua liberdade e os fenômenos na argumentação:

Na argumentação, a pessoa, considerada suporte de uma série de qualidades, autora de uma série de atos e de juízos, objeto de uma série de apreciações, é um ser duradouro a cuja volta se agrupa toda uma série de fenômenos aos quais ela dá coesão e significado. Mas, como sujeito livre, a pessoa possui essa espontaneidade, esse poder de mudar e de se transformar, essa possibilidade de ser persuadida e de resistir à persuasão, que fazem do homem um objeto *sui generis* das ciências humanas e das disciplinas que não podem contentar-se com copiar fielmente a metodologia das ciências naturais.

Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 336-337) exemplificam, a partir da moral e do direito, a necessidade das noções de *pessoa* e de *ato*, ao considerar sua ligação e sua relativa independência. O ato e o agente são julgados, simultaneamente, pela moral e pelo direito. Não são os atos cometidos que são julgados, mas as pessoas que são solidárias com os atos que praticaram. No entanto, se ocupam das pessoas, é em função de atos que podem ser qualificados independentemente delas. A decomposição entre ato e pessoa sempre é parcial e frágil, contudo é possível identificar que, enquanto as noções de responsabilidade, de mérito e de culpabilidade são relativas às pessoas, as noções de normas, de regras considera,

principalmente, o ato. E, assim, Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 337) concluem: “Os termos da relação ato-pessoa são assaz independentes para permitir, quando preciso, a utilização de cada um deles isoladamente, e são suficientemente ligados para que sua intervenção conjunta caracterize domínios inteiros da vida social.”

3.3.2.2.2 Reação do ato sobre o agente

Atos novos ou antigos que têm efeito sobre o agente são capazes de modificar a concepção de pessoa em determinado tempo e lugar. Embora seja dada preferência aos atos mais recentes, ambos exercem um papel semelhante na argumentação. A construção da pessoa está sempre inacabada e sua concepção é relativa e, mesmo que coincida com o conjunto estruturado de seus atos, pode ser determinada a sua revisão a qualquer tempo (novos documentos, evolução da opinião pública, nova concepção da história).

A concepção usual de ato, na lição de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 338), é que ele é “um elemento que permite construir e reconstruir nossa imagem da pessoa, classificar esta em categorias às quais se aplicam certas qualificações [...]”. O valor atribuído ao ato incentiva a designar um certo e determinado valor à pessoa. Por ato, Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 339) pontuam que representa “tudo quanto pode ser considerado emanção da pessoa, sejam eles ações, modos de expressão, reações emotivas, cacoetes involuntários ou juízos.”

Mais do que a reação do ato sobre a pessoa se limitar a uma valorização ou desvalorização da pessoa, esta última serve de meio que autoriza passar dos atos conhecidos para os desconhecidos, e do conhecimento de atos passados para a previsão de atos futuros. Em certos casos, o que se sabe sobre a pessoa serve para apreciar o ato ou, ainda, é o único critério para qualificá-lo.

3.3.2.2.3 Reação do agente sobre seus atos

A intenção, a qual tem o objetivo de expressar e justificar, concomitantemente, a reação do agente sobre o ato, é o que caracteriza a interferência do indivíduo como contexto, de modo a servir para a interpretação do ato. A pessoa, consoante explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 343), representa uma ligação privilegiada no conjunto dos fatos que se invocam. Por outro lado, no instante em que interfere o apelo para a intenção, destacam-se, principalmente a pessoa e seu caráter permanente. Assim Perelman e Olbrechts-

Tyteca ([1988] 2005, p. 343) dissertam: “A intenção é, de fato, vinculada ao agente, é a emanção dele, resulta de sua vontade, daquilo que o caracteriza intimamente.”

Não sendo a intenção alheia conhecida diretamente, só se pode presumi-la pelo que se sabe da pessoa no que ela tem de duradouro. A intenção pode se tornar conhecida através de atos repetidos e anuentes ou somente através da ideia que se tem do agente. Dessa forma, esclarecem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 343): “O recurso à intenção constituirá então o núcleo da argumentação e subordinará o ato ao agente, cuja intenção permitirá compreender e apreciar o ato.” Prova-se a intenção alegada, apresentando as relações entre os diferentes atos de uma mesma pessoa e inferindo que uma mesma intenção os determinara.

Com exceção das ocasiões em que é contestado, o prestígio não costuma ser justificado. Por outro lado, uma pessoa pode ser tão mal vista que tudo o que diz ou que se relaciona a ela é desvalorizado. Assim, o prestígio pode ser exercido tanto para o bem como para o mal, criando-se um fenômeno de polarização dos vícios e das virtudes. É dessas ligações que a técnica argumentativa vale-se e, para não serem consideradas fracas, deve existir uma influência recíproca entre o ato e a pessoa. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 346) explicam a força da pessoa nessa interação:

a argumentação pelo sacrifício ganhará em força graças ao prestígio maior daqueles que se sacrificaram: o sangue dos mártires atesta tanto melhor o valor da relegião à qual foi ele sacrificado, quanto maior for o prestígio prévio de que gozam os confessores da fé, mas este aumenta inevitavelmente depois de sua imolação.

O prestígio é um fator de grande relevância, que influencia a reação das pessoas sobre seus atos. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 345) explicam que o prestígio é uma qualidade da pessoa que se reconhece por seus efeitos e que provoca nos outros a tendência a imitá-los.

3.3.2.3 O argumento de autoridade

Esse tipo de argumento tem seu alcance condicionado ao prestígio. Utilizam-se atos ou juízos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas como meio de prova em favor de uma tese. Pode-se exemplificar da seguinte forma: X (fonte especializada) diz Y, então Y é verdadeiro. O argumento de autoridade é inevitável, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 349), quando, na busca da justiça e da paz social, levam-se em conta

as considerações baseadas na existência de uma tradição jurídica que se revela tanto nas obras jurídicas como na jurisprudência.

Quando se quer questionar um argumento de autoridade, questiona-se a autoridade invocada e não seu argumento, ou seja, contra suas qualificações específicas para se manifestar acerca da questão, o que é diferente de não considerar a autoridade de uma pessoa, porque não gosta dela por ela ser, por exemplo, de determinado time de futebol ou partido político, por sua opção sexual ou nacionalidade.

Esses ataques pessoais, consoante Weston (2009, p. 39), são chamados de *ad hominem*¹²⁴ e não desqualificam uma fonte, além do que, confiar em terceiros é arriscado, porque eles podem nos induzir ao erro. Assim, Weston (2009, p. 32-40) elenca uma série de pré-requisitos que devem ser observados ao eleger um argumento de autoridade: (a) citação das fontes, (b) utilização de fontes qualificadas para fazer as afirmações que fazem, e (c) a busca fontes independentes, que avalizarão a argumentação.

Invocar um argumento de autoridade implica assumir um compromisso com ele, já que repercute em quem o emprega. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 350) explicam o papel que esse tipo de argumento faz em uma estrutura argumentativa: “Geralmente o argumento de autoridade, em vez de constituir a única prova, vem completar uma rica argumentação.” Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 350) indicam a variedade de autoridades que podem ser invocadas: o parecer unânime, a opinião comum; determinadas categorias de homens: os cientistas, os filósofos, os profetas; a autoridade impessoal: a física, a doutrina, a religião; e as autoridades designadas pelos nome.

Por estar inserido entre outros acordos, o argumento de autoridade é utilizado quando o acordo sobre o que se expressa corre o risco de ser questionado. Nesse caso, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 350), busca-se a transformação das normas axiológicas em normas téticas para sustentar o acordo. Um argumento de autoridade pode ser antecedido de uma denominação como sábio, douto, pertinente, entre outras, em função de existirem vários autores que tratam sobre o tema, e essa denominação é uma forma de garantir a notoriedade da autoridade apresentada que, normalmente, é reconhecida por um auditório em uma determinada área e utilizada, unicamente, nessa área.

Existindo conflito de autoridade, no mais das vezes, o fundamento utilizado é a sua competência como o laudo de um perito. A noção de competência poderá ser questionada e

¹²⁴ Perelman chama de argumento *ad personam* aquele que consiste em um ataque contra a pessoa do adversário, com o objetivo de desqualificá-lo, para diferenciá-lo do argumento *ad hominem* (ou *ex concessis*), no sentido restrito (porque não tem peso para o auditório universal como o orador imagina), e baseada na opinião. E como já mencionado anteriormente, essas duas técnicas de argumentação são confundidas porque costumam interagir.

fundamentada em regras de condicionamento, regras de aquisição e verificação de aptidões e nas regras de confirmação de competência, entre outras. Deve-se considerar, também, o argumento baseado na inocência (testemunho de uma criança, de uma pessoa bêbada), porque a opinião é valorizada pelas características da pessoa, completamente diferentes de uma testemunha.

3.3.2.4 As técnicas de ruptura e de refreamento opostas à interação ato-pessoa

Aplicam-se as *técnicas de ruptura* quando existe uma incompatibilidade do que se julga da pessoa e o que se pensa sobre o ato e a recusa de implementar as modificações, porque se quer que tudo se mantenha como está. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 353) consideram que a técnica mais eficiente para impedir a reação do ato sobre o agente é considerá-lo um ser perfeito, no bem ou no mal. A técnica mais eficiente para impedir a reação do agente sobre o ato é considerá-lo uma expressão da verdade ou de um fato.

Na prática argumentativa, são raros e extremos os casos em que o rompimento é completo entre a ação do ato sobre a pessoa ou da pessoa sobre o ato. O objetivo da maior parte das técnicas aplicadas é restringir a ação e não eliminá-la e, por esse motivo, são chamadas de *técnicas de refreamento*. Nos termos do que Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 358) apresentam, uma das técnicas de refreamento é o preconceito ou a prevenção: o ato é interpretado e julgado em função do agente que fornece o contexto para melhor compreensão do ato. Acarreta uma cegueira em relação ao valor do ato, ao transferir valores do agente para o ato. É uma técnica que se opõe às dinâmicas e constantes renovações que se tem sobre a concepção das pessoas, além de colaborar para a sua estabilidade. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 358) explicam que “para evitar dar a impressão de que se julgam certos atos em função da pessoa, que se está cedendo ao preconceito, cumprirá, muitas vezes, lançar mão de precauções.” Uma das precauções consideradas gerais baseia-se em apresentar antes um parecer desfavorável sobre o ato de certos elogios da pessoa e, inversamente.

Diversos outros procedimentos são aplicados para impedir que o ato exerça seus efeitos sobre a pessoa, mesmo que haja uma enorme discordância entre o ato e a imagem que se fez da pessoa. Na lição de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 359), é possível estabelecer entre áreas de atividade (a constância no trabalho, a fidelidade conjugal, a piedade) uma separação tal, que “o ato, dependente de algumas dentre elas, seja considerado irrelevante para a idéia que se faz da pessoa.” Reter da diversidade dos atos apenas um

aspecto peculiar; fracionar as pessoas em fragmentos, sem interação uns sobre os outros; impedir a interferência do ato sobre a pessoa, fixando ela em uma determinada fase de sua existência, são outras técnicas consideradas de alcance geral.

Outras técnicas, de alcance mais limitado, somente são aplicadas a determinados atos. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 360) destacam o recurso à noção de exceção (a qual pode diminuir a repercussão sobre a imagem da pessoa); descrição de um ato como desajeitado ou ineficaz (que sugere que a pessoa não empreendeu todos os esforços necessários naquele ato); e, ao contrário, para que um ato não sofra interferências da imagem que se faz da pessoa, tentar-se-á demonstrar que o ato não tem origem na pessoa, mas que ela é apenas uma porta-voz, uma testemunha. O objetivo, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 360), é “aumentar a solidariedade da pessoa com seus atos louváveis e diminuí-la com os atos pelos quais é julgada.”

3.3.2.4.1 O discurso: ato do orador

Para muitos, o discurso representa a manifestação por excelência da pessoa, além do que, a interação entre orador e discurso representa um papel importante na argumentação. Utilizando, ou não, a ligação do tipo ato-pessoa, Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 361) argumentam que o orador corre sério risco de ser vinculado ao seu discurso pelo ouvinte, e essa vinculação, ao contrário da demonstração, seria a característica da argumentação. Enquanto na dedução formal a função do orador é reduzida ao mínimo, na argumentação, ela vai aumentando na medida em que a linguagem aplicada se afasta da univocidade, na proporção em que o contexto, as intenções e os fins conquistam importância.

A solidariedade entre ato e pessoa está presente, não só na concepção do orador, como também na do auditório. Da mesma forma que o valor do argumento é avaliado a partir do valor do auditório que lhe dá crédito, inversamente, existirá essa percepção para elogiar ou criticar um auditório. A manifestação a respeito do auditório será feita de acordo com o gênero de discursos que tem sua audiência, o gênero de oradores que ouve de bom grado, o gênero de raciocínios que encontram sua aprovação. Na concepção do auditório, nos termos do que explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 366), essa solidariedade entre ato e pessoa, e também a ligação entre o orador e o discurso, tem reflexos nos efeitos da argumentação, inclusive, priorizando a solidariedade aos argumentos ouvidos e interferindo nos elementos do discurso.

3.3.2.4.2 O grupo e seus membros

Da mesma forma que o ato é a expressão da pessoa, os membros são a expressão do grupo, ao considerar que a primeira ligação (ato-pessoa) com toda sua argumentação é o modelo de uma série de vínculos que possibilitam as mesmas interações, utilizadas nas mesmas argumentações. Igualmente à relação entre pessoa e ato, Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 366) relacionam a influência que os membros têm sobre a imagem dos grupos e, ao contrário, o que se pensa do grupo predispõe as pessoas a determinadas concepções que deles fazem parte¹²⁵.

O valor negativo de uma pessoa, em certas situações, pode comprometer a reputação de todo o grupo e, por outro lado, o prestígio do grupo pode criar condições adequadas para a divulgação de ideias, costumes e moda de seus produtos e processos. Determinados grupos (familiares, profissionais, religiosos), explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 367), são reconhecidos por todos e até garantidos por instituições, mas outros surgem a partir do comportamento de seus integrantes. Não só seus membros legitimam um grupo, como os estranhos que reconhecem um grupo a partir de um comportamento diferenciado para com seus integrantes, e essa postura diferenciada é motivada, justamente, por aquela noção de grupo.

A técnica de ruptura aplicável à ligação pessoa-grupo é a da exclusão do indivíduo, a ser aplicada por ele, pelo grupo ou por terceiros. Não existe grupo perfeito e o que se aproxima dele é a noção de humanidade, que não sofreria a influência de uma quantidade de homens e teria, como caráter, somente o que é comum a todos eles, afirmam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 369). Como o acordo sobre a ordem universal não está assegurado, é a técnica de exclusão passível de ser aplicada à ligação indivíduo-grupo. As técnicas de refreamento, por sua vez, são mais habituais do que as de ruptura. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 371) ilustram com um exemplo de responsabilidade no Direito:

Um dos progressos do direito consistiu em substituir a responsabilidade coletiva pela responsabilidade individual, o que permitiu não lançar no passivo do grupo os atos que a legislação condena e autua; mas é apenas uma técnica jurídica que um moralista ou um sociólogo podem repudiar.

¹²⁵ Não se trata da sociologia organicista ou a Durkheim, em que o resultado seria a personificação do grupo e atribuição a ele de todas as propriedades da pessoa, designada de outro modo que não pela enumeração de seus membros. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, ([1988] 2005, p. 366).

São técnicas de refreamento utilizadas na ligação indivíduo-grupo, a partir das lições de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 371): (a) o recurso ao preconceito; (b) o recurso à exceção; e (c) o recurso à solidarização com partes diferentes. Nesse último recurso, para mostrar que o indivíduo não faz parte do grupo, ou que ele não pertence a grupo algum, suas partes são relacionadas a diversos grupos. O reflexo dessas técnicas alcança tanto o refreamento da ação exercida pelo comportamento da pessoa sobre a imagem que se faz do grupo, como pode ter o efeito de valorizar ou desvalorizar o indivíduo.

3.3.2.5 Outras interações entre acontecimentos, objetos, seres e instituições

Todas as vezes que acontecimentos, objetos, seres e instituições são reunidos de forma abrangente e considerados particulares de uma época, de um regime, de um estilo, de uma estrutura, as mesmas interações entre ato-pessoa e pessoa-grupo são encontradas naquelas relações. De acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 372), há um empenho em associar e em explicar fenômenos particulares, concretos individuais e retratá-los como manifestações da natureza (essência) que se exprimem da mesma forma em outros acontecimentos, objetos, seres e instituições.

O comportamento e o modo de ser dos indivíduos podem ser explicados não só pelo pertencimento a um grupo, como pela época ou regime que se relacionam. A partir de determinados traços característicos, é possível estabilizar os aspectos de uma pessoa quando, por exemplo, se qualifica alguém de herói. De acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 373), sempre que o ato e a essência, ao invés de serem interpretados um pelo outro, aparentarem se opor, serão aplicadas técnicas para comprovar a incompatibilidade:

o homem que não é de sua época será um precursor ou um retardatário, a obra que apresenta características diferentes do estilo do autor terá sido elaborada sob influência alheia ou já manifestará sinais de degenerescência, já não será uma expressão tão pura do estilo em questão; o que não corresponde á imagem da essência será excepcional, e essa exceção será justificada por algumas das inumeráveis explicações concebíveis.

Uma estrutura estável, que seria a única a ter importância, faz referência a acontecimentos variáveis quando se reporta à noção de essência, podendo estar explícita ou implícita para justificar determinadas mudanças. Relacionam-se à noção de essência, nos termos de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 373-374), as noções de *abuso* e de

falta e, ao referi-las, o ouvinte, imediatamente, as relaciona a uma essência imposta de forma implícita, e que o uso normal de uma noção é conforme sua essência.

O que é intencional, aceito como habitualidade, determina essa essência. O abuso, por sua vez, é separado desse uso normal e representa os efeitos danosos que da noção derivam. O que não segue a linha da intenção e frequência é considerado abuso, deformação. A utilização do abuso, separado do uso normal, destacam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 374), demonstra a intenção de manter a essência da noção, que seria profundamente alterada, caso isso não acontecesse. Quando há uma discussão sobre o capitalismo, é difícil estabelecer de que lado está a razão, se não se tem uma ideia precisa sobre essa noção, já que cada parte irá justificá-la a partir de seu ponto de vista. Dessa forma, “o que se considera, tradicionalmente, juízos de valor, determina estruturas conceituais que possibilitam precisar o sentido e o alcance daquilo a que se chama juízos de fato.” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, ([1988] 2005, p. 374).

De forma semelhante ao abuso, a falta só pode ser chamada em seu favor quando a noção da essência, em relação à qual ela se determina, é vaga ou imprecisa, e está inteiramente subordinada à ideia que se tem da forma da essência. A falta, dissertam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 375), “mais que a negação¹²⁶ da qual ela pode ser aproximada, é característica da argumentação sobre os valores, sobre o que deve ser feito”, uma vez que se define em relação a uma norma, quando se trata do normal, do ideal. O que é *demais* tem o mesmo mecanismo de identificação ao ser definido em relação à essência.

A identificação de que falta alguma coisa, ou que ela é demais, faz-se por meio de diversas técnicas, conforme os ensinamentos de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 376). São elas: (a) desvalorização da pessoa a quem se dirige um voto, referindo uma essência à qual ela não se ajustaria; e (b) uma simples qualificação ao evocar a essência que demonstre o quanto a realidade se afasta dela. Enquadram-se nessa técnica a *alusão* (implícita) e a *ironia* (explícita).

3.3.2.5.1 A ligação simbólica

A ligação simbólica é aproximada das ligações de coexistência pelos autores do *Tratado da argumentação: a nova retórica* ([1988] 2005). Para eles, o símbolo é diferente do

¹²⁶ Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 375) ilustram a aplicação da ideia de falta, nas descrições da mulher feita pela psicanálise. O homem é considerado o representante da essência, a partir da interpretação das características da mulher de não possuir órgãos genitais externos. E, por esse motivo, a noção de falta não pode restringir-se a características formais, reversíveis e estáticas como na negação.

signo, porque aquele não é puramente convencional. O significado e o valor representativo parecem ser originários do fato de existir, ou parecer existir, uma relação de *participação* entre o símbolo e o que ele evoca. O vínculo simbólico é visto como parte do real, mas não definido por estruturas desse real.

A ligação simbólica, destacam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 378), provoca transferências entre símbolo e simbolizado, em que existe uma relação de coexistência entre esses elementos, mesmo quando existe um fator temporal separando o símbolo e o simbolizado: a cruz, a bandeira e a pessoa do rei reconhecidas como símbolos do cristianismo, da pátria e do Estado. Esse vínculo é admitido, exclusivamente, pelos participantes de um grupo e a crença nelas é uma característica da união entre eles.

Na argumentação, o relevante é saber em que proporção uma coisa e tudo o que lhe é relacionado tem essa natureza simbólica, uma vez que os atos simbólicos têm uma função e um significado diferentes daqueles que não o são. Esses atos reagem, de forma muito mais agressiva, os seres que lhe são solidários e, por esse motivo, justificam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 379), as técnicas de ruptura ou de refreamento entre o ato e a pessoa, que são revestidas de certa racionalidade, não se aplicam quando o ato é reconhecidamente simbólico.

Um individuo pode ser visto como um símbolo de seu grupo, e seu comportamento será considerado mais relevante, porque é mais representativo em relação aos dos outros membros. Ao integrar uma linguagem compreendida pelos ouvintes, o símbolo pode ser usado como signo e servir de meio de comunicação. Normalmente, o símbolo é mais real e mais controlável do que o simbolizado e se modifica enquanto símbolo no seu uso, conforme explicitam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 381): “seja qual for a gênese do vínculo simbólico, geralmente aceito, entre o leão e a coragem, cada novo uso desse vínculo, na argumentação, confere ao leão certas características e certo valor ligado à coragem.”

No entanto, destacam ainda Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 381), algumas realidades que perdem seu aspecto simbólico continuam a ser usadas como signos, como meios de comunicação convencionais. O símbolo pode desempenhar um papel de destaque tanto nas premissas quanto no conjunto da argumentação: “presume-se que tudo o que diz respeito ao símbolo diz respeito ao simbolizado.” Não se nega a ação dos símbolos àqueles que reconhecem a ligação simbólica, mas não surte efeito sobre quem não as reconhece. Dessa forma, eles são particulares de uma determinada cultura e, nos termos de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 382), não têm utilidade para o auditório

universal, confirmando seu aspecto irracional. Por outro lado, o valor simbólico *in abstracto* pode constituir o objeto de uma argumentação racional que visa ao universal.

Há o discurso que se pronuncia e aquele a que se pretende chegar, ao ser imaginado um auditório ideal. Esse auditório ideal é abstrato e visa, sempre, ao universal, enquanto o discurso apresentado em determinada situação, e dirigido a um auditório, é particular e irracional. No entanto, ao justificar o discurso particular e tentar aproximá-lo do ideal, ele se torna racional naquele caso, dentro de um tempo e de um lugar, e o mesmo acontece com o valor simbólico.

Ao utilizarmos um símbolo para representar o simbolizado, estão presentes as figuras de substituição *metonímia* e *sinédoque*, mas com uma importante diferença, consoante esclarecem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 383): é necessário verificar se entre os termos substituídos existe um vínculo real e qual é ele. Como metonímia, apresenta-se ‘Jacó’ para designar o povo judeu. O termo que o substituiu tem um vínculo simbólico com o substituído. E, de sinédoque: ‘a vela’ para os navios, em que o termo que o substituiu marca um aspecto característico do objeto designado.

3.3.2.5.2 Argumentos de hierarquia

As hierarquias, como os valores, fazem parte dos acordos que servem de premissas para os discursos, apontam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 384). No entanto, pode-se questionar e argumentar a respeito delas, de que forma são fundamentadas e onde seus termos devem se situar.

Por mais diversas que sejam as opções de argumento para o orador, no mais das vezes, discutem-se os argumentos de *hierarquia dupla* que representam a correlação entre a hierarquia discutida e a hierarquia aceita e, normalmente, exprime uma ideia de proporcionalidade, direta ou inversa, ou, pelo menos, um vínculo entre termo a termo. O argumento de hierarquia, muitas vezes, está implícito, e Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 384-385) explicam que eles podem ser *quantitativos* ou *qualitativos*. Os argumentos de hierarquia *quantitativos* são mais fáceis de identificar, já que tratam de dados estatísticos, diferenças numéricas, de grau ou de intensidade. Os argumentos de hierarquia *qualitativos* não podem ser descritos nem fundamentados por meio de elementos mensuráveis, e é onde a argumentação adquire maior importância, porque se utilizam outras hierarquias, normalmente extraídas do mundo físico para sustentá-las (noções de profundidade, altura, tamanho e consistência, por exemplo).

Para ligar duas hierarquias, ou para fundar um argumento de hierarquia dupla, todas as ligações fundadas na estrutura do real, sejam elas de sucessão ou de coexistência, servirão. Isso porque, desenvolvem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 386), “a relação de causa a efeito é que permitirá hierarquizar as variações de volume de um corpo conforme a variação da temperatura. Inversamente, uma hierarquia dos fins pode ajudar-nos a estabelecer uma hierarquia dos meios.” Destaca-se, porém, que a hierarquia dupla é formada com mais regularidade sobre as ligações de coexistência.

Uma importante função do argumento de hierarquia, por fazer a correlação entre a hierarquia discutida e a hierarquia aceita, é a de justificar as regras de conduta, nos termos da explanação de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 389):

Como o que é preferível deve ser preferido, a determinação dele dota-nos nosso comportamento. Se certas leis são preferíveis a outras, é a elas que cumpre obedecer, não às outras; se certas virtudes são objetivamente superiores, cumpre esforçar-se para adquiri-las na vida. É por intermédio de hierarquias duplas que algumas considerações metafísicas fornecem um fundamento à ética.[...] A uma hierarquia ontológica corresponderá uma hierarquia ética de condutas.

A maior parte dos argumentos por hierarquia dupla deve ser reconhecida como argumentos *a fortiori*, com o objetivo de encontrar um limite *a quo*, consoante estabelecem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 391): os sacrifícios que um parente afastado se impõe deveriam ser *a fortiori* assumidos por um parente mais próximo. No entanto, aplicam o nome de argumento *a fortiori* em sentido estrito, para determinados argumentos nos quais o limite é intensificado por outra hierarquia dupla, da qual ele faz parte.

Existe, ainda, uma terceira hierarquia, que não é totalmente paralela ao encadeamento de hierarquias, e desfruta de uma relativa independência e chama-se de *confirmativa*, por Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 392). Ao tratar de determinada conduta, ela será relacionada a vários elementos como a causa, o efeito, as condições que formarão várias hierarquias duplas, atuando num mesmo sentido. No mesmo encadeamento de hierarquias, uma pode ser quantitativa e a outra qualitativa. Na hierarquia quantitativa, é importante **a diferenciação entre grau e ordem**, porque elas somente apresentam distinções numéricas, de grau ou de intensidade, sem existir um corte em função de se passar para outra ordem entre um termo e outro. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 393) esclarecem:

A introdução de considerações relativas à ordem, resultem elas da oposição entre uma diferença de grau e uma diferença de natureza, ou entre uma diferença de

modalidade e uma diferença de princípio, tem o efeito de minimizar as diferenças de grau, de igualar mais ou menos os termos que só diferem entre si pela intensidade e de acentuar o que os separa de termos de outra ordem. Em contrapartida, a transformação de diferenças de ordem em diferenças de grau produz o efeito inverso; ela aproxima, uns dos outros, termos que pareciam separados por uma barreira intransponível e ressalta a distância entre os graus.

Quando se trata da falta cometida por um indivíduo, sua maior ou menor gravidade não tem qualquer importância, porque todas pertencem a uma mesma ordem. Relevante é a qualidade da natureza humana demonstrada através de seu ato (sua falta). Representa uma técnica de igualização que, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 394-395), normalmente utilizada por temer que determinada coisa, em seu grau menor, inferior, aparente não ser digna de atenção. Para que isso seja evitado, concede-se o mesmo valor do grau mais elevado ao grau inferior. A questão está assentada no âmbito dos princípios, e não é vista somente do ponto de vista do utilitarismo. Afirmar uma diferença capital entre certas coisas significa um óbice à estrita aplicação do argumento pragmático.

Por outro lado, quando se depara com duas áreas de ordem diferente, estabelecem-se graus no interior de uma delas, com a intenção de amenizar o corte, reduzindo uma diferença de ordem para uma diferença de grau. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 396) ilustram a maior facilidade de juntar o certo ao incerto, quando existem graus no interior do incerto. Da mesma forma, prepara-se a aproximação entre os juízos de valor e os de realidade quando se estabelece uma gradação no interior dos juízos de valor.

A intenção de estar diante de uma diferença de ordem ou uma diferença de grau é que fará com que se direcione, ou não, o que poderia ter causado, explicado, comprovado a mudança brusca de uma ordem para outra. Essa mudança repentina, normalmente, é imprevisível e mal se faz perceber. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 397) seguem, explicando que, para diminuir a ideia que se tem de um fenômeno que provoca um corte, troca-se a diferença de ordem por uma diferença de grau; e vão mais longe, ao estabelecer novas diferenças de ordem, apreciadas como mais importantes.

3.3.3 As ligações que fundamentam a estrutura do real

As ligações que fundamentam a estrutura do real são feitas a partir de dois recursos: (a) pelo caso particular e (b) pelo raciocínio por analogia. Os subtópicos seguintes tratam do recurso pelo caso particular, através do exemplo, da ilustração e do modelo. Na sequência, trata-se do recurso pelo raciocínio por analogia e seus desdobramentos.

3.3.3.1 O fundamento pelo caso particular

Esses argumentos são baseados no exemplo ou paradigma, na ilustração e no modelo. Caracterizam-se quando, a partir de um caso concreto, se estabelece um modelo ou uma regra geral.

3.3.3.1.1 A argumentação pelo exemplo

Faz parte das ligações que fundamentam o real pelo recurso ao caso particular, ensinam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 399-340), ao permitir uma generalização, fundamentar a regra e implicar “um certo desacordo acerca da regra particular que o exemplo é chamado a fundamentar, mas que supõe um acordo prévio sobre a possibilidade de generalização a partir de casos particulares.” Para formar a base da generalização, é necessário dar mais de um exemplo, explica Weston (2009, p. 14).

Uma regra considerada nova, em certos aspectos, pode ser fundamentada em um exemplo por meio de um precedente. Além disso, uma prescrição legal, no mais das vezes, é reconhecida como um exemplo de princípios gerais, reconhecíveis através dela própria. A utilização da argumentação pelo exemplo, estabelecem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 401), tem a propensão de fazer passar dela para uma conclusão também particular, sem que se enuncie nenhuma regra, chamada de *argumentação do particular ao particular*.

O caso particular, descrito por meio de noções que servem de exemplo, tem a função de regra implícita que autoriza a passagem de um caso a outro. Para ter a propriedade de exemplo, ele deverá usufruir do estatuto de fato, ao menos de forma provisória. Ademais, saber quais são os casos que podem ser utilizados como exemplos, é a generalização que dali pode ser retirada. E Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 403) explicam que tal fato acontece:

porque é em relação a uma certa regra que alguns fenômenos são intercambiáveis e, por outro lado, a enumeração destes permite discernir o ponto de vista no qual foram assimilados um ao outro. É por essa razão que, quando se trata de aclarar uma regra com casos de aplicações variáveis, é útil fornecer alguns exemplos dela, tão

diferentes quanto possível, pois dessa forma indica-se que, nesse caso, tais diferenças não importam.

Os argumentos pelo exemplo podem ser introduzidos para provar ou para deixar claro um enunciado, e são apresentados de três maneiras:

- (a) através de diversos exemplos diferentes, em que essa diferença não tem importância; o que vale é a possibilidade de mostrar que se aplicam princípios e regras tão gerais que abarcam todos eles;
- (b) pela escolha do exemplo mais probatório, que é conseguido através de argumentos de hierarquia dupla, permitindo o raciocínio *a fortiori*. É o que Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 403) chamam de recurso ao exemplo hierarquizado;
- (c) através de diversos exemplos não diferentes, com o objetivo de determinar a frequência de um acontecimento e concluir sobre a probabilidade que se terá de observá-lo ulteriormente.

Através do caso invalidante (*exemplum in contrarium*), existe o impedimento de uma generalização indevida, apresentando-se uma incompatibilidade. O caso particular observado nunca poderá estar em contradição absoluta com um juízo no qual a universalidade é empírica; apenas poderá reforçá-lo ou enfraquecê-lo, elucidam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 405). A lei poderá sempre ser preservada e apenas lhe será atribuída um alcance levemente diferente que considerará o novo caso. Os auditórios serão levados a enfrentar, a pensar o fato invalidante e admitir que eles são divergentes, com regras que eles admitem.

A lei também poderá ser mantida quando seu campo de aplicação for estreitado através da *exceção*, por exemplo: a relação entre os eventos ligados pela lei deixa, como em gramática ou em linguística, de ser absoluta. Por vezes, ressaltam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 405), “buscar-se-á substituir uma lei determinista por uma correlação mais ou menos forte.” Os eventos que exigem ajustes ou atenuações da lei podem ser enumeráveis ou, então, a regra existe, mas se estabelecem as categorias de eventos nas quais ela não é aplicável.

Um ponto que Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 406) destacam é que, na argumentação pelo exemplo, o papel da linguagem é fundamental porque o sentido e a extensão das noções são influenciados pelos aspectos dinâmicos de seu emprego. Assim, expressam-se: “quando dois fenômenos são subsumidos sob um mesmo conceito, a

assimilação deles parece resultar da própria natureza das coisas, ao passo que a diferenciação deles parece necessitar de uma justificação.”

Quando se trata de uma decisão judicial, o reconhecimento de novos casos não representa a simples passagem do geral ao particular. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 407) asseveram que “ela também contribui para o fundamento da realidade jurídica, ou seja, das normas, e já sabemos que novos exemplos reagem sobre os antigos, modificando-lhes o significado.” Muitas vezes, a linguagem acontece antes do jurista. A sua decisão poderá reagir sobre a linguagem (porque ela facilita a tarefa do julgador, mas não é impositiva da decisão) e fazer com que duas palavras, que poderiam ter sido consideradas homônimas em determinado momento, sejam interpretadas como dependentes de um conceito único.

3.3.3.1.2 A argumentação pela ilustração

Consiste em uma ilustração que, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 407), tem a função de “reforçar a adesão a uma regra conhecida e aceita¹²⁷, fornecendo casos particulares que esclareçam o enunciado geral, mostram o interesse deste através da variedade das aplicações possíveis, aumentam-lhe a presença na consciência.”, e torna presente uma regra ou uma previsão. Para fins de *ilustração*, Weston¹²⁸ (2009, p. 14) defende que é possível utilizar um exemplo isolado.

A ordem do discurso, tanto para o argumento pelo exemplo, como pela ilustração, não se apresenta como um critério essencial. Essa ordem poderá induzir a reconhecer um fato como exemplo ou como ilustração, mas, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca, **“os exemplos podem vir depois da regra que devem provar, as ilustrações de uma regra cabalmente aceita podem preceder seu enunciado.”** ([1988] 2005, p. 408, grifos nossos).

A ilustração, na lição de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 410-411), tem o objetivo de aumentar a presença, concretizando uma regra abstrata, por meio de um caso particular. Ela não pretende substituir o abstrato pelo concreto, nem deslocar as estruturas para outra área, como faria a analogia e, muitas vezes, é escolhida pela influência

¹²⁷ Ao contrário do argumento pelo exemplo, que tem a tarefa de fundamentar a regra, a diferença é, contudo, sutil.

¹²⁸ Weston apresenta mais duas possibilidades de argumentação pelo exemplo: (a) a necessidade de utilizar exemplos representativos e (b) a necessidade de ter informações suplementares para analisar um universo de exemplos. Além disso, devem-se testar as generalizações, procurando contraexemplos que ajudarão o orador a corrigir os excessos de generalização. Não vamos trabalhar essas possibilidades, em função da abordagem a partir da Nova Retórica.

afetiva que poderá ter. Com frequência, o objetivo da ilustração será facilitar o entendimento, a compreensão da regra, através de um caso de aplicação indiscutível.

A surpresa, o inesperado, podem aparecer na ilustração e servirão para que se avalie o alcance da regra. Além disso, a ilustração inadequada não tem a mesma função que o caso invalidante, explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 411). Por não estar a regra sendo questionada, o enunciado dessa ilustração inadequada tem maiores reflexos naquele que a elabora e demonstra seu desconhecimento ou incompreensão do sentido da regra.

Tanto o exemplo como a comparação permitem fundamentar uma regra e passar de um caso particular a outro. A comparação, quando não é uma avaliação, provavelmente será uma ilustração de um caso através de outro, em que os dois são considerados utilizações de uma mesma regra. Algumas comparações, afirmam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 412), “ilustram uma qualificação genérica por meio de um caso concreto, bem conhecido dos ouvintes: [...] ‘altivo como Artabán’, ‘rico como Creso’.”

Existe, ainda, o papel desempenhado pelo caso particular fictício e pelo caso forjado, em conformidade com o que estabelecem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 412-413). O primeiro ilustra com mais facilidade a regra conhecida; o segundo, por sua vez, está mais estritamente relacionado à regra em comparação ao caso observado. Porém, o caso forjado é considerado como se fosse uma experiência construída em um laboratório escolar e, provavelmente, inventado com base em um modelo prestigioso e tomado como aplicação da regra que deve ilustrar.

3.3.3.1.3 *A argumentação pelo modelo e o antimodelo*

Esse tipo de argumentação consiste em um modelo que incentiva a imitação não espontânea¹²⁹, indicando uma conduta específica a seguir. A argumentação pode ser no sentido de seguir um modelo ou não (antimodelo). No que diz respeito ao modelo, Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 414-415) identificam seus tipos: (a) o modelo glorificado, para a imitação de todos; (b) o modelo reservado, para a imitação de um pequeno número ou uma única pessoa; e (c) o modelo padrão, a ser seguido em determinadas situações. Um homem, um meio ou uma época serão identificados pelos modelos propostos e a concepção

¹²⁹ Os autores referem que existe a conduta espontânea de imitação que se trata, naquele entendimento, de uma repetição que não precisa ser justificada (princípio da inércia). (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, [1988] 2005, p. 413).

que se tem deles. Além disso, aquele que tem sua atitude valorizada por um modelo poderá também ser tido como modelo e até a indiferença do modelo poderá ser dado como um.

O antimodelo, por sua vez, configura-se a partir de um contraste de certa conduta e no qual os atos são julgados por seus agentes, aplicando-se ao antimodelo tudo o que se aplica ao modelo. No entanto, Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 417-418) destacam uma diferença importante: no modelo, a proposta é moldar-se a alguém cuja conduta a ser seguida é parcialmente conhecida; no antimodelo, estimula-se a diferir-se de alguém sem que, no mais das vezes, não se consiga inferir daí uma conduta precisa a ser seguida. É possível, também, que a conduta seja precisada através da inferência de um modelo - afastar-se de Sancho Pança só é possível para quem conhece a personagem de Dom Quixote.

Pode-se dizer que quem propõe um modelo ou um antimodelo concorda com a sua conduta e pretende dela se aproximar ou se afastar. Esse tipo de argumentação encontra impropriedades quando se identifica no modelo condutas indesejáveis e, no antimodelo, condutas dignas de serem seguidas. As condutas que são desconstruídas neles podem indicar, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 419-420), outros parâmetros que não a pessoa ou o grupo que se dignifica ou se desconsidera, critérios esses que descartam a argumentação pelo modelo, por ser considerada supérflua ou perigosa. Para evitar essas impropriedades, criam-se heróis ou monstros, bons ou maus, para que a história se configure como um mito ou uma lenda. E, mesmo assim, não é possível destacar uma regra de conduta única e clara.

A argumentação pelo modelo teve sua importância reconhecida por Kant, explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 420-421), mas, para ele, o modelo representa um ideal que cada homem traz dentro de si “sem que os limites naturais permitam uma realização dele num exemplo fenomênico.” Quem utiliza essa forma de argumentação (através da construção de um ideal), adapta, de uma forma mais direta, o modelo às conclusões pretendidas. Soma-se a isso, a possibilidade de serem utilizados independentemente das circunstâncias.

3.3.3.2 O raciocínio por analogia

O raciocínio por analogia é explicado por Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 424- 425) por meio de uma similitude de estruturas, cuja fórmula mais genérica é: A está para B assim como C está para D. Propõem chamar de *tema* o conjunto dos termos A e B (conclusão), e chamar de *foro* o conjunto de C e D (servem para estribar o raciocínio), de

forma que exemplificam com uma analogia retirada de Aristóteles: “Assim como os olhos dos morcegos são ofuscados pela luz do dia, a inteligência de nossa alma é ofuscada pelas coisas mais naturalmente evidentes.”¹³⁰

Tema e foro possuem uma relação assimétrica em termos do seu lugar ocupado no raciocínio. Além disso, sustentam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 425) que, para haver analogia, tema e foro devem pertencer a áreas diferentes¹³¹. O argumento por analogia, em Direito, tem um significado diferente daquele proposto por Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 426- 427), que explicam:

Em direito, o raciocínio por analogia propriamente dita se limita, ao que parece, ao confronto acerca de pontos particulares, entre direitos positivos distintos pelo tempo, pelo espaço geográfico ou pela matéria tratada. Em contrapartida, todas as vezes que se buscam similitudes entre sistemas, estes são considerados exemplos de um direito universal; assim também, todas as vezes que se argumenta em favor da aplicação de uma determinada regra a novos casos, afirma-se, por isso mesmo, que se está no interior de uma única área. Assim, a reabilitação da analogia, enquanto procedimento de interpretação extensiva que atende ao desejo de certos juristas de ver nela algo diferente do termo pelo qual se desqualifica o que o adversário apresenta como exemplo, se realizará dando-se à analogia um significado diverso daquele que propusemos.

Assim, sempre que estivermos falando sobre o Direito, como nesta tese, deve-se ter em mente essa distinção. A obra jurídica tem a analogia como um procedimento coerente que objetiva a preencher um vazio legal (lacunas), aplicando uma norma que regulamenta uma situação semelhante. O emprego da analogia no Direito determina uma dupla investigação, nos termos do que disserta Mazotti (2010, p. 64): “primeiro, realiza-se a comparação entre a situação de fato não legislada e aquela que possui uma norma reguladora; posteriormente, examina-se a *ratio juris* desta norma e a sua pertinência à situação lacunosa.” A analogia, no sistema jurídico, é considerada um método interpretativo das lacunas, de acordo com Mazotti (2010, p. 65), “a partir da pesquisa da *ratio* existente na norma e das características dos fatos em exame.” De qualquer sorte, reconhece-se a possibilidade de que a analogia tenha uma natureza retórica, porque a analogia jurídica exige que exista uma lacuna e que os casos avaliados sejam similares, uma vez que o raciocínio, se a lei exige uma conduta em determinada situação, deverá exigir a mesma conduta em outra semelhante. O que está em

¹³⁰ Nesse caso, o *tema* é a ‘inteligência da alma’ e ‘evidência’ (conjunto dos termos A e B), sob os quais se baseia a conclusão. O *foro*, por sua vez, que serve para estribar o raciocínio, é os ‘olhos de morcego’ e a ‘luz do dia’ (conjunto dos termos de C e D). (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, [1988] 2005, p. 424).

¹³¹ Se as relações que se confrontam estão na mesma área e podem ser subsumidas sob uma estrutura comum, é caso de um raciocínio pelo exemplo ou pela ilustração, e não caso de analogia, uma vez que o tema e o foro fornecem dois casos particulares de uma mesma regra. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, [1988] 2005, p. 425).

jogo, defende Mazotti (2010, p. 66-67), é a própria racionalidade do Direito de forma ampla, já que não se pode aceitar uma justiça desigual nos casos em que a *ratio juris* é idêntica. No entanto, refuta-se a analogia, argumentando que, se dois objetos são similares, eles não são idênticos e, por esse motivo, não há razão de serem tratados da mesma forma.

E é nesse ponto que se faz a leitura da analogia sob um enfoque retórico porque, na lição de Mazotti (2010, p. 67), deve-se justificar e demonstrar, de forma persuasiva, como situações similares, e que, portanto, têm diversos fatores diferentes, devem ter o mesmo tratamento legal. Assim, segue a dissertação sobre analogia sob a ótica dos autores da *Teoria da argumentação: a nova retórica*. ([1988] 2005).

3.3.3.2.1 O raciocínio por analogia sob a nova retórica

A relação entre os termos de uma analogia corresponde a uma situação complexa e que se denomina *analogia rica*. Ela poderá ser de quatro termos, como a analogia-padrão, apresentada, anteriormente, pelo esquema: A está para B assim como C está para D. Mas, aparece, frequentemente, com três termos, sendo que um deles aparece duas vezes no esquema: B está para A assim como C está para B, ou também, da seguinte forma: A está para B assim como A está para C. O que interessa em uma analogia, esclarecem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 426- 429), é a confrontação do tema com o foro, mesmo que não haja uma relação prévia entre os termos de um e do outro.

No entanto, quando existe a relação entre A e C, entre B e D, a analogia se desenvolve em todos os sentidos, caracterizando uma analogia rica. Estabelecem analogias ricas de uma forma peculiar, as hierarquias duplas, em função de suas relações horizontais baseadas na estrutura do real, e as relações verticais de hierarquização. Existe uma grande diferença entre elas, apontam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 430): a analogia aparece quando existe o confronto de relações situadas em áreas diferentes, enquanto a hierarquia dupla é baseada numa ligação do real.

A natureza dos temas na analogia sempre tem alguma relação, nunca são indiferentes, ao contrário de uma simples proporção matemática. Algumas vezes, certos elementos do foro são modificados por conta da ação do tema sobre ele. Noutras ocasiões, os termos do foro são dotados de propriedades que se ligam à fantasia, para se aproximarem do tema como, por exemplo, o fato de os animais de uma fábula terem voz humana. Outra técnica para aproximar o foro do tema é a purificação do foro, na qual sua transformação ocorre depois de um enunciado prévio, no sentido de uma maior perfeição. Em que pese o

foro ter-se modificado, ele não deixa de exercer a função desejada, e a razoabilidade conferida ao tema é diminuída por esse motivo, referem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 431-433).

Em decorrência da analogia, a interação entre tema e foro produz efeitos de duas maneiras, de acordo com a explicação de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 434): uma (a) pela estruturação e pelas transferências de valor que dela derivam; e a outra, (b) pela transferências do valor do foro para o tema e, de forma recíproca, a transferência do valor relativo dos dois temas do foro para o valor relativo dos dois termos do temas. Por meio de uma analogia, Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 436) estabelecem diferenças entre analogias, em função do grau de adesão prévia ao tema, aproximando-as da ilustração e do exemplo. Algumas analogias, como a ilustração, teriam um papel de reforço; enquanto outras, que deveriam, por si só, usufruírem de mais força de persuasão, aproximam-se mais das funções do exemplo.

A analogia tem vários efeitos, argumentam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 436-437), entre eles contribuir para determinar um ou os dois termos do tema. Nos casos em que os dois termos são desconhecidos, somente as alegadas relações entre a área do tema e a do foro permitem delinear suas estruturas. Pode acontecer, ainda, que seja necessário inventar o tema, porque a impossibilidade de compreender os termos do discurso em seu sentido próprio, fazem com que ele receba um sentido figurado para reinventar a analogia e dar um sentido verdadeiro ao discurso. A busca do sentido analógico tem várias motivações, não somente o fato de o sentido literal ser falso ou pouco interessante; pode ocorrer, ainda, por razões de outra natureza, como as convenções do gênero, da época, ou o que se tem conhecimento por outros caminhos de intenção do autor.

Diante desse quadro, questiona-se como a analogia é utilizada. Inicialmente, cumpre esclarecer que ela favorece os desenvolvimentos e prolongamentos na invenção e na argumentação e, por esse motivo, tem um papel relevante nas suas aplicações. No sentido do que prelecionam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 438-439), a partir do foro, as analogias permitem estruturar o tema que situam em um perímetro conceitual. O desenvolvimento de uma analogia acontece de acordo com a necessidade de cada área e até em medida quando nada lhe é oposto. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 439) também esclarecem que é no desenvolvimento da analogia que os papéis de invenção e de prova se separam. Sob a ótica da invenção, a analogia pode prolongar-se tão longe quanto possível. Já sob a ótica do seu valor probatório, para se reforçar uma convicção, deve-se estabelecer um limite que a analogia não possa ultrapassar, sob pena de prejuízo.

A analogia pode, também, ser prolongada, não pelo seu autor, mas pelo seu crítico, que utiliza esse prolongamento como um meio de refutação. Essa refutação torna-se eficaz, justamente porque utiliza os argumentos de seu opositor e tem como objetivo expor a fragilidade do argumento do autor. Observa-se, com isto, nos termos do que dissertam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 438-441), que a analogia sempre pode ser prolongada; todavia, se ela tiver como efeito se tornar contrária ao autor, é porque, desde o início, ela não era adequada. E, por fim, a analogia pode ser refutada através de sua emenda, de sua inversão, descrevendo como seria o foro, se o tema tivesse sido planejado adequadamente.

Comumente, em filosofia, uma analogia adquire um caráter de direito adquirido e o progresso do pensamento é marcado pelas sucessivas emendas que ela sofreu. Nesse caso, a argumentação analógica substituirá um foro por outro que entender mais adequado. Além disso, argumentam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 444), a analogia se torna mais adequada quando o foro destaca características do tema julgados mais importantes. Sempre que uma analogia é substituída, ela será feita para enfatizar as características julgadas primordiais.

A escolha do foro é feita de acordo com as épocas e tendências filosóficas, em concordância com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 444-445), como, por exemplo, as analogias espaciais que eram preferidas no pensamento clássico. Explicitam os autores que o curso do tempo tem escolhas diversificadas (a analogia espacial, o traçado de uma linha indefinidamente, um rio que corre). Mas que, além disso, a compreensão do foro, principalmente quando deve ser identificada de uma área social ou espiritual, pressupõe um mínimo de conhecimento do lugar que ocupa em uma cultura e suas analogias anteriores.

As analogias são tão variadas que é possível utilizar vários foros como técnica para identificar o tema. Nesse caso, cada um dos foros é apresentado como insuficiente, direcionando o pensamento para uma concepção geral do que se está tratando. A orientação de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 445), para evitar confusões e um efeito cômico no caso do uso de múltiplos foros, é que eles não se sucedam muito perto. Ainda, uma parte do foro pode se tornar o ponto de partida de uma nova analogia, quando elas são enxertadas umas nas outras.

Para aproximar o tema do foro, é necessário que a analogia seja superada; dessa forma, Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 447-449) apresentam algumas formas de tornar isso possível. Em um primeiro momento, para superar a analogia e aproximar o tema do foro, estabelecem uma relação de participação entre eles, na qual o foro é apresentado

como um símbolo, como uma figura, como um mito e suas existências derivam da participação deles no tema. Em outras ocasiões, essa aproximação entre tema e foro é feita através da demonstração de que ambos dependem de um princípio comum (pode ser uma essência, da qual tema e foro são manifestações). Pode-se, ainda, estabelecer uma relação indireta entre tema e foro.

O sentido analógico não tira a força do sentido literal, nem o torna falso, apenas é construído levando em conta determinadas convenções de gênero, de época ou por razões de outra natureza. Através da analogia, é possível fazer prolongamentos na argumentação, inclusive pra refutar outros argumentos. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 447) esclarecem que é um instrumento de argumentação instável, uma vez que seus argumentos de refutação depreciam a analogia e sustentam sua inexistência. Enquanto ligação no raciocínio indutivo, a analogia representa uma etapa da ciência, na qual serve mais como invenção do que como meio de prova. Se a analogia prospera, aclaram Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 450), tema e foro se transformam em exemplos ou ilustrações de uma lei mais geral, de acordo com as áreas em que tema e foro são unificadas.

O estatuto da analogia é considerado precário por Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 451-452) por dois motivos: (a) o primeiro, é porque a analogia pode desaparecer por causa de seu próprio sucesso ou em virtude das condições de raciocínio; e (b) o segundo é a comparação das estruturas, porque a interação entre os termos e sua consequente aproximação pode causar efeitos cômicos, configurando seu uso abusivo. De toda sorte, mesmo que um elemento de semelhança não desempenhe papel significativo, certamente estará presente na origem de uma analogia. Quanto mais abstratos forem os termos e percebidos como expressão das estruturas, mais fácil será a superação da analogia por seus termos, cumprindo um importante papel no aperfeiçoamento das noções.

Apesar da contrariedade de alguns autores, a metáfora é considerada derivada da analogia e apresenta grande importância na argumentação. A metáfora, nos termos do que ensinam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 453), pode ser vista como “uma analogia condensada, resultante da fusão de um elemento do foro com um elemento do tema.” A metáfora pode construir uma expressão a partir da analogia que de forma esquemática representa: A está para B assim como C está para D, de uma expressão C de B para designar A. Por causa dessa fusão, a analogia é apresentada como um dado e não como uma sugestão, comprovando que a metáfora pode participar para tornar plausível a analogia, estabelecem Perelman; Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 454).

A fusão entre tema e foro pode acontecer em diversos graus, nos quais a aproximação das áreas propicia a realização de efeitos argumentativos. As metáforas que se apresentam desde o início como tais, e não aparecem durante a manifestação de uma analogia, estabelecem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 454-455), são as mais ricas e significativas. A fusão metafórica é um processo de aproximação diferente daquele causado pela hierarquia dupla ou daquele em que uma ligação simbólica entre foro e tema permite a superação da analogia. A fusão entre os termos do tema e do foro pode ser identificada de diversas formas por Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 456): pode ser por uma simples determinação (a noite da vida, oceano de falsa ciência), por meio de um adjetivo (uma exposição vazia, luminosa), por um verbo (ela se pôs a piar), por um possessivo (nossa Waterloo) e através de uma identificação (a vida é um sonho, o homem é um camaleão). O objetivo da fusão é marcar o lugar homólogo numa relação analógica e pode ser reforçada pelo recurso de falar, no futuro, dessa identificação. E, dessa forma, a metáfora tradicional, reconhecida da mesma forma que um fato indiscutível, serve para precisões; e para a argumentação, serve de ponto de partida.

Destacam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 457) que mesmo nos casos de analogias singulares, não se está diante de uma imagem (flor de pena, navio de escamas). Para evitar o erro de considerar a metáfora uma imagem, deve-se conceber a metáfora como derivada da analogia e esta como comparação de relações. Acrescentam, ainda, que toda analogia torna-se espontaneamente uma metáfora, com exceção daquelas que apresentam formas rígidas (parábolas, alegorias). As metáforas têm influência sobre as noções, não só sobre a argumentação para a qual é criada, mas podem contribuir para a confusão das noções: ‘escravo do patrão’, ‘escravo das paixões’.

O desgastes das metáforas faz com que elas sejam vistas não mais como uma fusão de termos retirados de áreas diferentes, mas como a utilização de um vocábulo a que este designa normalmente (expressão com sentido metafórico). A metáfora de atuante passou para ‘adormecida’, explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 459-461), e que continuam com seu valor argumentativo, mostrando sua força persuasiva quando for posta em ação, novamente, por meio de outra técnica. O despertar da metáfora pode ser feito com a união de expressões metafóricas uma à outra, inclusão na expressão com sentido metafórico de uma nova metáfora, que completa a primeira, ou pela mudança do contexto habitual. O reavivamento da metáfora é uma forma de superação da analogia. A metáfora como fusão analógica desempenha todos os papéis representados pela analogia, esclarecem Perelman e

Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 459-465), mas apenas o seu despertar permitirá diferenciá-lhe a estrutura e, em seguida, superar a analogia.

Até aqui, tratou-se do estudo das ligações argumentativas que relacionam os elementos de forma solidária e, inicialmente, considerados independentes. No próximo tópico, abordar-se-ão as situações em que há uma negação da existência das relações de ligação.

3.4 A DISSOCIAÇÃO DAS NOÇÕES

Inicialmente, apresenta-se a distinção entre a técnica de ruptura de ligação da dissociação para, em seguida, apresentar as técnicas de dissociação e seus resultados.

A técnica de ruptura de ligação, na lição de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 467-469), tem como fundamento afirmar que elementos que deveriam ficar separados e independentes são indevidamente associados. A dissociação, por sua vez, está baseada na unidade primitiva dos elementos, confundidos no interior de uma mesma concepção, designados por uma mesma noção. Essa última, determina um remanejamento relativamente profundo dos dados conceituais que fundamentam a argumentação. Essa distinção é controversa e somente a situação argumentativa em seu conjunto permitirá identificar qual delas está presente.

A dissociação das noções, de acordo com o que consideram Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 469), representa um rearranjo mais profundo, voltado sempre para o objetivo de remover uma incompatibilidade, originada da comparação de uma tese com outras, sejam elas normas, fatos ou verdades. No plano teórico, o resultado dessa dissociação valerá igualmente para o futuro, já que esse rearranjo da concepção do real, impede o reaparecimento da mesma incompatibilidade. No plano prático, resolve a dificuldade exclusivamente no campo da ação, impede que a incompatibilidade apareça, dilui a incompatibilidade no tempo ou sacrifica um ou os dois valores que entram em conflito.

O Direito há muito é percebido como um campo fértil nas técnicas de solução de incompatibilidades, e está presente em todos os âmbitos da atividade jurídica. Para resolver uma incompatibilidade, é possível organizar vários arranjos de conceitos, e as soluções opostas, por si só, poderão ser incompatíveis. No plano teórico, explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 471), o compromisso por causa das incompatibilidades, exige uma nova estruturação do real e é o que requer mais esforço e tem as mais difíceis justificações. Por outro lado, uma vez resolvidas e reestruturadas as noções dissociadas, elas tendem a reagir sobre o conjunto de noções no qual se inseriu e serem consideradas uma noção irrefutável.

O protótipo da dissociação nocional, utilizado de forma generalizada e com primordial importância filosófica, no entendimento de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 471), é a dissociação que dá origem ao par **aparência-realidade**. A aparência é a manifestação do real; no entanto, quando as aparências não podem ser aceitas todas ao mesmo tempo, porque são incompatíveis, dissociam-se as aparências enganosas daquelas que não o são (aparências que correspondem ao real), e surge o par aparência-realidade. Os autores apresentam um esquema, no qual esse par é representado com a ‘aparência’, constituindo o termo I, e a ‘realidade’, o termo II:

$$\begin{array}{ccc} \text{aparência} & \text{ou} & \text{termo I} \\ \text{realidade} & & \text{termo II} \end{array} \quad (1)$$

Esses termos são correlativos, sendo que o termo I equivale ao aparente, ao atual, ao imediato, ao que é conhecido diretamente, ao que se apresenta em primeiro lugar. O termo II fornece um critério, uma norma que permite diferenciar o que é válido do que não é, entre os aspectos do termo I. O termo II só é compreendido em relação ao termo I, sendo o resultado de uma dissociação, executado no interior do termo I. O critério fornecido pelo termo II não é apenas um dado, mas uma *construção* que estabelece uma regra que apresenta uma hierarquia dos vários aspectos, qualificando-os de ilusórios, de errôneos, de aparentes, no sentido de desqualificar os termos que não estão de acordo com a regra fornecida pelo *real*.

O termo II, em relação ao termo I, será normativo e explicativo, ao mesmo tempo. No momento da dissociação, ele possibilitará valorizar ou desqualificar determinados aspectos, dos quais se apresenta o termo I. Possibilitará, também, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 473), identificar entre as aparências, cuja condição é ambígua, as que não passam de aparência das que representam o real. O termo II, destacam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 473-474), nem sempre é acompanhado de um critério exato que possibilite apartar os aspectos do termo I. A norma fornecida pelo termo II só pode ser potencial, e hierarquizar os termos que resultarão da dissociação, em que esse é o seu efeito principal, e, por esse motivo, no termo II, realidade e valor estão intimamente ligados.

Em que pese a oposição entre a realidade e a aparência, fornecer o modelo de um par filosófico apresenta-se com incompletudes, porque a aparência é dada, enquanto a realidade é construído; seu conhecimento é indireto e, às vezes, impossível. Além das questões filosóficas, a preferência dada ao real se manifesta nas mais variadas situações do pensamento

cotidiano. Essa dissociação entre a aparência e o real, dissertam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 475), é rejeitada por certas filosofias, que afirmam serem as aparências a única realidade - é o caso das filosofias antimetafísicas, positivistas, pragmáticas, fenomenológicas ou existencialistas.

Do lado oposto da dissociação aparência-realidade, encontra-se o problema causado pela incompatibilidade das aparências. De acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 476), o critério de escolha entre as aparências será disponibilizado por outro par, representado pelo mesmo arquétipo do par aparência-realidade. Isso fará uma diferenciação de natureza e, na sua falta, a distinção estabelecida será meramente quantitativa, preferindo o todo sobre a parte, o infinito sobre o finito, a propriedade que serve de critério que está em grau mais elevado.

A dissociação manifesta uma visão de mundo, estabelece hierarquias, das quais os critérios se esforçam por fornecer e, ainda que possam ser representadas de forma esquematizada, seu resultado não é puramente formal ou verbal. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 477) explicam que a expressão da visão de mundo através de uma dissociação não acontece sem a colaboração de outros setores do pensamento.

Não é raro acontecer de uma discussão referente ao termo II apoiar-se em outro par, no qual os termos I e II não sejam controvertidos. Completam dizendo Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 477) que esses pares fazem parte do objeto próprio da investigação filosófica e são chamados de **pares filosóficos**. Eis alguns exemplos:

<u>ocasião</u>	<u>relativo</u>	<u>subjetivo</u>	<u>multiplicidade</u>	(2)
causa	absoluto	objetivo	unidade	

Esses exemplos demonstram como as elaborações filosóficas exerceram influência sobre o pensamento comum, baseando-os em diversos pares que, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 477), são resíduos de uma tradição cultural que prevalece. Não é possível indicar os pares de forma exaustiva, mas aqueles que são explicitados devem inserir cada um de seus termos em um lugar determinado. Identifica-se o local de cada termo, que não precisa estar enquadrado em um pensamento sistematizado, uma vez que alguns são formados de modo diametralmente opostos e fazem parte de pensamentos filosóficos e tendências diversas.

O esforço argumentativo baseia-se em Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 484) e serve para: (a) tirar partido de dissociações já aceitas pelo auditório; ou (b) introduzir

dissociações criadas *ad hoc*; ou (c) apresentar a um auditório dissociações aceitas por outros auditórios; ou (d) lembrar uma dissociação que se presume ter sido esquecida pelo auditório. Frequentemente, esse esforço argumentativo tem como objetivo inverter os pares estabelecidos e não rejeitá-los. Essa inversão, esclarecem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 485-488), recairá sobre um ou vários pares, já que o interesse por essas inversões vem, justamente, pelo fato de que estão inseridas em um conjunto, aceito alhures. Exemplifica-se a inversão quando um jurista sustenta determinada interpretação: a interpretação que prevalece se torna o termo II. Diante do par teoria-fato, teremos o par fenômeno-princípio. Uma dissociação de noção está imune da incompatibilidade resolvida; no entanto, novas dificuldades aparecem a propósito dos termos assim estabelecidos. Nesses casos, consoante ensinam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 489), tanto no pensamento filosófico como no prático, existirá uma propensão a realizar novas subdivisões, o que acontece em todos os setores do pensamento.

Expressões características que permitem, num primeiro olhar, diferenciar o termo I do termo II, revelam a presença dos pares filosóficos para quem conhece o uso de uma língua. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 495) exemplificam partindo da oposição aparência-realidade, na qual qualquer noção pode ser dissociada pela adição dos adjetivos ‘aparente’ ou ‘real’, ou dos advérbios ‘aparentemente’ ou ‘realmente’. Geralmente, sempre que uma dissociação é marcada por um par de substantivos, os adjetivos e advérbios derivados poderão indicar novas dissociações, entre outras situações.

As dissociações incidem não somente sobre as noções utilizadas na argumentação, mas também sobre o próprio discurso, porque o ouvinte pratica sobre ele, espontaneamente ou não, dissociações que são de suma importância. Para tanto, a **retórica** pode ser utilizada como expediente para obter o resultado desejado. Um expediente, definem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 511), é um modo de proceder para chegar a determinado resultado e é apreciado conforme sua eficácia e em seu justo valor. O termo ‘expediente’ também pode ser utilizado de forma negativa; pode ser um desqualificador que designe o termo I de um par filosófico e tenha o mesmo significado que falsa aparência. O objetivo desejado é uma simulação, um artifício para chegar a um fim (lágrimas não sinceras, cumprimentos excessivos).

Essa desqualificação e sua exposição a ela incidem sobre a argumentação dirigida a outrem e sobre todas as formas de eloquência. Ela pode atingir um determinado argumento, um discurso particular ou a arte oratória inteira. Normalmente, explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 511), qualificá-los de retórica é suficiente para eliminar a

eficácia dos enunciados. Entre o discurso premeditado e reconhecido como mero expediente, e um discurso espontâneo, mas com imperfeições, será preferido este último, tamanha é a desvalorização do uso de expedientes. O discurso será reconhecido como expediente quando se sente que ele não deriva de seu objeto. Se os ouvintes têm uma concordância dos valores com o orador, dificilmente um discurso epidíctico será visto como um expediente. Ao contrário, se os ouvintes forem terceiros não interessados nesses valores, o discurso representará meras palavras. Verifica-se essa aparência de expediente, também, nos casos de acordos sobre valores, quando o orador adota técnicas ou regras que não parecem naturalmente adaptadas ao objeto, em função de sua natureza uniforme ou rebuscada.

Não há necessidade de que os meios utilizados para persuadir tenham algo mecânico, de forçado ou fatídico para que se sinta o expediente. De acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 513), “a simples presença de esquemas argumentativos, de técnicas de persuasão transponíveis, teoricamente a outros discursos, pode bastar para sugerir a acusação de expediente.” Nesses casos, para que o expediente se sustente, a técnica argumentativa não pode ser interpretada de um modo ainda melhor, como estar correspondendo exatamente à própria natureza das coisas. Para prevenir ou contrapor a desqualificação do discurso como expediente, Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 514-518) esclarecem que se deve afirmar que o discurso é a consequência de um fato, acrescentando diversas técnicas, umas, com o objetivo de prevenir a aparição de uma dissociação; e outras, para fornecer elementos que garantem que a dissociação não tem cabimento.

No que diz respeito à sinceridade, questiona-se como identificar quando se trata de um expediente. A dissociação expediente-realidade pode ser continuada, indefinida e contraditoriamente pela inexistência de um critério indiscutível, explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 519). Ilustram com uma troca de cartas feita no passado, no jornal *New York Tribune*. Alguém havia enviado uma mensagem ao veículo de comunicação, com aparência de pró-fascista, e ultrajante aos Estados Unidos. Alguns leitores interpretaram a mensagem como tendo um viés comunista, enquanto outros questionavam se um fascista não a teria enviado, com a intenção de jogar a opinião pública contra a propaganda comunista. Essas interpretações de atribuir a responsabilidade pelo envio da mensagem poderiam perdurar infinitamente, esclarecem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 519-520). Esses argumentos opostos são chamados por Aristóteles de verossímil absoluto e verossímil relativo, por alegarem uma verossimilhança baseada no que se sabe sobre o normal, sendo que esses elementos variam, continuamente, no andamento da argumentação. A argumentação

baseada em múltiplas possibilidades de interpretação é tipicamente retórica e possível apenas em situações ambíguas.

3.5 A INTERAÇÃO DOS ARGUMENTOS

Até o presente momento, os argumentos foram apresentados de forma individual; no entanto, para a análise que se pretende fazer dos argumentos inseridos nos acórdãos, eles devem ser vistos como parte de um todo e em constante interação. Essa interação, ensinam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 523), além de ser contínua, atua em vários níveis: “interação entre diversos argumentos enunciados, interação entre estes e o conjunto da situação argumentativa, entre estes e sua conclusão e, enfim, interação entre os argumentos contidos no discurso e aqueles que têm este último por objeto.”

As condições em que se desenvolvem os fenômenos da interação são imprecisos, não têm seus limites bem definidos, mas, mesmo assim, são eles que determinam em grandes proporções a escolha do argumento, a amplitude e a ordem da argumentação. Ao empregar seus esforços argumentativos, o orador utiliza a *força dos argumentos*, dissertam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 524). Ela será variável e adaptar-se-á de acordo com o auditório e com o objetivo da argumentação, medindo-se pela dificuldade de refutação do argumento, bem como por suas próprias qualidades.

A força do argumento é medida por meio de um elemento normativo, que pode ser considerado uma das premissas da argumentação ou, ao menos, não se separa da noção de força. Lança-se dúvida sobre o que constitui o argumento forte: ele é *eficaz* porque determina a adesão do auditório ou é um argumento *válido* que determina a adesão do auditório? A força do argumento é uma qualidade descritiva ou normativa? Seu estudo depende da psicologia individual e social ou da lógica? A diferença de dois pontos de vista, baseada na dissociação normal-norma, é abarcada por Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 526), os quais dizem que não pode ser absoluta, uma vez que tanto o normal quanto a norma somente se definem em relação a um auditório, em que as reações fornecem a medida do normal, enquanto a adesão fundamenta as normas de valor.

Destacam Perelman e Olbrechts ([1988] 2005, p. 526) que essa diferenciação é muito importante quando as reações de um auditório determinam o normal e a compreensão de um outro é que fornece o critério da norma. A posição mais elevada da norma sobre o normal teria relação recíproca daquela de um auditório sobre o outro, e a distinção entre persuadir e convencer é essa hierarquização dos auditórios. A dissociação da eficácia de um argumento

de sua validade é que diminui sua eficácia, porque a interação entre o normal e a norma é uma via de mão dupla, na lição de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 527): “se a eficácia, em certas circunstâncias, fornece o critério do válido, a idéia que se faz do válido não pode deixar de ter efeito sobre a eficácia das técnicas que visam persuadir e convencer.”

O parâmetro adotado por Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 528) para determinar a intensidade do argumento é a regra de justiça: o que convenceu em uma determinada situação poderá, também, convencer em uma situação semelhante ou análoga. A força dos argumentos, em grande parte, depende de um contexto tradicional que limitará a argumentação pelo hábito, pela lei, pelos métodos e técnicas próprias da disciplina em que se desenvolveu o raciocínio, e indicará o que é relevante, ou não, para a discussão. O contexto filosófico também exerce influência sobre a força dos esquemas argumentativos, quer seja pela determinação da estrutura do real e pelas justificações que elas lhes dão, quer pelos critérios do conhecimento e da prova válidos ou pela hierarquia dos auditórios que elas adotam.

A força dos argumentos pode ser usada de forma implícita ou explícita, como fator argumentativo, tanto pelo orador como pelo auditório. Essa força, na lição de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 530), poderá ser superestimada através das seguintes técnicas: apresentar uma conclusão como mais certa do que é no entendimento do próprio orador; estender os acordos particulares, alcançados durante a discussão, sem que o interlocutor tenha dado sua adesão explícita. Por outro lado, também é possível limitar o alcance de uma argumentação, de manter a conclusão abaixo do que o autor podia esperar, consoante esclarecem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 530). É quando essas técnicas são chamadas de *atenuação*, porque dão uma impressão positiva de ponderação, de sinceridade, contribuindo para afastar a ideia de que a argumentação é um expediente. Podem ser reconhecidas nas figuras da insinuação, da reticência, da litotes¹³², da diminuição e do eufemismo¹³³, e têm a função de expressar uma vontade de moderação. As hipóteses e as utopias também podem diminuir as intenções da argumentação.

Da mesma forma que é possível o orador aumentar ou moderar a força dos seus argumentos, poderá utilizar técnicas para diminuir os argumentos do adversário, por meio da emoção exagerada sobre o assunto, desproporcional ao objetivo pretendido. Outra forma de

¹³² Figura que consiste no emprego de uma expressão que diz pouco para fazer entender muito. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/litotes>>. Acesso em: 25 set. 2015.

¹³³ Figura de linguagem baseada na substituição de palavra ou expressão que possa ter sentido triste, grosseiro, ou seja, apenas desagradável, por outra de sentido mais suave ou conveniente (p. ex.: traseiro no lugar de bunda, esguio no lugar de magro, descuidado no lugar de irresponsável, etc.). Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/litotes>>. Acesso em: 25 set. 2015.

minimizar de antemão os argumentos dos adversários, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 531), é atribuir ao efeito de determinados argumentos, não seu valor próprio, mas diversos outros fatores relacionados à pessoa do orador. Essa técnica atua em três níveis diferentes: (a) no nível do juízo: a severidade normal de uma pessoa é apresentada para diminuir o alcance de uma apreciação severa; (b) no nível do discurso: as qualidades do oradores são destacadas (espírito, humor, talento), operando-se uma dissociação entre a força real dos argumentos e sua aparência, na qual se misturam o que se deve a eles e o que se deve a outros fatores; e (c) no nível da teoria da argumentação: no mais das vezes, haverá a negação de força aos argumentos, por si só. Seus efeitos serão atribuídos a fatores irracionais ou à simples forma do discurso.

Pode-se, ainda, minimizar a força dos argumentos dos adversários, destacando-lhes o caráter genérico, previsto. E, por ser previsto, o argumento torna-se banal, esclarecem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 532), não sendo levados em consideração ao adotar a posição que se defende. Além disso, pode ser considerado um expediente ou, também, através do 'argumento próprio para a causa' que, em geral, adiciona algo às já existentes informações ou hábitos do pensamento. Nesse caso, utiliza-se o argumento do adversário acrescentando algo para lhe dar um entendimento diferente e até mesmo, contrário àquele que lhe era vinculado. Toda refutação reconhece no argumento combatido um valor considerável que deve merecê-la com o objetivo de obter prestígio, atrair melhor a atenção do auditório, assegurar aos argumentos utilizados determinada força no futuro e, assim, considerá-lo minimizado, a ponto de considerar a refutação suficiente, apontam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 533).

Argumentos que estão inseridos em um sistema (o que dificilmente acontece) têm condições de fazer um cálculo de probabilidades para uma conclusão fundamentada em várias premissas. Nesses casos, a probabilidade é fixada e relações são dadas para, reciprocamente, avaliar a possibilidade dessas premissas, a partir da observação de uma conclusão. A interação entre argumentos não consegue fornecer a precisão e a univocidade exigida por aqueles que estão inseridos em um sistema; no entanto, essas interações existem mesmo assim. A mais importante delas, pontuam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 535), é a chamada *convergência*. Efetiva-se a interação dos argumentos quando vários argumentos diferentes resultarem em uma mesma conclusão, sendo ela geral ou parcial, definitiva ou provisória. Isso porque não é possível que vários argumentos, completamente errôneos, resultem em uma mesma conclusão. Dessa interação podem surgir enumerações, exposição sistematizada ou um argumento de convergência claramente referido.

A convergência, algumas vezes, pode ser identificada de forma experimental, através da *consiliência* e da *congruência*. De acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 535-536), a primeira, a partir de Whewell, representa o fundamento mais sólido do raciocínio indutivo como, por exemplo, o número de Avogadro; e a segunda, é oposta à simples coerência. Exemplificam com a situação em que há várias testemunhas pouco dignas de credibilidade e que, ao prestarem depoimento, sem antes terem feito qualquer combinação, são concordantes em suas falas. O valor de seus testemunhos ganham força diante dessa situação, e o mesmo ocorre quando as opiniões individuais ganham força se existe a concordância de um número grande de pessoas.

Reconhece-se a convergência, também, entre um grupo conhecido e um argumento que o confirma. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 536) exemplificam: “fato novo que corrobora um sistema científico, interpretação de um texto particular que corrobora um sistema jurídico, uma concepção de valores.” A convergência será dita *difusa* e não pode ser explicitamente alegada, quando se pretende relacionar áreas consideradas separadas umas das outras. Nesse caso, explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 536), é com “o *corpus* inteiro do saber, das crenças que a argumentação tenderá a ser convergente.” Modifica-se a força persuasiva da convergência por meio de uma avaliação sobre ela própria, tratando-se de argumentos intimamente ligados, dependentes um dos outros, dos quais os primeiros são objetos em que os segundos se baseiam. Não se fala, nesse caso, na interação de argumentos de um mesmo plano. O interesse está voltado para as relações entre conclusão e argumentos e de que forma estes são influenciados pela conclusão.

Outro ponto importante a ser observado é o alcance da argumentação, sua amplitude. No caso de duas demonstrações, em que as duas são coercitivas e partem das mesmas premissas para chegar às mesmas conclusões, normalmente, a mais curta parecerá a mais adequada, defendem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 538). Na argumentação, isso não acontece, porque as premissas sempre podem ser fundamentadas ao apoiarem outras teses aceitas, com exceção dos casos em que as premissas são desenvolvidas no interior de um contexto dado previamente. As conclusões, no mesmo sentido, podem prolongar a argumentação, ultrapassando o objeto de debate quando se apoiam em algumas de suas consequências, com exceção de quando o ponto a ser julgado está bem delimitado. A acumulação útil dos argumentos não tem qualquer restrição e oferece benefícios para a relação dos argumentos e para a diversidade dos auditórios.

A *argumentação complementar* é um tipo de ampliação do argumento muito significativa e é reconhecida a partir dos argumentos inseridos como complementares de

argumentos anteriores, dos quais são completamente dependentes. Toda a dissociação do tipo aparência-realidade poderá ser completada de forma útil, através de uma explicação da diferenciação entre os termos I e II. Esse tipo de argumentação explica o atrativo da aparência, que poderá ter como consequência o aparecimento de uma convergência, explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 539).

Os autores, Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 540), ainda, situam a argumentação negativa no âmbito de revelar e combater os obstáculos postos diante da eficácia da argumentação positiva. Mostram o que motivou o auditório a não reagir como deveria aos acontecimentos ou aos discursos. Serve, mais uma vez, para desenvolver argumentos que seduzem o ouvinte, haja vista o auditório ser influenciado por razões que ele mesmo desconhece ou que não se atreveria a revelar.

A acumulação de argumentos pode ser justificada em função da diversidade dos auditórios, sem existir a necessidade de interação entre os argumentos, independentemente do número de ouvintes ao qual o orador se dirige. Isso fica mais claro, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 541), quando se encontram argumentos que parecem incompatíveis em um mesmo discurso, mas que, efetivamente, não o são, porque se aplicam a situações ou a auditórios diferentes. Essa situação é comum no Direito, quando as partes, ao apresentarem seus fatos e fundamentos, sejam eles na condição de autores ou na condição de réus, utilizam todos os argumentos disponíveis para abranger os mais diversos auditórios (parte adversária, juízes, desembargadores).

Os fatores que determinam a extensão dos argumentos podem ser limitados por diversos elementos: limites temporais ou espaciais, regras de procedimento ou de compostura e pela atenção que o auditório pode e quer conceder ao orador. Dependem, também, do número de oradores participantes do debate e seus papéis. A amplitude do discurso, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 543), depende do gênero do discurso e das funções que se atribuem ao auditório e, diante da abundância de fatores que se deve considerar, a regra a ser seguida é a de que o discurso se apresente na medida justa.

Deve-se considerar que a amplitude dos argumentos, em dado momento, pode ser perigosa, e o risco a ser evitado na extensão dos argumentos se faz na sua seleção, a partir das seguintes considerações, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 545-546): como os argumentos utilizados influenciam a ideia que o ouvinte faz do orador, de forma que um argumento fraco poderá prejudicar o seu prestígio; como os argumentos podem levar o auditório a pensar coisas que não tinham chamado sua atenção antes, já que poderão interferir em posições já internalizadas; um argumento apresentado no discurso que parece

incompatível com as próprias afirmações do orador pode torná-lo ridículo ou criar dúvidas sobre sua sinceridade; um argumento apresentado no discurso que parece incompatível com as teses já admitidas pelo auditório dará trabalho ao orador para retificar a incompatibilidade apresentada; apresentar argumentos hipotéticos pode fazer crer que o orador não tinha confiança em seus argumentos anteriores.

As considerações anteriores, para evitar os perigos da extensão dos argumentos, poderão determinar a renúncia a certos argumentos. Além de outros elementos do discurso, renuncia-se, também, por causa das opiniões manifestadas pelo auditório, seja ele o auditório particular ou o auditório universal, de que o próprio orador faz parte. A utilização de argumentos fracos, explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 548), além de prejudicar outros argumentos mais fortes, presumirá que não existem melhores ou que sequer existem outros argumentos à disposição do orador. O silêncio também pode presumir a inexistência de outros argumentos úteis, como nos argumentos fracos. Os argumentos que apresentam uma réplica fácil são perigosos, por proporcionarem benefícios àquele que não introduziu o argumento no discurso. E o argumento que pode fazer o ouvinte ter uma interpretação desfavorável também é perigoso, e deve ser bem considerado na hora de sua aplicação.

Para evitar os perigos da amplitude dos argumentos apontados, utilizam-se todos os recursos que objetivam evitar ou dificultar a refutação, consoante destacam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 550-551): se a intenção é proteger a pessoa do orador do efeito negativo produzido por um argumento, será dito que eles foram sugeridos ou impostos ao orador; para evitar os efeitos negativos de argumentos incompatíveis e, normalmente, o orador introduz uma argumentação complementar, já alertando sobre a possibilidade de existir incompatibilidades entre os argumentos enunciados ou entre os argumentos e as crenças do auditório, demonstrando seu empenho em evitar esses inconvenientes; para se proteger dos perigos dos argumentos fracos, alega-se que sua função é subsidiária; e para se proteger dos perigos da diversão, insiste-se na importância de tudo quanto se adianta. Além de argumentos com efeitos perigosos, existem outros cujo uso demasiado explícito é indelicado e, outros tantos que são vedados. Sua utilização é por insinuação, alusão ou ameaça de utilização e, por esse motivo, representam uma semirrenúncia. Essa semirrenúncia a determinados argumentos ocasiona figuras de renúncia que manifestam mais do que a simples moderação do orador, salientam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 552), e, assim, podem ser representadas: (a) pela *reticência*: evoca uma ideia, mas deixa seu desenvolvimento para o ouvinte; e (b) pela *preterição*: sacrifício imaginário de um argumento.

As renúncias e as semirrenúncias são consideradas *concessões*. As concessões se encontram no campo da oposição aos perigos do exagero, da falta de limites, explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 552), e seus efeitos aproximam-se daqueles que se tem ao “não eliminar sistematicamente de uma exposição todas as circunstâncias desfavoráveis.” Serão fracassadas as concessões que permitirem inserir uma abertura num conjunto de elementos supostamente solidários. Por outro lado, só terão sucesso se tiverem como objetos elementos secundários.

A concessão é reconhecida sempre que se segue o interlocutor em seu próprio terreno; contudo, deve preocupar-se com as armadilhas que surgem nesse campo, de forma que Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 554) as apresentam: em uma delas, renuncia-se a combater o argumento do adversário, por ser reconhecida a impossibilidade de enfraquecê-lo. Ao mesmo tempo, mostra-se a pouca importância que aquele argumento tem; outra forma de concessão é ceder e, logo em seguida, voltar atrás. O orador reconhece que uma opinião atribuída a ele é errônea ou nega tê-la expresso, mas apenas para elaborar outra mais desagradável.

A **ordem dos argumentos** é um fator importante na argumentação, uma vez que sua adesão depende do auditório. Não é o caso da demonstração formal, na qual parte-se dos axiomas para terminar nos teoremas, e essa é a sua ordem. No caso da argumentação, o auditório modifica-se de acordo com o desenvolvimento argumentativo, e o orador procura condicionar esse auditório pelo discurso. Nos termos de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 556), o discurso “não deixa o ouvinte tal como era no início, mas tampouco modifica-lhe as crenças de um modo irremediável, como fazem os elos de uma demonstração.” As mudanças do auditório são, a um só tempo, efetivas e contingentes, e, por esse motivo, a importância na ordem dos argumentos é relevante.

Por ser a argumentação, essencialmente, a adaptação do auditório, a ordem dos argumentos persuasivos deve considerar todos os fatores possíveis para favorecer a adesão dos ouvintes. Para fazer essa escolha, Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 557) apresentam três pontos de vista:

- (a) o da situação argumentativa: preocupa-se com a influência das etapas anteriores da discussão sobre as possibilidades argumentativas do orador. O foco são as premissas que o auditório é levado a admitir, progressivamente;
- (b) o do condicionamento do auditório: preocupa-se com as modificações de atitude do auditório ocasionadas pelo discurso. O foco são os sucessivos efeitos sofridos pelo ouvinte;

- (c) o das reações provocadas no auditório: preocupa-se com a forma de apreensão de uma ordem do discurso pelo auditório.

Considerando que, na argumentação, as premissas são variáveis, elas podem valorizar-se no decorrer da argumentação, como podem, também, modificar a intensidade de sua aderência. A ordem dos argumentos, no geral, explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 557), será condicionada pelo desejo de destacar novas premissas, de dar presença a certos elementos e de obter determinados comprometimentos do interlocutor. Essa ordem é, ainda, uma das condições que determina a amplitude da argumentação, e tem como objetivo a conservação da reflexão individual no caminho certo, assim como define que direções úteis não sejam abandonadas antes do tempo (que certas premissas tenham presença suficiente para servir de ponto de partida da reflexão).

A compreensão de determinados argumentos só pode ser aceita se outros são conhecidos, de forma que aqui uma ordem se impõe. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 557) explicam que, por vezes, o argumento é constituído da seguinte ordem: argumento da direção, da gradação e da amplificação. A mudança de ordem, quase sempre, acarreta a criação de um novo argumento e, normalmente, não é uma simples permutação. Isso inclui o que se consideram os elementos da argumentação. Como o que se busca com a argumentação é assegurar a apresentação de premissas firmes, “pode-se admitir que a exposição de fatos, ou seja daquilo que usufrui acordo mais amplo, será colocado favoravelmente no início de um discurso” apontam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 559). É o que acontece com a maioria das explanações jurídicas.

Podem-se encarar os argumentos como enunciados distinto que interagem, mas que podem ser dispostos de uma forma bem flexível. É possível, também, escolher agrupar ou dispersar os argumentos; todavia, essas escolhas sempre repercutirão na argumentação. Um discurso argumentativo, por ser revestido de complexidade, não pode ser reduzido a um enunciado da tese seguido de sua demonstração e será, normalmente, identificado por partes. O discurso judiciário é reconhecido pelos gregos, destacam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 560), como sendo constituído de exórdio, narração, prova, refutação, conclusão, epílogo. A parte do discurso que, aparentemente, é menos útil, o *exórdio*, prende a atenção de todos.

O exórdio tem, como objetivo primeiro, atuar sobre as disposições do auditório, conquistá-lo, captar sua boa vontade, interesse e atenção. Fornece ,também, segundo Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 561), alguns elementos, dos quais nascerão argumentos espontâneos, tendo o discurso e o orador como objeto. Em muitos casos, o

exórdio é indispensável para o efeito persuasivo do discurso, pois garante as condições prévias para a argumentação. Nesse momento, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 561), o orador tentará “dar a conhecer sua imparcialidade, sua honestidade.” Mesmo que o discurso tenha a intenção de convencer o auditório universal, o exórdio será mantido e o orador apresentará, principalmente, seu respeito pelos fatos, sua objetividade. Em todas as situações, é necessário que o exórdio se adapte às circunstâncias do discurso, ao orador e ao auditório, ao assunto tratado e aos eventuais adversários.

Com essa manifestação, o auditório está preparado para tomar conhecimento sobre o que efetivamente constitui a matéria do discurso. Questiona-se, então, se já se inicia enunciando a tese que se defenderá, ou, primeiro, desenvolvem-se as razões, para depois apresentarem-se suas conclusões. Nesses casos, deve-se proceder de acordo com cada gênero de argumentação, esclarecem Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 563-564). Enfatizam os autores que se a tese não tem nada de especial ou extraordinária, e não exige uma preparação do auditório, uma vez que deveria ser enunciada logo de início. Com essa postura, o orador esclarece os ouvintes, toma uma posição e mostra o seu envolvimento com a tese. Por outro lado, poderá o orador desenvolver suas razões, considerando todas as objeções que surgem no decorrer do discurso, para apresentar uma proposição que terá todas as possibilidades de ser admitida. São as considerações precedentes que, em parte, determinarão a ordem do discurso e, portanto, a vantagem de apresentar a tese no início ou no final.

Por ter o orador liberdade para estabelecer a ordem dos argumentos, sua força será levada em conta para organizá-los. Quando o orador tem certeza de um de seus argumentos, poderá utilizá-lo de forma isolada para obter a adesão do auditório. Contudo, é difícil que isso aconteça, e Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 564) apresentam três ordens em que os argumentos podem ser dispostos em um discurso:

- (a) a primeira, é a ordem da força decrescente, que tem como inconveniente deixar os ouvintes com uma última impressão desfavorável;
- (b) a segunda, é a ordem da força crescente, que tem como inconveniente começar com argumentos menores que poderão indispor o ouvinte;
- (c) a terceira, e mais recomendada, é a ordem homérica ou nestoriana¹³⁴, porque começa e termina com os argumentos mais fortes.

A opção por uma forma ou outra da ordem dos argumentos dependerá das características de cada auditório. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 567) não têm

¹³⁴ Guerreiro grego, o qual, em uma batalha, colocou no meio de seus homens as tropas menos confiáveis.

dúvida de que a ordem é objeto de uma escolha, na qual a única regra é “a melhor adaptação possível aos sucessivos estados do auditório, tais como os imagina o orador [...]”. Referem, também, que a própria ordem utilizada pode ser objeto de reflexão, desde que a ordem dos enunciados esteja relacionada a uma ordem externa do discurso, que é de conhecimento dos ouvintes - um exemplo é a ordem cronológica. A ordem exterior, ou esquema de referência, e, também, a ordem originária da argumentação, a partir do entendimento de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 569), representariam *formas* corretas da seguinte maneira:

se desenrolam no tempo, [...] facilmente apreensíveis, satisfatórias para a mente e, [...] suscetíveis de trazer de volta a elas as percepções que delas se afastariam levemente, e também de permitir que certos elementos encontrem seus respectivos lugares numa série. [...] pelo próprio fato de se desenvolver no tempo, se caracteriza em geral por uma intensidade crescente, por uma soma.

Se houver uma indicação da ordem, sua apreensão será mais facilmente reconhecida. A alusão é uma forma de fazer essa menção, como, por exemplo, alusão à ordem costumeira ou pelo anúncio das partes que serão tratadas (técnica da divisão); como as partes do discurso, como os pontos a serem debatidos; como as provas que serão fornecidas. Essa forma, assim que é proposta, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 570), tem a vantagem de criar um esquema de referência, mesmo que não esteja vinculado a nenhuma ordem exterior ao discurso. Sem dúvida, é possível criar esquemas de referência não identificados com nenhuma ordem exterior ao discurso; no entanto, dessa forma, corre-se o risco de facilitar a dissociação expediente-realidade, ao invés de parecer natural e sincera. Ao contrário, pontuam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 571), se num discurso é reconhecido um esquema exterior a ele, aparentará uma ordem natural, seja ela cronológica ou de exaltação crescente do orador. Com o aparecimento de problemas a serem resolvidos, questiona-se se não existe uma ordem única que se impõe à da natureza das coisas, na qual o discurso racional deveria se adaptar.

Dois métodos são contrapostos por Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 571-573): o método de prudência, que é relativo à opinião, e o método de doutrina, ou de natureza, no qual o que é naturalmente mais evidente, deve vir primeiro. A maioria dos teóricos, mesmo se afastando do pensamento clássico, conserva as aspirações de uma ordem única, que é adaptada ao auditório universal e à racionalidade que lhe é atribuída. Ao considerar única a ordem racional, é porque esse auditório é visto como uma entidade abstrata, extratemporal. Essa argumentação racional trata-se de um caso particular de argumentação *ad hominem* que Perelman e Olbrechts-Tyteca chamam de argumentação *ad*

humanitatem. Nesse caso, o discurso é considerado diferente da aplicação de um método conforme essa ordem, reduzindo-se a uma atividade secundária. O dialético é considerado uma via possível somente se a entrada do ‘verdadeiro caminho’ estiver fechada e, nesses casos, a retórica é vista como pura técnica de ornamento e a forma do discurso fica indeterminada. Por outro lado, o discurso, visto sob a ótica dos que defendem um método dialético, natural, universal, conforme a natureza das coisas, é considerado, por si só, uma obra de arte, uma entidade, explicam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 573). O discurso é reconhecido como algo isolado, independente.

A Teoria da Argumentação, por meio dos pressupostos de Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 573-574), entende que não se busca um método conforme a natureza das coisas, mas também não pode ver o discurso como uma obra que encontra em si própria sua estrutura. Essa duas concepções, que são complementares, separam fundo e forma, esquecendo que a argumentação é um todo, destinado a um auditório específico. De acordo com o tipo de auditório (particular, técnico ou universal), o método e a forma assumirão maior ou menor importância. Porém, se se afasta de seu objeto, a teoria da argumentação não reconhece todos os elementos de forma conjunta. A dissociação entre forma e fundo direcionou à desumanização da noção de método, além de acentuar o aspecto irracional da retórica. Entretanto, certamente, o ponto de vista argumentativo apresentará a racionalidade em questões normalmente consideradas relacionadas somente à expressão.

A interpretação pode ser demonstrada por meio de um esquema argumentativo que contenha os tipos de argumentos anteriormente elencados. As decisões judiciais devem ser justificadas e, no atual estágio em que nos encontramos, não é mais possível simplesmente verificar as premissas e concluir pelo verdadeiro ou falso, certo ou errado. Por esse motivo, nesta tese, optou-se por utilizar essa classificação para identificar os argumentos nos acórdãos do Capítulo 4.

No próximo subcapítulo, abordam-se as questões hermenêuticas, dissertando-se acerca da superação da interpretação da norma de forma estática para uma interpretação dinâmica que considera a realidade social, no seu contexto de uso.

3.6 DA HERMENÊUTICA GERAL À HERMENÊUTICA JURÍDICA: A INTERPRETAÇÃO A PARTIR DA NOVA RETÓRICA

Na perspectiva do positivismo lógico, a lei é vista como um objeto e nós, os sujeitos de direito, ficamos ao seu redor, tentando entendê-la. É quase como algo místico, em que a lei

está posta como um ente superior e nós, de fora, a observamos e a interpretamos. Nesta tese, pretende-se superar a interpretação da norma nesse enfoque, para introduzir uma interpretação dinâmica do entendimento sobre o dano moral pela perda de uma chance. A lei é feita *para e pelos* indivíduos e a construção de seu sentido ocorre, não pela apropriação do conhecimento como uma tomada de posse, mas pela elaboração de possibilidades presentes ou projetadas na compreensão.

Estamos em um momento de mudança de paradigma, em que o Direito está formando uma nova percepção sobre a interpretação jurídica. Esse movimento acontece a partir do instante em que se observa uma crise epistemológica entre o jusnaturalismo e o positivismo. Segundo Barroso (2006, p. 47), o jusnaturalismo desenvolveu-se a partir do século XVI, aproximando a lei da razão e transformando-se na filosofia natural do Direito. Considerado metafísico e anticientífico, no final do século XIX, foi deixado de lado com a ascensão do positivismo jurídico. Este último buscava a objetividade científica e, por esse motivo, equiparou o Direito à lei, afastando-se das discussões filosóficas em prol da segurança jurídica. Esse modelo enfraqueceu quando regimes europeus cometeram atrocidades sob a proteção da legalidade e, ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ética e os valores começaram a retornar ao Direito. Esse período está sendo chamado de pós-positivismo ou neopositivismo.

O pensamento positivista continua em vigor, mas agora tem a companhia de novas reflexões (inacabadas) sobre o Direito, sua função social e sua interpretação. De acordo com Barroso (2006, p. 47), “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.” Ao tratarmos sobre a Nova Retórica de Perelman, assinalamos que o autor não ignora a lei posta, mas busca uma alternativa de resposta para os casos¹³⁵ em que ela não é suficiente. Dessa forma, a expressão *não positivista* representa melhor esse novo ciclo de pensamento.

Na esteira do que esclarece Gadamer ([1986] 2002, p. 111-130), o título “hermenêutica” abrange diversos níveis de reflexão. Inicialmente, significava a práxis relacionada à arte (arte do anúncio, da tradução, da explicação e da interpretação), sugerindo a *tekhne* como palavra complementária. Inclui a arte da compreensão como base que é necessária sempre que o sentido de algo se acha duvidoso ou obscuro. Contemporaneamente

¹³⁵ Alguns autores fazem diferença entre casos fáceis e casos difíceis (*hard cases*), dizendo que somente nesses últimos é que se faz necessária uma interpretação, o que não é o caso de Perelman, que fala, unicamente, em *casos*, do que se conclui que, para ele, a interpretação independe de sua complexidade.

falando, a “hermenêutica” encontra-se localizada na tradição científica da modernidade e inicia a partir do surgimento do conceito moderno de método e de ciência. Uma espécie de consciência metodológica sempre aparece implícita no seu uso quando possuímos a arte da interpretação e podemos justificá-la teoricamente. A problemática filosófica da hermenêutica aflorou plenamente no século XX. Esse movimento iniciou-se em Schleiermacher, que desenvolveu seu entendimento sobre uma hermenêutica geral com interesses teológicos, científicos e políticos, além de uma clara motivação filosófica, mas de uma forma fragmentada e deixando em segundo plano o sentido normativo básico dos textos, que é aquilo que confere sentido ao esforço hermenêutico.

Ultrapassando várias etapas da história hermenêutica, chegamos ao conceito de “hermenêutica da faticidade”, elaborada por Heidegger. Nesse ponto, o caráter instrumentalista do método, presente no fenômeno hermenêutico, voltou-se à dimensão ontológica, de acordo com Gadamer ([1986] 2002, p. 125): “‘Compreender’ não significa mais um pensamento do comportamento humano dentre outros que se pode disciplinar metodologicamente, conformando assim a um procedimento científico, mas perfaz a mobilidade de fundo da existência humana.” No século XX, a esse sentido ontológico foi incorporado o conceito de historicidade, representando uma condição positiva para o conhecimento da verdade e, perdendo seu significado metodológico, a exigência de um critério de verdade absoluto. À luz de uma hermenêutica geral, a hermenêutica jurídica ganha nova vida. Contudo, leva consigo o entendimento que essa hermenêutica é uma disciplina normativa e que exerce a função dogmática de complemento jurídico. Dessa forma, desempenha um papel imprescindível para superar a distância insuperável entre a generalidade do direito assentado e a concreção do caso particular. A questão fundamental da “concretização do direito” permanece tendo o esclarecimento histórico sobre as circunstâncias históricas e as verdadeiras reflexões do legislador antes ou na promulgação de um texto legal com influxo hermenêutico. A *ratio legis* permanece como uma instância hermenêutica indispensável para toda a jurisdição, sendo legítima em toda ciência jurídica, bem como o é sua tarefa de “aplicação”.

Essa evolução sobre a compreensão leva a concluir que a interpretação é um modo de ser do ser humano, e não um modo de conhecer e, por esse motivo, não pode ser vista de forma fragmentada. Defendendo esse entendimento, Bacelar (2006, p. 3606), justifica que a hermenêutica jurídica deve ser capaz de “proporcionar interpretação e aplicação do direito condizente com as expectativas, demandas, dilemas, complexidades e crises da cidadania nos dias atuais. Para tanto, precisa evoluir em suas formulações e proposições práticas para além

do silogismo subsumido.” A interpretação, como um modo de ser, realiza-se dentro de uma cadeia comunicativa das demandas da vida moderna e representa a própria linguagem. Caracteriza-se, ainda, por ser um fenômeno que se afasta da arbitrariedade jusnaturalista e, também, do legalismo que tem como consequência uma falsa segurança jurídica. A interpretação considera o contexto social em sua totalidade e não de forma fragmentada.

Trata-se, portanto, a hermenêutica, de um novo marco teórico considerado a partir do que se chamou de *virada* ou *viragem linguística*¹³⁶, e que se traduz como uma nova forma de entendimento da constituição do sentido, mudando o referencial da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem. Enquanto a primeira sustenta que o sentido se produz na consciência e para si, sem relação com qualquer contexto, a segunda defende que o sentido se produz dentro de um contexto de comunicação recíproco entre nós, ou seja, dentro de uma prática real de comunicação linguística. Isso representa que o sentido é explicado através de um caráter prático (caso concreto), intersubjetivo (sujeito-sujeito) e histórico (tradição) da linguagem, com fundamento na filosofia romântica de Wittgenstein e com traços de Heidegger, até chegar a Gadamer.

A partir de Martin Heidegger, então no século XX, explica Grodin ([2006] 2012, p. 38), ocorre uma transformação filosófica da hermenêutica que muda de *objeto*, ao deixar de incorrer sobre os textos ou sobre as ciências interpretativas, para incidir sobre a própria existência. Muda de *vocação*, ao deixar de ser entendida de maneira técnica, normativa ou metodológica para ter uma função mais fenomenológica. E, por fim, muda de *estatuto*, porque ela não será somente uma reflexão que incide sobre a interpretação (ou seus métodos), mas também será “a realização de um processo de interpretação que se confundirá com a própria filosofia.” Desse modo, Heidegger apresenta sua “hermenêutica da faticidade”, em que a interpretação deve ser realizada pela própria existência e designa o “caráter do ser” indispensável da existência humana e também chamado de *Dasein* (“ser-que-é-lançado-aí”). Schubach ([1986] 2014, p. 29) explica que *Dasein*, na obra *Ser e Tempo*, não se traduz em uma única palavra ou um único termo técnico, mas nos vários níveis de realização finita da presença humana em forma de uma complexa conjugação. Heidegger desenvolve a explicação do ser e do ente, na verdade, no sentido do ser do ente e que eles não podem ser entendidos de forma dissociada; e propõe que tudo o que se diz sobre os fenômenos deverá ser analisado por meio de uma legitimação direta e, para que isso aconteça, deve ser apresentado o sentido autêntico do ser e as estruturas fundamentais de seu próprio ser. E isso se faz, nas palavras de

¹³⁶ Também chamada por alguns autores de giro linguístico, guinada linguística ou reviravolta linguística.

Grodin ([2006] 2012, p. 45-46), “partindo de uma interpretação explicitante do entendimento de ser, mais ou menos expressa, que é a da própria existência.”

Interpretar não é tomar conhecimento (no sentido de posse) do que se compreende, mas, conforme sustenta Heidegger ([1986] 2104, p. 209), é “elaborar as possibilidades projetadas no compreender”. Tudo o que está à mão para se interpretar já se compreende a partir da totalidade conjuntural. O que é interpretado é o compreendido, nos termos de Heidegger ([1986] 2014, p.211): “a interpretação funda-se sempre numa *visão prévia* (N54), que ‘recorta’ o que foi assumido na posição prévia, segundo uma possibilidade de determinada interpretação.” O que se interpreta se torna conceito através da visão prévia, e o início da interpretação já parte daquilo que é dado, preliminarmente, na posição prévia. As expressões ‘posição prévia’, ‘visão prévia’ e ‘concepção prévia’ permitem compreender o ente e o ser. Nesse sentido, como bem registra Paviani (2003, p. 25), essa compreensão é também a compreensão do próprio ser-aí no mundo: consiste em compreender o sentido. E, aqui, percebe-se a distância da hermenêutica clássica com a hermenêutica de Heidegger, nos termos apresentados por Grodin ([2006] 2012, p. 49-50): “não se trata de interpretar o sentido de um texto ou pensamento de um autor, mas de elucidar o pré-entendimento da existência, a fim de determinar se ela provém de uma apreensão autêntica ou não.” São as possibilidades de compreensão do sujeito que vão ao encontro dessa pré-compreensão e que se realiza na interpretação. E Grodin ([2006] 2012, p. 53) explica que, ao fazer reflexões sobre a linguagem, o último Heidegger dispensou atenção ao fato de a linguagem ser pensada como “a morada do ser” sendo, portanto, dito que “era a fala que dava voz à ‘relação hermenêutica’ fundamental, a relação do ser e do homem.”

Heidegger busca o sentido do ser e não o sentido das coisas e, por esse motivo, ele critica e busca superar a objetificação da Metafísica. Ele leva a ontologia, o ser, ao *enquanto* da compreensão do ser e do sentido. A condição de possibilidade do *como*¹³⁷ é o acontecer do *enquanto*¹³⁸ e isso o conduz à hermenêutica, ressalta Stein (2003, p. 51). Toda interpretação se

¹³⁷ A questão do *como se chega a algo* é estreitamente ligado à questão do método. O *como* é o âmbito que se relaciona o sujeito com os objetos do mundo (a relação entre eles ocorre através da mediação do sentido, do significado). Esse âmbito é a condição de possibilidade, e o compreender é explicitar como se articula o nosso compreender em expressões linguísticas. É exatamente operar este *como*. É neste *como* que se dá a totalidade do compreender e que tem como resultado a explicitação de como se articula o compreender em expressões linguísticas. A ideia do ser, a ideia do *é* sempre aparece nas expressões predicativas e tratam de um universal propriamente dito e que está subentendido em qualquer tipo de afirmação. Essa universalidade é onde se dá as condições *a priori* de possibilidade e que nunca tem caráter objetificante ou objetivo. O *como*, o modo de, o método com que se deve tratar a questão do ser está ligado à totalidade do compreender. A questão do ser sempre já está subentendida quando se confronta com a experiência e com os entes. (STEIN, 2003, p. 46-49).

¹³⁸ O trabalho analítico, enquanto seu método se expressa na estrutura do próprio enunciado, todo o enunciado tem a estrutura de *algo enquanto algo*. O acesso a algo acontece através da mediação do significado e do sentido,

funda no compreender que, por sua vez, pertence à estrutura do sentido. O compreender integra um círculo que exprime a *estrutura-prévia* existencial própria da presença e não pode ser subestimado, porque nele se oculta a possibilidade positiva de o conhecimento mais originário ser apreendido de forma autêntica.

O círculo hermenêutico¹³⁹ trata da necessidade de compreender o todo de um texto, a partir de suas partes, e suas partes a partir do todo, que é considerada uma regra da compreensão hermenêutica contemporânea. Na lição de Heidegger ([1986] 2014, p. 214-215), não se pode depreciar o círculo, qualificando-o de vicioso, e se conformar com essa característica, uma vez que o conhecimento mais originário se realizará de forma autêntica quando:

a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos populares e inspirações. Na elaboração da posição prévia, da visão prévia e concepção prévia, ela deve assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas. Porque, de acordo com seu sentido existencial, compreender é o poder-ser da própria presença. [...]

No entanto, quando se trata de uma interpretação temática, essa compreensão a partir da totalidade não precisa ser apreendida de forma explícita. Sendo assim, a interpretação pontual, como a jurídica, por exemplo, sempre funda-se numa *posição prévia*. Pode-se dizer, então, que a interpretação temática faz parte do todo (totalidade conjuntural), que é constituída pelas partes. Essa é a forma do *círculo hermenêutico* que muitos preferem representar através de uma espiral para evitar que aparente um círculo vicioso. O sujeito está dentro da norma e construindo ela (através das partes), para buscar sua totalidade, e esse

e nunca é algo direto e objetificante. Dessa forma, verifica-se que não se tem o acesso aos objetos como eles são, mas sempre de um ponto de vista “a partir de uma clivagem, a cadeira enquanto cadeira, a árvore enquanto árvore. Isso é a mediação do significado.[...] Significado não é objeto, significado é da ordem de uma universalidade, de uma transcendentalidade, de uma aprioridade com a qual operamos.” (STEIN, 2003, p. 49-50).

¹³⁹ Schleiermacher, entre outras coisas, foi um teórico da hermenêutica, inspirado, em grande medida, pela retórica. Para esse autor, a tarefa da hermenêutica é entender o sentido do discurso a partir da língua, dividindo-a em duas partes: a interpretação gramatical e a interpretação psicológica. Inaugurou um período voltado para explicar a hermenêutica mais universal, ampliando o entendimento clássico da hermenêutica de que ela era somente uma arte de interpretar textos para defender que ela deve poder ser aplicada a todos os fenômenos de entendimento, não limitados às produções literárias. Paralelamente a essa universalização, Schleiermacher explica que a primeira condição da hermenêutica é de que algo estranho deve ser entendido (ideia tomada de Ast), o que leva o autor a abordar a questão do círculo do todo e das partes e, que, mais adiante, se chamará de *círculo hermenêutico*. (GRODIN, [2006] 2012, p. 23-31). Schleiermacher é um autor de referência ao se falar sobre o círculo hermenêutico, por ter elaborado uma hermenêutica geral que contém a explicação e a justificação do procedimento hermenêutico, mas limitada à compreensão das expressões linguísticas. Heidegger e Gadamer se opõem a essa limitação, em que pese sofrerem grande influência de seus escritos no que diz respeito às relações entre o universal e o particular e, por esse motivo, parte-se dos dois últimos e não de Schleiermacher.

‘caminho’ é mediado pela linguagem. Gadamer ([1960] 2008, p. 385) explica, de forma mais concreta, essa regra hermenêutica:

[...] é preciso compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo. É uma regra que procede da antiga retórica e que a hermenêutica moderna transportou da arte retórica para a arte da compreensão. Tanto aqui como lá subjaz uma relação circular. A antecipação de sentido que visa o todo chega a uma compreensão explícita através do fato de que as partes que se determinam a partir do todo determinam, por sua vez, a esse todo.

Significa dizer que ,quando se interpreta, não se faz partindo do nada; ao contrário, se parte de uma pré-compreensão que faz com que tenhamos uma relação com o todo do texto. Porém, a compreensão se exterioriza quando as partes que se definem a partir do todo também definem o próprio todo. Bacelar (2006, p. 3606) explica a ideia de círculo hermenêutico e a compreensão hermenêutica:

Torna-se possível resumir a idéia do círculo hermenêutico na (inter) relação ou lógica interna que se estabelece no âmbito da compreensão hermenêutica entre o todo de um texto e as partes, onde a compreensão se daria do todo para as partes e das partes para o todo.

Nos termos do que se manifesta Gadamer ([1960] 2008, p. 499), “o problema hermenêutico não é, pois, um problema de domínio correto da língua, mas de correto acordo sobre um assunto, que se dá no *medium* da linguagem”, ao contrário da filosofia da consciência, em que eu estou frente à norma (então somos separadas) e a interpreto como um objeto (procurando o sentido primeiro da norma), e o instrumento utilizado para fazer essa interpretação é a linguagem (considerada um terceiro elemento). Adota-se a concepção de linguagem de Gadamer ([1995] 2009, p. 386), que vai além de ser um objeto e que o autor atribui ser de Heidegger também: “[...] a linguagem é para nós o elemento no qual vivemos e que envolve todo o nosso pensamento.”

Gadamer não busca saber como o ser é interpretado, uma vez que, para ele, com base em Heidegger, a compreensão é o próprio ser e, nesse sentido, a hermenêutica é uma forma essencial da experiência humana. Sendo assim, Gadamer reflete a compreensão como sendo um acontecer histórico¹⁴⁰ sempre presente e ativo na vida humana em seu aspecto prático. Esse acontecer histórico não se trata de uma sucessão temporal de fatos, mas o propósito

¹⁴⁰ Esse acontecer histórico não se trata de uma sucessão temporal de fatos, mas o propósito filosófico, para Gadamer, diz respeito a “desenvolver uma consciência adequada desse trabalho da história”, e que “designa simultaneamente: (a) a consciência lapidada e trabalhada pela história e (b) a tomada de consciência desse ser-determinado e dos limites que ele impõe ao ideal de uma consciência inteiramente transparente a si mesma.” (GRODIN, [2006] 2012, p. 72).

filosófico, para Gadamer, diz respeito a “desenvolver uma consciência adequada desse trabalho da história”, e que “designa simultaneamente: (a) a consciência lapidada e trabalhada pela história e (b) a tomada de consciência desse ser-determinado e dos limites que ele impõe ao ideal de uma consciência inteiramente transparente a si mesma.” (GRODIN, [2006] 2012, p. 72).

Pretende que essa compreensão seja universal e dialógica e com reflexo em todo o discurso, em que o compreender está sempre embasado em uma pré-compreensão. E explica Gadamer que “o fato de o movimento da compreensão ser abrangente e universal não é arbitrariedade nem extrapolação construtiva de um aspecto unilateral; reside na natureza da própria coisa.” ([1960] 2008, p. 16).

A realização da compreensão ocorre através da fusão dos horizontes¹⁴¹, em que acontece uma mediação entre o passado e o presente. Não se trata de se retirar do horizonte presente e de seus pré-juízos, para atingir o horizonte passado, mas, nas palavras de Grodin ([2006] 2012, p. 73), “traduzir o passado na linguagem do presente, onde se fundem os horizontes do passado e do presente.” A linguagem, portanto, faz o ser do mundo aparecer e se faz entender. Não compreendemos porque interpretamos, mas interpretamos porque, de antemão, já compreendemos. E, sendo o núcleo do problema hermenêutico a tradição (não com um caráter autoritário, mas de uma forma positiva como reconhecimento e razão) que, como tal, deve ser entendida, cada vez de modo diferente, retorna-se à ética aristotélica, uma vez que, a partir do ponto de vista lógico, põe-se em questão a relação entre o geral e o particular. Na lição de Gadamer ([1960] 2008, p. 411), “compreender passa a ser um caso especial da aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular”. Além disso, Gadamer explica que “[...] o *conhecimento* do sentido de um texto jurídico e sua *aplicação*¹⁴² a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário” ([1960] 2008, p. 409, grifos nossos). Gadamer ([1960] 2008, p. 411) diz, ainda, que a hermenêutica jurídica não é uma forma de domínio, de apropriação por apoderamento, mas uma forma de serviço, porque ela está a serviço daquilo que deve valer. Gadamer não tinha a intenção de propor uma nova metodologia, e, sim, no esclarecimento de Grodin ([2006] 2012, p. 83), “fazer uma reflexão sobre a experiência de verdade das ciências humanas que busca

¹⁴¹ Dascal ([1999] 2006, p. 652) também explica a fusão de horizontes de Gadamer e sua relação com o círculo hermenêutico: “No que diz respeito à interpretação, isso quer dizer que o círculo é de fato uma espiral de compreensões sucessivas, cada vez mais abrangente. Isso não pode ser alcançado por meio da 'neutralização' do horizonte de pré-juízos do intérprete, nem ignorando o horizonte contextual do texto, mas, sim, deve ser alcançado aproveitando-se plenamente da interação entre ambos, ou seja, produzindo uma 'fusão de horizontes'.”

¹⁴² Gadamer ([1960] 2008, p. 446) explica o sentido da aplicação como sendo a verdadeira compreensão do universal que todo o texto representa para nós, e não o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado ao caso concreto.

justamente ultrapassar o quadro de uma metodologia, ainda excessivamente enfeudada nas ciências exatas.”

O jurista, nos termos do que afirma Larenz ([1991] 1997, p. 296-297), enxerga a norma como a bitola que tem que mensurar o caso e só alcança a sua determinação de conteúdo definitiva no processo de *aplicação*. A bitola requer que seja aplicada, do mesmo modo, a todos os casos que devam ser medidos por ela. Nenhum caso é igual a outro em todos os aspectos; todavia, para ser possível utilizar a mesma bitola, não pode haver qualquer modificação na constelação no fato de o caso implicar, por si, uma nova e diferente interpretação da bitola. Se for assim, a ideia de “medida igual”, que é um elemento da “justiça”, seria um entendimento errado. Nesse sentido, Larenz orienta para que se dê “um desconto” na interpretação jurídica apresentada por Gadamer, em que os casos têm que ser entendidos de novo e de forma distinta, em cada situação concreta. Explica, ainda, que toda concretização conseguida, a partir de um critério considerado correto em determinada situação, estabelece uma medida para o julgamento de casos semelhantes, em função dos pontos de vista valorativos e, aqui, entre outras coisas, situa-se o alcance dos precedentes.

Dessa forma, na grande maioria dos casos, os tribunais seguem um precedente dos tribunais superiores para poupar tempo e trabalho e, também, para não perder a “medida igual” e gerar grande insegurança jurídica. A norma que é criada está mais ou menos determinada em seu conteúdo e espera a concretização no processo, através da aplicação. Contudo, a interpretação extraída da norma, com vistas à aplicação, não adiciona nada no curso do processo; a norma, tal como ela “se apresenta”, no entanto, leva em conta as interpretações anteriores.

Discorda-se de Larenz quando ele explica a impossibilidade de assimilação por completo do entendimento de Gadamer, por ser impraticável entender cada caso de novo e de forma distinta em cada situação concreta, porque, em que pesem os casos serem semelhantes, eles não são os mesmos, bem como a temporalidade em que estão inseridos não é idêntica e o julgador também não é o mesmo, no sentido de ter vivenciado novas experiências. Assim, da mesma forma que “nenhum homem pode se banhar duas vezes no mesmo rio”, porque, na segunda vez, o rio não é mais o mesmo, e o homem também não, cada caso é interpretado de novo e de forma diferente, em cada momento concreto.

Mas por que interpretamos? Para encontrar a verdade. E de qual verdade se fala nesta tese? Do verossímil, que é uma forma de verdade. E aqui justificamos que verossímil e verdade não são antagônicas, porque, ao encontrar o verossímil, o plausível, encontra-se a verdade. Gadamer ([1960] 2008, p. 58-59) explica que, a partir de Vico, ao defender o

verossímil, reconhece-se o novo conceito de verdade da ciência que opera, a partir do antagonismo de Aristóteles, entre o saber teórico e o saber prático. O saber prático (a *phronesis*) é uma forma distinta de saber que, em princípio, significa dizer que está orientada para a situação concreta. E esse antagonismo de Aristóteles é mais do que o saber baseado em princípios universais e um ver o concreto. Assim como também não é a capacidade de subsunção do particular pelo universal (a “capacidade de juízo”). O que atua primeiro é um motivo ético, positivo (aplicado ao *sensus communis*¹⁴³). Acolher e dominar uma situação prática, eticamente reclama a subsunção do dado sob o universal, ou seja, sob o objetivo que se persegue: que daí resulte o correto.

No que diz respeito à subsunção, Larenz ([1991] 1997, p. 645) argumenta que a subsunção lógica na aplicação da lei é muito menor do que a metodologia tradicional supôs, e que a maioria dos juristas crê. Repartir a multiplicidade dos processos da vida, significativos sob pontos de vista de valoração jurídica num sistema tão especificamente determinado de divisões estanques e imutáveis, de forma que bastasse indicá-los para os encontrar, um a um nesses compartimentos, não é possível de se realizar. Sendo assim,

O que o jurista frequentemente designa, de modo logicamente inadequado como “subsunção”, revela-se em grande parte como apreciação com base em experiências sociais ou numa pauta valorativa carecida de preenchimento, como coordenação a um tipo ou como interpretação da conduta humana, particularmente de sentido juridicamente determinante das declarações de vontade.

Ao defender que o que se busca é o verossímil, Gadamer posiciona-se no sentido de que ele não é a simples capacidade de subsunção do particular pelo universal. No entanto, para se reconhecer uma situação prática eticamente, ou seja, para encontrar o resultado correto, reclama a subsunção do dado sob o universal. E essa subsunção, de que fala Gadamer, aproxima-se do que Larenz define como sendo, em grande parte, a subsunção como

¹⁴³ Na obra *Verdade e Método*, em busca de um modelo de saber diferente do modelo metódico, Gadamer dedica a primeira parte de seu livro a desenvolver a experiência da arte não só como uma questão estética, mas também como um *encontro de verdade*. (GRODIN, [2006] 2012, p. 65). Gadamer (2008, p. 69-79) apresenta os quatro conceitos básicos do humanismo, que são a formação, o *sensus communis*, o juízo e o gosto. Explica, também, que o conceito de juízo está intimamente ligado ao conceito de *sensus communis*, e que caracteriza decisivamente a “sã compreensão humana”, também chamada de “compreensão comum”. Isto é, o sujeito que tem juízo é capaz de aplicar corretamente o que aprendeu e sabe. Subsumir o particular no universal, de reconhecer algo como o caso de uma regra, é atividade do juízo e não pode ser demonstrada logicamente. Por esse motivo, o juízo vive em uma situação de perplexidade fundamental devido à ausência de um princípio que possa guiar sua aplicação, e não pode ser ensinado genericamente, somente podendo ser exercido caso a caso (a filosofia do *Aufklärung* alemão incluiu o juízo entre as capacidades inferiores do conhecimento e não entre as capacidades superiores do espírito). A amplitude originária do conceito de gosto, por sua vez, designa uma forma própria de conhecimento e pertence ao âmbito daquilo que, sob o modo do juízo reflexivo, engloba no individual o universal, sob o qual deve ser subsumido. O juízo e o gosto são, portanto, julgamentos do individual, com vistas a um todo, a ver se ele se ajusta a todos os outros.

a avaliação da conduta humana em que se busca um sentido jurídico, a partir das experiências sociais ou temas valorativos que se interpretam. E, quando interpretamos, buscamos o sentido através do ver o concreto, e essa interpretação funda-se no compreender que, por sua vez, pertence à estrutura do sentido.

Se o sentido somente é entendido no caso concreto, o sentido que procuramos só é conhecido por meio da interpretação e da aplicação. Então, a verdade que buscamos se realiza em um único ato¹⁴⁴, que é a aplicação, mas que está interligada com a interpretação (e só interpretamos porque já compreendemos) e no mesmo instante (aplicação-interpretação). A autora desta tese defende que, ao orientar-se em direção ao eticamente correto em um caso concreto, buscamos a resposta para ele, ou seja, a resposta que está revestida de legitimidade, o que não dá margem para a arbitrariedade. E aqui rebate-se a crítica feita por Lênio Streck (2013, p. 316-317), ao dizer que as teorias da argumentação não se deram conta de que classificar diversas respostas e soluções em diferentes graus, e afirmar que uma resposta é melhor que a outra, significa dizer que existem várias respostas o que, necessariamente, recai sobre a arbitrariedade. Streck (2013, p. 204) justifica que a hermenêutica é sempre aplicação e não existe a melhor resposta, mas “a resposta para cada caso”, ou seja, a resposta hermenêuticamente correta, naquele caso concreto. Reconhecer múltiplas respostas na hora da decisão, em função da pluralidade de sentidos no campo da semântica, implica na cisão entre interpretar e aplicar, enquanto a hermenêutica filosófica gadameriana defende a não cisão entre interpretação e aplicação. Dessa forma, prossegue Streck (2013, p. 232):

[...] a hermenêutica atua em um nível de racionalidade I, que é estruturante, transcendental não clássico (Stein); já, por exemplo, as teorias da argumentação atuam a partir de um vetor de racionalidade de segundo nível, ficando, portanto, *no plano lógico e não filosófico* (é a contraposição entre o como apofântico [wie] e o como hermenêutico [als]). E, não esqueçamos, filosofia não é lógica.

Esse entendimento também é contestado nesta tese, uma vez que Perelman reconhece a aplicação da lógica nos raciocínios jurídicos, mas refere a existência de uma nova forma de raciocinar através da Nova Retórica, por meio de argumentos *quase lógicos*. Consequentemente, nesta tese, assume-se a posição de que a Teoria da Argumentação tem relação com a hermenêutica, ao contrário de Streck (2013, p. 233), que nega qualquer interligação entre a hermenêutica e a teoria da argumentação jurídica. É em Gadamer ([1986] 2002, p. 318) que encontramos o ponto em comum entre a hermenêutica e a retórica como

¹⁴⁴ Gadamer ([1986] 2002, p. 131) atribui a esse movimento unitário o nome de integração hermenêutica intrínseca.

sendo o terreno dos argumentos persuasivos (e não dos argumentos logicamente concludentes), que é a base da teoria de Perelman aqui utilizada. Gadamer ([1986] 2002, p. 318) acrescenta que não é só porque a retórica apela aos afetos e valoriza a riqueza dos pontos de vista, que ela abandone o âmbito racional. Lacombe ([1998] 2003, p. 259) afirma que “o direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico e a técnica argumentativa”, uma vez que, apesar de ter uma carga dogmática, faz parte de uma tradição filosófica, cuja base reside na tópica e na retórica.

A hermenêutica gadameriana é, portanto, condição de possibilidade da argumentação jurídica. A autora desta tese também se contrapõe ao entendimento de Streck (2013, p. 233) de que as teorias da argumentação são teses relativistas porque sustentam uma margem de discricionariedade daquele que manipula o procedimento. A Teoria da Argumentação de Perelman, ao contrário, não admite discricionariedade nas decisões, uma vez que elas devem ser devidamente justificadas, tornando-se, assim, racionais e não relativistas.

O ponto de partida de suas considerações sobre a hermenêutica, no livro *Verdade e método I*, de acordo com Gadamer ([1986] 2002, p. 278), ocorreu a partir das ciências do espírito, porque tratam de questões que estão fora das ciências, como a experiência da arte e a experiência da cultura cunhada pela sua tradição histórica e, por esse motivo, não está em questão o método e a ciência, existindo [a compreensão] antes deles: “Em todas elas a experiência hermenêutica atua de modo igual, e como tal [sic] ela própria não se converte em objeto de estranhamento metodológico, mas precede-o na medida em que abre as perguntas à ciência, possibilitando assim o emprego de seus métodos”. Sendo assim, a conscientização das condições hermenêuticas corrente nas ciências da compreensão leva às ciências sociais as sistematizações metodológicas úteis ao seu trabalho. E, ainda, ao tornar transparente as pré-compreensões que guiam as ciências, podem liberar novas dimensões da reflexão hermenêutica prestando, assim, um serviço indireto à atividade metodológica. Dessa forma, Dascal ([1999] 2006, p. 651) elenca os aspectos cruciais do processo de interpretação de Gadamer: (a) é essencialmente circular; (b) quando é bem-sucedido, envolve uma fusão de horizontes, em que (c) a consciência histórico-efetiva e (d) a tradição desempenham um papel central.

Os juristas familiarizaram-se, através da ideia inicial de Viehweg, de que a resolução dos problemas jurídicos decorre de uma problematização global de argumentos pertinentes, não consistindo em deduções lógicas e direcionando-se, assim, a uma crescente aproximação dos pressupostos e às regras da argumentação jurídica. A diferença entre uma metodologia e uma teoria da argumentação é apresentada por Larenz ([1991] 1997, p. 212), uma vez que,

quando se fala em “argumentação”, pensa-se na discussão jurídica perante os tribunais, na sala de audiência ou na literatura juscientífica:

“Argumentar” significa fornecer fundamentos, que permitam a uma afirmação apresentar-se como justificada, pertinente ou pelo menos discutível. Os fundamentos, para atingirem esse fim, têm de ser conformados de tal modo que convençam os participantes na discussão, cuja existência se pressupõe, e que permitam suplantam os contra-argumentos por ele aduzidos. [...] as fundamentações jurídicas se consubstanciam em formas e cadeias de argumentação.

A metodologia, por sua vez, é direcionada para o processo de uma pesquisa juscientífica, de um parecer ou da fundamentação de um julgamento. Não se trata do argumento mais forte, mas, antes, de um processo ordenado do pensamento que possa garantir que pontos de vistas fundamentais não sejam desconsiderados. Aqueles que argumentam e aqueles que procedem “metodicamente” recorrem aos mesmos pontos de vista, enquanto inevitáveis etapas de um processo de pensamento, estando em causa mais do que as regras formais de uma discussão. Sendo assim, trata-se de aspectos distintos da mesma coisa.

Mas há uma dificuldade em se recepcionar essa mudança de paradigma interpretativo no sistema jurídico brasileiro, pois, para que essa viragem se concretize, o Direito deve ser considerado linguagem, mas as nossas obras e a nossa prática jurídica ainda trabalham na lógica da apropriação (posse/propriedade) do conhecimento. Ademais, Warat (1994, p. 19) explica que existe certo consenso nas reflexões em torno das práticas interpretativas do Direito, e que são pouco ousadas para garantir a institucionalização da produção judicial da normatividade e seus efeitos na sociedade. Dessa forma, a condição ideológica e política do jurista é silenciada através de práticas interpretativas, e transforma os intérpretes do discurso jurídico, de acordo com Warat (1994, p.20), em “simples produtores alienados que reivindicam para si o desejo de alienar os outros em nome de crenças e princípios acreditados como de uma “boa causa.” A garantia contra as violências ilegítimas é a justificativa da lei para se apresentar como abstrata, neutra e universal, argumenta Warat (1994, p. 20-25), mas que se torna utópica, na medida em que surgem os conflitos sociais.

Não é possível usar o Direito como formador de sentido democrático de uma sociedade, se ele não reconhece o valor positivo do conflito em nome de uma igualdade formal. O Direito deve reconhecer, necessariamente, que os sentidos da lei representam um momento dialético de múltiplos campos de luta. No entanto, para aceitar o Direito como detentor de valor político e instrumento de transformação, é necessário aceitar o novo e isso é rejeitado pelo sistema jurídico, posto que o torna incerto e conflitivo, e o que ele busca é a

segurança e a paz social. Para alcançar a almejada segurança e a paz, acredita-se que o Direito deva ser objetivo em relação à compreensão social e de sua lei e que, no entanto, Warat (1994, p. 27) assim se posiciona:

[...] a discursividade e as práticas jurídicas, assim como os atos interpretativos da lei servirão aos processos de transformação da sociedade se conseguirem afastar do objetivismo que as domina. Fundamentalmente se conseguirem trabalhar o caráter primário e constitutivo da articulação dos antagonismos.

A vida prática do Direito, o conflito de interpretações introduz espaços de dúvidas e ambiguidade que tornam impossível a caracterização do jurídico como uma ordem objetiva. Trata-se de interpretações que resultam de um conjunto de forças díspares que não respondem a nenhuma lógica unificadora. Elas surgem como resultado de uma luta que não se encontra garantida por nenhuma determinação “a priori”.

Por esse motivo, a proclamada objetividade é aparente, porque a realidade social e a jurídica trazem incertezas e imprevisibilidades, justamente os elementos que a relativizam. E, juntamente com a imprevisibilidade, vem a redefinição das palavras da lei, ou seja, a interpretação. E se essa interpretação considerar o valor articulatório da história para fazer uma releitura da lei quando surgem os conflitos sociais, ela será instrumento de transformação social, o que é característico do Estado Democrático de Direito. Três significados principais do termo “interpretação” são identificados por Dascal ([1999] 2006, p. 343), utilizando-se de Wróblewski:

(a) 'Interpretação' *latissimo sensu* [interpretação-LS] refere-se a qualquer compreensão de qualquer objeto como um objeto de cultura, por meio da atribuição ao substrato material desse objeto de um significado, um sentido ou um valor. Esse conceito é, filosoficamente, uma das bases para a alegação de que as ciências humanas, que lidam com tais objetos 'significativos', deveriam ser metodologicamente distintas das ciências naturais (ver Rickert, 1911). A hermenêutica textual e filosófica costuma chamar a atenção para esse tipo de compreensão ou interpretação (ver Gadamer, 1976; ver Capítulo 29).

(b) 'Interpretação' *lato sensu* [interpretação-L] refere-se a uma atribuição de significado a um signo tratado como se pertencesse a uma determinada língua e sendo usado de acordo com as suas regras e as práticas comunicativas aceitas. Compreender um signo lingüístico significa, então, L-interpretá-lo. A semântica e, como veremos adiante, a pragmática ocupam-se desse tipo de interpretação.

(c) 'Interpretação' *stricto sensu* [interpretação-S] refere-se a uma atribuição de significado a um signo lingüístico no caso do seu significado ser duvidoso em uma situação comunicativa, isto é, no caso de sua 'compreensão direta' não ser suficiente para o propósito comunicativo em vista. Ao contrário da interpretação-L, a interpretação-S se refere, portanto, apenas à compreensão 'problemática', devido a fenômenos como obscuridade, ambigüidade, metáfora, implicitude, indiretividade, alteração de significado, etc. A prática legal enfrenta esses problemas com frequência e há, conseqüentemente uma tendência a ver esse tipo de 'interpretação' como a única relevante para o direito. A pragmática, em seu sentido estrito, também tende a enfocar exclusivamente a compreensão 'problemática', isto é, os casos em que somente a semântica não é o bastante para determinar o significado de um signo lingüístico e nos quais, por isso, a informação contextual deve ser tomada em consideração.

O “tradicional uso do termo ‘interpretação’ no discurso jurídico está restrito à interpretação-S”, tanto na teoria tradicional da interpretação, como, também, no arraigado paradigma da dogmática legal (escola histórica alemã) e no positivismo legal, conforme refere Dascal ([1999] 2006, p. 344-350). Essa forma de interpretação refere-se ao texto legal de um ato legal sancionado e é criticada por diversas teorias atuais da interpretação legal, por três motivos: primeiro, porque alguns autores afirmam que todo o texto legal é interpretado quando alguns defendem que não são interpretados, mas somente são tomados como sendo claros; segundo, porque a clareza de um texto, ou uma dúvida, não é baseada na descrição do texto, mas dependem das avaliações de quem toma as decisões; e, terceiro, porque as obras tradicionais da clareza presumem que a linguagem legal e a lei possuam certas propriedades que elas, de fato, não têm.

A interpretação no discurso jurídico, de um modo geral, não se resume à interpretação-S, uma vez que a interpretação não parte do nada; ao contrário, ela ocorre somente porque já existe uma pré-compreensão da totalidade e pode ser reconhecida na interpretação-LS; a interpretação-L também se aplica ao discurso jurídico, porque a atribuição de significado, de acordo com as regras e as práticas comunicativas aceitas por uma determinada língua, representa que ela está clara posto que a compreendemos; e aplica-se ao discurso jurídico, também, a interpretação-S, uma vez que a compreensão problemática é comum no âmbito jurídico. Contudo, destaca-se, justamente, a interpretação-S, porque buscamos o entendimento sobre a perda de uma chance que não apresenta contornos bem definidos no ordenamento jurídico, podendo ser considerado como um termo *vago*.

No que diz respeito, especificamente, à hermenêutica jurídica, Gadamer ([1986] 2002, p. 464) diz que ela é um princípio jurídico subsidiário, que tem como tarefa não compreender enunciados jurídicos vigentes, mas encontrar o Direito, ou seja, “interpretar as leis de tal modo que a ordem do direito impregne toda a realidade.” Nesse caso, a interpretação da lei (no sentido jurídico) tem uma função normativa, porque acaba sendo uma atividade criadora de direito. Os diversos princípios que devem ser aplicados no fazer dependem do caso jurídico concreto e, de acordo com Gadamer ([1986] 2002, p. 464-465), “não representam apenas problemas metodológicos, mas penetram profundamente e atingem a própria matéria do direito.” A pré-compreensão é condição de possibilidade da interpretação jurídica e, como reforça Larenz ([1991] 1997, p. 263),

não se refere só à “coisa Direito”, à linguagem em que dela se fala, e à cadeia de tradição em que se inserem sempre os textos jurídicos, as decisões judiciais e os argumentos habituais, mas também a contextos sociais, às situações de interesse e às estruturas das relações da vida a que se referem as normas jurídicas.

Existem diversas teorias jurídicas acerca das concepções que se relacionam à interpretação jurídica, de forma que Warat (1994, p. 89) apresenta as principais fórmulas de significação elaboradas pelos diferentes métodos de interpretação:

- (a) remissão aos usos acadêmicos da linguagem (método gramatical);
- (b) apelo ao espírito do legislador (método exegético);
- (c) apelo ao espírito do povo; apelo à necessidade (método histórico);
- (d) explicitação dos componentes sistemáticos e lógicos do direito positivo (método dogmático);
- (e) análise de outros sistemas jurídicos (método comparativo);
- (f) idealização sistêmica do real em busca da adaptabilidade social (método da escola científica francesa);
- (g) análise sistêmica dos fatos (método do positivismo sociológico);
- (h) interpretação a partir da busca da certeza decisória (método da escola de direito livre);
- (i) interpretação a partir dos fins (método teleológico);
- (j) análise linguística a partir dos contextos de uso (método do positivismo fático);
- (k) compreensão valorativa da conduta, através da análise empírico-dialética (egologia);
- (l) produção de conclusões dialéticas a partir de lugares (método tópico-retórico).

Nesta tese, adota-se como principal método jurídico de interpretação a Nova Retórica baseada no *tópico-retórico*, porque a interpretação parte do lugar comum (opiniões amplamente aceitas) e utiliza os meios de persuasão para promover a adesão das partes aos seus argumentos (teses plausíveis), para encontrar a verdade. Ignorar a dialética e os valores que informam a hermenêutica, através de um pensamento linear, não atende mais as expectativas de adequação à realidade social, e o método de interpretação adotado satisfaz adequadamente essa necessidade, nos termos do que afirma Lacombe ([1998] 2003, p. 250):

A inegabilidade dos pontos de partida, que aponta para a inexorabilidade da lei, não impede de trabalharmos uma interpretação mais adequada para cada caso. Por isso, é preciso reconhecer uma nova racionalidade capaz de orientar a dogmática jurídica e, ao mesmo tempo, defendê-la da pecha de arbitrariedade, o que nos parece bastante possível com o auxílio da tópica e da retórica.

O processo dialético da compreensão como atividade *infinita* acontece porque uma interpretação que parecia adequada até então, mais adiante, pode tornar-se inadequada, explica Coelho (2007, p. 19). Ou então, porque, de acordo com o período histórico em que vive esse intérprete, e com base no que ele sabe, não se excluem interpretações que, precisamente para aquela época e para o que na época se sabe, serão melhores ou mais adequadas que outras. E, nesse ponto, abordamos a interpretação da lei em função da linguagem, que, aparentemente, é precisa, mas, quando aplicada ao caso concreto, se verifica sua vagueza e ambiguidade. No entendimento da autora desta tese, existe a linguagem no sentido lato e no sentido estrito (são indissociáveis). A linguagem, no sentido lato, representa o próprio ser, a forma essencial da experiência humana, na linha de pensamento de Gadamer. A linguagem, no sentido estrito, por sua vez, refere-se à semântica, à sintaxe e à pragmática. Ao tratarmos do processo dialético da compreensão como atividade infinita, falamos não só das regras de combinações para formar palavras, frases e sentenças e suas ligações, mas como elemento no qual vivemos e que envolve todo o nosso pensamento, e é assim que a linguagem deve ser reconhecida nesta pesquisa.

A *vagueza* ocorre quando um conceito não apresenta limites bem definidos e o significado de uma expressão linguística depende de uma extensão de explicações e parâmetros para poder ser entendida. Mendes (2014, p. 3) justifica a vagueza como decorrente “do fato de ser nosso sistema conceitual incompleto, o que leva a que não saibamos se um certo objeto se inclui ou não numa categoria determinada.” Já a *ambiguidade* ocorre quando uma mesma expressão linguística permite mais de uma interpretação, e decorre do fato de que sons e significados nem sempre correspondem perfeitamente entre eles. O conceito, o termo ou a frase tem mais de um significado para ser considerado ambíguo e, consoante explica Mendes (2014, p. 3), pode ocorrer devido a uma homonímia accidental, devido a uma “ambiguidade de processo-produto”, ou devido à divergência entre seu sentido técnico e seu sentido ordinário. Além disso, a ambiguidade também ocorre por conta de problemas com a conectividade sintática dos termos, como, por exemplo, com conectores como “e”, “ou”.

Existem três tipos principais de ambiguidade¹⁴⁵, mas, para nosso estudo, interessa principalmente a ambiguidade pragmática, porque o esclarecimento sobre ela se dá no contexto de fala, ao tratar do cálculo dos valores enunciativos para sua reestruturação, que estão relacionados ao falante no instante da enunciação. A teoria da interpretação é afetada

¹⁴⁵ Além da ambiguidade pragmática, os semanticistas elencam a ambiguidade lexical e a ambiguidade sintática. (MENDES, 2014, p. 3).

pelos conceitos de vagueza e ambiguidade, conforme explica Mendes (2014, p. 6), a partir do papel que desempenham:

Cada um destes dois conceitos – vagueza e ambiguidade – tem um papel a desempenhar em uma teoria da interpretação, principalmente em uma teoria da interpretação de discursos da área do Direito, na hermenêutica jurídica. Muitos textos da área do Direito apresentam vaguezas – usam conceitos que têm aplicação indefinida para casos específicos –, e muitos apresentam ambiguidades – usam conceitos que podem ter dois ou mais significados distintos. E alguns textos podem apresentar conceitos que são, ao mesmo tempo, vagos e ambíguos. Um dos sentidos de um termo ambíguo, ou cada um deles, pode, por sua vez, ser vago. No que tange à ambiguidade, além da ambiguidade patente, quando, por exemplo, ela compromete a clareza e o significado de uma lei, registra-se também a ambiguidade latente, quando a clareza e o significado são evidentes, mas podem aplicar-se a casos muito díspares. Trata-se de ambiguidades no sentido e ambiguidades na referência.

Maria Helena Diniz (2002, p. 63) e, no mesmo sentido, Paulo Bonavides (2003, p. 437-438) afirmam que a interpretação da lei é sempre necessária, independentemente de os enunciados serem claros ou não. A imprescindibilidade na interpretação das normas é o entendimento utilizado nesta tese, já que existem autores que defendem que, dependendo da clareza do texto legal, é que irá se discutir sua necessidade de interpretação. Troper (2006, p. 286) defende que o texto¹⁴⁶ sempre deve ser objeto de uma interpretação, seja ele obscuro ou não, contrariando o adágio *in claris cessat interpretatio*¹⁴⁷, já que a interpretação é uma decisão podendo incidir sobre o caráter claro ou obscuro do texto. Ao se afirmar que um texto é claro, admite-se que seu significado é conhecido e, portanto, já está interpretado. Os conceitos jurídicos são, basicamente, hermenêuticos e, de acordo com a lição de Silva (2005, p. 279), encontram-se em um paradoxo permanente entre a abstração da norma e o caso concreto, e nessa esteira o sentido dos fatos¹⁴⁸ não está no texto, mas é dado, necessariamente, pelo intérprete. O que se busca, efetivamente, é encontrar um significado a ser aplicado aos fatos que os qualificarão como jurídicos, porque, para o Direito, não importam todos os fatos, mas só aqueles que podem ser juridicizados.

O entendimento de que a lei tem um sentido *unívoco*, sendo que uma única leitura é considerada a correta, e as demais interpretações consideradas arbitrárias, ideológicas ou criações alternativas do intérprete, não pode prosperar em um Estado Democrático de Direito que, para ser universal e participativo, deve ser tolerante e incorporar as convicções políticas,

¹⁴⁶ “O que pode ser objeto de uma interpretação é somente o que pode ser visto como portador de significados: o texto ou o fato.” (TROPER, 2006, p. 286).

¹⁴⁷ O que é claro não tem necessidade de ser interpretado.

¹⁴⁸ O autor exemplifica dizendo que, há alguns anos, as moças que se exibissem com biquínis nas praias brasileiras poderiam ser processadas, porque incorriam no crime de atentado violento ao pudor. O Código Penal não mudou nesta matéria, mas o significado do fato *transfigurou-se* no curso do tempo e, assim, justifica-se que o sentido dos fatos se dá, necessariamente, através do seu intérprete.

éticas e religiosas dos indivíduos, incluindo a dos julgadores. O entendimento de que em função da utilização dos métodos interpretativos o julgador torna-se neutro e imparcial, garantindo, ainda, a não ocorrência de arbitrariedades, é criticada por Warat (1994, p. 92). E Silva (2005, p. 276) complementa dizendo que isso não significa que devemos ficar à mercê de sua arbitrariedade, uma vez que é diferente da discricionariedade¹⁴⁹ que um juiz tem ao julgar, ou seja, ele tem “uma margem de discricção dentro de cujos limites, porém, permanecerá sujeito aos princípios da *razoabilidade*, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado.” Gadamer ([1986] 2002, p. 465) explica que “a distância existente entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta, no caso particular, é insuperável por essência” e, por esse motivo, existe um espaço de jogo (de interpretação) que possibilita essa concreção. A tarefa da hermenêutica jurídica é, portanto, criar uma ponte, ultrapassando a distância entre a lei e o caso particular, mesmo quando nenhuma mudança nas relações sociais ou outras modificações da realidade histórica permitem que o Direito se mostre ultrapassado e inadequado. O que deixa espaço de jogo para a concreção baseia-se no sentido da própria regulamentação legal e de toda ordenação jurídica geral, ao contrário de ser considerada uma imperfeição natural da codificação jurídica. No que diz respeito à compreensão linguística, ela deve ser atual, em que pese o legislador ter utilizado o contexto linguístico da época da edição da lei, conforme explica Coelho (2007, p. 32), citando Larenz:

Se é verdade – como diz Larenz – que as palavras da lei devem revelar o direito àqueles a quem se dirigem no presente, impõe-se concluir que, embora o legislador histórico as tenha usado a partir do contexto linguístico do tempo em que as editou, o seu sentido literal só poderá ser determinado segundo a compreensão linguística das pessoas a quem elas falam agora e não daquelas a quem falaram no passado.

Na mesma direção desse pensamento, Silva (2005, p. 275) explica que devemos compreender que a suposta “vontade da lei”¹⁵⁰ transforma-se na medida em que se transformam as circunstâncias históricas vividas pelo intérprete, a fim de que o “significado” da lei harmonize-se com as novas realidades sociais. De acordo com Santos (1988, p. 8), Perelman apresenta um discurso jurídico aberto que tem proximidade com os anseios da sociedade, a partir do desenvolvimento democrático e de direito, ou seja, proximidade com o

¹⁴⁹ Essa “margem de discricção” pode ser reconhecida como o espaço de jogo para interpretação defendida por Gadamer.

¹⁵⁰ Essa “vontade da lei” pode ser entendida, nesta tese, como o sentido autêntico da hermenêutica filosófica desenvolvida por Gadamer, e não como sendo a forma de compreensão do que o legislador da época tinha em mente ao elaborar uma lei e ali se ater. Gadamer ([1960] 2008, p. 511) explica que “a compreensão não é uma transposição psíquica”, e que o limite do sentido da compreensão não pode ser realmente limitado pelo que tinha em mente, originalmente, o autor, nem pelo horizonte do destinatário para quem o texto foi originalmente escrito.

projeto político atual. Sendo assim, a “verdade a que aspira é sempre relativa, e suas condições de validade nunca transcendem o circunstancialismo histórico-concreto do auditório”.

A Nova Retórica, portanto, desempenha dois papéis: o primeiro, tendo um significado científico, quando sistematiza a resposta de um caso concreto, através da verossimilhança, e aproximando-se ao mais adequado naquele momento histórico-jurídico. Em segundo, tem um papel político ao transformar a resposta certa em razoável, a partir dos anseios sociais de um Estado Democrático de Direito, em que a busca da justiça ocorre a partir dos interesses da sociedade. O entendimento de que a interpretação não é neutra, uma vez que o juiz, ao proferir sua decisão, o faz dentro de um contexto que carrega suas experiências e crenças das mais diversas ordens, não o autoriza a agir com discricionariedade, nos termos destacados no pensamento de Coelho (2003, p. 74):

No particular, isso significa, também, que ao aplicador do direito – por mais ampla que seja a sua necessária liberdade de interpretação – não é dado, subjetivamente, criar ou atribuir significados *arbitrários* aos enunciados normativos, nem tampouco ir além do seu sentido lingüisticamente possível, um sentido que, de resto, é conhecido e/ou fixado pela comunidade e para ela funciona como *limite da interpretação*. Essa ideia de limite, entretanto, não nos deve induzir ao erro de imaginar o intérprete como um prisioneiro da linguagem, nem tampouco a linguagem como um universo fechado, insuscetível de crescimento. Pelo contrário, o que se verifica é uma constante e fecunda interação entre os dois pólos dessa relação – entre a *consciência hermenêutica individual* e a *consciência hermenêutica geral* – em cujo âmbito, dialeticamente, a linguagem se enriquece e se expande a cada “achado” dos seus usuários, ao mesmo tempo em que lhes possibilita utilizar o seu acervo para novos e intermináveis “descobrimientos”.

A opinião jurídica, do juiz ou do tribunal, é determinada pela metainterpretação e que, segundo Andrade (1992, p. 125), consiste na interpretação da interpretação feita através de uma sentença ou, no caso desta tese, de um acórdão. O que nos propomos pesquisar é a opinião jurídica dos desembargadores, ou seja, a concepção do tribunal sobre determinado assunto, e que só pode ser feita por meio do próprio texto. Explica Gadamer ([1986] 2002, p. 393 - 395) que o ‘texto’ não é visto a partir da perspectiva da gramática e da linguística, mas deve ser entendido como um conceito hermenêutico. A perspectiva de cada leitor é a perspectiva hermenêutica e o texto, portanto, passa a ser uma fase no acontecer compreensivo que encerra uma certa abstração, isto é, trata-se de um produto intermediário. O que interessa é a compreensão do que o texto diz. E, nesse caso, a compreensão prévia, a expectativa de

sentido e circunstância de todo gênero¹⁵¹ que não se encontram no texto influenciam na sua apreensão.

O diálogo vivo persegue o acordo, pela fala e réplica, ou seja, busca encontrar as palavras adequadas e acompanhá-las de ênfases e gestos apropriados que as tornem acessíveis ao interlocutor. A escrita, por sua vez, deve, de algum modo, abrir no próprio texto um horizonte de interpretação e compreensão que o leitor mesmo deve preencher de conteúdo, já que não permite ao leitor participar na busca de palavras. Para que o destinatário possa compreender o texto corretamente, o escritor deve considerar essa problemática da fixação escrita. Dessa forma, Gadamer ([1986] 2002, p. 397-398) explica que “‘Escrever’ é mais do que a mera fixação do que é dito. É verdade que a fixação escrita remete sempre ao que é dito originariamente, no entanto deve olhar também para adiante.

Ainda, Gadamer ([1986] 2002, p. 399) explica que esse fenômeno geral é especialmente claro pela codificação jurídica e pela correspondente hermenêutica jurídica. O que é determinado como direito, previamente, serve para extinguir ou evitar discussões. Sendo assim, a produção de leis e de decisões legais deve ser elaborada de uma forma rigorosa, principalmente, na sua fixação escrita. Os documentos jurídicos devem ser formulados de forma que seu sentido jurídico se desprenda claramente do texto, evitando abusos ou uso evasivo ou mal intencionado da legislação. A forma escrita deve possibilitar uma interpretação autêntica, mesmo que seus autores não estejam acessíveis (legisladores, partes contratantes, juízes), devendo prever, portanto, o jogo da interpretação que surge sempre que o “leitor” necessite aplicar o texto. Como consequência desse jogo de interpretação, Gadamer ([1986] 2002, p. 399) estabelece que se abra espaço para uma concretização razoável, a “concretização que a interpretação deve proporcionar para uma aplicação prática.”

Pretende-se, assim, uma ordenação *justa* da sociedade, feita através do Direito. Mas para que isso seja possível, é necessária uma organização jurídica composta por leis que representem os interesses sociais. E, se os indivíduos não vivem isolados, há de se presumir sempre o outro nas relações sociais com quem se deve dialogar e, portanto, aceitar uma lei fundamental que una a todos ao redor de um interesse comum. No entendimento de Gomes ([2008] 2011, p.116-118), a *dignidade da pessoa humana* é o princípio intocável a que toda ordem jurídica deve se ajustar, por representar os valores fundamentais da convivência. A essa lei é imprescindível que todos os membros da sociedade jurídica sejam vinculados por

¹⁵¹ Desenvolve-se o entendimento de Bakhtin sobre o gênero discursivo no Capítulo 4.

igual. O julgador, por sua vez, deve sujeitar-se à lei como qualquer outro integrante dessa comunidade. E, sendo a lei a construção dos ideais de uma sociedade, é por aí que o julgador deve se pautar para concretizá-la.

Resta-nos identificar qual é a lei do nosso ordenamento jurídico em que os juízes devem se apoiar. Certamente, devem ser normas que objetivam proteger os valores fundamentais da convivência entre os seres humanos e que em nosso país é personificado pelo texto constitucional. Ele não é só a diretriz de maior valor na hierarquia das normas, mas representa a construção de um ideal social defendido pelo Estado Democrático de Direito. A Constituição, manifesta-se Gomes ([2008] 2011, p. 99-102), é a síntese de um caminhar da humanidade, uma vez que aponta suas possibilidades atuais e futuras de construir uma convivência civilizada, além de trazer para o presente o resultado das vitórias e derrotas do Direito e dos direitos do passado. As vitórias civilizadoras estão retratadas nos princípios e direitos fundamentais e devem ser reconhecidos de forma consciente pelas autoridades e população, para que a normatividade da Constituição se concretize e tenha sentido. A compreensão não é restrita ao texto constitucional, mas considera toda a ordem jurídica à luz dos *princípios fundamentais* ali positivados.

Se o julgamento de um litígio, com frequência, exige um juízo de valoração, importa saber quais os critérios pelos quais o juiz deve se orientar. Larenz ([1991] 1997, p. 173-176) estabelece que a orientação de valoração de um juiz deve se guiar pelo “*ethos* jurídico dominante”¹⁵² em uma determinada comunidade. Ou seja, é a concepção valorativa dominante daquele grupo. As fontes de conhecimento deste “*ethos* jurídico dominante” são, principalmente, os artigos da Constituição relacionados com os direitos fundamentais, outras normas jurídicas, além de proposições jurídicas fundamentais da atividade jurisprudencial e da Administração, e o uso das instituições da vida social. Isso porque, ao representar a convicção da maioria, garante um consenso ao máximo abrangente, que corresponde aos princípios básicos de uma ética da vida social. Considerando que o juiz aplica o Direito a essa comunidade determinada, deverá levar em conta a ética ali vigente, conciliando o comportamento dos membros da sociedade e os critérios de julgamento. Os valores, nesse caso, têm uma validade geral, ou seja, são objetivos e, por fim, racionais. Sendo os valores importantes para a convivência humana, eles dão, ao Direito, normas de moral social nas quais ele deverá se pautar. Não é possível aplicá-las diretamente, porque são desprovidas de

¹⁵² Larenz utiliza a ideia de “*ethos* jurídico dominante” do autor Reinhold Zippelius.

uma distinta hierarquia, e sua credibilidade para serem postas em primeiro plano, no caso singular, deverão ser analisadas as circunstâncias em cada caso.

Os valores básicos que sustentam a ordem jurídica são representados na Constituição por seus *princípios fundamentais*, que podem ser conflitivos em algumas situações, mas que geram uma *unidade axiológica* representativa da sociedade. Conclui-se, portanto, que estando codificada ou não, a normativa a ser seguida pelo julgador é aquela estabelecida na Carta Magna, por representar a construção dos ideais relevante para nossa sociedade. Da mesma forma, a construção do entendimento sobre o dano moral pela perda de uma chance deve pautar-se pelas normas¹⁵³ constitucionais, bem como com pelos princípios de valoração a ela subjacentes com o modelo social da Constituição¹⁵⁴.

3.7 A LINGUAGEM EM SEU CONTEXTO DE USO E A HERMENÊUTICA JURÍDICA

De acordo com o que foi apresentado até aqui, concluímos que a interpretação do Direito não deve se limitar à reprodução, mas, sim, deve ser produtiva e, por esse motivo, o arcabouço legislativo não pode ser ‘coisificado’, tratado como objeto. A ‘coisificação’ separa as leis da realidade social, porque é tratada de forma abstrata, enquanto deveria ser considerada, já e sempre, no mundo. Através da interpretação preenchemos lacunas e apreendemos sentidos, conforme Gadamer ([1996] 2003, p. 59) preceitua:

Quando compreendemos um texto, não nos colocamos no lugar do outro, nem é o caso de pensar que se trata de penetrar a atividade espiritual do autor; trata-se, isto sim, de apreender simplesmente o sentido, o significado, a perspectiva daquilo que nos é transmitido. Trata-se, em outros termos, de apreender o valor intrínseco dos argumentos apresentados, e isto da maneira mais completa possível. Encontram-nos, de súbito, na esfera de uma perspectiva já compreensível em si mesma sem que isso implique debruçarmo-nos sobre a subjetividade do outro. O sentido da investigação hermenêutica é revelar o milagre da compreensão, e não a misteriosa comunicação entre as almas. Compreender é o participar de uma perspectiva comum.[...]. O objetivo da hermenêutica é sempre restituir e restabelecer o acordo, preencher as lacunas.

As lacunas são preenchidas quando ocorre a tarefa de *aplicação* da lei ao caso concreto para resolver uma situação de conflito. Essa aplicação requer a interpretação da norma e dos fatos para verificar sua relevância jurídica e, a partir daí, tomar uma decisão, proferir uma sentença. Dessa forma, verifica-se que a hermenêutica jurídica é concreta e prática. Reforça-se esse entendimento com Lacombe ([1988] 2003 p. 250): “o justo ou o

¹⁵³ Nota de rodapé n. 58.

¹⁵⁴ O reconhecimento da perda de uma chance como direito fundamental é tratado em capítulo próprio.

razoável juridicamente, para cada situação, é determinado pelo direito aplicado; o direito concretizado. O que dita o direito é a sentença do juiz, ao determinar o que cabe para cada uma das partes.” Essas lacunas são preenchidas de forma *pragmática* para alcançar a justiça no caso concreto, sendo que, para tanto, a interpretação da lei perpassa seu sentido literal com o objetivo de verter a paz e a integração social. Em linhas gerais, Dascal ([1999] 2006, p. 33) explica o que é tarefa da pragmática:

o estudo do *uso* dos meios lingüísticos (sic) (ou outros) por meio dos quais um falante transmite as suas intenções comunicativas e um ouvinte as reconhece. O objeto da pragmática, portanto, é o conjunto de dispositivos semióticos direta e especificamente relacionados à transmissão dos significados do falante. Tais dispositivos englobam, é claro, a *exploração* pelo falante do significado da sentença e da elocução, mas não sua *descrição* ou a explicação de como eles surgiram - tarefas que compõem o objeto da semântica.

A hermenêutica e a pragmática derivam de tradições diferentes, explica Dascal ([1999] 2006, p. 644-653), mas podem ser consideradas disciplinas complementares, de forma que apresenta as afinidades entre elas:

- (a) ambas se ocupam com os significados implicados ou implícitos de um texto;
- (b) servem-se intensamente da noção de contexto, uma vez que os significados implícitos só podem ser descobertos recorrendo, de forma conjunta, ao que é linguisticamente explícito e ao contexto;
- (c) enfatizam o caráter provisório da interpretação. Não há garantias de que a equivalência do significado convencional de duas expressões comunicará o mesmo significado em um determinado contexto, bem como a mesma expressão, com o mesmo significado convencional, possivelmente, não comunicará a mesma coisa em contextos diferentes.

A partir de Gadamer, Dascal ([1999] 2006, p. 645) esclarece que não é possível se distanciar demasiadamente das convenções linguísticas para evitar a incompreensão: “aquele que fala uma língua privada que ninguém entende, não fala de jeito nenhum.” Conclui-se, que para tornar a compreensão possível, a individualização e o respeito pelas convenções linguísticas devem existir, simultaneamente.

Especificamente no campo do ordenamento jurídico, a interpretação pragmática é sempre necessária, seja para buscar um significado indireto, ou mesmo nos casos de transparência, já que Dascal ([1999] 2006, p. 353) esclarece que os tribunais estão interessados em uma leitura “objetiva” do texto legal, que não é, obrigatoriamente, idêntica ao

seu significado original, não pode ser considerada apenas um preencher de lacunas com o objetivo de estabelecer o significado da elocução:

É esse significado 'objetivo' único (em um dado contexto) do texto que corresponde ao papel desempenhado pela noção de “significado do falante” na pragmática da conversação. Assim, na explicação pragmática da interpretação de determinados tipos de textos, o “significado dos autores” não precisa ter uma posição central e pode ser visto apenas como um dos fatores contextuais do processo interpretativo.

A imprecisão dos termos jurídicos pode surgir a qualquer tempo e em qualquer lugar, não sendo possível definir *a priori* se um termo é impreciso, porque não se preveem, nas diversas situações, todas as particularidades da realidade que são importantes ou devem ser destacadas na sua aplicação. A noção de clareza, ou a leitura “objetiva” do texto jurídico, é um conceito pragmático, acrescenta Dascal ([1999] 2006, p. 359): “Ela não é uma propriedade inerente do texto legal, mas depende do seu uso em uma determinada situação comunicativa. [...]. Usado em situações diferentes, o mesmo texto pode ser às vezes (pragmaticamente) claro e, às vezes, obscuro.” Conseguiremos, portanto, compreender adequadamente o texto jurídico, ou seja, de acordo com as ambições que ele apresenta, se o fizermos a cada instante através da compreensão em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta, pontua Gadamer ([1960] 2008, p. 408).

Somente quando preenchemos as lacunas no caso concreto, é que alcançamos a leitura adequada do texto. Mas de quais lacunas estamos falando no campo jurídico? Três são as principais espécies de lacunas, pontua Diniz (2001. p. 437):

- (a) a *lacuna normativa*, quando não existir legislação expressa sobre determinada situação;
- (b) a *lacuna ontológica*, nos casos em que existe a legislação, mas ela é diferente da realidade social;
- (c) a *lacuna axiológica*, nos casos em que, mesmo que exista uma norma correspondente ao fato, ela não é justa ou satisfatória.

Em nosso ordenamento jurídico, temos alguns artigos que tratam das lacunas da lei. O artigo 8º e seu § único da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) assim estabelecem:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-lei n. 4.657/42, em seu artigo 4º, estabelece que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” E o artigo 5º também da LINDB determina que o juiz, na aplicação da lei, “atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” O artigo 126 do Código de Processo Civil (CPC) estabelece que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” Na sequência, o artigo 127 do CPC determina que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.” O artigo 769 da CLT estabelece que “nos casos omissos o direito processual comum¹⁵⁵ será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas do Título X.” Da leitura do artigo 769 da CLT, podemos concluir que é possível a aplicação subsidiária do direito processual comum ao Processo Trabalhista quando: (a) a matéria está disciplinada, mas com o desenvolvimento político, social e econômico ficaram obsoletas, enquanto regras do processo civil são mais modernas e adequadas à realidade; ou (b) a matéria está disciplinada, mas sua aplicação não resulta em uma decisão justa.

A partir da leitura desses artigos, pode-se concluir que não existem lacunas técnicas da lei, porque quando ela for omissa, ou seja, quando não existir um texto literal, ou se ele existir não atende satisfatoriamente os anseios sociais, já está indicado a quem recorrer: a analogia, aos costumes, aos princípios gerais de direito, à jurisprudência e à equidade. Verifica-se, então, que a lacuna existente é axiológica, ou seja, trata-se de uma lacuna de valores que será preenchida de forma a se chegar a um resultado justo, através de um julgamento prudente, que encontrará a verossimilhança como uma forma de verdade e será justificada de forma argumentativa, para ser considerada racional e, então, legítima.

Esse capítulo reuniu os elementos necessários para fazer a análise do conceito de dano moral pela perda de uma chance em acórdãos do TRT4, utilizando a Nova Retórica. O ponto de partida da argumentação, os seus contornos e a maneira como foram aqui apresentados são tão importantes quanto as técnicas argumentativas em si, já que a análise da

¹⁵⁵ O termo “direito processual comum”, de forma contemporânea, abrange toda a norma de natureza processual prevista em lei, quais sejam, os Códigos de Processo Civil e Processo Penal, as leis especiais processuais, o Código de Defesa do Consumidor, entre outras.

argumentação trata sobre o que é presumidamente aceito pelos ouvintes. Dessa forma, o próximo capítulo inicia com a metodologia empregada na pesquisa para, em seguida, ser feita a análise proposta propriamente dita.

4. ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS

A análise dos acórdãos é elaborada com base na fundamentação teórica dos Capítulos 2 e 3: no Capítulo 2 foi abarcado o dano moral pela perda de uma chance, e seu conteúdo refere-se ao conhecimento já sistematizado no ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema; e no Capítulo 3 foram abordados os esquemas argumentativos a partir da Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, relacionando-os com a Pragmática e a Hermenêutica, indo ao encontro dos objetivos desta tese. O objetivo geral pretende caracterizar o ato indenizatório e o conceito de dano moral pela perda de uma chance na leitura/interpretação da norma, a partir dos argumentos utilizados pelos Desembargadores em acórdãos do TRT4. Os objetivos específicos, por sua vez, desdobram-se em:

- (a) identificar as condições de produção e a forma discursiva inserida no texto jurídico (acórdão);
- (b) analisar os textos do processo, a partir de pistas linguísticas apresentadas pelos Desembargadores ao proferirem seus votos, que culminaram na redação do acórdão, mantendo ou desconstituindo decisões de Primeiro Grau que trataram sobre o ato indenizatório e o dano moral pela perda de uma chance;
- (c) analisar a forma como as pistas linguísticas guiam o leitor para a compreensão do ponto de vista dos Desembargadores, no contexto apresentado e nos variados argumentos que apresentam;
- (d) verificar os argumentos apresentados pelos Desembargadores ao proferirem seus votos, mantendo ou desconstituindo decisões de Primeiro Grau que trataram sobre o ato indenizatório e o dano moral pela perda de uma chance;

- (e) analisar a justificativa dos enunciados dos acórdãos;
- (f) identificar os argumentos mais fortes utilizados para construir a interpretação de ato indenizatório e dano moral pela perda de uma chance dentro do acórdão.

A partir da apresentação dos objetivos gerais e específicos da tese, o capítulo desenvolve-se de forma a contemplar, primeiro, o método, as técnicas e os procedimentos utilizados para, assim, ser possível identificar a forma do acórdão, a localização da justificação dos julgadores, seu caráter de discurso e a notação organizada para a produção das análises. Em seguida, as análises foram realizadas individualmente, um acórdão por vez para, ao final, ser feita uma relação entre elas e os fundamentos dos Capítulos 2 e 3.

4.1 MÉTODO, TÉCNICAS E PROCEDIMENTOS

O fenômeno científico não permite um esgotamento de explicações e, por esse motivo, sob a ótica metodológica, Demo (2013, p. 51) fala em construção científica. Essa construção científica, nas ciências sociais, continua Demo (2013, p. 51- 56), parte do pressuposto de que a realidade é um fenômeno regular e que, dificilmente, parte de explicações monocausais. Supõe-se uma ordem interna das coisas, em que pese, externamente, aparentar coisa diversa. Dessa forma, para as ciências sociais, destacam-se dois pontos no que diz respeito à construção científica: primeiramente, trata-se da aceitação de que a história acontece objetivamente. e não ao contrário; e, segundo, trata-se da aceitação de que onde existir uma possível intervenção humana, ela é regular.

A atividade humana ocorre dentro de uma certa regularidade e, por esse motivo, ela é cientificamente tratável, o que caracteriza um elemento importante na postura científica ocidental. Por ser tratável e ter uma ordem interna, é possível excluir as particularidades e generalizar (admitindo níveis variados de aplicação). Soma-se a isso, a crença na relação entre *causa* e *efeito*. Aparentemente, não é possível aceitar essa relação de causa e efeito nas ciências sociais, porque a ciência é vista como uma proposta hipotética e não determinada. No entanto, a ciência ocidental tem tendência ao determinismo, em função dos pontos já destacados. O determinismo, ou condicionamento da realidade, aceita a ideia de probabilidade.

O comportamento social, portanto, pode ser estudado, em função da sua regularidade, ou seja, da probabilidade de que esse comportamento se repita. Da mesma forma, o fenômeno social pode ser tratado cientificamente, em função de seu viés relativamente uniforme. Considerando ser o fenômeno social mais complexo do que somente

as relações de formalidade, o determinismo, ou condicionamento, é usado de forma aproximada nas relações sociais. Além disso, o fenômeno social sempre será visto dentro de seu contexto e com questões ideológicas intrínsecas a ele, porque não é possível separar o fenômeno social do contexto e, nem por isso, deixará de ser objetivo¹⁵⁶, consoante explicita Reale (2000, p. 215-216):

Ora, há domínios do conhecimento em que, dada a consistência da matéria observada, não só é possível, mas se impõe a objetiva aceitação dos resultados obtidos, ficando praticamente neutralizados os coeficientes de estimativa, tal como ocorre no campo das ciências naturais. Outras esferas existem todavia nas quais, por mais que se almeje o ideal de “observador imparcial”, certa margem de divergências é inerente à problematicidade da matéria estudada, por sua intrínseca textura axiológica e existencial. [...] Destarte, tanto no campo das ciências empírico-analíticas como no das ciências culturais pode-se e deve-se falar em objetividade, segundo critérios diversos que vão desde meros enunciados de diretrizes prováveis, plausíveis ou mais adequadas até o enunciado de leis de regularidades comprovadas. Esse leque de enunciados comporta, pois, graus diversos de certeza intersubjetiva quanto à sua validade e à sua operabilidade. Tal forma de objetividade não significa, porém, o resultado de um “plebiscito de cientistas”, mas é a tradução razoável de formas variáveis de captação da realidade, no contexto teórico vigente, e em função das suas condicionantes fatuais.

Nesta tese, o foco da pesquisa é a leitura das decisões judiciais no âmbito do TRT4, do fenômeno social contemporâneo do dano moral pela perda de uma chance. Essas decisões estão inseridas dentro de um sistema jurídico e em um contexto social, político e econômico. Aponta-se um problema que precisa encontrar ou aperfeiçoar a resposta já existente sobre o entendimento do dano moral pela perda de uma chance na ótica dos Desembargadores do Tribunal do Trabalho (fenômeno atual). A construção dessa noção se faz necessária, em função da não coincidência entre a realidade atual e o corpo teórico que trata dela.

O objetivo da pesquisa, portanto, é propiciar o encontro de respostas aos problemas apresentados, justamente nessas zonas obscuras da realidade. Trata-se de um procedimento racional e sistemático, e seu desenvolvimento deve utilizar, de forma zelosa, os métodos, processos e técnicas adequadas. E o problema de pesquisa a ser resolvido nesta tese desdobra-se em três questões interligadas:

- (a) Qual a interpretação de dano moral pela perda de uma chance construída a partir da leitura da norma, das obras jurídicas e da jurisprudência?

¹⁵⁶ Não se pode confundir objetividade com imutabilidade do conhecimento: “[...] pois é antes próprio deste ser estável sem ser estático, numa projeção de problema e de soluções sempre renovadas e não raro descontínuas. A objetividade, sobre ser um ‘imperativo deontológico de fidelidade’ ao que se põe e se configura no fluxo da experiência, comporta e exige, consoante já ponderado, graus diversos de rigor ou de verificabilidade em função da trama lógica e ôntica adequada a cada campo de pesquisa. Pretender critérios uniformes de objetividade para todos os domínios da ciência equivale a desprezar os estratos diversificados e plúrimos da realidade que se quer explicar ou compreender”. (REALE, 2000, P. 216).

- (b) Qual a interpretação de dano moral pela perda de uma chance que se constrói pela leitura de acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região?
- (c) Quais são os elementos importantes considerados pelos Desembargadores do TRT4 para caracterizar o dever de indenizar e estabelecer a caracterização do dano moral pela perda de uma chance, a partir da análise de textos por eles construídos?

Nos termos do que explica Diehl (2004, p. 48), a metodologia permite “a escolha da melhor maneira de abordar determinado problema, integrando os conhecimentos a respeito dos métodos em vigor nas diferentes disciplinas científicas.” Esclarece, ainda, Diehl (2004, p. 48) que o método compreende tanto um processo intelectual como operacional e deriva da metodologia, tratando do “conjunto de processos pelos quais se torna possível conhecer uma realidade específica, produzir um dado objeto ou desenvolver certos procedimentos ou comportamentos.”

Neste capítulo, caracteriza-se a metodologia, ou seja, o caminho percorrido para demonstrar como foi realizada a análise dos acórdãos. Aborda-se o método de Estudo de Caso, a técnica e os procedimentos que são utilizados para a análise do *corpus*. Além disso, é detalhada a estrutura do acórdão, sua caracterização como gênero discursivo, a hermenêutica do discurso jurídico e sua abordagem interdisciplinar, a delimitação do *corpus* – número de acórdãos – e é estabelecido o sistema de notação utilizado para a análise das partes e segmentos dos documentos. Demonstra-se como os acórdãos são organizados e estabelecem-se os critérios que são utilizados para determinar como os documentos são segmentados para identificar os tipos de argumentação, de acordo com o que foi apresentado no Capítulo 3.

A partir das bases lógicas da investigação, o método utilizado neste trabalho é indutivo, uma vez que se parte do estudo de casos particulares de aplicação da lei e teorias, o que, de acordo com Medeiros (2011, p. 31), é “um raciocínio em que, de fatos particulares, se tira uma conclusão genérica.” Parte-se da observação de fatos que se pretende conhecer, compara-os para identificar suas relações e, por fim, constrói-se a generalização com base na relação verificada entre os fatos ou fenômenos, explica Gil (2008, p. 11). O método indutivo, afirma Diehl (2004, p. 49), também conduz ao fato de que “a verdade das premissas não basta para garantir a verdade da conclusão; como o conteúdo desta excede o das premissas, só se pode afirmar que, sendo verdadeiras as premissas, a conclusão será provavelmente verdadeira.” Esse método vai ao encontro da Teoria da Argumentação proposta nesta tese, que busca, não a verdade absoluta, mas aquela mais justa e adequada ao caso concreto, através da verossimilhança.

Há que se observar a impossibilidade de realizar uma pesquisa somente com a aplicação de um único método de forma *pura*, mas destaca-se o método que se sobressai entre os demais. Realizar projetos com métodos mistos, esclarece Yin (2010, p. 87), “pode permitir que os pesquisadores abordem questões de pesquisa mais complicadas e coletem uma série mais rica e mais forte de evidência do que poderiam obter por qualquer método único isolado.”

Além disso, o procedimento analítico contribui para a organização das diversas fases da pesquisa, que contém três polos cronológicos, de acordo com Bardin ([1977] 2011, p. 125):

- (a) a pré-análise, que consiste na organização propriamente dita, com o objetivo de tornar operacionais e sistematizar um plano preciso de desenvolvimento;
- (b) a exploração do material, que trata da administração sistemática das decisões tomadas como as operações de codificação, desconto ou enumeração, através de regras previamente formuladas;
- (c) o tratamento dos resultados obtidos, a inferência e a interpretação, com o objetivo de torná-los significativos e válidos.

A análise possui caráter qualitativo, uma vez que se propõe a pesquisar sobre um tema e não sobre a sua frequência de aparição. Trata-se de um procedimento mais intuitivo e adaptável, com características particulares destacadas por Bardin ([1977] 2011, p. 145):

- (a) tem validade, principalmente, na elaboração de deduções específicas sobre um acontecimento ou uma variável de inferência precisa;
- (b) funciona sobre *corpus* reduzidos estabelecendo categorias mais discriminadas;
- (c) seleciona índices (tema, palavra, personagem, etc.) e trata de seu conteúdo.

Bardin ([1977] 2011, p. 145) ainda faz referência à importância do contexto da mensagem, principalmente do contexto exterior a ela, em que são as condições de produção consideradas importantes: quem é que fala a quem e em que circunstâncias; qual será o montante e o lugar da comunicação; e quais os acontecimentos anteriores ou paralelos.

De acordo com o tema escolhido, Gil (2008, p. 27) explica que se necessita de esclarecimentos e delimitações, “o que exige revisão da literatura, discussão com especialistas e outros procedimentos. O produto final deste processo passa a ser um problema mais esclarecido, passível de investigação mediante procedimentos mais sistematizados.” Diante disso, por ser um tema pouco explorado na direção que está se tomando, tornando-se difícil a realização de estratégias precisas, esta pesquisa é exploratória, posto que se desenvolve com o objetivo de oportunizar uma visão ampla, de tipo aproximativo, sobre determinado fato.

No que diz respeito ao critério de escolha dos acórdãos, ela foi feita por acessibilidade ou conveniência. Foi selecionado um acórdão de cada uma das onze Turmas pertencentes ao TRT4, que foram julgados no período 21/06/2014 até 21/06/2015, por ficarem dentro de um mesmo recorte histórico e que, em nosso entendimento, representam a posição majoritária de cada grupo, já que os acórdãos são sempre decididos pela maioria de votos dos integrantes das turmas.

4.1.1 Estudo de Caso: caracterização

Tratamos esta pesquisa como um Estudo de Caso, ao se estudarem, de forma exaustiva e profunda, poucos acórdãos. Num Estudo de Caso, explica Gil (2008, p. 57-58), investiga-se um “fenômeno atual dentro de seu contexto de realidade”, com o objetivo de “permitir seu conhecimento amplo e detalhado.” A definição técnica do Estudo de Caso, a partir de Yin (2010, p. 39), é apresentada como uma pesquisa empírica que “investiga um fenômeno contemporâneo em profundidade e em seu contexto da vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não são claramente evidentes.” Essa definição é pertinente à pesquisa realizada, já que tratamos da análise de acórdãos recentes e em uso, ou seja, um fenômeno da vida real, levando em consideração as condições do contexto. Se o estudo se limitasse à análise do conceito de dano moral pela perda de uma chance de forma isolada, seria uma abstração não abarcada pelo estudo de caso, mas por outros métodos de pesquisa.

Analisar mais de um acórdão não descaracteriza o Estudo de Caso, pois essa modalidade é uma variante dentro da estratégia de pesquisa¹⁵⁷. O Estudo de Caso múltiplo segue uma lógica de replicação e não de amostragem, em que os casos devem ser cuidadosamente selecionados para permitir uma *replicação literal*, para predizer resultados similares a outros casos; ou uma *replicação teórica*, para produzir resultados contrastantes, mas para razões previsíveis. Ao final, realizando-se as análises com os resultados previstos, estas ensejariam um robusto apoio às proposições iniciais. Caso sejam contraditórias às proposições iniciais, permitem a sua revisão e testagem em outro conjunto de dados, determina Yin (2010, p. 78).

Outra característica importante estabelecida por Yin (2010, p. 53) para a configuração do Estudo de Caso, é determinar os limites da coleta, com a definição do objeto

¹⁵⁷ Analisar um único caso é chamado de estudo de caso; único e mais de um caso, é conhecido como estudo de casos múltiplos. (YIN, 2010, p. 41).

e a determinação do tempo, o que, efetivamente, está identificado nesta pesquisa. Muitas vezes, porém, não se distingue o fenômeno do contexto nas ocorrências da vida real e o Estudo de Caso, de acordo com Yin (2010, p. 40), enfrenta situações tecnicamente diferenciadas, existindo “muito mais variáveis de interesse do que pontos de dados”, e, por esse motivo, apresenta duas consequências: (a) conta com múltiplas fontes de evidência, com os dados precisando convergir de maneira triangular; e (b) beneficia-se do desenvolvimento anterior das proposições teóricas para orientar a coleta e a análise de dados. O Estudo de Caso é também tratado como um método de pesquisa abrangente que não se atém, somente, como na forma mais tradicional, à coleta de dados, mas se preocupa, também, com o planejamento, a análise e a exposição de ideias, a partir das informações coletadas nos documentos analisados.

A seleção dos acórdãos foi realizada após a pesquisa sobre a Nova Retórica e o dano moral pela perda de uma chance nas fontes doutrinárias, uma vez que o desenvolvimento da teoria antes da coleta de dados é um passo imprescindível na realização do Estudo de Caso. Nos termos do que explica Yin (2010, p. 58-61), a estrutura teórica desenvolvida antes da coleta de dados permite que o projeto de pesquisa se torne mais forte e com maiores condições de interpretar os dados eventuais. Proporciona, ainda, um estudo mais focado na teoria principal eleita na pesquisa porque, ao conhecer seu limiar, evita-se um distanciamento do objetivo da tese. Facilita a coleta de dados e delimita em que nível se realizará a generalização dos resultados do estudo de caso. No Estudo de Caso, Yin (2010, p. 61) trata da generalização *analítica*¹⁵⁸, “em que uma teoria previamente desenvolvida é usada como um padrão, com o qual são comparados os resultados empíricos do estudo de caso.”

As vantagens apresentadas no Estudo de Caso, de acordo com Diehl (2004, p. 61), são o estímulo a novas descobertas e a ênfase na totalidade. Como vantagem do Estudo de Caso, Diehl (2004, p. 61) também indica a simplicidade dos procedimentos, mas sinaliza que, apesar dessa aparente simplicidade, “ele pode exigir do pesquisador nível de capacitação mais elevado que o requerido para outros tipos de delineamento.” Além de considerar essa pesquisa como Estudo de Caso, Diehl (2004, p. 59) estabelece que, de acordo com o procedimento técnico, ela se realiza, também, através de uma pesquisa documental, em que as fontes pesquisadas podem ser reelaboradas de acordo com o objetivo do trabalho.

¹⁵⁸ Yin (2010, p. 61) explica que outra maneira de generalizar os dados ocorre através da generalização *estatística*, mas que normalmente não é aplicável ao estudo de caso, porque os casos não são unidades de amostragem e não devem ser escolhidos por tal motivo. Ao contrário, os estudos de caso devem ser escolhidos da mesma forma que um investigador laboratorial seleciona o tópico de um novo experimento.

O Estudo de Caso se configura, ainda, como estratégia qualitativa¹⁵⁹ que pode levar a efeito a análise dos acórdãos do TRT4 da forma como é proposto nesta tese porque, de acordo com Maia (2014, p. 609), é uma estratégia de pesquisa que:

ajuda a compreender as complexidades envolvidas nos diversos fenômenos característicos das interações sociais. Suas perguntas fundamentais, “como” e “por que”, contribuem para que o analista, que não possui controle sobre acontecimentos da situação estudada, consiga fazer sua investigação sobre um fenômeno contemporâneo contextualizado.

O Estudo de Caso deve ser tomado de forma inclusiva e plural, e não de forma hierárquica como entendem alguns pesquisadores. Dessa forma, ele pode ser utilizado para propósitos descritivos e explanatórios, não se limitando à fase exploratória de uma pesquisa, assevera Maia (2014, p. 609), além de atravessar as demais estratégias qualitativas¹⁶⁰ e, portanto, não apresentar fronteiras bem definidas com elas.

Apesar das fronteiras entre as estratégias qualitativas não estarem bem definidas, elas são marcadas por três condições fundamentais, estabelece Maia (2014, p. 609-610): a primeira considera o tipo de questionamento feito - “como” e “por quê” - e é característica do Estudo de Caso, do experimento e da pesquisa histórica; a segunda é o controle sobre os acontecimentos da pesquisa, que é componente somente do experimento; e a terceira condição é o foco nos acontecimentos contemporâneos, fundamental para o Estudo de Caso, e que não acontece na pesquisa histórica.

4.1.2 O corpus da pesquisa: caracterização do acórdão

Os documentos que analisamos estão inseridos dentro do contexto do processo do trabalho, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, e se chamam acórdãos. Trata-se de decisões prolatadas por integrantes do Tribunal, chamados *Desembargadores*, que são organizados em turmas e decidem de forma colegiada. Essas turmas recebem processos distribuídos por sorteio, oriundos das Varas do Trabalho de todo o estado a que pertence o Tribunal do

¹⁵⁹ O método qualitativo, nos termos do que apresenta Maia (2014, p. 607), citando Denzin e Lincoln (2006), leva em consideração as ideias pós-modernas e, por esse motivo, “dá relevância a questões alternativas no fazer científico, como a verossimilhança, a emocionalidade, a responsabilidade pessoal, a práxis política, entre outros fatores ideologicamente marcados”. O método qualitativo apresenta-se em oposição ao método quantitativo, eminentemente positivista e que segue um percurso de pesquisa que busca, principalmente, resultados absolutos com uma carga considerável de certeza e infalibilidade. Articula-se, ainda, como um método invariável, homogêneo e rígido de aplicação a qualquer contexto de pesquisa.

¹⁶⁰ Para Yin (2005, p. 24), as demais estratégias qualitativas são: o levantamento, o experimento e a análise de arquivos ou pesquisa.

Trabalho. Esses processos tramitam seguindo o rito¹⁶¹ estabelecido pelo Direito Processual do Trabalho, com a apresentação de uma reclamação que desencadeia o cadastramento e processamento do pedido. Realiza-se a audiência com a apresentação de defesa, instrução do processo com realização de perícias técnicas, prova testemunhal e todos os meios idôneos permitidos para comprovar as alegações das partes e formar o entendimento do julgador. Encerrada a instrução processual, ou seja, a produção de provas, o Juiz de Primeiro Grau profere uma decisão chamada de sentença.

A parte que não estiver satisfeita com o conteúdo da decisão, dentro das regras do processo, poderá recorrer ao Tribunal Regional do Trabalho competente, através de duas formas de recurso: recurso ordinário ou recurso adesivo. Já no Tribunal, o processo é distribuído para as Turmas, sendo nomeado um relator que fará sua exposição de motivos e proferirá seu voto, no sentido de prover no todo ou em parte, ou improver o recurso¹⁶². Os demais Desembargadores¹⁶³ poderão expor seus motivos e acompanharão, ou não, os argumentos e o voto apresentado pelo relator. Desse julgamento é formado o acórdão. Nos casos em que as duas partes recorrem, a análise e o julgamento dos recursos de ambos são feitos em conjunto, resultando daí apenas um acórdão.

Esse panorama corresponde ao processo judicial e a forma como ele tramita, ou seja, o seu procedimento, que são, nas palavras de Bittar (2015, p. 312), as “relações institucionais que envolvem sujeitos em torno de discussões de interesse que demandam a aplicação de normas jurídicas.” Um processo ou um procedimento constitui um grande espetáculo narrativo, explica Bittar (2015, p. 312):

[...] ao mesmo tempo, num único local (autos), a partir dos mesmos fatos, mas com competências, funções e interesses diversos, constata-se inúmeros *actantes-sujeitos* em funcionamento narrativo. Num único *locus* jurídico reúnem-se diversas competências actanciais; num único acervo documental se entrelaçam práticas discursivas de diversas naturezas. Isso tudo sugere a existência de inúmeros programas narrativos concomitantes, que se passam no interior velado dos entremeios documentais dos autos.

O *corpus* objeto de análise é composto por acórdãos publicados nas turmas que compõem o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (TRT4), e que tem competência para

¹⁶¹ Foram selecionados acórdãos decorrentes de processos com o rito ordinário, uma vez que no rito sumaríssimo (outra forma de tramitação do processo), dispensa-se o relatório no documento, o que inviabiliza a análise proposta nesta tese.

¹⁶² Prover no todo significa acolher todos os pedidos do recurso; prover em parte, significa acolher somente uma parte do que foi objeto de recurso; e improver o recurso é não acolher nenhum dos pedidos.

¹⁶³ Art. 36. (Regimento Interno TRT4) As Turmas compõem-se de até quatro julgadores, dos quais apenas três participarão do julgamento.

julgar os recursos ordinários de processos vindos de todas as comarcas do estado do Rio Grande do Sul, nos termos do art. 37, letra “a”, do seu R I. A decisão de prover no todo ou em parte, ou improver um recurso apresentado pelas turmas do Tribunal do Trabalho, é feita considerando os votos da maioria de seus integrantes. Existem onze Turmas no TRT4 que estão aptas a julgar os processos que contém pedidos de indenização por danos morais pela perda de uma chance. Assim, a análise é feita em um acórdão de cada turma, no período de 21/06/2014 até 21/06/2015.

Para se ter uma ideia do volume de processos recebidos pelo TRT4, anualmente, apresenta-se a movimentação processual dos últimos dez anos:

Tabela 1 - Movimento processual no Tribunal

Movimento processual no Tribunal (Órgão Especial, 1ª e 2ª SDI, SDC e Turmas)			
Ano	Recebidos	Distribuídos	Julgados
2014	58706	59303	72154
2013	59169	59789	69685
2012	56481	55907	65102
2011	51736	52027	63857
2010	47350	48039	62262
2009	53620	54543	74501
2008	65914	66872	71508
2007	50032	50489	57981
2006	37618	38143	44251
2005	40959	38424	49322
2004	35334	34608	42501

Fonte: Assessoria de Gestão Estratégica, Dados Estatísticos e Apoio às Ações Institucionais, TRT4, 2015.

Em face do Princípio da Publicidade que norteia os processos da Justiça do Trabalho, é possível fazer uma pesquisa diretamente nas Varas ou no site do TRT4¹⁶⁴ para localizar processos de interesse desta investigação. Neste caso, a pesquisa é feita através de

¹⁶⁴ Disponível em: <www.trt4.jus.br>.

documentos retirados exclusivamente do site. Além disso, os sujeitos processuais autênticos mantiveram-se nomeados, justamente e com suporte no mesmo Princípio da Publicidade.

A seguir, discorrer-se-á sobre a forma do acórdão, a existência cultural dos gêneros discursivos sob a ótica de Bakhtin, o acórdão como gênero discursivo judicial-decisório, e a atividade de decidir, com o objetivo de aproximar a forma do conteúdo.

4.1.2.1 A forma do acórdão

O acórdão tem a mesma estrutura da sentença e é dividido em *relatório*, *fundamentação* e *dispositivo* ou *conclusão*, requisitos esses previstos no artigo 458 do Código de Processo Civil. Essa estrutura é explicada por Donizetti (2005, p. 5-10): o *relatório* da sentença deve conter um breve histórico, o nome das partes, o resumo do pedido do reclamante (autor) e da resposta do reclamado (réu) e as principais ocorrências havidas no curso do processo. A *fundamentação* é uma parte muito importante da sentença porque, por meio dela, o magistrado aprecia a prova, observando os fatos e as circunstâncias presentes no processo, e indica os motivos que formaram seu convencimento, mesmo que sejam argumentos não levantados pelas partes. O *dispositivo* decorre do raciocínio desenvolvido na motivação e é o fechamento do documento, em que o juiz/desembargador acolhe ou rejeita o pedido do autor. A inexistência do relatório ou da motivação leva à nulidade da sentença, e a ausência do dispositivo conduz à inexistência do ato judicial.

Sob a ótica da análise discursiva, Sitya (1995, p. 38-39) define a estrutura da sentença: o *relatório* vincula-se às condições de produção¹⁶⁵ do discurso jurídico, ou seja, é quando o julgador busca encontrar as condições mútuas do autor (reclamante)/réu (reclamada), observando os fundamentos de suas pretensões. Articulam-se, no discurso jurídico, a formação discursiva¹⁶⁶ e a formação ideológica, ao abrigo dos princípios de ordem pública, apresentando o Direito segundo as necessidades sociais. Sitya (1995, p. 28) explica: “[...] a formação discursiva representa a condição para que cada elemento (palavra ou expressão) seja dotado de um sentido. Reconhece-se, assim, que a formação discursiva é o lugar da constituição do sentido, ou seja, o sentido é dado pela formação discursiva”. Conclui-se, portanto, que o sentido é dado de forma pragmática. Na *fundamentação*, o juiz expõe de

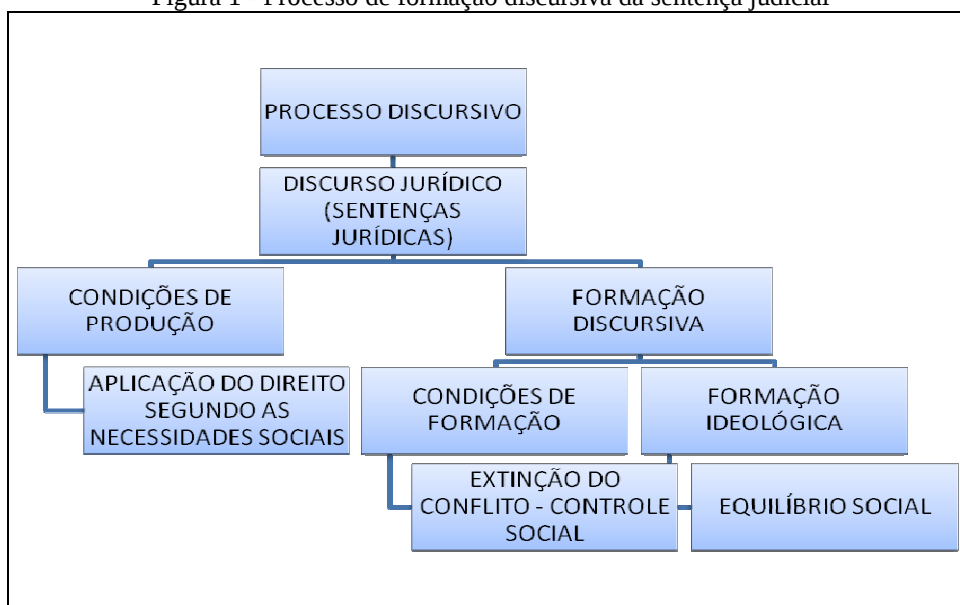
¹⁶⁵ Condições de produção: trata-se da avaliação dos fatores pragmáticos do ato da produção discursiva, ou seja, avaliação da instância verbal da produção do discurso, como: situacionalidade, intencionalidade, aceitabilidade, intertextualidade e informatividade. Avalia o contexto histórico-cultural dos interlocutores. (SITYA, 1995, p. 77).

¹⁶⁶ Formação discursiva: características ideológicas em que se insere o discurso. Segundo Pêcheux (1988), a formação discursiva caracteriza-se pelas marcas estilísticas e tipológicas que se constituem na relação de linguagem com as condições de produção. (SITYA, 1995, p. 77).

forma clara e precisa os fundamentos de fato e de direito que servirão de base para o ato decisório, sempre atentando-se à necessidade de manter o equilíbrio social. O *dispositivo* (ou decisão) é a parte em que aparece a decisão da causa, de forma que o magistrado reconhece, ou não, o direito das partes (julga procedente, procedente em parte ou improcedente).

O julgador observa a formação ideológica que subjaz à formação da sentença, bem como aos princípios de ordem pública que sustentarão a sua decisão. Essa formação ideológica, que está por trás da formação da sentença, vai ao encontro dos enunciados que emitem juízos de valores, em Bakhtin e da hermenêutica filosófica desenvolvida em Gadamer, de forma que quem interpreta o faz, já instituído de uma posição prévia, porque a decisão é produzida em determinada época e local, através de uma fusão de horizontes. Por meio de um esquema, Sitya (1995, p. 40) apresenta o processo de formação discursiva da sentença judicial:

Figura 1 - Processo de formação discursiva da sentença judicial



Fonte: Sitya (1999, p 37).

A formação ou a enunciação do texto decisório, estabelece Bittar (2015, p. 391), é determinada por sua coerência, que é produto da conjugação dos elementos formais, gramaticais, linguísticos, argumentativos e dos elementos sequenciais que se estruturam, justamente o relatório, a fundamentação e o dispositivo. O *preâmbulo* e a *ementa* fazem parte da sentença, mas não como requisitos essenciais. O *preâmbulo* deve conter a natureza da ação, o número do processo e o nome das partes. A *ementa* representa um resumo das questões decididas no corpo da sentença ou acórdão e “proporciona ao leitor a antecipação da norma criada pelo julgador para regular o caso concreto, com os princípios e fundamentos expostos”.

De acordo com a descrição de Donizetti (2005, p. 2-3), a ementa é formada por duas partes: *verbetação* (sequência de palavras-chaves que indicam as questões analisadas na sentença) e *dispositivo* (norma estabelecida pelo juiz para regular o caso concreto). O preâmbulo não é considerado elemento essencial, mas Slaib Filho (2004, p. 474) menciona que é nele que se fazem constar dados que individualizam a decisão, como a denominação do órgão, serventia, número de processo. A ementa é facultativa, mas cada vez mais utilizada, de acordo com Slaib Filho (2004, p. 477), “quer pela importância crescente da jurisprudência e pelo dever do magistrado de tratar em igualdade de condições os casos similares, quer pelo emprego cada vez maior da informática, cujos bancos de dados exigem a classificação dos assuntos.”

Partindo-se da classificação de Donizetti (2005, p. 1-2), apresentam-se os três enfoques da sentença, quais sejam:

- (a) *como ato processual*, a sentença é a síntese do processo que tem por objetivo a composição do litígio. O autor expõe a sua tese. O réu, geralmente, oferece resposta opositiva à pretensão objeto da tese – a antítese. A resposta do magistrado – a sentença – põe fim ao processo, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor;
- (b) *pela lógica aristotélica*, “a sentença expressa um silogismo”, em que a *premissa maior* é o ordenamento jurídico que serve de contexto/base para apreciação do direito invocado pelo autor, como da resistência apresentada pelo réu; a *premissa menor* é a fundamentação fática exposta pelo autor no pedido inicial, com o objetivo de demonstrar a procedência do pedido e, daí, decorrente ou retirado do conjunto probatório; e a *conclusão* é o ato pelo qual o juiz, fazendo a subsunção dos fatos às normas, extrai as consequências jurídicas e dá uma resposta ao postulado pelo autor;
- (c) *como trabalho científico*, a sentença é um texto complexo, predominantemente dissertativo, composto de *relatório*, *fundamentação* e *dispositivo* ou *conclusão*. O *relatório* é formado por uma exposição circunstanciada, um histórico, da marcha procedimental. Na *fundamentação*, o magistrado expõe as razões de seu convencimento, os motivos pelos quais decidiu e pela forma como decidiu. A *conclusão* resolve as questões que as partes apresentaram, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor ou extinguindo o processo sem julgamento do mérito.

A sentença também deve atender a algumas condições importantes, e que, de acordo com Slaib Filho (2004, p. 497-510), são:

- (a) clareza, já que, para que a atividade do Poder Judiciário seja legítima, a sentença deve ser fundamentada, e a decisão deve ser congruente com sua motivação, o que possibilita a interposição de recurso para ser apreciado no segundo grau pela parte que não ficou satisfeita;
- (b) linguagem simples com sentença inteligível ao padrão comum das pessoas, em determinada comunidade;
- (c) linguagem com expressão *categórica*, veemente, porque a sentença, sendo ato de poder, não pode ser manifestada de forma exultante, e seu conteúdo não pode ser condicionado;
- (d) precisão, no sentido de atender exatamente ao que foi pedido, nem mais nem menos, nos termos do que preceitua o artigo 460, do Código de Processo Civil.

A capacidade de descrição e a de síntese também deve ser observada, mas, segundo Bittar (2015, p. 393), por vezes, a capacidade de síntese “é uma virtude textual a se enunciar nas reconstruções de longos percursos judiciais prolongados nas barras dos tribunais”. Além disso, Bittar (2015, p. 393) explica que se relevam as enunciações de formulações objetivas, mas repletas de informações indispensáveis, “sobretudo em grau recursal, momento em que todo processo se avoluma nas prateleiras dos prédios públicos com alguns volumes de informações, documentos e numerosas petições”.

De acordo com as regras processuais brasileiras, após ser feito o pedido (a reclamação) no Primeiro Grau, ela só pode ser modificada até a citação da outra parte, ou seja, até que a parte demandada tome ciência do pleito. Após a citação, a parte autora/reclamante somente poderá modificar seus pedidos (acrescentar, desistir) com a anuência da parte ré. Sendo assim, o processo estabelece seus limites e é dentro desse espaço que as partes deverão trabalhar/argumentar.

4.1.2.2 A existência cultural dos gêneros discursivos sob a ótica de Bakhtin

Há vários motivos que fazem com que os indivíduos interajam uns com os outros na sociedade como, por exemplo, com vistas a comunicar, ensinar, persuadir, informar, contar uma história, provocar uma ação ou uma omissão. Para que esses objetivos sejam alcançados, as pessoas utilizam as mais variadas formas de interação linguística. Algumas delas são previamente construídas ou convencionadas para que aquela interação específica seja

compreendida. Essas interações ocorrem através de gêneros discursivos que, na definição de Cavalcante (2012, p. 44):

São padrões sociocomunicativos que se manifestam por meio de textos de acordo com necessidades enunciativas específicas. Trata-se de artefatos constituídos sociocognitivamente para atender aos objetivos de situações sociais diversas. Por esse motivo, eles apresentam relativa estabilidade, mas seu acabamento foi (e continua sendo) constituído historicamente.

Usados muitas vezes como sinônimos, os termos ‘texto’ e ‘discurso’ designam entidades diferentes. O texto conceitua-se de forma ampla e estrita e, nesta tese, utiliza-se o entendimento de Petri (2010, p. 51-52) para classificá-lo:

- (a) o termo ‘texto’, em sentido amplo, “emprega-se para identificar toda e qualquer manifestação da capacidade textual do ser humano”, de forma que trata das “formas de comunicação realizadas por determinados sistemas de signos e suas regras combinatórias”;
- (b) o termo ‘texto’, em sentido estrito, pode ser entendido como “qualquer passagem, falada ou escrita, que forma um todo significativo, independentemente de sua extensão.” Trata-se de “uma unidade de sentido que tem como características a coerência e a coesão, responsáveis pela tessitura do texto.”

Os textos possuem variadas classificações, explica Petri (2010, p. 52-53), mas com cinco a dez categorias no total, sendo que a narração, a descrição, a dissertação e a argumentação são reconhecidas por, praticamente, todas as classificações. Sendo assim, quando se fala em narração, descrição e dissertação, por exemplo, está se falando da tipologia do texto.

Os gêneros discursivos¹⁶⁷, por sua vez, levam em consideração seu propósito comunicativo, sua modalidade (oral ou escrita), a exigência de formalismo, a quantidade de interlocutores que participam, entre outros elementos. Petri (2010, p. 52-53) defende, também, que o texto¹⁶⁸ é o resultado de escolhas feitas pelo falante com intenção comunicativa, capaz

¹⁶⁷ Utilizam-se, também, os termos “gêneros textuais”, “gêneros do discurso”, “gênero comunicativo” ou, simplesmente, “gênero”, para designar os gêneros discursivos. Alguns autores utilizam o termo “gêneros textuais” para designar os textos materializados e padronizados em contextos de comunicação e utilizados corriqueiramente, como um telegrama, um sermão e uma reportagem; e o termo “gêneros do discurso”, para representar a esfera das ações humanas, na qual os textos são classificados em instâncias discursivas, como o discurso jornalístico e o discurso jurídico. (SOBRAL, 2010, p. 23).

¹⁶⁸ Nesse posicionamento da autora, entende-se que ela se refere ao gênero, apesar de usar o termo texto.

de transmitir uma mensagem e, com isso, permitir a interação entre emissor e receptor, e não apenas um agrupamento aleatório de palavras.

Na lição de Bakhtin ([1979] 1997, p. 280-282), todas as esferas da atividade humana estão relacionadas com a língua, que, por sua vez, efetiva-se em forma de enunciados orais ou escritos, e concretos e únicos. O enunciado, de acordo com Bakhtin ([1979] 1997, p. 280), é unificado por três elementos indissolúveis: o conteúdo temático e o estilo, e a construção composicional, representando cada uma dessas esferas de comunicação. O conteúdo temático refere-se ao agrupamento de temas que podem ser tratados em um gênero; o estilo refere-se à seleção operada nos recursos da língua (recursos lexicais, fraseológicos e gramaticais); e a construção composicional trata da estrutura interna geral do enunciado.

Os gêneros de discurso, de acordo com Bakhtin, são heterogêneos e divididos por sua diferença essencial: (a) o gênero de discurso primário (ou simples), que são componentes do gênero secundário por constituírem uma comunicação verbal espontânea, e (b) o gênero de discurso secundário (ou complexo), representado pelo romance, pelo teatro, pelo discurso científico, pelo discurso ideológico, pelo discurso jurídico, entre outros. Os enunciados são definidos pela análise de ambos os gêneros, pois é considerada a única forma de abranger todos os aspectos essenciais do enunciado que é complexo e sutil, nos termos do que explicita Bakhtin ([1979] 1997, p. 283):

A inter-relação entre os gêneros primário e secundários de um lado, o processo histórico de formação dos gêneros secundários do outro, eis o que esclarece a natureza do enunciado (e, acima de tudo, o difícil problema da correlação entre língua, ideologias e visões do mundo).

Os gêneros mais estabilizados são reconhecidos por seus aspectos linguístico-textuais; no entanto, consoante explica Mozdzinski (2008, p. 34), “não é a forma em si que cria e define o gênero. Antes, os gêneros consistem em modos sociais de agir e de dizer.” Fuzzer e Barros (2008, p. 46) conceituam os gêneros como formas de comunicação que seguem padrões razoavelmente estáveis de conhecimento e utilizadas por determinado grupo social, tidos como respostas a situações sociais recorrentes.

Os primeiros gêneros discursivos surgiram a partir das organizações sociais das cidades gregas antigas. Naquela época, explica Wachowicz (2012, p. 28-29), os cidadãos recorriam, por eles mesmos, ou através de terceiros, a atos de oratória, ou seja, a atos de retórica, para convencer um auditório sobre a sua inocência ou sobre a responsabilidade de outro cidadão em determinadas situações. Os auditórios eram compostos por três tipos de

ouvintes: (a) o povo em geral; (b) a Assembleia, que era responsável por fazer as leis; e (c) os juízes, responsáveis pelo próprio julgamento. O discurso dependia do tipo de auditório a quem o orador se dirigia, surgindo, assim, os primeiros gêneros de discurso, além dos literários que já existiam: (a) o gênero epidíctico (voltado ao povo); (b) o gênero deliberativo (voltado à Assembleia); e (c) o gênero judiciário (voltado aos juízes).

Ao definir a retórica como dialética, Aristóteles sistematiza e aproxima a retórica com a argumentação. Para esse pensador, a retórica está entre o sofismo e a demonstração. Entre o sofismo, porque é a arte da controvérsia que pode fazer valer tanto o absurdo como o falso; e entre a demonstração, por ser um raciocínio lógico das inferências formais. E a retórica é dialética e argumentativa, porque ela prova tanto a tese quanto o seu contrário, envolvendo raciocínio de prova que pode ser entendido como uma técnica discursiva. O indivíduo fala no contexto pressupondo o outro ou o auditório para quem fala e, por esse motivo, ao emitir um enunciado, parte da voz do outro. Dessa forma, como o discurso é dialógico, de acordo com que explica Wachowicz (2012, p. 29),

[...] o indivíduo sempre fala naquele contexto pressupondo o outro - ou ao auditório a quem ele se dirige. Ou seja, ao emitir um enunciado, o orador/falante toma como ponto de partida a voz de um outro, contrária a sua, e também a voz de um “outro”, que está a seu favor. Logo, o que conhecemos hoje como pessoas do discurso - eu,tu,ele - são efetivamente as vozes constituintes da natureza do discurso que se traduzem como o próprio pressuposto dialógico da linguagem.

Atualmente, existe um movimento que trata de questões referentes às práticas sociais e ao gênero, sendo estudados com interesse pelas ciências sociais, com o objetivo de compreender, de acordo com Bazerman, “em que medida os grandes padrões de relações e cognição distribuídos socialmente são possíveis dentro da interação local imediata e negociativa que observam.” (2012, p. 13, tradução nossa)¹⁶⁹. Ademais, recentemente, a aplicação da linguística e da retórica, apoiada nas ciências sociais, desenvolveu formas de pensamento sobre o gênero e, de acordo com Bazerman, com o objetivo de “examinar os tipos de textos que as pessoas produzem para realizar as diferentes tarefas no mundo, como estes textos circulam e recebem resposta, e o que faz com que ditos textos tenham êxito na realização de sua tarefa.”¹⁷⁰ (2012, p. 13, tradução nossa). É uma relevante percepção sobre a

¹⁶⁹ No original: “en qué medida los grandes patrones de relaciones y cognición distribuidos socialmente son posibles dentro de la interacción local inmediata y negociativa que observan.”

¹⁷⁰ No original: “examinar los tipos de textos que las personas producen para llevar a cabo las distintas tareas en el mundo, cómo estos textos circulan y reciben respuesta, y qué hace que dichos textos tengan éxito en la realización de su tarea.

produção individual em circunstâncias particulares, e sua interação com os grandes padrões de práticas sociais com aparência de sistema que contribui para o estudo feito nesta tese.

A noção de gênero discursivo foi desenvolvida por Bakhtin com base no dialogismo do processo comunicativo, ou seja, ele faz um exame circunstanciado das práticas prosaicas, em que diferentes usos da linguagem fazem do discurso uma manifestação da pluralidade. Este é o núcleo conceitual de Bakhtin sobre os gêneros discursivos, explica Machado ([2005] 2012, p. 152): “a partir do qual as formulações sobre os gêneros discursivos distanciam-se do universo teórico da teoria clássica criando um lugar para manifestações discursivas da heteroglossia, isto é, das diversas codificações não restritas à palavra.” Antes disso, havia a clássica teoria dos gêneros de Aristóteles, em *poética*, com o modo de representação mimética; e Platão, com os *juízos de valores* e as *relações entre a realidade e a representação*.

Bakhtin não ignora os gêneros poéticos, contudo, afirma a necessidade de um exame das práticas prosaicas que são, sobretudo, contaminações de formas pluriestilísticas: paródia, estilização, linguagem carnavalizada e heteroglossia, ao contrário dos gêneros poéticos que são marcados pela fixidez, hierarquia e certa noção de purismo. Machado ([2005] 2012, p. 162) explica: “Bakhtin entende que uma linguagem é sempre uma imagem criada pelo ponto de vista de uma outra linguagem. É por esse viés que se pode falar em heteroglossia e, conseqüentemente, em dialogia de linguagens.”

O dialogismo está presente como objeto de estudo na Metalinguística¹⁷¹ e está presente em suas perspectivas não reconhecidas como meramente linguísticas, porque, nas palavras de Bakhtin ([1979] 1997, p. 182), “qualquer confronto puramente linguístico ou grupamento de quaisquer textos abstrai forçosamente todas as relações dialógicas entre eles enquanto enunciados integrais.” Nesse sentido, Bakhtin ([1979] 1997, p. 298) diferencia a oração do enunciado, explicando as características de cada um. A oração é uma unidade da língua, de natureza gramatical desprovida das propriedades do enunciado (unidade de comunicação verbal): não é delimitada em suas duas extremidades pela alternância dos sujeitos falantes, não está em contato imediato com a realidade (com a situação transverbal), e tampouco está em relação imediata com os enunciados do outro, não possui uma significação plena nem uma capacidade de suscitar a atitude responsiva do outro locutor, ou seja, de determinar uma resposta:

¹⁷¹ Teoria de Bakhtin que estuda a língua sob o ponto de vista linguístico e sob o ponto de vista da expressão.

As pessoas não trocam orações, assim como não trocam palavras (numa acepção rigorosamente lingüística), ou combinações de palavras, trocam enunciados constituídos com a ajuda de unidades da língua — palavras, combinações de palavras, orações; mesmo assim, nada impede que o enunciado seja constituído de uma única oração, ou de uma única palavra, por assim dizer, de uma única unidade da fala (o que acontece sobretudo na réplica do diálogo), mas não é isso que converterá uma unidade da língua numa unidade da comunicação verbal.

A oração e a palavra como unidades da língua, bem como os recursos linguísticos, são neutros e somente tornam-se expressivos de acordo com a intencionalidade do locutor. E essa intencionalidade ocorre a partir da situação concreta, em que a palavra é escolhida de acordo com essa intenção, e não ao contrário. A palavra não é escolhida porque manifesta uma expressão. Mesmo as palavras “bonito” e “feio” não contêm qualquer juízo de valor até que estejam em uma situação comunicativa concreta. Bakhtin também explica ([1979] 1997, p. 312) que, quando se constrói um discurso, já se tem em mente o todo do enunciado, tanto correspondente ao esquema de um gênero, quanto à intenção comunicativa individual. Isso significa que a expressividade somente aparece quando existe o contato entre a língua e a realidade:

A emoção, o juízo de valor, a expressão são coisas alheias à palavra dentro da língua, e só nascem graças ao processo de sua utilização ativa no enunciado concreto. A significação da palavra, por si só (quando não está relacionada com a realidade), como já dissemos, é extra-emocional. Há palavras que designam especificamente a emoção, o juízo de valor: “alegria”, “aflição”, “belo”, “alegre”, “triste”, etc. Mas essas significações são tão neutras como qualquer outra significação. O colorido expressivo lhes vem unicamente do enunciado, e tal colorido não depende da significação delas considerada isoladamente.

Deve-se ter em mente, que, no mais das vezes, a escolha de uma palavra para compor um enunciado é retirada de outros enunciados próximos daquilo que se está produzindo, e são identificados pela particularidade de um gênero. Para escrever um texto jurídico, por exemplo, buscam-se palavras usualmente empregadas no gênero que se está produzindo. Assim, se se escreve um recurso para ser apreciado pelo tribunal, buscam-se palavras, expressões e enunciados nas obras jurídicas, precedentes, acórdãos, entre outros, que tratem do mesmo tema. Considerando que os gêneros estão em conformidade com uma expressividade típica própria do gênero apresentado, Bakhtin ([1979] 1997, p. 314) explica que existem determinados “pontos de contato típicos entre as significações da palavra e a realidade concreta. Daí se segue que as possibilidades de expressões típicas formam como que uma supraestrutura da palavra.”

A relação que a palavra e sua significação mantêm com o gênero, isto é, com os enunciados típicos, é a expressividade típica do gênero, ou seja, ela não é inerente à palavra como unidade da língua e não entra na composição de sua significação. A organização do vocabulário e seus significados, através da lexicografia, permite que todos os usuários da língua a compreendam e, assim, possam utilizá-la. No entanto, só é possível utilizar as palavras na comunicação verbal ativa de forma individual e delineada pelo contexto, ou seja, expressando um juízo de valor, nos termos do que enuncia Bakhtin ([1979] 1997, p. 314):

Pode-se colocar que a palavra existe para o locutor sob três aspectos: como palavra neutra da língua e que não pertence a ninguém; como palavra do outro pertencente aos outros e que preenche o eco dos enunciados alheios; e, finalmente, como palavra minha, pois, na medida em que uso essa palavra numa determinada situação, com uma intenção discursiva, ela já se impregnou de minha expressividade. Sob estes dois últimos aspectos, a palavra é expressiva, mas esta expressividade, repetimos, não pertence à própria palavra: nasce no ponto de contato entre a palavra e a realidade efetiva, nas circunstâncias de uma situação real, que se atualiza através do enunciado individual. Neste caso, a palavra expressa o juízo de valor de um homem individual (aquele cuja palavra serve de norma: o homem de ação, o escritor, o cientista, o pai, a mãe, o amigo, o mestre, etc.) e apresenta-se como um aglomerado de enunciados.

Acredita-se, dessa forma, que a época e o meio social sempre possuem seus enunciados que dão as diretrizes, as normas da vida aos indivíduos. Para Bakhtin ([1979] 1997, p. 315), os enunciados que dão esse tom são as “obras científicas, literárias, ideológicas, nas quais as pessoas se apoiam e às quais se referem, que são citadas, imitadas, servem de inspiração.” São as tradições respeitadas em determinada época e que se mantêm a salvo e são traduzidas através das palavras, das obras e dos enunciados, entre outros. Quando uma decisão é prolatada, certamente elas estão permeadas por estas normas que estão em constante evolução, justamente por interagirem na comunicação verbal ativa de uma comunidade. Bakhtin ([1979] 1997, p. 315) assim se expressa:

Nossa fala, isto é, nossos enunciados (que incluem as obras literárias), estão repletos de palavras dos outros, caracterizadas, em graus variáveis, pela alteridade ou pela assimilação, caracterizadas, também em graus variáveis, por um emprego consciente e decalcado. As palavras dos outros introduzem sua própria expressividade, seu tom valorativo, que assimilamos, reestruturamos, modificamos.

Essa alteridade e esse dialogismo presentes na fala de Bakhtin, ao conceituar o gênero, são coerentes com o entendimento de pré-compreensão de mundo de Gadamer. É a fusão de horizontes acontecendo na comunicação verbal ativa, ou seja, na interação da língua com as práticas sociais da comunicação. Sendo assim, a compreensão da linguagem em Gadamer também é dialógica. E, sendo o gênero mais ou menos estável, utilizam-se significados de palavras que carregam determinado valor, como diretrizes na realização de

outros enunciados do mesmo gênero. Não são conceitos fechados, mas, sim, entendimentos derivados da tradição e do contexto que são proferidos em uma determinada época.

O processo histórico desenvolvido na interação social, ou seja, na prática, implica uma relação ética entre os sujeitos que origina duas ordens de pesquisa, conforme ensina Reale (2000, p. 223). A primeira é de caráter ético, e a segunda é de caráter epistemológico. Esta última garante “legitimidade objetiva às análises do comportamento humano, estudado à luz de sua significação no seio da convivência, como forma e expressão de *comunicabilidade*.” Além disso, a alteridade traduz-se, na contemporaneidade, como o ser mesmo do homem, ou seja, apresenta uma natureza ôntica¹⁷².

A alteridade faz parte da estrutura do homem precedendo, inclusive, à consciência da igualdade com o seu próximo. Sendo assim, a relação entre os sujeitos, é o objeto central das Ciências Humanas e Sociais, como a Linguística e o Direito. A experiência histórico-cultural, por mais diversa que tenha sido ao longo do tempo, não se desvinculou, jamais, do valor da pessoa humana que é dada por ela mesma, explica Reale (2000, p. 224):

[...] os eventos históricos, por mais conflitantes que possam ser, se contêm dentro do âmbito de legitimação ética que se projeta fundamentalmente do valor-fonte que é o valor da pessoa humana, por ser o homem o único ente que, de maneira originária, tanto é como deve ser: o valor da pessoa humana, com projeção imediata da consciência transcendental, representa, portanto, o pressuposto da conduta ética, e põe-se como ponto de referência para a aferição de todas as formas de experiência cultural.

Por isso mesmo é que as decisões judiciais justificadas não são arbitrárias, ao contrário, elas podem ser consideradas objetivas (considerando a intersubjetividade), uma vez que são produzidas dentro dos limites das normas que, por sua vez, são limitadas pela tradição, pelo contexto e pela época. Dessa forma, mais uma vez esclarece Reale (2000, p. 214-215):

O fato de os critérios interpretativos ou hermenêuticos condicionarem todo ato cognoscitivo não nos autoriza a recusar objetividade à ciência, porquanto tais critérios não são postos arbitrariamente por indivíduos isolados, mas num processo crítico e intersubjetivo no qual o cientista se situa como partícipe de uma “comunidade de pesquisadores e de pesquisa”, a qual por sua vez se integra no processo global da cultura. O que se pode considerar superada é uma objetividade pretensamente fundada em relações fáticas só captáveis como consequência de uma neutralidade que importaria em ser o investigador despojado, não só de sua qualidade de homem, mas do cabedal de modelos teóricos que compõe a sua personalidade de cientista.

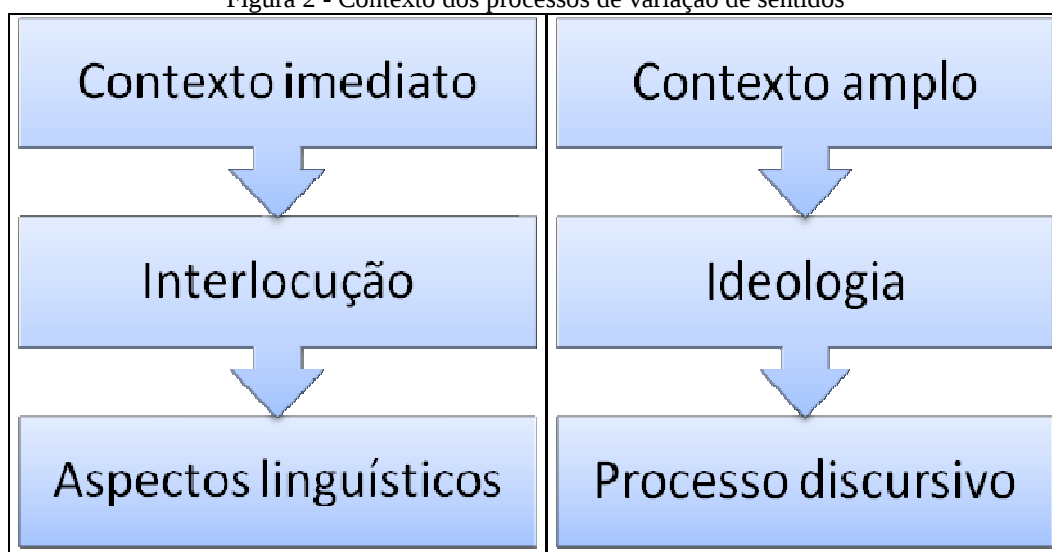
Nunca será demais salientar este ponto: o conceito de objetividade científica está íntima e complementarmente ligado ao de intersubjetividade, enquanto esta se eleva

¹⁷² Inerente ao ser e às suas características.

ao plano de uma intercomunicação que se desdobra como diálogo das gerações, segundo o processo crítico-histórico [...].

Considerando as noções de contexto e da história, as condições de produção que norteiam o significado do discurso possuem dois enfoques, nos termos do que esclarece Sitya (1995, p. 22): (a) o primeiro é no contexto mais imediato e ligado ao momento da interlocução, e (b) o segundo é o contexto mais abrangente que está relacionado com a ideologia. Vistos dessa forma, os processos de variações de sentidos consolidam-se em cada área de pesquisa, e, de acordo com o contexto, remetem-se a uma ou outra forma de construir esse sentido. Sitya ilustra o contexto imediato e o contexto amplo através da imagem a seguir:

Figura 2 - Contexto dos processos de variação de sentidos



Fonte: Sitya (1999, p. 22).

Por meio da Figura 2, a autora assume nesta tese que o dialogismo do enunciado em Bakhtin está relacionado ao contexto amplo do significado de discurso de Sitya. Assim, preleciona Bakhtin ([1979] 1997, p. 317): “Um enunciado concreto é um elo na cadeia da comunicação verbal de uma dada esfera.” E a alternância dos sujeitos falantes é que delimita os enunciados e, por esse motivo, “os enunciados não são indiferentes uns aos outros nem são auto-suficientes; conhecem-se uns aos outros, refletem-se mutuamente.” O caráter dos enunciados é determinado pelos ecos e lembranças de outros enunciados, através de um reflexo recíproco, e relacionados no interior de uma esfera comum da comunicação verbal:

o enunciado deve ser considerado acima de tudo como uma resposta a enunciados anteriores dentro de uma dada esfera (a palavra “resposta” é empregada aqui no sentido lato): refuta-os, confirma-os, completa-os, baseia-se neles, supõe-nos conhecidos e, de um modo ou de outro, conta com eles. Não se pode esquecer que o enunciado ocupa uma posição definida numa dada esfera da comunicação verbal relativa a um dado problema, a uma dada questão, etc. Não podemos determinar nossa posição sem correlacioná-la com outras posições. E por esta razão que o enunciado é repleto de reações-respostas a outros enunciados numa dada esfera da comunicação verbal. (BAKHTIN [1979] 1997, p. 317).

Dessa forma, o dialogismo é considerado nos gêneros discursivos porque as manifestações verbais, ou outras formas de comunicação (sinalizações de trânsito, anúncios, placas de ruas, entre outras), sempre carregam consigo as vozes de outros tempos (passado e futuro). Essas vozes agregam-se, misturam-se e constroem a voz atual que está se manifestando e o dialogismo, então, é considerado a essência cultural dos gêneros discursivos. O discurso é construído através do discurso do outro, pelo já dito, por meio das várias vozes que o compõem e, assim, o dialogismo está em constante movimento, posto que o sujeito é influenciado pelo meio e, quando se manifesta, interfere, deixa sua marca no ambiente em que está inserido.

Há que se entender que o discurso não está constituído de vozes anteriores ao discurso que se está produzindo (no que diz respeito à uma ordem cronológica), uma vez que o sujeito de Bakhtin se forma *na* e *para* a interação verbal. O sujeito de Bakhtin não agrega sujeitos anteriores para se formar, ao contrário, ele surge na interação, é uma questão dialética, e não tem uma sequência de atos para formar o sujeito, por isso é dinâmico, vivo e extralinguístico. O que forma a enunciação, hoje, depende do tempo e do espaço em que se produz essa comunicação linguística. A mesma enunciação ontem, e no ano que vem, constituir-se-á dos elementos daquela época, porque os enunciados emitem juízos de valores.

A formação da enunciação, com base nos ensinamentos de Bakhtin, vai ao encontro do conceito de hermenêutica desenvolvido por Gadamer, segundo o qual quem interpreta o faz, já imbuído de uma *posição prévia*, ou seja, quando se interpreta, não se faz partindo do nada, ao contrário, se parte de uma pré-compreensão. Coaduna, também, com a Teoria da Argumentação de Perelman, para quem a interpretação, através do procedimento argumentativo, leva em conta o processo comunicativo e atua nos problemas levantados pelo manejo de uma linguagem no caso concreto, isto é, naquele tempo, naquele lugar específico e com valores particulares daquela época. Dessa forma, Sitya (1995, p. 24) explica que a argumentação é: “[...] uma atividade estruturante do discurso que propõe certas técnicas -

estratégias que permitem organizar de modo racional as formas de persuasão ou convencimento.”

Os gêneros discursivos são considerados como tendo uma existência cultural, de acordo com Bakhtin, porque não podem ser pensados fora da dimensão espaço-temporal, ou seja, eles são o que são, em determinado tempo e em determinado espaço, estão historicamente situados e têm a função de produzir mensagens mesmo que, aparentemente, não demonstrem isso. Sendo assim, de acordo com Machado ([2005] 2012, p. 152), Bakhtin desenvolveu seus estudos sobre o gênero discursivo considerando, não a classificação das espécies, mas o dialogismo do processo comunicativo.

Devemos considerar que em qualquer situação de fala há uma tensão. Então, essa tensão é inerente ao dialogismo. As falas são constituídas do eu e do outro nessa troca (interação). Essa alteridade, que é a marca constitutiva da linguagem, é também a marca da teoria da enunciação de Bakhtin. Não é só o eu que se enuncia, porque quando ele se enuncia, a enunciação já está marcada por um tu. É mais que uma relação pessoal, é uma relação de discursos. E essa relação considera as crenças, a ideologia (no sentido de valores), entre outras questões, tanto do enunciador como do receptor, que se entrelaçam e produzem o sentido.

A partir dos conceitos de Bakhtin, o dialogismo leva em conta que a linguagem é heterogênea e que o discurso se forma a partir do discurso do outro (interação de vozes). O sujeito de Bakhtin, a partir de sua linguagem, não se constitui apenas de suas intenções, mas do que já foi dito pelo outro e se constrói a partir da interação, da vivência da linguagem, na comunicação. E é dentro das relações dialógicas de um com o outro que o signo é formado, não existindo significados dados. Signo é tudo aquilo que significa, e o significado é formado através da interação dos pontos de vistas, ou seja, das vozes, que estão interagindo no ato da comunicação. Todo o signo é ideológico, porque tudo que é ideológico tem um significado e remete a algo fora de si, ou seja, não pode ser puramente linguístico como no estruturalismo e, sim, se forma também através de agentes externos (fora da língua). Essas palavras carregadas de sentido, quando estão sendo usadas, correspondem aos enunciados.

O fenômeno social de interação comunicacional ocorre através dos enunciados, de acordo com Bakhtin. O significado modifica-se de acordo com as mudanças sociais e, por esse motivo, o significado é dinâmico e depende da interação comunicacional dentro de um tempo-espaço. Os critérios de avaliação ideológicas de um signo são explicitados por Bakhtin (1999, p. 32-33, grifos do autor):

Todo signo está sujeito aos critérios de avaliação ideológica (isto é: se é verdadeiro, falso, correto, justificado, bom, etc.). O domínio do ideológico coincide com o domínio dos signos: são mutuamente correspondentes. Ali onde o signo se encontra, encontra-se também o ideológico. *Tudo o que é ideológico possui um valor semiótico.*

No domínio dos signos, isto é, na esfera ideológica, existem diferenças profundas, pois este domínio é, ao mesmo tempo, o da representação, do símbolo religioso, da fórmula científica e da forma jurídica, etc. Cada campo de criatividade ideológica tem seu próprio modo de orientação para a realidade e refrata a realidade à sua própria maneira. Cada campo dispõe de sua própria função no conjunto da vida social. *É seu caráter semiótico que coloca todos os fenômenos ideológicos sob a mesma definição geral.*

Como o discurso conceituado por Bakhtin é dinâmico, o signo ideológico reflete e refrata uma realidade, interferindo, sendo fiel a essa realidade, distorcendo-a ou apresentando-a de um ponto de vista específico. E esse ponto de vista específico forma-se através das várias vozes, em função da interação social da comunicação. Na mesma linha de entendimento de gênero, como forma de interação social, Bortoluzzi (2010, p. 511-512, tradução nossa) descreve:

[...] os gêneros não podem ser vistos como modelos fixos de textos, mas como formas dinâmicas de veiculação de discurso, que vão ajustar-se às necessidades dos interactantes. Por isso, o estudo dos gêneros discursivos deve levar em conta o funcionamento do gênero no âmbito social e suas relações com os indivíduos que atuam em uma determinada cultura e/ou instituição¹⁷³.

O discurso é sempre inacabado porque ele se realiza a partir dos atos concretos da comunicação e está encadeado com discursos anteriores que fazem parte de sua formação e interage com o discurso futuro, ou seja, o discurso é produzido a partir de outros discursos. Dessa forma, ele não é individual, porque se forma entre dois locutores, no mínimo, que são seres que fazem parte de uma sociedade e seus discursos são impregnados de outras vozes sociais, além de manter relação e interagir, com outros discursos. Por esse motivo, o texto não é isolado, não pode ser pensado em si mesmo. Bazerman (2012, p. 100) vai além e defende que as atividades no tribunal produzem um objeto discursivo que é o julgamento ou veredito. A produção dessa decisão é registrada em vários documentos, ou seja, desenvolvida por meio de muitas atividades discursivas, papéis e gêneros altamente estruturados, que tornam reconhecíveis os eventos típicos de cada etapa do processo judicial e que correspondem ao discurso que ocorre no contexto do tribunal. Os objetos discursivos fornecem um ponto

¹⁷³ No original: “[...] genres cannot be seen as fixed text models, but as dynamic forms to convey speeches that will fit the social actors' needs. Therefore, the study of genres should take into account the operation of genres in social relations with individuals who work in a particular culture and/or institution.”

concreto para a atualização da estrutura social, afirma Bazerman (2012, p. 100, tradução nossa):

[...] tudo o que os indivíduos podem sentir e pensar uns sobre os outros, qualquer que seja a forma que sentem que se relacionam entre eles, as crenças que eles tem sobre hierarquias e obrigações, de qualquer forma que percebam a pressão social e o poder, mesmo com tudo isso existe um enunciado ou uma expressão que pode ser observada, registrada e guardada, o que estabelece uma mediação concreta entre as várias orientações pessoais.¹⁷⁴

O discurso de qualquer natureza não está descontextualizado da vida social, ao contrário, é ela que oferece as condições de sua formação. Por esse motivo, tem como característica sua constante transformação. No contexto social, em função das comunidades, das práticas, dos hábitos, das diferenças sociais, do conhecimento surgem diversos discursos, entre ele o judicial.

O Direito, portanto, pode ser visto como um discurso que tem origem social e que resume uma série de operações sociais anteriores. Toda essa mobilização realizada através do aparato de recursos sociais e humanos para o fortalecimento do Direito em seu quadro textual exige, de acordo com Bittar (2015, p. 22), que o “direito-texto”¹⁷⁵ cumpra uma função social. Por esse motivo, refere Bittar (2015, p. 22), “o direito como código comum de comportamento, que se realiza e se efetiva como prática de linguagem, deve ser visto como uma forma de produção de significação em escala social”. O acórdão, por sua vez, acompanhando o entendimento de Bazerman, pode ser considerado como um objeto discursivo.

4.1.2.3 O gênero discursivo judicial-decisório

O sistema judiciário brasileiro é um ambiente estruturado da sociedade em que a linguagem é a realização de suas práticas. Os diversos integrantes desse sistema se expressam através de textos e, também, de atos que são realizados por meio dos textos. Ao ingressar com uma ação judicial, o pedido da parte é expresso por intermédio de uma petição inicial e, ao responder a esse pedido, a parte demandada apresenta uma defesa, ou seja, um tipo de texto

¹⁷⁴ No original: “Es decir, lo que sea que puedan sentir y pensar los individuos unos sobre otros, cualquiera que sea la forma en que sientan que se relacionan entre ellos, las creencias que sea que tengan acerca de las jerarquías y las obligaciones, de cualquier modo que puedan percibir la presión social y el poder, aún con todo esto existe un enunciado o una expresión que puede observarse, registrarse y guardarse, que establece una mediación concreta entre las diversas orientaciones personales.”

¹⁷⁵ Bittar (2015) utiliza os termos ‘texto’ e ‘discurso’ como sinônimos.

diferente da petição inicial. O depoimento pessoal das partes e o depoimento das testemunhas são registrados no processo, que também é outro tipo de texto. A sentença é um texto que expressa a decisão do juiz da primeira instância, enquanto o acórdão é um texto que explicita a decisão da instância superior, e assim por diante. O raciocínio jurídico está contido e se realiza no domínio discursivo jurídico (discurso jurídico). A natureza do discurso jurídico é argumentativa e persuasiva, pressupondo que se embasam em outras áreas do conhecimento, como a Linguística e a Análise do Discurso, estabelece Sitya (1995, p. 29), por sustentarem teorias no campo da argumentação e da retórica, apresentando-se, assim, esta tese como um trabalho interdisciplinar.

Os principais tipos de atividade linguística no discurso jurídico são apontados por Dascal ([1999] 2006, p. 365): fazer as leis, aplicá-las e descrevê-las. Fazer as leis é tarefa do poder legislativo em todas as suas esferas (municipal, estadual e federal); aplicar as leis é tarefa do juiz; e descrevê-las é tarefa das obras jurídicas. Nos termos do que explica Bortoluzzi, uma das práticas sociais mais importantes nessa área, tanto na perspectiva jurídica como na perspectiva dos indivíduos que compõem a sociedade, é a decisão: “O ato decisório é o clímax de toda a ação jurídica, por vir dele uma sentença que manterá ou modificará a vida de alguém.”¹⁷⁶ (2010, p. 513, tradução nossa). Por estarem os gêneros relacionados a uma determinada atividade sociocultural, através de uma forma relativamente estabilizada, o juiz, ao proferir uma sentença, enuncia um tipo de texto e um tipo de gênero.

A partir do discurso jurídico, é possível identificar quatro principais modalidades de discurso e suas funções, de acordo com a classificação de Bittar (2015, p. 182 - 183):

- (a) **discurso jurídico-normativo:** tem a *função cogente* de comandar condutas, eleger valores preponderantes, recriar/incentivar atividades. Possui a característica modal *poder-fazer-dever*, e corresponde aos textos normativos, às leis, às portarias, aos regulamentos e aos decretos.
- (b) **discurso jurídico-burocrático:** tem a *função ordinatória* de regularização, acompanhamento, ordenação e impulso dos procedimentos. Possui a característica modal *poder-fazer-fazer*, e corresponde às decisões de expediente, ao andamento burocrático-procedimental e ao contraditório dialógico;
- (c) **discurso jurídico-científico:** tem a *função cognitivo-interpretativa* de relacionar as atividades de conhecimento, distinção, classificação, orientação,

¹⁷⁶ No original: “The act of deciding is the climax of any legal action, for it depends on the decision a sentence that affects someone’s life.”

informação, interpretação, explicação, sistematização e crítica aos demais discursos jurídicos. Possui a característica modal *poder-fazer-saber*, e corresponde às lições doutrinárias, aos ensinamentos teóricos, às resenhas, críticas, aos comentários, às formulações e reformulações;

(d) discurso jurídico-decisório: tem a *função decisória* correspondente às atividades aplicativas, conclusivas e concretizadora dos parâmetros normativos. Possui a característica modal *poder-fazer-dever*, e corresponde:

- na esfera administrativa, às decisões de oportunidade, decisões de mérito, de legalidade, de aplicação de multa;
- na esfera judiciária, às sentenças, aos acórdãos e às decisões interlocutórias.

Uma quinta função estritamente ligada à *práxis* jurídica, e que é a base de todas as demais, é identificada por Bittar (2015, p. 182) como sendo a *função persuasiva*. Ela está muito presente no discurso parcial das partes nos procedimentos formais, e corresponde às atividades de convencimento, persuasão, formação de prova, interpelação, exegese, atribuindo para si os resultados positivos da decisão. Em função da divisão do discurso jurídico em quatro modalidades, identifica-se que os acórdãos são gêneros discursivos jurídico-decisórios, com a função de decidir e persuadir, e que dialoga com os demais gêneros discursivos judiciais e com o gênero discursivo, enquanto diretriz geral.

4.1.2.3.1 A atividade de decidir

Quando se fala em atividade, trata-se do agente que age. Então, esse agente enunciador, no horizonte de sua ação, tem uma visão sobre a atividade em que ele está envolvido, o que inclui o auditório. A decisão, portanto, seja ela uma sentença ou um acórdão, é a textualização da ação do juiz ou desembargador de julgar. Nesse julgamento, sempre deve ser considerada a sua imagem como enunciador (julgador), o auditório a que se dirige (partes do processo e a sociedade que é atingida por seu ato) e as informações sobre o evento que estão sendo discutidas (o objeto da ação).

A consciência individual do julgador forma-se a partir da consciência coletiva, a partir da interação verbal, apreendendo-se os signos que são constituídos de ideologia, porque foram assimilados pela consciência coletiva. A consciência individual não se desenvolve sem o material linguístico, que já é constituído de ideologia, então, a consciência individual não pode ser entendida como neutra e independente. As palavras que os indivíduos pronunciam

para se comunicar estão carregadas de conteúdo, de vivências, de sentido ideológico que se formaram a partir da interação social. Ao ser inserida em um contexto de diálogo, a palavra se enche de sentido formado naquele momento e espaço de tempo. Reale (2000, p. 221) explica que as opções valorativas não são o produto de escolhas particulares:

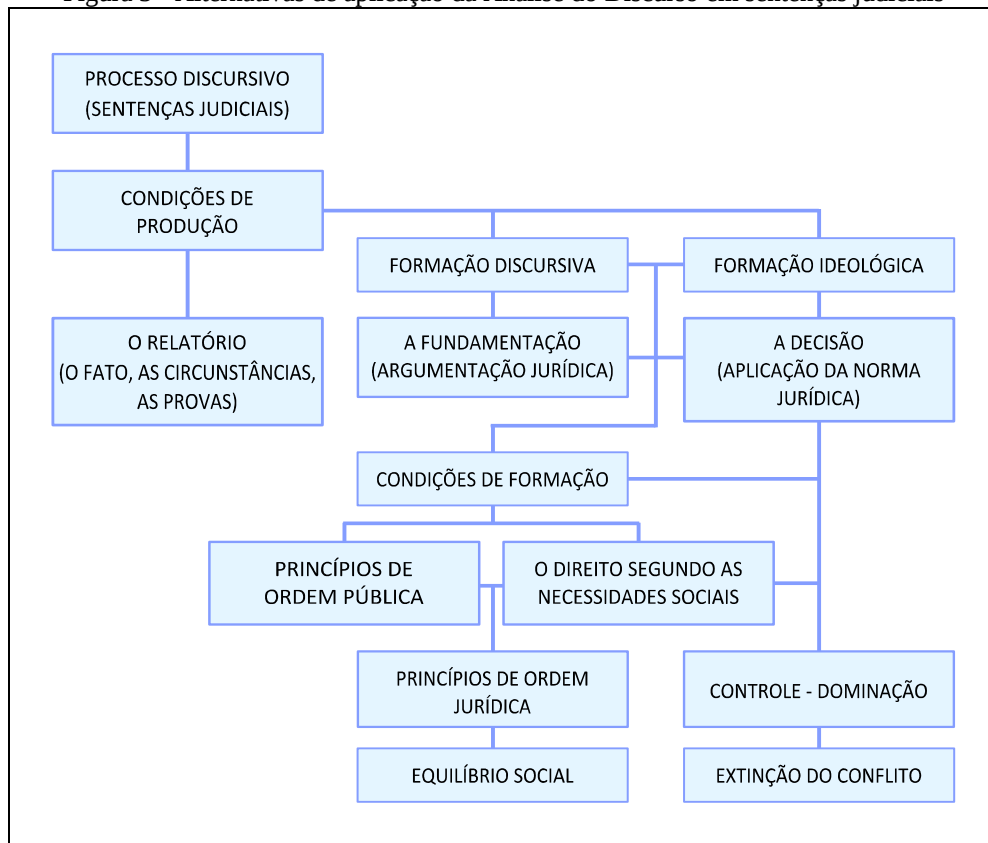
[...] as opções axiológicas jamais são o produto de escolhas singulares, de atitudes subjetivas isoladas, mas antes o resultado de um complexo de interações que se verticalizam na pessoa que sopesa os motivos e decide, ainda que esta possa ter a aparência de estar sendo apenas impelida ou carregada pela força das circunstâncias. É, sob esse prisma, que poderia ter procedência a conhecida ressalva: *coactus voluit, tamen voluit*; “quis coagido, mas quis”. Ainda quando o sujeito da decisão se limita a uma atitude passiva de mera recepção ou ressonância de motivos, é ele o centro do ato praticado, ou para ele convergem os fios que entretecem a sua circunstancialidade.

De uma forma ou de outra, será sempre impossível desvincular o “sujeito ético” - e, com esse termo, abrangemos também o “sujeito político”, ou o “sujeito jurídico” - de sua circunstância, a começar da estrutura de seu ser existencial, como lembra Ortega y Gasset, bem como das circunstâncias externas que marcam o horizonte do modo de ser de sua pessoa no meio social e histórico.

Assim, quando a decisão é proferida, ela já está constituída de uma posição prévia e não é imparcial. Reforçamos esse entendimento de parcialidade com Demo (2013, p. 81), quando este observa que: “Não temos propriamente a consciência que decidimos ter, mas aquela condicionada objetivamente pela realidade política e econômica que nos cerca.” Ou seja, a decisão judicial é realizada dentro de um determinado tempo e espaço, que carrega consigo a evolução de entendimentos nas mais diversas áreas, sejam elas científicas até aquelas relacionadas aos valores. Quando a decisão é proferida, ela não deixa de representar o percurso percorrido pelo julgador em seu tempo jurídico, social e filosófico, até aquele determinado momento. Mas que não representa um termo final, já que sua decisão faz parte do acontecer, ela é e faz parte de um todo que só é entendido a partir dela, e a sentença é a parte que só é entendida a partir do todo.

Partindo do entendimento de que a norma jurídica, através da decisão, está embasada pela formação ideológica do processo discursivo, Sitya (1995, p. 40) apresenta uma alternativa de aplicação da Análise do Discurso em sentenças judiciais, conforme ilustrado na figura a seguir:

Figura 3 - Alternativas de aplicação da Análise do Discurso em sentenças judiciais



Fonte: Sitya (1999, p. 40).

A ideologia norteia a decisão, apresentando os princípios fundamentais do processo discursivo. Sendo assim, o discurso decisório é ideológico porque estabelece os fatores sociais a serem considerados como bases dogmáticas da decisão. Os limites e as finalidades do sistema (metas), que é o bem comum e o interesse público, são determinados pela decisão. Por esse motivo, as várias instâncias da vida judicial devem ser explicitadas para que, quem participa dessas atividades, o faça de forma mais efetiva. É também necessário estudar como a textualização acontece (forma, conteúdo e estilo da linguagem), de forma que as pessoas consigam se engajar no discurso da sociedade, através destes textos, de forma clara, e de acordo com o que se propõe.

Não há o aprofundamento sobre a Análise do Discurso, uma vez que não é objeto da pesquisa. As Figuras 1 e 3, representam o início de uma longa caminhada, que seguiu em várias direções, com diferentes concepções epistemológicas e metodológicas. O Brasil, em específico, muito se identifica com a linha de um dos fundadores, Michel Pêcheux (Análise do Discurso Francesa), mas registra-se, também, a Análise Crítica do Discurso, entre outras. Assim, a formação ideológica apresentada naquelas figuras, representam fases que a análise

do discurso percorreu. Um aprofundamento no tema levará a conhecimento de que, contemporaneamente, entende-se a ideologia acima do processo discursivo.

Nesta tese, reconhecemos o acórdão como um gênero discursivo jurídico-decisório, na modalidade escrita que representa um instrumento de interação social, ou seja, um conjunto de vozes que formam o sentido que esse gênero quer transmitir.

4.1.3 A hermenêutica do discurso jurídico-decisório

A Hermenêutica Filosófica foi escolhida para a observação do discurso, isto é, diz respeito à postura interpretativa adotada nesta tese para estudar o acórdão trabalhista que tenha como conteúdo as decisões sobre o dano moral pela perda de uma chance. A hermenêutica tem o papel de compor quadros contextuais da compreensão. É uma linha metodológica que considera a compreensão como sendo, ao mesmo tempo, uma questão essencial do homem e, também, uma questão histórico-cultural. Demo (2103, p. 73) situa o papel da hermenêutica diante da pesquisa:

Esta [postura hermenêutica] caracteriza-se pelo bom nível da indagação teórica e crítica, mas não se desvincula nunca dos condicionamentos da prática e do contexto das coisas. Distingue forma de conteúdo, fato de valor, meio de fim, mas não perde de vista que na prática real tudo aparece num só contexto. Não há conhecimento ulterior sem conhecimento prévio, sem tradição. Nenhum texto tem em si somente toda sua explicação. As linhas não dizem tudo. As entrelinhas por vezes dizem mais. O sentido do discurso não é uma forma transparente e definitiva, mas também um conjunto de ressonâncias, que precisamos buscar igualmente fora e antes dele.

Com isso, busca-se um sentido mais amplo para os dados tratados, uma vez que a análise foi condicionada a uma perspectiva histórico-cultural, e seu nível de reflexão deve ser crítico, em função da postura adotada nesta tese, de que a interpretação é um modo de ser do ser humano e não um modo de conhecer. A doutrina já escreve sobre o dano moral pela perda de uma chance. A jurisprudência trabalhista, de forma tímida, também trata desse tema. A noção sobre o dano moral pela perda de uma chance no TRT4 construído nesta tese é feita através da Teoria da Argumentação (Nova Retórica) de Perleman, mas tem, como pano de fundo, a Hermenêutica Filosófica de Gadamer. Sem esquecer, dessa forma, que o principal método jurídico de interpretação da Nova Retórica baseia-se no *tópico-retórico*, porque a interpretação parte do lugar comum (opiniões amplamente aceitas) e utiliza os meios de persuasão para promover a adesão das partes aos seus argumentos (teses plausíveis), para encontrar a verdade.

O sentido que se busca neste estudo é aquele considerado dentro de uma prática real de comunicação linguística e de forma a considerar o todo, e não somente fragmentos. As expressões linguísticas nunca são suficientes para o que se pretende comunicar, uma vez que sempre há um significado implícito ou implicado, quando se fala. Esses significados, implícitos ou implicados, explica Dascal ([1999] 2006, p. 644), são abordados pela hermenêutica e subsidiados pelos processos inferenciais, tornando-se presente pelo falar o que não é dito. Só é descoberto, revelado ou conjeturado o significado implícito de um discurso, socorrendo-se, simultaneamente, ao que é linguisticamente expresso e ao contexto.

Deve-se, portanto, compreender o Direito como uma parte do todo social e, assim, consolidar o entendimento de que o sistema jurídico não é um conjunto de textos, mas um conjunto de sentidos. Deve-se questionar qual o sentido mais adequado para a norma naquele momento e lugar que representa os valores da sociedade. Gadamer ([1996] 2003, p. 53) explicita que ajustar o direito que manifesta a lei a um caso concreto significa alcançar a justiça:

Pode acontecer que, devido às características de uma situação concreta, aquele que aplica a lei seja obrigado a atenuar o rigor da lei. Mas atenuar o seu rigor não significa “não aplicar” o direito que exprime a lei, nem permitir um laxismo ilegítimo. Quando se atenua o rigor da lei não se está “renunciando” a ela; ao contrário, sem essa atenuação não existiria verdadeiramente justiça.

A produção de sentido através da Teoria da Argumentação tem a intenção de aproximar a generalidade do direito à sua concretização em um caso particular, mas considerando que se interpreta, porque anteriormente já se compreende o todo. Dessa forma, tendo consciência de que a pré-compreensão proporciona a fusão de horizontes, e incide sobre a própria existência, a interpretação deve ser feita de forma crítica. E por ser crítica, não deve tentar despir-se dos pré-conceitos, mas ser coerente e apresentar o entendimento que mais corresponda aos valores estabelecidos na sociedade, naquele tempo e local.

O ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à responsabilidade civil, é um sistema chamado de *atípico*¹⁷⁷, estabelece Schreiber (2013, p. 102-103), porque “o legislador não indica os interesses cuja violação origina um dano ressarcível, limitando-se a prever uma cláusula geral de ressarcimento pelos danos patrimoniais ou morais.” Tal situação possibilita a busca do sentido de dano moral pela perda de uma chance na forma que se propõe nesta tese.

¹⁷⁷ Como todo esquema classificatório, a distinção entre ordenamento típico e atípico, no que diz respeito à ressarcibilidade do dano, é um tanto quanto simplificado. Ordenamentos usualmente classificados como típicos contêm flexibilidade para reconhecer novos direitos; e nos ordenamentos mais abertos existem certos limites normativos sobre esse tema. (SCHREIBER, 2013, p. 103).

Ademais, Garcia (2003, p. 14) explica, utilizando as ideias de Laski, que a lei “é o produto racional da autoridade” que encerra um processo indutivo de elaboração, que leva um tempo para ser finalizado e, durante o qual, os legisladores se guiam de acordo com suas convicções, considerando que elas se identificam com os interesses da sociedade. Esses interesses são expressos na lei a partir da interpretação que o legislador faz deles, “os quais - convém precisar - nem sempre coincidem com os defendidos pela maioria do povo.”

A sabedoria prática (*Phronesis*) de Aristóteles¹⁷⁸ interessava-se pela busca da felicidade, questionando o que ela é e como se chega a ela. A prudência seria o dispositivo interno que faz alcançar a felicidade, que nada mais é que uma atividade da alma de acordo com a virtude perfeita (excelência da ética). Esse questionamento relaciona-se, diretamente, com outro: a partir de que coisas se produz a felicidade, ou seja, qual sua gênese? Investiga-se como se produz a virtude, ou seja, como os seres se tornam justos, éticos, prudentes. Mas o entendimento do que é felicidade depende de diferentes opiniões, ou seja, de diferentes posturas éticas. Entre outras coisas, Aristóteles defendia que somente se alcançaria a felicidade humana sendo justo com os outros.

Ser justo, então, seria estar na média, ser igual, ter equilíbrio; enquanto ser injusto seria o excessivo ou a falta, a desigualdade, o desequilíbrio. O equilíbrio, por sua vez, é obtido através de uma reflexão prática e por meio de muito esforço. Nos termos do que explica Gadamer, ([1996] 2003, p. 52), “O que é ‘justo’ é totalmente relativo à situação ética em que nos encontramos. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato quais ações são justas e quais não o são: não existem ações justas ‘em si’, independentemente da situação que as reclame.”

Aplicando a filosofia aristotélica de forma contemporânea, defende-se que a decisão judicial deve ser *justa*. E a justiça se faz quando se decide com equidade, ou seja, sem excessos e sem omissões, usando a prudência, ou seja, usando a razão (o *Logos*). E Gadamer ([1996] 2003, p. 48) sinaliza que a preocupação de Aristóteles é saber “qual o exato papel que deve assumir a razão em todo comportamento ético.” Ao interpretar um fenômeno jurídico de forma crítica e consciente de que o julgador tem uma pré-compreensão intrínseca, ele estará sendo prudente, terá condições de justificar suas decisões e, assim, alcançar a justiça. Dessa forma, o agente deve saber decidir-se na ação, esclarece Gadamer ([1996] 2003, p. 49), mas deve, também, conhecer a si próprio e compreender como deve agir, porque isso faz parte da essência do fenômeno ético.

¹⁷⁸ Para se aprofundar no assunto, consultar a obra de Aristóteles *Ética a Nicômaco*, em especial o Livro 6.

De toda forma, a pesquisa apropria-se de uma realidade parcial do conceito estudado, que faz parte de um todo. Além disso, a própria escolha do método contribui para o domínio da realidade parcial, já que pressupõe a seleção de alguns elementos em prejuízo ou omissão de outros e o que, certamente, traz questionamentos sobre a neutralidade da pesquisa.

4.1.4 A interdisciplinaridade do discurso jurídico-decisório

A linguagem é a forma de suprir a necessidade de comunicação entre os indivíduos que vivem em sociedade. Ela é, de acordo com Sitya (1995, p. 15), “o instrumento que o homem usa para estabelecer relações ou comportamentos, interagindo socialmente como forma de ação entre os interlocutores.” Para a autora desta tese, a linguagem não é instrumento, mas a interação social advinda do estabelecimento de relações, e comportamento é linguagem. Por ser a linguagem a própria ação entre os homens, a linguagem, além de comunicar, tem a função de persuadir e convencer, com o objetivo de reforçar ou mudar suas convicções. E, ao falar sobre persuadir e convencer, Sitya (1995, p. 15) manifesta que se entra na seara da argumentação através de subsídios fornecidos pela “Semântica Linguística, pela Análise do Discurso, pela Filosofia da Linguagem, pela Retórica, e por outras fontes de informações que se alojam em campos semânticos outros, inseridos em contextos sociais, históricos e culturais.”

A sistematização das Ciências Sociais, entre elas o Direito, implicou em sua relação explícita com outras Ciências. Essa sistematização, segundo Bono (2000, p. 159-160), teve início no século XIX, e diversos autores, como Von Savigny, Von Ihering, Kantorowicz, Heck, Pound, John Austin, Hans Kelsen, Alf Ross e Jerome Halls ocuparam-se, em maior ou menor intensidade, dos problemas de interpretação do direito nos casos concretos. Eles reconheceram que uma das causas da complexidade do direito era, justamente, ocasionada pela vaguidade ou ambiguidade de conceitos jurídicos que o Direito compartilhava com a linguagem natural. Bono atribui isso ao fato de que esses autores não se deram conta de que a terminologia jurídica e todo o direito, no geral, são usados por todos. Diariamente, todos os indivíduos, conscientes ou não, enfrentam o Direito e, por esse motivo, os científicos não podem pretender ocultar o direito daqueles que são afetados por ele. O Direito, portanto, tem importantes conexões com as disciplinas da Linguística.

No entanto, por ser a linguagem uma forma intencional de ação sobre o mundo, seu estudo não pode se restringir aos campos da morfologia, da fonética e da sintaxe frasal. A ampliação do contexto de estudo da semântica é importante para torná-la relevante. De acordo

com Sitya (1995, p. 17), identificam-se, na Análise do Discurso, teorias da área da semântica e da argumentação, ao fazer alusão ao contexto histórico como fator determinante das significações não literais da linguagem. Já na Linguística Textual, estão inseridos os estudos dos mecanismos das relações conceituais existentes entre enunciados, ou sequência de enunciados. O comportamento social também suscita o interesse nos estudos sobre as práticas linguísticas, em uma perspectiva interdisciplinar. Isso porque estudar a língua como objeto autônomo torna-se difícil a partir do momento em que somente se reconhece a existência dos fenômenos sociais inseridos em um campo de problematização. Por esse motivo, esclarece Fabrício (2006, p. 48), a Linguística Aplicada encontra-se em um momento de revisão de suas bases epistemológicas conduzidas pela compreensão:

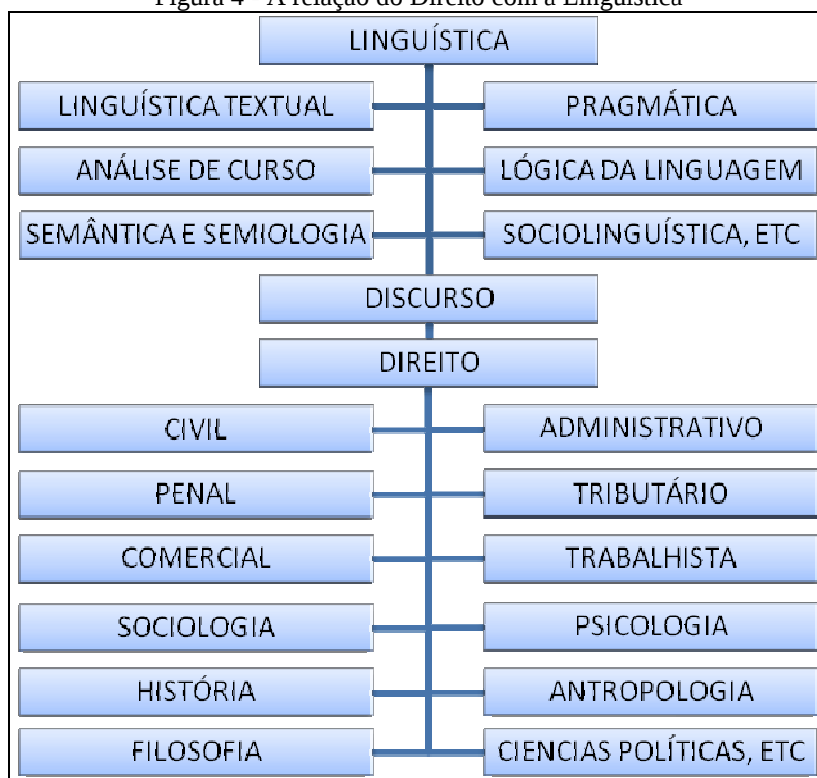
- 1) de que, se a linguagem é uma prática social, ao estudarmos a linguagem estamos estudando a sociedade e a cultura das quais ela é parte constituinte e constitutiva;
- 2) de que nossas práticas discursivas não são neutras, e envolvem escolhas (intencionais ou não) ideológicas e políticas, atravessadas por relações de poder, que provocam diferentes efeitos no mundo social;
- 3) de que há na contemporaneidade uma multiplicidade de sistemas semióticos em jogo no processo de construção de sentidos.

Por abranger a extensão da análise textual para os processos e mecanismos da construção que lhe dão sentido, o título da tese e seu referencial teórico não se limitam a um único “território” que estuda o fenômeno linguístico, mas se inter-relaciona com vários ramos que aqui são nomeados de Ciências da Linguagem. A linguagem, nesta tese, é concebida como um modo de expressar ideias e comportamentos dos sujeitos, em suas mais variadas formas (escrita, verbal, de sinais). Sendo assim, ao considerar que a comunicação se constrói na e pela linguagem produzida no interior da sociedade, conclui-se que as ciências só se desenvolvem por causa e através da linguagem que as viabiliza. Nas palavras de Carneiro (1998, p. 24): “a ciência é um processo cumulativo de linguagens e discursos feitos por meio dela, sendo que toda pesquisa implica em uma triagem fragmentada e discricionária de informações.”

O discurso jurídico-decisório, por sua vez, é um discurso de natureza argumentativa, no qual o sujeito que enuncia tem como objetivo persuadir e convencer seu auditório. A Nova Retórica de Perelman busca estruturar técnicas argumentativas inseridas no universo da linguagem que possibilitem dispor de maneira racional as formas de persuasão ou convencimento, assevera Sitya (1995, p. 25). E, tendo a linguagem a função básica da argumentação, é imperioso examinar a técnica que ela usa para persuadir e convencer. Para fazer a análise dessa técnica de linguagem, Sitya (1995, p. 33) explica: “[...] é necessário

recorrer aos princípios que determinam as condições de produção, estruturação e organização da argumentação e a instância dominante em que articulam essas condições.” Também é importante caracterizar as diversas estruturas argumentativas e a análise dessas estruturas e, para isso, é preciso, então, recorrer à Linguística como um campo de preciosos elementos para o discurso jurídico, e que tem, como consequência, a formação do vínculo entre Linguística, Análise do Discurso e o discurso jurídico. Sitya (1995, p. 31) apresenta essa relação através do esquema que ora se reproduz:

Figura 4 - A relação do Direito com a Linguística



Fonte: Sitya (1999, p. 31).

Um olhar de desconfiança é lançado sempre que nos deparamos com as misturas, os cruzamentos, a diversidade e a metamorfose. E, sob essa ótica, explica Fabrício (2006, p. 62), “a pluralidade de referências costuma nos desconcertar”. No entanto, Fabrício (2006, p. 62) estimula seus leitores a não temerem por uma multiplicidade de construtos manifestos em uma Linguística Aplicada híbrida e inter/transdisciplinar. Esse ‘aconselhamento’ de Fabrício (2006, p. 62) é aceito nesta pesquisa e pode ser aplicado em outras áreas de estudo: “‘Desaprender’ a noção de negatividade atribuída à mestiçagem e apostar na fluidez e nos entre-espacos como um modo privilegiado de construção de conhecimento sobre a vida contemporânea é, assim, um grande desafio.”

4.1.5 Procedimentos para análise do *corpus*

A pesquisa dos acórdãos foi feita diretamente no sítio do TRT4: www.trt4.jus.br. Na tela inicial existe um indicativo para pesquisar os acórdãos identificado como **Jurisprudência**. Ali, existem várias opções de pesquisa: (a) Decisões 2º Grau - Acórdãos, (b) Jurisprudência do TST; (c) Precedentes do TRT da 4ª Região, (d) Revista de Jurisprudência (e) Revista eletrônica e (d) Súmulas do TST.

Selecionando a opção *Decisões 2º Grau - Acórdãos* o pesquisador é remetido para uma tela indicando **Pesquisa de Jurisprudência**. Selecionando a opção *Jurisprudência do TST*, remete-se ao sítio do Tribunal Superior do Trabalho (TST) para a pesquisa de decisões daquela Corte. Selecionando a opção *Precedentes do TRT da 4ª Região*, remete-se ao entendimento uniforme daquele tribunal apresentado através de indicações numéricas como, por exemplo, P01, P02, P03 e assim por diante, informadas pela Secretaria do Tribunal Pleno, do Órgão Especial e da Seção de Dissídios Coletivos. Selecionando a opção *Revista de Jurisprudência*, remete-se à possibilidade de fazer *download* da revista eletrônica do TRT4 que tem como conteúdo as decisões desse tribunal. E por fim, selecionando a opção *Súmulas do TRT*, remete-se às Súmulas da Jurisprudência do TRT da 4ª Região, apresentadas através de indicações numéricas como, por exemplo, Súmula nº 1, Súmula nº 2, Súmula nº 3 e assim por diante, informadas pela Secretaria do Tribunal Pleno, do Órgão Especial e da Seção de Dissídios Coletivos.

A pesquisa desta tese foi feita através da seleção da opção *Decisões 2º Grau - Acórdãos*, justamente onde são disponibilizadas as decisões judiciais, em ordem cronológica de julgamento, de todas as turmas do tribunal. A tela inicial apresenta a possibilidade de preencher os seguintes campos:

Tabela 2 - Formulário de pesquisa

Formulário de Pesquisa	
Todas as palavras	
Quaisquer das palavras	
Sem as palavras	
Trecho exato	
Processo	
Tipo	Acórdãos 

Classe	Todas as classes ▼	
Órgão julgador	Todos os órgãos julgadores ▼	
Fonte	Todas as fontes ▼	
Redatores	Todos os redatores ▼	
Data	21/06/2014	a 21/06/2015

Fonte: www.trt4.jus.br. TRT4, 2015.

No campo “**Todas** as palavras”, digitou-se o termo “perda de uma chance”. Os campos “**Quaisquer** das palavras”, “**Sem** as palavras”, “**Trecho** exato” e “Processos”, não foram preenchidos. No campo “Tipo”, selecionou-se o termo “Acórdão”; em “Classe”, “Todas as classes”, “Órgão julgador”, “Todos os órgãos julgadores”, “Fonte”, “Todas as fontes” e em “Redatores” foi selecionado “Todos os redatores”. No campo “Data”, é possível fazer a consulta em um período de um ano, optando-se, neste caso, pelo período de 21/06/2014 até 21/06/2015. No entanto, o texto escolhido para o ACÓRDÃO 1 foi julgado em **24 de outubro de 2012** porque no conteúdo das decisões que foram encontradas na 1ª Turma sobre a perda de uma chance no período da pesquisa, remetiam-se aquele acórdão com a referência de que a turma já havia se manifestado a respeito do tema no julgamento do processo n. 0000613-19.2011.5.04.0771 (RO) e transcreviam suas razões. Infere-se, portanto, que os fundamentos dessa decisão são considerados um paradigma para os demais julgamentos e, por esse motivo, ela foi escolhida.

No período de tempo escolhido e com o termo “perda de uma chance”, não foram encontrados acórdãos julgando procedente o pedido de indenização pela perda de uma chance em todas as turmas do TRT4. Contudo, quando a pesquisa é feita, antes da relação dos acórdãos, aparece a indicação “**Refine sua pesquisa**”. Nesse ponto, aparecem outras expressões semelhantes que podem remeter ao resultado da pesquisa desejada. No caso da pesquisa com o termo “perda de uma chance”, apareceram ícones com as expressões “indenização perda de uma chance”, “teoria perda de uma chance”, “pagamento indenização perda de uma chance”, “perdas e danos”, “indenização perdas e danos”, “perda de uma chance oportunidade”.

A pesquisa foi feita, inicialmente, com o termo “perda de uma chance” e, depois, com os demais indicativos do refinamento, naquela ordem, e sem modificar o preenchimento dos demais campos.

O resultado dessa pesquisa resultou na seleção dos seguintes acórdãos¹⁷⁹, conforme ilustra a Figura 5:

Figura 5 - Acórdãos selecionados

1ª T = 0000613-19.2011.5.04.0771 (RO)
2ª T = 0000399-36.2014.5.04.0702 (RO)
3ª T = 0000389-13.2013.5.04.0771 (RO)
4ª T = 0000629-52.2012.5.04.0022 (RO)
5ª T = 0020218-03.2014.5.04.0752 (RO)
6ª T = 0001304-15.2012.5.04.0022 (RO)
7ª T = 0000805-55.2013.5.04.0811 (RO)
8ª T = 0001191-42.2013.5.04.0017 (RO)
9ª T = 0020196-64.2014.5.04.0292 (RO)
10ª T = 0020137-76.2014.5.04.0292 (RO)
11ª T = 0000417-11.2013.5.04.0664 (RO)

Fonte: Elaborada pela autora (2015).

A análise dos acórdãos, por sua vez, foi organizada da seguinte forma:

(1º) Os acórdãos estão divididos por sessões e o trecho analisado é destacado e apresentado através de um quadro.

(2º) Cada análise de acórdão recebe um número que corresponde à Turma em que foi julgado: **ANÁLISE 1** - corresponde ao acórdão julgado pela 1ª T. do TRT4. Além do número do acórdão, é indicado o número do processo, a data em que foi julgado, o título que o assunto recebeu no acórdão e a folha onde está localizado no documento.

(3º) Cada trecho segue uma ordem decimal: **(1.1)**, **(1.2)**, e assim por diante. E por fim, cada segmento específico, objeto de análise, recebe uma letra: **(1.1.a)**. Quando se pretende destacar um segmento, ele é sublinhado pela autora.

¹⁷⁹ Ao lado dos números segue-se a indicação de iniciais que representam o tipo de recurso de que trata aquele julgamento: RO - Recurso Ordinário.

(4º) Antes de cada técnica argumentativa, será indicado o tipo de argumento a que se refere através de suas iniciais:

- AQL (argumento quase lógico);
- ABER (argumento baseado na estrutura do real);
- ALFER (argumento de ligação que fundamenta a estrutura do real).

A seguir, um trecho é apresentado para demonstrar a forma de notação da análise:

ACÓRDÃO 1 (1ª TURMA TRT4)

Processo n. 0000613-19.2011.5.04.0771 (RO)

Data julgamento: 24 de outubro de 2012

INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE E PREJUÍZO DE LAZER

(FLS. 19)

ANÁLISE 1

(1.1.a) Na sentença, o Julgador pronunciou-se acerca da matéria, a saber:

Quanto à perda de uma chance, trata-se de espécie de dano material (e não extrapatrimonial), pois corresponde àquilo que o ofendido deixa de ganhar (lucros cessantes). Conforme leciona a doutrina e a jurisprudência, a perda de uma chance indenizável é aquela que tangencia a certeza, com alto grau de probabilidade de acontecimento, não se admitindo a indenização da perda de oportunidades totalmente incertas. De qualquer forma, no caso dos autos, a redução da capacidade de trabalho da reclamante é temporária, conforme destacado alhures, de modo que não subsiste a alegação de que não poderá encontrar novos empregos futuramente.

(1.1.b) A sentença não comporta alteração, porquanto a indenização por perda de uma chance, em conformidade com a doutrina predominante, exige grande probabilidade da configuração da alegada frustração de uma chance, ou seja, muito próxima da certeza de que o evento danoso comprometeu uma possibilidade real de oportunidade.

(1.1.c) Na espécie, o fundamento da pretensão é a possibilidade de não obtenção de um novo emprego, quando cessar a limitação funcional que a autora enfrenta em decorrência da doença ocupacional, bem assim por ter tidas como frustradas as possibilidades de ascensão na própria empresa.

Até aqui, foram expostos os aspectos metodológicos da pesquisa. Os caminhos percorridos foram delineados para justificar os resultados apresentados. A constituição do *corpus* da pesquisa foi mostrado a partir de sua forma e o contexto no qual está inserido, além de tudo, demonstra a forma de notação estabelecida para a análise.

Não houve uma preocupação em quantificar um fenômeno, mas sim, tentar uma aproximação e entender um pouco da interação entre os indivíduos em sociedade. A atividade humana, apesar de ser complexa, mostra certa regularidade, e é a partir daí que se vislumbrou a possibilidade de analisar a linguagem das decisões judiciais. Reconhece-se a interferência do contexto e da ideologia na interação social e que, necessariamente, alcança a pesquisadora e seu olhar sobre o fenômeno e seus resultados. Prossegue-se, pois, fazendo a análise dos acórdãos.

4.2 ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS: UMA LEITURA DO PROCESSO ARGUMENTATIVO

A análise dos acórdãos está organizada em seções. Cada acórdão é uma seção, na qual são feitas as análises de forma individual.

Ao final, há uma parte que reúne as conclusões a partir do conjunto de acórdãos e, também, reportando-se aos demais capítulos na matéria que é oportuna.

Do Capítulo 2, as principais seções que fundamentam as análises são: a seção 2.4.3 e os tópicos de 2.4.3.1 até 2.4.3.9, e também a parte 2.5.

Já do Capítulo 3, as seções que se destacam nas análises são: 3.1.1, 3.2, 3.2.1 e os tópicos de 3.2.1.1 até 3.2.1.4; 3.2.2.3 e o tópico 3.2.2.3.7; 3.3.1 e os tópicos 3.3.1.2, 3.3.1.3, 3.3.1.7, 3.3.1.8 e 3.3.1.10.2; 3.3.2 e os tópicos 3.3.2.1, 3.3.2.1.1 e 3.3.2.1.2; 3.3.2.2, 3.3.2.3; 3.3.3 e o tópico 3.3.3.1 e 3.3.3.1.1; 3.5, 3.6 e 3.7.

4.2.1 ACÓRDÃO 1: Processo n. 0000613-19.2011.5.04.0771 (RO)

Analisa-se o ACÓRDÃO 1 (1ª TURMA TRT4), Processo n. 0000613-19.2011.5.04.0771 (RO), data julgamento: 24 de outubro de 2012, referente a **RECURSO ADESIVO DA RECLAMANTE. MATÉRIA REMANESCENTE INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE E PREJUÍZO DE LAZER (FLS. 19).**

ANÁLISE 1

(1.1.a) Na sentença o Julgador se pronunciou acerca da matéria, a saber:

Quanto à perda de uma chance, trata-se de espécie de dano material (e não extrapatrimonial), pois corresponde àquilo que o ofendido deixa de ganhar (lucros cessantes). Conforme leciona a doutrina e a jurisprudência, a perda de uma chance indenizável é aquela que tangencia a certeza, com alto grau de probabilidade de acontecimento, não se admitindo a indenização da perda de oportunidades totalmente incertas. De qualquer forma, no caso dos autos, a redução da capacidade de trabalho da reclamante é temporária, conforme destacado alhures, de modo que não subsiste a alegação de que não poderá encontrar novos empregos futuramente.

(1.1.b) A sentença não comporta alteração, porquanto a indenização por perda de uma chance, em conformidade com a doutrina predominante, exige grande probabilidade da configuração da alegada frustração de uma chance, ou seja, muito próxima da certeza de que o evento danoso comprometeu uma possibilidade real de oportunidade.

(1.1.c) Na espécie, o fundamento da pretensão é a possibilidade de não obtenção de um novo emprego, quando cessar a limitação funcional que a autora enfrenta em decorrência da doença ocupacional, bem assim por ter tidas como frustradas as possibilidades de ascensão na própria empresa.

Os segmentos **(1.1.a)** e **(1.1.c)** representam um Argumento baseado na estrutura do real (ABER), de ligação de sucessão, por meio do argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo. Retomando, um ABER, de ligação de sucessão, é formulado, conforme a seção 3.3.2, do Capítulo 3, da seguinte forma:

tratam da maneira pela qual se apresentam as opiniões relativas ao real e não sua descrição objetiva. Essas opiniões podem ser tratadas como fatos, verdades ou presunções.

No caso, a base do pedido é a possibilidade de não obtenção de um novo emprego, quando cessar a limitação funcional que a autora enfrenta em decorrência da doença ocupacional, e também por ter tidas como frustradas as possibilidades de ascensão na própria empresa.

O segmento **(1.1.b)** representa um Argumento quase lógico (AQL), por meio de uma identidade completa da definição normativa, porque prescreve o uso do termo ‘perda de uma chance’.

O AQL por meio de identidade completa é formulado, conforme a seção **3.3.1** do Capítulo 3, da seguinte forma: tem *aparência* de demonstração, uma vez que, primeiro, se evidencia o esquema formal que serve de molde à construção do argumento; depois, realizam-se operações de redução (esforço mental para reduzir ao formal) para inserir os dados que os tornam comparáveis.

ANÁLISE 2

(2.1.a) As razões recursais, portanto, limitam-se às alegações de possibilidades de que tal perda de chance ocorra, condição que não autoriza a indenização pretendida a esse título. Esclareço que o temor da reclamante, em relação a essas possibilidades futuras de frustração pessoal, foram contempladas com a majoração do dano moral, que é o que há de concreto nesse momento (apenas o temor).

(2.1.b) Oportuna sobre o tema a lição de Sebastião Geraldo de Oliveira, a saber:

Para que fique caracterizada a perda de uma chance, é imprescindível que o evento danoso tenha impedido uma real probabilidade da vantagem, e não uma simples possibilidade, até para não vulgarizar a figura jurídica. (Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional, 6ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 248).

(2.1.c) Ainda que a possibilidade real e a hipotética possam, nessas circunstâncias, estar muito próximas, não há como se acolher pretensão indenizatória especial, como a presente, fundada em expectativa de evento futuro e incerto. É imprescindível, para tanto, a prova da perda de chance ou oportunidade.

O segmento **(2.1.a)** apresenta um relato parcial e a limitação do pedido de perda de uma chance que será apreciado no recurso (temor da autora em relação a possibilidades

futuras de perda da chance). O segmento **(2.1.b)** representa um AQL por meio de uma identidade completa da definição normativa, porque prescreve o uso de um termo. Esse mesmo segmento **(2.1.b)** representa, também, um ABER, por meio de uma ligação de coexistência através do argumento de autoridade (doutrina).

O segmento **(2.1.c)** representa um esquema argumentativo por meio de um AQL de identidade completa, por apresentar uma definição descritiva que teve um estatuto de fato até não ser contestado.

Sobre a doutrina apresentada **(2.1.b)**, o relator a qualifica (uso do *epíteto*) de ‘oportuna’, destacando sua importância no conjunto da interpretação, para reforçar seus argumentos e a adesão do auditório. Pode-se considerar, também, que, em função de existirem vários autores que tratam sobre o tema, essa denominação é uma forma de garantir a notoriedade da autoridade apresentada.

4.2.2 ACÓRDÃO 2: Processo n. 0000399-36.2014.5.04.0702 (RO)

Analisa-se o ACÓRDÃO 2 (2ª TURMA TRT4), Processo n. 0000399-36.2014.5.04.0702 (RO), data julgamento: 11 de junho de 2015, referente à **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. QUANTUM ARBITRADO (FLS. 4).**

ANÁLISE 1

(2.1.a) Na petição inicial, o autor relatou ter realizado entrevista para a vaga de fiscal de loja na data de 27-08-2012, sendo confirmada sua contratação. Na data de 29-08-2012, realizou exame admissional e lhe foi exigida a abertura de conta para recebimento dos salários. Todavia, após alguns dias, antes de efetivar a contratação, foi informado de que não havia mais interesse em sua contratação, pois possuiria passagem pela polícia.

(2.1.b) A ré não compareceu na audiência, sendo declarada revel e confessa quanto à matéria fática.

(2.1.c) Os documentos às fls. 18-21, demonstram que o autor preencheu cadastro na ré e que o cartão do banco foi emitido no mês de agosto de 2012. Também consta alvará de folha corrida, datado de 22-04-2013, no qual não consta condenação criminal com trânsito em julgado ou pena ativa contra o autor.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Destaque sublinhado no original.

O trecho composto pelos segmentos **(2.1.a)**, **(2.1.b)** e **(2.1.c)** consigna o relato dos fatos que representam os elementos de acordo e, por esse motivo, são apresentados no início do discurso, de acordo com Perelman ([1988], 2005, p. 560). O segmento **(2.1.b)**, especificamente, trata de um fato ocorrido no curso do processo: a empresa ré não compareceu à audiência e teve, como consequência, a sua declaração de revelia e confissão quanto à matéria de fato¹⁸¹. A revelia representa a ausência do réu na audiência em que foi devidamente notificado a comparecer e em que poderia, entre outras providências, apresentar sua defesa. A confissão quanto à matéria de fato representa a ausência de depoimento do réu. Assim, os fatos constitutivos do direito alegado pelo autor transformam-se em meios de prova através da confissão.

Ainda, o segmento **(2.1.b)** representa um Argumento baseado na estrutura do real (ABER), de ligação de sucessão, por meio de um argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo. A ausência da ré em audiência tem efeitos estabelecidos na lei.

ANÁLISE 2

(2.2.a) A fase pré-contratual do pacto laboral é dirigida pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, devendo ser observado o princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 422 do Código Civil e aplicável a todas as relações jurídicas:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

(2.2.b) No mesmo sentido, estabelece o art. 427 do mesmo diploma legal: “*a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso*”.

(2.2.c) No caso dos autos, a atitude da ré caracteriza ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, insculpido no art. 422 do Código Civil supracitado, tendo em vista o início dos procedimentos para a contratação efetiva do autor na vaga de fiscal de loja. A frustração da expectativa quanto ao cargo a ser assumido permite concluir, pela configuração de ofensa à honra subjetiva do autor, resguardada no art. 5º, XIII, da Constituição da República.

¹⁸¹ Previsto no art. 844, da CLT: “[...] o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato. Parágrafo único - Ocorrendo, entretanto, motivo relevante, poderá o presidente suspender o julgamento, designando nova audiência.”

(2.2.d) Por conseguinte, o fato da promessa de contratação não ter sido efetivada pela ré frustrou as expectativas do autor, que, inequivocamente, sofreu danos de ordem moral, passíveis de indenização.

(2.2.e) Nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo; e o art. 187 do mesmo diploma dispõe que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

A relação de trabalho é representada através de um contrato. Esse contrato possui três fases: a pré-contratual, a contratual e a pós-contratual. Nos segmentos **(2.2.a)** e **(2.2.b)**, o relator do processo descreve quais são as bases que devem nortear a fase pré-contratual de um contrato de trabalho. Sua argumentação inicia pela norma vigente (lei e princípios), que representa um ABER, de ligação de sucessão, por meio de um argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo. As partes que realizam um contrato devem ter uma postura de probidade e boa-fé, que será regido pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

Os segmentos **(2.2.c)** e **(2.2.d)** referem que o fato de não se ter efetivada a contratação frustrou as expectativas do autor, explicitando que foram violadas as normas indicadas nos segmentos **(2.2.a)** e **(2.2.b)**. Essa violação atingiu um bem protegido juridicamente, conforme descrevem os artigos referidos no segmento **(2.2.e)**, representando, assim, um Argumento quase lógico (AQL), por meio de identidade completa em função de ser uma definição normativa que prescreve o uso de um termo.

O segmento **(2.2.e)** também representa um ABER, de ligação de sucessão, por meio do argumento pragmático porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo.

(continua)

ANÁLISE 3

(2.3.a) Sobre o tema, cita-se a doutrina de José Affonso Dallegrave Neto ("in" RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO, Ed. LTR, 3ª edição, páginas 107 e 108):

(...) A indenização decorrente da quebra das tratativas é integral (restitutio in integrum - art. 944 do CCB), porém não atende ao interesse

do suposto contrato positivo e válido, vez que não se trata de indenizar o valor total do prejuízo oriundo das sucessivas prestações havidas caso a execução do contrato fosse ultimada. Ao contrário, a reparação do dano pré-contratual atende ao chamado interesse negativo, o que vale dizer: as despesas e prejuízos relativos à frustração da formação do contrato. Importante trazer a distinção entre interesse positivo e negativo feita por Hans Albrecht Fischer:

"Quem pede a indenização do interesse contratual positivo não desiste do negócio jurídico válido, pois reclama, pelo contrário, a sua execução, ainda que em vez do cumprimento efetivo, que se tornou impossível ou perdeu todo o interesse por ele, exija outro objecto, subsidiário da prestação principal: o pedido tem a sua base no contrato ou negócio jurídico válido e perfeito. Por interesse contratual negativo entende-se, ao invés, aquele que se deixa invocar, para efeitos de indemnização, a quem confiou na validade dum negócio que no fim das contas vem a ser nulo, quer em consequência de vício original quer por causas posteriores.

Como se vê, por interesse contratual positivo, abrangem-se todas as consequências da ineficácia de um contrato supostamente válido, havendo interesse na própria execução do contrato. Já o interesse contratual negativo atinge apenas o prejuízo traduzido no que a parte perdeu ou deixou de ganhar em face da negociação encetada e posteriormente frustrada pela parte adversa; geralmente são as despesas que sofreu para se credenciar à negociação ou em razão do tempo que gastou (dano emergente), abrangendo também as oportunidades imediatas que deixaram de se concretizar (lucro cessante) em face da frustrada quebra ou vício contratual da parte contrária.

(...)

Registre-se que no campo contratual há um dever determinado e aceito pelas partes e a quebra do contrato implica, por si só, na culpa presumida em virtude do inadimplemento (culpa in contrahendo), máxime quando uma delas procede de forma a convencer a outra da seriedade das tratativas. Nesse caso, observa Caio Mário da Silva Pereira, a parte leva o ex-adverso a adotar medidas tendentes à contratação, efetuando despesas, assumindo compromissos com terceiros, agindo, em suma, "no propósito aparente que vai ser firmado o contrato, e, não obstante tudo isto, retira-se injustificadamente das negociações, causando um dano à outra parte. O agente deve, então, responder por perdas e danos em face de seu proceder culposos." [...].

Para reforçar a fundamentação legal, no segmento **(2.3.a)**, o relator usou um ABER de ligação de sucessão, por meio de um argumento de autoridade, ao indicar a doutrina de um autor reconhecido.

(continua)

ANÁLISE 4

(2.4.a) Em casos análogos, este Tribunal tem julgado no mesmo sentido:

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL E POR DANO MATERIAL. Demonstrada a existência de clara promessa de emprego por parte da reclamada, em razão da participação do autor de processo seletivo prévio e de exame admissional, cuja contratação restou frustrada pela conduta ilícita praticada pela reclamada, em afronta ao princípio da boa-fé objetiva que norteia também a fase pré-contratual, à luz do artigo 422 do Código Civil, e em claro prejuízo ao reclamante que, em razão disso, pediu demissão de outro emprego. (TRT da 4ª Região, 9a. Turma, 000032189.2011.5.04.0009 RO, em 30/08/2012, Juiz Convocado João Batista de Matos Danda - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda, Desembargador André Reverbel Fernandes)

OBRIGAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL. PROCESSO SELETIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMO VENDEDOR. No caso, a situação fática que embasa a condenação ao pagamento de indenização por dano moral relaciona-se com o não cumprimento, por parte da ré, de promessa de contratação do autor após a realização de processo seletivo para a vaga de vendedor e da efetiva de prestação de serviços em favor da reclamada. O caso envolve, assim, alegado desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva durante as tratativas da contratação do autor. Recurso do reclamante parcialmente provido. (TRT da 4ª Região, 8a. Turma, 0000579-22.2011.5.04.0261 RO, em 14/03/2013, Desembargador Francisco Rossal de Araújo Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Juraci Galvão Júnior, Juíza Convocada Angela Rosi Almeida Chapper)

PROMESSA DE CONTRATAÇÃO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DANOS MORAIS. A prova nos autos confirma que a Reclamante já havia realizado o exame médico admissional, entregue a documentação requerida e, diante do depoimento do Preposto da Reclamada, verifica-se que a contratação já era certa, sendo frustrada por culpa exclusiva da Ré. Havendo prejuízo à Reclamante, que aguardou por 08 meses o chamado da Reclamada, incontroverso que nasce daí o direito à indenização pelas lesões causadas, sejam de ordem material ou a direito de personalidade, nos moldes fixados na sentença de origem. (TRT da 4ª Região, 3a. Turma, 000049122.2011.5.04.0022 RO, em 11/07/2012, Desembargador Luiz Alberto de Vargas - Relator. Participaram do julgamento:

Desembargador Carlos Alberto Robinson, Desembargador Cláudio Antônio Cassou Barbosa) Portanto, impõe-se a manutenção da condenação ao pagamento de indenização por dano moral, inclusive, com relação ao valor de R\$3.00,00 (três mil reais) arbitrado na origem, por ser proporcional ao dano moral sofrido.

Esse segmento é constituído de decisões de outras turmas do TRT4 apresentado através de uma interação de argumentos **(2.4.a)**: demonstra uma identidade de categoria dos objetos e, portanto, a regra de justiça permite utilizar decisões anteriores (Perelman fala do precedente) como o AQL, fundado no princípio da isonomia. Trata-se de um ABER de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (jurisprudência) e, também, de um Argumento de ligação que fundamenta a estrutura do real (ALFER), por meio do recurso ao caso particular através do exemplo.

O ALFER é formulado, conforme a seção **3.3.3** do Capítulo 3, da seguinte forma e elaborados a partir de dois recursos: (a) pelo caso particular e (b) pelo raciocínio por analogia.

(continua)

ANÁLISE 5

(2.5.a) No que tange à indenização por danos materiais, entende-se que o autor faz jus à indenização, na medida em que é incontroverso o dano decorrente da perda da oportunidade de ter um emprego e, conseqüentemente, de ter um salário, sendo plenamente possível identificar um dano independentemente de seu resultado final, ou seja, o dano se configura pela perda de uma chance futura de obter as vantagens desejadas, e não pelo prejuízo efetivo, sendo certa a imputação da ré por ato ilícito enquadrável como abuso do direito diretivo (art. 187 do CC), pois nem sequer existente o antecedente criminal invocado para não perfectibilizar a admissão do autor.

(2.5.b) Neste sentido, os seguintes julgados do TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANOS MATERIAIS. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE. 1. No caso dos autos, o e. Colegiado de origem consignou que - o trabalhador portuário avulso, pelo princípio da isonomia e em conformidade à Lei 9719/98 - que prevê o sistema de rodízio e assegura que 'não haja preterição do trabalhador regularmente registrado' (arts. 5º e 7º, caput), tem direito a se qualificar e a concorrer às fainas de célula em altura e chefia/fiscalização. E assim sendo, o autor, por ter sido indevidamente obstado de se especializar e de exercer suas atividades nessas fainas, tem direito à indenização pela perda de uma chance -. 2 . A hipótese gira em torno do dever de indenizar pela chance perdida, que, na doutrina de José Affonso Dallegrave Neto, citando Patrice Jourdain, vem à tona - quando a vítima se vê frustrada por ato de terceiro, em uma expectativa séria e provável, no sentido de obter uma vantagem ou de evitar uma perda que ameaça - (Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 4ª Ed., 2010, p. 226). **Não se cogita da**

reparação da vantagem que a parte deixou de auferir, mas, sim, do prejuízo originado da subtração da chance de obtê-la pelas vias normais. Assim, não se trata de indenizar por um dano futuro, mas pela perda da própria chance de obter o benefício almejado . 3 . Ao deferir a indenização pleiteada, o e. TRT não violou os artigos 5º, V , 7º, XXVI , e 8º, da Carta Magna; 22, 25 e 29 da Lei 8630/93 e 8º da Lei 9.719/1998. VALOR DA INDENIZAÇÃO. O Tribunal Regional não se manifestou acerca da questão relativa ao quantum indenizatório, atraindo a aplicação da Súmula 297/TST no particular, face à ausência do necessário prequestionamento. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST - AIRR: 7299720115090411 729-97.2011.5.09.0411, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 21/08/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/08/2013). (conclusão)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INFORMAÇÕES NEGATIVAS SOBRE O EX-EMPREGADO. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. A hipótese é de acórdão que confirma a responsabilidade do exempregador por ato lesivo à boa fama do trabalhador. O fato consistiu em gerente ter prestado informações negativas sobre o ex-empregado, que deixou de ser contratado após ser aprovado em entrevista de emprego. Com apoio na prova testemunhal, conclui o acórdão pela configuração do ato ilícito do exempregador, deferindo indenização por danos morais de R\$ 5.000,00 e materiais de R\$ 9.000,00. Nesse quadro, incide o dever de indenizar pela perda de uma chance, decorrente da frustração de uma expectativa séria e provável. Destarte, o ato que subtrai da vítima o direito de buscar uma chance de êxito pode resultar em dano emergente, lucro cessante e/ou dano moral. No caso dos autos, intangível o cenário fático descrito pelo acórdão (Súmula nº 126/TST), o deferimento dos danos morais e materiais ajusta-se à teoria da responsabilidade civil por ato ilícito do ex-empregador. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 1475820135030132, Relator: Arnaldo Boson Paes, Data de Julgamento: 19/11/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/11/2014).

O segmento **(2.5.a)** representa um ABER, de ligação de sucessão, por meio do argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo. O relator reconhece que o dano decorrente da perda de uma oportunidade causou danos materiais passíveis de indenização. Trata-se, também, de um AQL de identidade completa, por meio de uma definição normativa, porque prescreve o uso de um termo.

O segmento **(2.5.b)** representa um ABER, de ligação de sucessão, por meio do argumento de autoridade (jurisprudência do TST). Interage com a identidade de categoria dos objetos e, portanto, a regra de justiça permite utilizar decisões anteriores, como AQL, fundadas no princípio da isonomia.

(continua)

ANÁLISE 6

(2.6.a) Em relação ao *quantum*, entende-se por justo e razoável arbitrar o valor correspondente a três remunerações, equivalente ao período do contrato de experiência, pois, a partir daí, não se pode presumir que o autor ultrapassaria a fase de prova. Por tal razão, o autor não faz jus ao pagamento das verbas decorrentes da despedida injusta postuladas na inicial. Dessa forma, condeno a ré no pagamento de indenização equivalente a três meses de remuneração de fiscal de loja.

(2.6.b) Por outro lado, no tocante ao valor arbitrado na origem, a título de indenização por danos morais, de R\$2.000,00, considerando a extensão dos danos sofridos pelo autor, a capacidade econômica do ofensor, o grau de culpa da ré, que não tomou qualquer providência corretiva posterior à ilicitude, tal como o oferecimento de nova vaga, e o caráter pedagógico e punitivo que o quantum indenizatório deve cumprir na espécie, entendo razoável e proporcional majorar o montante para R\$3.000,00.

No segmento **(2.6.a)**, a justificativa para determinar o valor da indenização está alicerçado sob o que é justo e geralmente aceito dentro dos preceitos da comunidade em que o julgador está inserido. Ele pretende apresentar um critério de quantificação aceitável pelo auditório (partes e sociedade).

O segmento **(2.6.b)** representa um lugar jurídico que justifica quais os padrões (critérios), utilizados para estabelecer o valor da indenização.

4.2.3 ACÓRDÃO 3: Processo n. 0000389-13.2013.5.04.0771 (RO)

Analisa-se o ACÓRDÃO 3 (3ª TURMA TRT4), Processo n. 0000389-13.2013.5.04.0771 (RO), data julgamento: 07 de outubro de 2014, referente à **INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE (FLS. 27)**.

(continua)

ANÁLISE 1

(3.1.a) Na sentença, foi indeferido o pedido em questão, tendo o Juízo referido, à fl. 511:

"No caso em exame, a autora não provou que 'perdeu alguma chance' real em razão específica do agravamento que a atividade na empresa gerou na

síndrome do túnel do carpo. A alegação de que deixou de ter ascensão profissional ou novas chances no mercado de trabalho é por demais vaga (hipotética), não sendo apta a gerar reparação específica. Cabe aqui invocar a norma do art. 949 do CCB, ao dispor que 'no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido'. (...) Portanto, não se pode presumir que a doença ocupacional agravada pelas condições de trabalho na primeira reclamada implicou automaticamente na 'perda de uma chance'. Na verdade, a reclamante está acometida de outra doença degenerativa (espondilite anquilosante) e que gera diversos reflexos, inclusive dificultando a verificação da real causa e do tratamento (doença) síndrome do túnel do carpo. Esta situação restou definida no laudo pericial, bem como no atestado da fl. 12, trazido aos autos com a petição inicial".

O trecho composto pelo segmento **(3.1.a)** consigna o relato dos fatos através da reprodução de uma parte da decisão de Primeiro Grau. Representa os elementos de acordo e, por esse motivo, são apresentados no início do discurso.

ANÁLISE 2

(3.2.a) Segundo princípio da responsabilidade civil, tendo por base o art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todo aquele que causar dano a outrem fica obrigado a reparar os prejuízos, definidos como danos emergentes e lucros cessantes.

Assim, se em razão de um ato ilícito e injusto praticado por outrem alguém fica privado da oportunidade de obter determinada vantagem ou, então, de evitar um prejuízo, advém a indenização pela perda de uma chance ou oportunidade.

(3.2.b) Observa-se que o sentido jurídico de chance ou oportunidade é a probabilidade de alguém obter um lucro ou evitar um prejuízo. Para que se reconheça a efetiva perda de uma chance, necessária é a certeza da probabilidade. Ou seja, não se pode confundir uma mera e hipotética probabilidade com uma séria e real oportunidade.

Os segmentos **(3.2.a)** e **(3.2.b)** representam um Argumento baseado na estrutura do real (ABER), de ligação de sucessão, por meio do argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo. O relator reconhece que determinadas ações podem configurar um ilícito possível de se indenizar. Interação com o

Argumento quase lógico (AQL), de identidade completa, por meio de uma definição normativa, porque prescreve o uso de um termo.

(continua)

ANÁLISE 3

(3.3.a) Com efeito, no caso concreto, o fato de ter a reclamante apresentado doença em decorrência do trabalho, não evidencia qualquer efetiva perda de chance de alguma outra oportunidade de emprego.

(conclusão)

(3.3.b) Considerando que a autora não comprova a alegada chance de um resultado provável, no sentido jurídico da teoria da responsabilidade civil, que tenha sido obstada por ato ilícito da reclamada, não há falar em indenização pela perda de uma chance.

Mantém-se a sentença.

O segmento **(3.3.a)** é um recurso utilizado para minimizar a força do argumento do adversário que, no caso, não é adversário, mas a parte que alegou a perda da chance em decorrência da doença ocupacional. Nesse caso, destaca-se o caráter genérico do argumento que somente poderá ser comprovado a partir do caso concreto.

Os segmentos **(3.3.a)** e **(3.3.b)** representam um ABER, de ligação de sucessão, por meio do argumento pragmático porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo. O relator reconhece que o autor não comprovou a efetiva perda de chance de obter um novo emprego.

4.2.4 ACÓRDÃO 4: Processo n. 0000629-52.2012.5.04.0022 (RO)

Analisa-se o ACÓRDÃO 4 (4ª TURMA TRT4), Processo n. 0000629-52.2012.5.04.0022 (RO), data julgamento: 30 de abril de 2015, referente à **INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE - PLANO DE APOIO À APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO POR PREJUÍZOS PRESENTES E FUTUROS. INDENIZAÇÃO PELO TRABALHO PRESTADO (FLS. 4).**

ANÁLISE 1

(4.1.a) O Magistrado de origem julga improcedente "*os pedidos a título de*

indenização por prejuízos presentes e futuros, assim como de indenização pelo trabalho prestado no período posterior a janeiro de 2011, e ainda, de indenização no valor de 5 remunerações, que seriam pagas caso aceito o Plano de Apoio à Aposentadoria". Assevera que o acesso ao benefício da complementação de aposentadoria não foi obstaculizado pelas reclamadas, assim como "o fato de ter sido fornecida informação pela segunda reclamada dando conta de que os valores a serem pagos eram inferiores aos que pretendia não é suficiente para justificar a existência de prejuízos, pois a reclamante, advogada da empresa e plenamente conhecedora de seus direitos, poderia tomar outras medidas judiciais para assegurá-los" (fl. 701-verso).

Sem razão.

O segmento **(4.1.a)** representa um Argumento quase lógico (AQL) do ridículo, por meio da figura da ironia. Ser advogada da empresa ré e argumentar a falta de informações que gerou o “desconhecimento de seus direitos” implica em oposição ao razoável. Possível em todas as situações argumentativas. (PERELMAN, [1988], 2005, p. 234-236). Relaciona-se, também, com a essência da pessoa e a realidade em que se insere e, nesse caso, faz uma alusão de quanto a pessoa está afastada de sua realidade, ao alegar desconhecimento de uma norma, sendo advogada e empregada da reclamada. **(seção 3.3.2.5).**

ANÁLISE 2

(4.2.a) De outra parte, entende-se que no caso não estão configurados todos os requisitos necessários para responsabilização civil pela perda de uma chance. Acerca do instituto, relevante transcrever os ensinamentos de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Os danos ocorridos pela perda de uma chance podem ser indenizados, desde que oriundos de ato ilícito (CC 186 e 187). O prejudicado deve demonstrar em que consistiu a perda da chance para que seja demonstrado o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano. A perda da chance pode ensejar a composição dos danos, quer se trate de responsabilidade contratual, quer de extracontratual (Código civil comentado, 10º ed., p. 937).

O segmento **(4.2.a)** é constituído da doutrina de dois autores, através de uma interação de argumentos que apresenta uma identidade de categoria dos objetos e, portanto, a regra de justiça permite utilizar decisões anteriores como o AQL, fundadas no princípio da isonomia. É um Argumento baseado na estrutura do real (ABER), de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (jurisprudência) e, também, um Argumento de ligação que

fundamenta a estrutura do real (ALFER), por meio do recurso ao caso particular, através do exemplo.

Sobre a doutrina apresentada **(4.2.a)**, o relator a qualifica (uso do *epíteto*) de 'relevante', destacando sua importância no conjunto da interpretação para reforçar seus argumentos e a adesão do auditório. Pode-se considerar, também, que, em função de existirem vários autores que tratam sobre o tema, essa denominação é uma forma de garantir a notoriedade da autoridade apresentada.

(continua)

ANÁLISE 3

(4.3.a) Na CI SURSE/SUAPE 046/2010, o Conselho Diretor da Caixa Econômica Federal aprovou a abertura do prazo de adesão dos empregados ao Plano de Apoio à Aposentadoria - PAA, no período de 01 a 30.12.2010. Conforme se depreende do documento, a participação no plano é voluntária e ocorre mediante livre adesão do empregado, preenchidos os requisitos do item 4 da comunicação interna. O item 6.1 da CI estabelece, ainda, que o empregado deveria manifestar interesse por meio do aplicativo no endereço eletrônico www.vipes.mz.caixa, onde se encontram disponíveis os formulários necessários para a formalização da adesão ao plano.

A segunda ré, FUNCEF, em consulta formulada pela reclamante, apresenta simulação do benefício de aposentadoria com base no regulamento do REG/REPLAN. Estabelece o item 21.2 do Regulamento dos Planos de Benefícios: "Para todo e qualquer acréscimo de remuneração, com implicação no salário de contribuição do associado, decorrente de acesso, opção por jornada de trabalho ou mudança na estrutura ou nos valores do Plano de Cargos e Salários da Instituidora-Patrocinadora, não será automaticamente concedida suplementação de benefício abrangendo o referido acréscimo antes de proceder à respectiva avaliação atuarial que poderá fixar, especificamente, contribuição ou prazo de carência para a concessão da correspondente suplementação de benefício" (grifa-se, fl. 129).

(4.3.b) No caso em exame, não é possível imputar qualquer responsabilidade à CEF em decorrência da não adesão da autora ao Plano de Apoio à Aposentadoria - PAA, tendo em vista que não comprovada a adoção por esta de qualquer conduta antijurídica. A adesão ao PAA é ato potestativo do empregado. Não há qualquer prova de que a empregadora tenha obstaculizado transação que importa na rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado ao plano de demissão voluntária (Programa de Apoio à Aposentadoria - PAA).

(4.3.c) Ainda, verifica-se nos documentos de fls. 292/300, como referido pela primeira reclamada em defesa, que o programa de apoio à aposentadoria foi aberto novamente em junho de 2012. Entretanto, não se verifica nos autos qualquer manifestação de interesse da demandante em aderir-lo.

(4.3.d) No caso em análise, como visto acima, não há prova nos autos de que as reclamadas tenham obstaculizado o acesso da autora ao Plano de Apoio à

Aposentadoria, ônus que a ela incumbia, nos termos dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Tampouco comprova de que deste fato advieram prejuízos.

(4.3.e) Note-se que transtornos e dissabores fazem parte do cotidiano, não tendo o condão de causar sofrimento, vexame ou humilhação, os quais, sim, são hábeis a ensejar a reparação de danos morais, sob pena de ocorrer uma banalização deste instituto. É o que assevera Sérgio Cavalieri Filho:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. (Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p 80)

Assim, não comprovada a ilicitude na conduta rés, não há falar em direito à indenização por danos morais.

O segmento **(4.3.a)** representa os fatos admitidos por todos: existe um documento que abre prazo para a adesão dos empregados ao plano de aposentadoria e indica os critérios a serem respeitados para operacionalizar a dita adesão; a reclamante faz uma consulta e uma das rés apresenta uma simulação do plano.

Os segmentos **(4.3.b)**, **(4.3.c)** e **(4.3.d)** representam um ABER, de ligação de sucessão, por meio do argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo: não há ligação entre a conduta das rés e as consequências alegadas pelo autor.

O segmento **(4.3.e)** é um ABER de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (doutrina).

4.2.5 ACÓRDÃO 5: Processo n. 0020218-03.2014.5.04.0752 (RO)

Analisa-se o ACÓRDÃO 5 (5ª TURMA TRT4), Processo n. 0020218-03.2014.5.04.0752 (RO), data do julgamento: 14 de maio de 2015, referente à **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROMESSA DE**

CONTRATAÇÃO. FASE PRÉ-CONTRATUAL QUEBRA DE LEGÍTIMA EXPECTATIVA. BOA FÉ OBJETIVA (FLS. 2).

ANÁLISE 1

(5.1.a) Napetição inicial, o autor noticiou ter sido admitido pela empresa AGG Serviços Ltda., antiga empregadora, em 14-3-2013, tendo trabalhado até 25-11-2013, quando pediu demissão, tendo em vista a proposta de emprego da empresa ré. Relatou que, de acordo com a Carta Oferta colacionada aos autos, em 22-11-2013, a ré confirmou a oferta de trabalho apresentada para a afim de que a admissão acontecesse em 02-12-2013, para o cargo de Assistente de Almoxarifado. Em virtude dessa confirmação, em 25-11-2013, solicitou desligamento de seu emprego. Sustentou ter realizado todos os procedimentos para admissão e que, sem nenhuma motivação, a ré informou que não seria mais contratada. Por tais razões, postulou a condenação da ré ao pagamento de indenizações por dano moral e material.

(5.1.b) O direito à reparação por dano moral e material está disciplinado no artigo 186 do Código Civil de 2002:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(5.1.c) Ainda, de acordo com o art. 927 do Código Civil de 2002,

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Os segmentos **(5.1.a)**, **(5.1.b)** e **(5.1.c)** representam um Argumento baseado na estrutura do real (ABER), de ligação de sucessão, por meio do argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo: quem comete um ato ilícito tem a obrigação de repará-lo.

(continua)

ANÁLISE 2

(5.2.a) O dano moral consiste em lesão a direito personalíssimo sofrido por uma parte em razão de ato, ou omissão ilícita, praticado por outrem.

(5.2.b) Os incisos V e X do artigo 5º da Constituição da República asseguram a todo e qualquer cidadão o direito à reparação dos danos morais porventura sofridos, assim entendidos aqueles relativos à esfera da personalidade do sujeito, mais especificamente os decorrentes de ofensa à sua honra, imagem e/ou intimidade.

(5.2.c) Trata-se de decorrência natural do princípio geral do respeito à dignidade da pessoa humana, erigido a fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República). (conclusão)

O segmento **(5.2.a)** explicita o que é o dano moral, representando, assim, um Argumento quase lógico (AQL), por meio de identidade completa, em função de ser uma definição normativa que prescreve o uso de um termo, nesse caso, o ‘dano moral’. Além disso, representam um ABER, de ligação de sucessão, por meio do argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo; quem comete um ilícito, seja de ação ou omissão, provoca uma lesão de cunho não patrimonial.

O segmento **(5.2.b)** representa um ABER, de ligação de sucessão, por meio do argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo: quem comete um ato ilícito tem a obrigação de repará-lo.

O segmento **(5.2.c)** indica uma norma vigente (lei e princípios), que representa um ABER, de ligação de sucessão, por meio de um argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo. Deve-se respeitar a dignidade da pessoa humana, caso contrário, terá consequências (punições), as quais se baseiam na máxima alemã de que “quem cometeu uma falta deve arcar com suas consequências”.

(continua)

ANÁLISE 3

(5.3.a) Com efeito, conforme leciona Maria Helena Diniz, apud Instituições Civis no Direito do Trabalho, Alexandre Agra Belmonte, 3ª Edição, Renovar, p. 445:

Além da diminuição ou destruição de um bem jurídico moral ou patrimonial são requisitos da indenização do dano: a efetividade ou a certeza do dano (que não poderá ser hipotético ou conjectural), a causalidade (relação entre a falta e o prejuízo causado), a subsistência

do dano no momento da reclamação do lesado (se já reparado o prejuízo é insubsistente), a legitimidade e a ausência de causas excludentes de responsabilidade. (grifei). É, pois, de ser considerado ato lesivo à moral todo aquele que afete o indivíduo para a vida profissional, de forma a insultar, de forma leviana, a imagem profissional do empregado, impedindo sua ocupação profissional no mercado.

(5.3.b) Além do mais, caracteriza-se o dano moral, consoante ensinamentos de Antônio Chaves *in* Tratado de Direito Civil V. IV. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, p. 607 - *apud* Síntese Trabalhista - n. 136 (outubro/2000) - Editora Síntese - pág. 117, como sendo: (conclusão)

A dor resultante da lesão de um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial. Seja a dor física, nascida de uma lesão material, seja a dor moral, de causa material.

(5.3.c) Portanto, para a procedência de ação, visando à reparação de dano moral, é imprescindível que reste demonstrada não só a existência do dano, como, também, a relação de causalidade entre ele e a conduta praticada por aquele que se pretende responsabilizar.

Esse trecho, composto pelos segmentos **(5.3.a)**, **(5.3.b)** e **(5.3.c)**, é constituído pela doutrina de dois autores, apresentando-se, através de uma interação de argumentos, uma identidade de categoria dos objetos e, portanto, a regra de justiça permite utilizar decisões anteriores, como o AQL, fundadas no princípio da isonomia. É um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (doutrina) e, também, um Argumento de ligação que fundamenta a estrutura do real (ALFER), por meio do recurso ao caso particular através do exemplo.

(continua)

ANÁLISE 4

(5.4.a) De outra parte, a indenização pela perda de uma chance surgiu, inicialmente, no direito francês (la perte d'une chance) e, segundo SANSEVERINO, "*o precedente mais antigo, no direito francês, foi o caso apreciado pela Corte de Cassação, em 17 de julho de 1889, que aceitou indenizar uma parte demandante pela perda provocada pela conduta negligente de um oficial ministerial que impediu o prosseguimento do procedimento e, conseqüentemente, a possibilidade de ganhar o processo.*" (o.c., p. 166)

(5.4.b) No Brasil, a teoria da perda de uma chance foi aplicada, pela primeira vez, pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdãos da

lavra do Ministro aposentado do STJ, na época Desembargador, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, cujas ementas seguem:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORREÇÃO DE MIOPIA, RESULTANDO NEVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA, APESAR DE NÃO SE TRATAR, NO CASO, DE OBRIGAÇÃO DE RESULTADO E DE INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE. (Apelação Cível Nº 589069996, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ^(conclusão) Julgado em 12/06/1990).

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. AGE COM NEGLIGÊNCIA O MANDATÁRIO QUE SABE DO EXTRAVIO DOS AUTOS DO PROCESSO JUDICIAL E NÃO COMUNICA O FATO À SUA CLIENTE NEM TRATA DE RESTAURÁ-LOS, DEVENDO INDENIZAR A MANDANTE PELA PERDA DA CHANCE. (Apelação Cível Nº 591064837, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29/08/1991).

(5.4.c) Por fim, quanto à evolução da possibilidade de se postular a perda de uma chance no sistema jurídico pátrio, não posso olvidar de mencionar a decisão prolatada pelo STJ no REsp 788.459-BA, da lavra do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, referente à ação indenizatória promovida por Ana Lúcia de Freitas Matos em desfavor da BF Utilidades, pela frustração da chance de ver-se ganhadora do prêmio de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) oferecido aos participantes do programa Show do Milhão, transmitido pelo SBT, cuja ementa abaixo transcrevo:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (REsp 788459/BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 334)

Esse trecho, composto pelos segmentos (5.5.a), (5.5.b) e (5.5.c), é constituído pela doutrina e pela jurisprudência, apresentando-se, através de uma interação de argumentos, uma identidade de categoria dos objetos e, portanto, a regra de justiça permite utilizar decisões

anteriores, como o AQL, fundadas no princípio da isonomia. É um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (doutrina e jurisprudência) e, também, um ALFER, por meio do recurso ao caso particular, através do exemplo.

Sobre a jurisprudência apresentada **(5.4.b)**, o relator a qualifica (uso do *epíteto*) o desembargador autor das decisões de ‘Ministro aposentado do STJ’, destacando sua importância para reforçar seus argumentos e a adesão do auditório.

ANÁLISE 6

(5.6.a) Assim, não há dúvida quanto à possibilidade jurídica da pretensão de indenização por perda de uma chance no direito brasileiro, com esteio nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil Brasileiro, inclusive, nas relações de trabalho, afinal, nos termos do artigo 8º, parágrafo único da CLT: *"O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste"*. Nesse diapasão, vários são os julgados deste Tribunal aplicando à teoria princípios fundamentais da perda de uma chance nas hipóteses em que fica caracterizada a responsabilidade pré-contratual da empresa diante de promessa frustrada de emprego:

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL. Demonstrada a existência de clara promessa de emprego por parte da reclamada, em razão da participação do autor de processo seletivo prévio e de exame admissional, cuja contratação restou frustrada pela conduta ilícita praticada pela reclamada, em afronta ao princípio da boa-fé objetiva que norteia também a fase pré-contratual, à luz do artigo 422 do Código Civil, e em claro prejuízo ao reclamante, resta devida a indenização pleiteada pelo autor. (TRT da 4ª Região, 9ª Turma, 0000729-59.2011.5.04.0016 RO, em 25/10/2012, Juiz Convocado João Batista de Matos Danda - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Carmen Gonzalez, Desembargador André Reverbel Fernandes)

INDENIZAÇÕES POR DANOS MATERIAIS E MORAL. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. A instituição de critérios e de fases atinentes a processo seletivo de trabalhador, inclusive quanto à verificação da aptidão física do candidato para a função a ser desempenhada, está inserida no poder de gestão do empregador. Caso dos autos em que o conjunto probatório indica, todavia, ter a reclamada adotado condutas imprudentes, conferindo ao reclamante a certeza da sua contratação, a qual, uma vez frustrada, resultou em inegáveis prejuízos de ordem material e moral ao trabalhador. Recurso do reclamante provido no aspecto para condenar a reclamada ao pagamento das indenizações respectivas. (TRT da 04ª Região, 7ª TURMA, 0000805-55.2013.5.04.0811 RO, em 06/11/2014, Desembargador Wilson Carvalho Dias - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador

Emílio Papaléo Zin, Juiz Convocado Manuel Cid Jardon).

Esse trecho, composto pelo segmento **(5.6.a)**, é constituído pela jurisprudência, apresentando-se, através de uma interação de argumentos, uma identidade de categoria dos objetos e, portanto, a regra de justiça permite utilizar decisões anteriores, como o AQL, fundadas no princípio da isonomia. É um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (jurisprudência) e também, um ALFER, por meio do recurso ao caso particular, através do exemplo.

(continua)

ANÁLISE 7

(5.7.a) Entenda-se por perda de uma chance a obrigação de indenizar que surge a partir da frustração de uma expectativa real da vítima em obter um proveito ou uma posição mais vantajosa em sua vida, ou seja, é a obstaculização da chance de obter um ganho provável, gerando prejuízo àquele pela perda da oportunidade. Assim, o sentido jurídico de *chance* "é a probabilidade de alguém obter um lucro ou de evitar um prejuízo." (MELO, p. 354), por isso a doutrina é uníssona no conceito de perda de uma chance:

"A perda de uma chance, denominada no direito francês la pert d'une chance e na família da common law chamada de loss-of-a-chance, corresponde à reparação devida ao lesado pela frustração de uma probabilidade em decorrência de um fato imputável ao agente responsável. Em outras palavras, o evento danoso acarreta para alguém a perda de uma chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda."
(SANSEVERINO, P. 166)

"Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante." (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed. São Paulo : Atlas. 2007, p. 75)

"[...] Mas qual a consequência jurídica quando o ato ilícito impede um provável ganho ou vantagem, deixando a vítima frustrada, com a quase certeza de ter sido prejudicada? O evento danoso não causou um prejuízo concreto, mas impediu a chance de obter um ganho provável, Exatamente para essa situação é que foi desenvolvida a teoria da indenização pela perda de uma chance." (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. 7ª ed., São Paulo : LTr, 2013, p. 260)

"quando se fala em chance, estamos perante situações em que está em curso

um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir e obter no futuro algo benéfico. Quando se fala em perdas de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato anti-jurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso, em que houve a interrupção de um processo vantajoso que estava em curso, poderemos falar em frustração da chance de obter vantagem futura, ^(conclusão) no segundo, em que não houve a interrupção de um processo danoso em curso, falar-se-á em frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido (e em que, portanto, temos um dano presente)." (NORONHA, Fernando. Revista de Direito Privado. N.º 23, julho-setembro de 2005. Editora Revista dos Tribunais. Pág. 28.)

(5.7.b) A partir dos conceitos acima colacionados, extrai-se a ilação de que não basta, para caracterizar a perda de uma chance, a mera possibilidade de ganho; é preciso que haja concreta e real probabilidade de concretização do ganho ou posição mais vantajosa futura, tendo tal requisito constado do Enunciado n. 443 aprovado pela V Jornada de Direito Civil da Justiça Federal nos seguintes termos:

(443) Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos."

(http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2288)

Esse trecho, composto pelos segmentos **(5.7.a)** e **(5.7.b)**, é constituído pela doutrina, apresentando-se, através de uma interação de argumentos, uma identidade de categoria dos objetos e, portanto, a regra de justiça permite utilizar decisões anteriores, como o AQL, fundadas no princípio da isonomia. É um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (doutrina) e, também, um ALFER, por meio do recurso ao caso particular, através do exemplo.

Sobre a doutrina apresentada **(5.7.a)**, o relator a qualifica (uso do *epíteto*) de “uníssona”, destacando sua importância no conjunto da interpretação para reforçar seus argumentos e a adesão do auditório. Pode-se considerar, também, que em função de existirem vários autores que tratam sobre o tema, essa denominação é uma forma de garantir a notoriedade da autoridade apresentada.

ANÁLISE 8

(5.8.a) Portanto, a perda de uma chance só estará caracterizada se a oportunidade perdida representar uma real probabilidade de vantagem, uma certeza de probabilidade, como ministra Paulo de Tarso Sanseverino:

"Situa-se nesse ponto a característica essencial da perda de uma chance (ou seja, a certeza da probabilidade. A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cujas privação caracteriza um dano pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício possível. Fica claro, assim, que 'o perdido, o frustrado, na realidade, é a chance e não o benefício esperado como tal'. Por isso, na perda de uma chance, há também prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício por força do evento danoso. Repara-se a chance perdida, e não o dano final."
(o.c.,p. 167)

(5.8.b) Logo, o que é indenizado é a chance que restou perdida, e não os possíveis ganhos perdidos, sendo a mensuração do dano realizada através de um juízo de probabilidade¹⁸².

Esse trecho, composto pelos segmentos **(5.8.a)** e **(5.8.b)**, é constituído pela doutrina, apresentando-se, através de uma interação de argumentos, uma identidade de categoria dos objetos e, portanto, a regra de justiça permite utilizar decisões anteriores, como o AQL, fundadas no princípio da isonomia. É um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (doutrina) e, também, um ALFER, por meio do recurso ao caso particular, através do exemplo.

ANÁLISE 9

(5.9.a) No caso dos autos, resta demonstrado que o demandante era empregado da empresa AGG Serviços Ambientais Ltda., desde 14-3-2013, tendo pedido demissão em 25-11-2013 (CTPS, ID 2512469, p. 6). Está evidenciado também que o pedido de demissão desse emprego ocorreu em face da proposta de emprego garantida e formulada pela ré (carta oferta ID 2512507), na qual foi confirmada a oferta de trabalho apresentada para o autor, tendo sido consignada inclusive a data de admissão - 02-12-2013, para o cargo de Assistente de Almoxarifado, sendo o local

¹⁸² Destaque sublinhado no original.

de trabalho a Estação Avançada do Cliente RGE, em Santa Rosa/RS.

(5.9.b) Outrossim, está devidamente provado que o autor empreendeu procedimentos correspondentes à conquista do emprego, inclusive com a realização de exame admissional.

(5.9.c) Nesta seara, os elementos probatórios contidos nos autos ensejam a interpretação de que a atuação da ré provocou a expectativa pelo autor de sua contratação, estando configurado, portanto, o dano pela promessa frustrada (sic) de emprego.

(5.9.d) Assim, a conduta adotada pela ré, que levou o autor a uma legítima expectativa, viola evidentemente o princípio da boa-fé objetiva, que deve orientar os contratantes na execução do contrato de trabalho, impondo-se a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, conforme bem deferidos na sentença.

(5.9.e) Sinala-se que a possibilidade de contratar ou não um funcionário se insere no do "*jus variandi*" empregador, porém o seu exercício não pode extrapolar o poder de comando, ultrapassando um limite razoável de observância do seu dever de atuar com boa-fé. Quando isso ocorre, há a configuração do abuso de direito, previsto no artigo 187 do Código Civil [*"Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"*].

(5.9.f) Está, pois, evidente a lesão à autoestima do autor, como consequência direta do procedimento abusivo da ré na seleção de empregados. Destarte, tem-se que a atitude da ré em exigir providências evidentemente preparatórias à contratação, inclusive com realização de exame admissional que atesta a aptidão do candidato, deixando-o na expectativa de ser contratado, sem, contudo, efetivar a contratação, viola a obrigação relativa à boa-fé objetiva, em face da frustração da legítima expectativa do trabalhador. De modo que o autor faz jus ao pagamento de indenização pelo abalo moral sofrido, porquanto ensejou sentimento de valorização pessoal e profissional para, em seguida, desvalorizá-lo nestes aspectos.

Os segmentos **(5.9.a)** e **(5.9.b)** consignam o relato dos fatos que representam os elementos de acordo e, por esse motivo, são apresentados no início do discurso.

Os segmentos **(5.9.c)** e **(5.9.d)** representam um ABER, da espécie argumento pragmático, porque relacionam o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo: a ação dos réus causou um dano ao autor.

O segmento **(5.9.e)** representa um ABER, da espécie argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo. A consequência legal de violar um direito e causar dano a outrem é o dever de indenizar. A lei traz um efeito

benéfico à vítima, que é a reparação de seu dano. Baseia-se nas máximas alemãs “a confiança merece proteção (boa-fé)” e “a chicana é proibida (abuso do direito)”.

4.2.6 ACÓRDÃO 6: Processo n. 0001304-15.2012.5.04.0022 (RO)

Analisa-se o ACÓRDÃO 6 (6ª TURMA TRT4), Processo n. 0001304-15.2012.5.04.0022 (RO), data do julgamento: 06 de agosto de 2014, referente a **INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E DANOS MATERIAIS (FLS. 3)**.

ANÁLISE 1

(6.1.a) Na inicial, o reclamante conta que foi despedido da reclamada sem justa causa em 23.09.2011, mas a anotação da extinção do vínculo só foi registrada pela reclamada 106 dias depois, em 09.01.2012, sem que houvesse justificativa para o retardo na baixa do contrato. Alega que em virtude da demora da reclamada, restou-se impossibilitado o levantamento dos depósitos do FGTS, bem como o ingresso em outra empresa para prestar serviços, já que estava na iminência de ser contratado por outrem. Postula a condenação da reclamada ao pagamento de danos morais e materiais.

(6.1.b) A reclamada, em defesa, suscita fato modificativo do direito do reclamante. Confirma os fatos alegados na inicial, no tocante à anotação a destempo da extinção do vínculo de emprego na CTPS do obreiro, contudo esclarece que tal fato ocorreu em virtude das greves do sindicato da categoria profissional do reclamante, o qual se negou a homologar a rescisão do contrato, o que impossibilitou a anotação da CTPS pela reclamada. Destaca que foi agendada a homologação para o dia 04.10.2011, mas o sindicato se recusou a homologar a rescisão e exigiu o pagamento de um salário por atraso na homologação, conforme previsto nas normas coletivas. Menciona ter apazado para 31.10.2011, junto à Delegacia Regional do Trabalho, a homologação da extinção do vínculo, oportunidade na qual o reclamante não compareceu. Nega culpa que lhe seja imputável. Sobreleva a falta de atualidade da insurgência do autor.

(6.1.c) De fato, a omissão na anotação da baixa do contrato de trabalho na CTPS de qualquer trabalhador é ato ilícito que merece reparação, seja na esfera extrapatrimonial, seja na hipótese de perda da chance de contratação, uma vez que é documento obrigatório para a regular formalização do contrato de trabalho.

(6.1.d) Porém, para ensejar a responsabilização civil, é necessário que seus pressupostos estejam demonstrados, quais sejam, o ato ilícito, o dano e o nexo causal. Embora o dano possa se revelar *in re ipsa*, ao menos a prova do ato ilícito é necessária.

Os segmentos **(6.1.a)** e **(6.1.b)** consignam o relato dos fatos que representam os elementos de acordo.

Os segmentos **(6.1.c)** e **(6.1.d)** representam um argumento baseado na estrutura do real (ABER), da espécie argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo. A consequência legal de violar um direito e causar dano a outrem é o dever de indenizar. A lei traz um efeito benéfico à vítima, que é a reparação de seu dano. O segmento **(6.1.d)** representa um lugar jurídico que justifica quais os padrões (critérios) que devem ser utilizados para configurar a responsabilidade civil.

(continua)

ANÁLISE 2

(6.2.a) A testemunha ouvida a convite da reclamada, por meio de carta precatória cumprida em São Paulo, Fernando Antônio Cicelini, declarou (fl. 100camim):

“que trabalha na reclamada desde 1997; exerce a função de analista de RH da área de desligamento e homologação, atividade centralizada nesta capital [...] o setor do depoente providencia os cálculos e todos os trâmites administrativos relacionados à ruptura do contrato, enviando a documentação relacionada a esses trâmites para o local em que o empregado atuava, pois nessa localidade é que se dará a homologação; [...] o depoente constatou que as verbas rescisórias foram creditadas no dia 28 de setembro¹⁸³ e o gestor do autor entrou em contato com o Sindicato de Porto Alegre para agendar a homologação no dia 03 de outubro [...] nessas mensagens eletrônicas trocadas com o gestor do reclamante, o depoente também constatou que o agendamento perante o sindicato só foi possível para o dia 04 de outubro¹⁸⁴, uma terça-feira, mediante pagamento antecipado de um salário a título de multa, pois é prática do sindicato daquela localidade esse tipo de exigência depois de passados os dez dias, ainda que o décimo dia recaia num domingo; [...] o gestor do reclamante então conseguiu agendar a homologação na DRT para aproximadamente 20 dias depois; o gestor do reclamante então comunicou ao depoente que, mesmo comparecendo na DRT para a homologação, o reclamante se ausentou [...] não existe a orientação do

¹⁸³ Destaque sublinhado no original.

¹⁸⁴ Destaque sublinhado no original.

departamento pessoal vedando a anotação da CTPS, antes da homologação, no caso de ruptura contratual; a CTPS do reclamante não veio para são Paulo para anotação [...]". (grifei)¹⁸⁵

(6.2.b) Por sua vez, é o depoimento do autor (fl. 108):

"que recebeu a notícia que seria demitido em setembro de 2011; que a sua CTPS foi dado baixa em fevereiro de 2012; confirma que o último dia que trabalhou é o que consta no TRCT de fl. 13; que acredita que não existiu uma greve dos bancários logo após a sua demissão; que não compareceu até a Delegacia Regional do Trabalho para receber a sua rescisão; que foi várias vezes ao sindicato para homologar a rescisão, porém, por motivos diversos, isso não acontecia; que se recorda que tinha alguma coisa errada com a reclamada que não conseguia finalizar a homologação da rescisão; que entende que não havia dificuldade em marcar data com sindicato, pois compareceu em três oportunidades para homologar a rescisão e não obteve êxito [...]".

Os segmentos (6.2.a) e (6.2.b) consignam os fatos relatados por uma testemunha e pelo depoimento do autor e representam os elementos de acordo.

ANÁLISE 3

(6.3.a) Sobre a perda da chance do reclamante de ser contratado por outra empresa, é o testemunho de Roger da Rocha Figueira, ouvido a convite do autor (fl. 108):

"que trabalha desde 2009 no grupo OTM, exercendo cargo de gerente de negócios e comercial; que a empresa que o depoente trabalha tinha a intenção de desmembrar o cargo que o depoente exerce hoje em gerente de negócios e gerente comercial; que o diretor da empresa encaminhou o nome do reclamante para preencher uma dessas gerências e ser entrevistado pelo depoente; que isso foi por volta do final de 2011;¹⁸⁶ que o depoente entrevistou o reclamante e viu que ele tinha os requisitos para ser contratado; que passou o nome do reclamante para a sua diretoria, mas também informou que o reclamante estava com uma pendência, pois não tinha sido dado baixa na sua CTPS; que na entrevista o reclamante informou que já estava desligado do banco; que o pessoal da diretoria informou que não tinha como contratar o reclamante sem a assinatura em sua CTPS;¹⁸⁷ que, posteriormente, o reclamante não foi contratado pela empresa que o depoente trabalha; que outros candidatos também foram entrevistados para ocupar o cargo

¹⁸⁵ Destaque sublinhado no original.

¹⁸⁶ Destaque sublinhado no original.

¹⁸⁷ Destaque sublinhado no original.

que seria criado; que não encontraram o perfil que satisfizesse a empresa; que depois de alguns dias mudaram a estratégia e decidiram, ao invés de criar dois cargos de gerência, criar dois cargos de hierarquia inferior de coordenadores; que até hoje a empresa funciona com esses cargos [...]”.

(6.3.b) Resta incontroverso nos autos que a extinção do contrato de trabalho do reclamante ocorreu em 23.09.2011, mas a anotação da baixa na CTPS ocorreu somente em 09 de janeiro de 2012, quando da homologação da rescisão do contrato de trabalho (TRCT - fls. 13-14).

Os segmentos **(6.3.a)** e **(6.3.b)** também consignam os fatos relatados por uma testemunha e pelo depoimento do autor e representam os elementos de acordo.

ANÁLISE 4

(6.4.a) Não prospera o argumento da reclamada que imputa a responsabilidade pelo retardamento da anotação da CTPS do autor. Conforme se afere do depoimento da testemunha ouvida por precatória, "o depoente também constatou que o agendamento perante o sindicato só foi possível para o dia 04 de outubro",¹⁸⁸ ou seja, resta evidenciado nos autos que a reclamada, a despeito de ocorrida ou não greve do sindicato profissional dos bancários, agendou com o sindicato da categoria representante do autor o dia 04.10.2011 para homologação da rescisão do contrato de trabalho do reclamante e respectiva anotação da CTPS. Todavia, como a própria reclamada alega em contestação, o sindicato efetuou cobrança de multa, alicerçado nas normas coletivas da categoria, pelo atraso na submissão da homologação da rescisão. Destarte, possível concluir que a reclamada não efetuou a homologação e anotação da baixa na CTPS do reclamante para evitar o pagamento da multa exigida pelo sindicato, a qual, inclusive, somente foi paga em 22.11.2011 (fl. 60).

(6.4.b) Na mesma linha de raciocínio, a afirmação da reclamada, em defesa, acerca do agendamento da homologação da rescisão do contrato para o dia 04.10.2011, junto ao Sindicato representante da categoria profissional do autor, refuta o fato modificativo suscitado, já que denota que, na hipótese de se admitir estar em greve o sindicato da categoria profissional- em que pese ausente prova nos autos neste sentido -, não restou impossibilitado ao empregador o acesso e homologação da rescisão perante o Sindicato Profissional.

Nos segmentos **(6.4.a)** e **(6.4.b)**, utilizam-se os argumentos próprios da causa elencados pela empresa reclamada para tirar-lhes a força e apresentar uma conclusão diferente. Trata-se de uma refutação.

¹⁸⁸ Destaque sublinhado no original.

ANÁLISE 5

(6.5.a) Não visualizo, destarte, fato imputável à terceiro, mas unicamente à reclamada, a qual, intempestivamente levou à homologação a extinção do contrato e procedeu à anotação da baixa na CTPS do autor. Ainda que as parcelas rescisórias tenham sido tempestivamente adimplidas (fl. 59, pagamento efetuado em 28.09.2011), o reclamante não foi assistido por sindicato de sua categoria, a fim de aferir a correta contraprestação das verbas devidas pela empregadora. Outrossim, o pagamento das verbas rescisórias, por si só, não têm o condão de afastar os danos suportados pelo reclamante pela omissão da empregadora no registro da extinção do vínculo na CTPS, fato que lhe causou danos à esfera patrimonial e pessoal, inclusive, a perda da chance de nova contratação profissional e reingresso no mercado de trabalho do reclamante, conforme revelou a prova testemunhal. ^(conclusão)

(6.5.b) Ademais, ressalto que não vejo conduta imputável ao reclamante a dar causa no atraso para anotação de baixa de sua CTPS. Não obstante a administração situada em São Paulo fosse a responsável pelo cálculo das parcelas rescisórias e dos trâmites administrativos referente ao término do vínculo, como assegura a testemunha ouvida por carta precatória, o mesmo depoente informa que a CTPS do reclamante não foi remetida São Paulo, mas que a localidade responsável pela homologação é aquela onde os serviços são prestados, além de assegurar que "[...] não existe a orientação do departamento pessoal vedando a anotação da CTPS, antes da homologação, no caso de ruptura contratual".¹⁸⁹

Os segmentos **(6.5.a)** e **(6.5.b)** representam um ABER, da espécie argumento pragmático, porque relacionam o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo: a homologação e extinção tardia do contrato de trabalho com o reclamante teve, como consequência, a perda de oportunidade de nova contratação profissional e reingresso no mercado de trabalho.

ANÁLISE 6

(6.6.a) Disciplina o art. 186 do Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

(6.6.b) Pelo exposto, comungo do entendimento da origem ao constatar

¹⁸⁹ Destaque sublinhado no original.

preenchidos os requisitos ensejadores do dever de indenizar, *verbis* (fl. 142):

"Assim, entendo que está comprovado o dano, o nexo de causa e efeito e a culpa do empregador, que foi negligente, no cumprimento da obrigação de dar baixa no documento profissional do autor no prazo legal o que acabou por frustrar a manutenção do novo vínculo de emprego do autor, devendo responder pelo prejuízo causado, consoante o disposto no artigo 927 do CC."

(6.6.c) Inócuo argumentos da reclamada quanto à ausência de atualidade da insurgência do reclamante, na medida em que, ao revés da tutela inibitória que visa precipuamente evitar dano futuro, a indenização por danos morais objetiva ~~reparação~~ dano sofrido pela parte, hipótese dos autos.

(6.6.d) Correta, portanto, a sentença que reconhece devidas as indenizações por danos morais e materiais, ante a prova robusta de que o atraso na anotação da extinção do vínculo na CTPS do reclamante culminaram na perda da oportunidade de emprego.

Os segmentos **(6.6.a)** e **(6.6.b)** representam um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento pragmático, porque relacionam os acontecimentos (causa) e as consequências (efeito) dos mesmos.

Sobre os argumentos da reclamada **(6.6.c)**, o relator o qualifica (uso do *epíteto*) de ‘inócuo’, destacando sua irrelevância no conjunto da interpretação para justificar seus próprios argumentos e a adesão do auditório.

O segmento **(6.6.d)** representa um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento pragmático, porque relaciona os acontecimentos (causa) e as consequências (efeito) dos mesmos: a conduta negligente da empresa na demora para a extinção do contrato de trabalho do empregado ocasionou um prejuízo a ele.

ANÁLISE 7

(6.7.a) No que pertine ao *quantum* fixado a título de danos morais, tenho que a indenização deve ser sem exageros, não se justificando que a reparação venha a se constituir em enriquecimento sem causa.

(6.7.b) No caso em tela, levando-se em consideração as condições do reclamante, o grau de culpa da reclamada e sua capacidade econômica, bem como a extensão do dano, entendo que adequado e proporcional o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) fixados na origem, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nos segmentos **(6.7.a)** e **(6.7.b)**, a justificativa para determinar o valor da indenização está alicerçada sob o que é justo e geralmente aceito dentro dos preceitos da comunidade em que o julgador está inserido. Ele pretende apresentar um critério de quantificação aceitável pelo auditório (partes e sociedade). Representa um lugar jurídico que justifica quais os padrões (critérios) são utilizados para estabelecer o valor da indenização.

4.2.7 ACÓRDÃO 7: Processo n. 0000805-55.2013.5.04.0811 (RO)

Analisa-se o ACÓRDÃO 7 (7ª TURMA TRT4), Processo n. 0000805-55.2013.5.04.0811 (RO), data do julgamento: 06 de novembro de 2014, referente a **INDENIZAÇÕES POR DANOS MATERIAIS E MORAL RESPONSABILIDADE PRÉ CONTRATUAL. PROMESSA DE CONTRATAÇÃO (FLS.2).**

(continua)

ANÁLISE 1

(7.1.a) A questão discutida no feito respeita à responsabilidade pré-contratual pela dita promessa de contratação não concretizada. Há de ser levada em conta, nesses casos, a distinção entre **uma conduta diligente** adotada pela empresa que ofertou a vaga - referente a todo o processo seletivo por ela instituído, inclusive quanto à verificação da aptidão física do candidato de **uma conduta imprudente**, por meio da qual a certeza da contratação é conferida ao trabalhador antes mesmo da verificação do preenchimento de todos os requisitos necessários à sua admissão, inclusive de ordem médica.

Entendo que o caso dos autos insere-se neste último contexto, ao contrário do que concluiu o Juízo de origem.

(7.1.b) A narrativa constante da peça inicial foi de que o reclamante foi selecionado em junho/2013 pela reclamada para trabalhar como "montador de andaimes", razão pela qual demitiu-se de seu emprego anterior em 07.06.2013 (TRCT, fl. 16), encaminhando todos os documentos à reclamada e, dias depois, foi comunicado de que teria sido considerado inapto para o trabalho.

(7.1.c) Com efeito, o depoimento da testemunha ouvida a convite do reclamante, ADRIANO T. O., fl. 53, a despeito de ter dito que teve ciência dos fatos por terceiro, como ponderou o Juízo de origem, é compatível com a versão narrada pelo reclamante quanto ao procedimento de contratação: "**quando da admissão, a empresa entra em contato com o empregado, o empregado leva o currículo, e antes do exame médico, leva toda a documentação; esperam o resultado do**

exame para entrar para o canteiro de obras".

(7.1.d) O preposto da reclamada, fl. 53, por sua vez, disse que **"na admissão, é feita uma entrevista, faz exame médico; se aprovado no exame médico, pede-se a documentação; o reclamante foi reprovado no exame médico e não foi solicitada documentação ao reclamante; a reclamada, por praxe, pede que o candidato (sic) a emprego tenha conta bancária; em Bagé, poderia ter contas no Banco do Brasil, Banco Itaú e CEF".**

(7.1.e) Tal versão, porém, é totalmente contraditória com aquela alegada na defesa, fl. 23, já que a reclamada admitiu que **"O reclamante participou de entrevista, levou documentos para o processo seletivo e se submeteu a exame médico (admissional)".** Além disso, o reclamante juntou o documento da fl. 17v. - não impugnado na defesa -, que traz a relação de documentos necessários para a admissão, entre os quais a cópia da CTPS, a própria CTPS e nº da conta bancária. Ora, caso se admitisse esta versão, o reclamante, que nem sequer foi considerado apto no exame admissional, não possuiria esta relação de documentos.

(7.1.f) Concluo, assim, que somente após a entrega da documentação para a admissão é que os candidatos eram submetidos a exame médico, ou seja, não se trata de nova fase da seleção.

(7.1.g) Na realidade, a apresentação de toda essa documentação e o relato da testemunha impõem a conclusão de que a lista com os documentos necessários à contratação, inclusive a CTPS e a exigência de nº de conta bancária já tinham sido passadas ao reclamante antes da realização de exames médicos, implicando, definitivamente, o sentimento deste de que estava, afinal, contratado pela reclamada.

(7.1.h) Registro, por oportuno, que apesar de a abertura de conta estar datada de 11.06.2013, fl. 18, um dia após a realização dos exames admissionais, ante a falta de assinatura do recorrente no atestado de saúde ocupacional, fl. 33, entendo que ele só tomou ciência da sua reprovação em momento posterior, inclusive porque a comunicação do médico do trabalho ao preposto da reclamada sobre o resultado daqueles exames somente se deu em 14.06.2013.

(7.1.i) Embora seja razoável que a empresa exija de seus empregados "montadores de andaime" bom estado de saúde, a ela não cabe criar expectativas concretas no candidato à vaga de emprego e, posteriormente, não efetivar a contratação, mesmo após o candidato preencher todas as exigências da empresa contratante.

O trecho composto pelos segmentos **(7.1.a), (7.1.b), (7.1.c), (7.1.d), (7.1.e), (7.1.f), (7.1.g), (7.1.h)** e **(7.1.i)** consignam o relato dos fatos que representam os elementos de acordo e, por esse motivo, são apresentados no início do discurso.

(continua)

ANÁLISE 2

(7.2.a) Entendo, assim, que a reclamada foi negligente no processo seletivo ao conferir certeza ao reclamante acerca da sua contratação, atentando contra o princípio da boa-fé consagrado no art. 422 do CC e gerando o dever de indenizar (CC, arts. 186, 187 e 927) os inegáveis prejuízos experimentados pelo reclamante.

(7.2.b) Neste sentido, envolvendo caso similar, já decidiu a 10ª Turma, a qual integrei:

INDENIZAÇÕES POR DANOS MATERIAIS E MORAIS (sucumbência) RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. *A instituição de critérios e de fases atinentes a processo seletivo de trabalhador, inclusive quanto à verificação da aptidão física do candidato para a função a ser desempenhada, está inserida no poder de gestão do empregador. Caso dos autos em que o conjunto probatório indica, todavia, terem as reclamadas adotado condutas imprudentes, conferindo à reclamante a certeza da sua contratação, a qual, uma vez frustrada, resultou em inegáveis prejuízos de ordem material e moral à trabalhadora. Recurso da reclamante provido no aspecto para condenar as reclamadas ao pagamento das indenizações respectivas. (TRT da 04ª Região, 10A. TURMA, 0001520-46.2011.5.04.0010 RO, em 28/11/2013 Desembargador Wilson Carvalho Dias - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Emílio Papaléo Zin, Desembargadora Denise Pacheco).*

O segmento (7.2.a) representa um argumento baseado na estrutura do real (ABER), de ligação de sucessão, por meio do argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo. A negligência da reclamada tem como consequência a caracterização de um ato antijurídico passível de indenização.

O trecho, composto pelos segmentos (7.2.a) e (7.2.b), é constituído pela lei e pela jurisprudência, apresentando-se, através da interação de argumentos, uma identidade de categoria dos objetos e, portanto, a regra de justiça permite utilizar decisões anteriores, como o argumento quase lógico (AQL), fundadas no princípio da isonomia. É um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (jurisprudência) e também, um argumento de ligação que fundamenta a estrutura do real (ALFER), por meio do recurso ao caso particular, através do exemplo.

(continua)

ANÁLISE 3

(7.3.a) Entendo adequado, no caso, a aplicação da teoria da perda de uma chance. Isso porque, embora não seja possível concluir que o empregado permaneceria indefinidamente trabalhando na empresa, era real e significativamente provável a continuidade do serviço lá desenvolvido até que, eventualmente, encontrasse posto de trabalho melhor. Oportuna, no aspecto, a referência de SÉRGIO SAVI (Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 68) sobre a identificação do prejuízo decorrente dessa perda e a quantificação deste:

Para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance, no momento de sua perda, tem um certo valor econômico, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável.¹⁹⁰ É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade. O fato de a circunstância ser idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa ligado influi não sobre a existência, mas sobre a valoração do dano. Assim, a chance de lucro terá sempre um valor menor que a vitória futura, o que refletirá no momento da indenização.¹⁹¹

Quanto à quantificação do dano, a mesma deverá ser feita de forma equitativa pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada. (sublinhei).

(7.3.b) Por todas essas circunstâncias, com base na referida teoria, fundada na cláusula geral de responsabilidade civil (CC, arts. 186 e 927) e no princípio da razoabilidade, bem como na própria pretensão contida na petição inicial, reputo equânime, no presente caso, assegurar à reclamante o pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 9.000,00, o qual, segundo entendo, representa a quantia capaz de reparar o prejuízo econômico experimentado. Consigno que a presunção é a de que o reclamante continuasse naquele emprego, e não de que fosse despedido sem justa causa, razão pela qual entendo que não é caso de levar em conta a indenização de 40% do FGTS e as parcelas do seguro-desemprego, de modo que o valor ora arbitrado, de maneira aproximada, tem por base o salário antes percebido de R\$ 1.199,00, fl. 16, pelo prazo de 6 meses, o FGTS de 8%, e o 13º salário e férias proporcionais com um terço, com a atualização do valor até a presente data.

O segmento **(7.3.a)** é constituído de doutrina, apresentando-se, através de uma interação de argumentos, uma identidade de categoria dos objetos e, portanto, a regra de justiça permite utilizar decisões anteriores, como o AQL, fundadas no princípio da isonomia.

¹⁹⁰ Destaque sublinhado no original.

¹⁹¹ Destaque sublinhado no original.

É um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (doutrina) e, também, um ALFER, por meio do recurso ao caso particular, através do exemplo.

Sobre a doutrina apresentada (7.3.a), o relator a qualifica (uso do *epíteto*) de ‘oportuna’, destacando sua importância no conjunto da interpretação para reforçar seus argumentos e a adesão do auditório.

No segmento (7.3.b), a justificativa para determinar o valor da indenização está alicerçada sob o que é justo e geralmente aceito dentro dos preceitos da comunidade em que o julgador está inserido. Pretende-se apresentar um critério de quantificação aceitável pelo auditório (partes e sociedade). Representa um lugar jurídico que justifica quais padrões (critérios) são utilizados para estabelecer o valor da indenização.

ANÁLISE 4

(7.4.a) **Quanto ao dano moral**,¹⁹² este é presumido no caso. Relativamente à matéria, JOSÉ AFONSO DALLEGRAVE NETO (Responsabilidade civil no direito do trabalho. São Paulo: Ed. LTr, 2005, p. 204) cita, em sua obra, o oportuno ensinamento de MARIA CELINA BODIN DE MORAES de que o "**dano é considerado moral quando violam direitos de personalidade, originando, de forma presumida**,¹⁹³ **angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas**" (sublinhei).

(7.4.b) Trata-se a hipótese de dano moral *in re ipsa*, o qual deriva do próprio fato ofensivo. No caso, o reclamante é pessoa humilde, haja vista que era empregado como motorista, percebendo salário correspondente a R\$ 1.199,00, fls. 15-16, e, à época do ajuizamento da ação, estava desempregado. Certamente a frustração causada pela atitude imprudente da reclamada gerou inegáveis sentimentos de angústia e de incerteza ao reclamante, atingindo diretamente a sua autoestima, pois além de sofrer pela perda daquela contratação que julgou consumada, perdeu também o posto de trabalho que até ali garantia a sua subsistência. Consequentemente, tem direito o reclamante à reparação pelo dano moral sofrido (CF, art. 5º, V e X).

(7.4.c) Relativamente ao valor devido, este deve ser suficiente para compensar o sofrimento experimentado pela vítima, sem que implique em uma forma de enriquecimento desta, resguardando, também, a função pedagógica, a fim de que o ofensor seja desestimulado a reincidir na prática danosa. O porte econômico de quem tem o dever de indenizar deve ser considerado e, no caso, a ré possui capital social de R\$ 800.000,00, fl. 39, mas está em recuperação judicial. Sopesando esses critérios, entendo adequado o deferimento de indenização por dano moral no valor de R\$ 5.000,00.

¹⁹² Destaque sublinhado no original.

¹⁹³ Destaque sublinhado no original.

(7.4.d) Diante desse quadro, dou provimento parcial ao recurso ordinário da reclamante para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) e por dano moral no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Os valores serão acrescidos de correção monetária desde a data do presente julgamento e de juros de mora, estes a contar da data de ajuizamento da demanda (CLT, art. 883), conforme a Súmula 439 do TST.

O segmento **(7.4.a)** é constituído de doutrina, apresentando-se através de uma interação de argumentos: demonstra uma identidade de categoria dos objetos e, portanto, a regra de justiça permite utilizar decisões anteriores, como o AQL, fundadas no princípio da isonomia. É um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (doutrina) e, também, um ALFER, por meio do recurso ao caso particular, através do exemplo.

Sobre a doutrina apresentada **(7.4.a)**, o relator a qualifica (uso do *epíteto*) de ‘oportuno ensinamento’, destacando sua importância no conjunto da interpretação para reforçar seus argumentos e a adesão do auditório.

O segmento **(7.4.b)** representa um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo. Além disso, o relator reconhece que “a frustração causada pela atitude imprudente da reclamada gerou inegáveis sentimentos de angústia e de incerteza ao reclamante, atingindo diretamente a sua autoestima”, causando danos morais passíveis de indenização.

No segmento **(7.4.c)**, a justificativa para determinar o valor da indenização está alicerçada sob o que é justo e geralmente aceito dentro dos preceitos da comunidade em que o julgador está inserido. Ela pretende apresentar um critério de quantificação aceitável pelo auditório (partes e sociedade). Representa um lugar jurídico que justifica quais padrões (critérios) são utilizados para estabelecer o valor da indenização.

4.2.8 ACÓRDÃO 8: Processo n. 0001191-42.2013.5.04.0017 (RO)

Analisa-se o ACÓRDÃO 8 (8ª TURMA TRT4), Processo n. 0001191-42.2013.5.04.0017 (RO), data do julgamento: 11 de junho de 2015, referente à **INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE (FLS. 28)**.

ANÁLISE 1

(8.1.a) O demandante busca o pagamento de indenização pela perda de uma chance, configurada no fato de que foi incentivado a realizar processo seletivo para formalizar sua promoção para o cargo de gerente de contas, considerando que já realizava tarefas desse cargo, e foi aprovado, porém o reclamado não concretizou a promoção. Destaca trechos dos depoimentos das testemunhas.

Sem razão.

O trecho da ANÁLISE 1, composto pelo segmento **(8.1.a)**, consigna o relato dos fatos que representam os elementos de acordo.

(continua)

ANÁLISE 2

(8.2.a) Segundo José Affonso Dalegrave Neto:

Boa parte da doutrina e da jurisprudência já vem admitindo a indenização do prejuízo proveniente da 'perda de uma chance', quando a vítima se vê frustrada, por ato de terceiro, em uma expectativa séria e provável, no sentido de obter uma vantagem ou de evitar uma perda que ameaça. Para que seja indenizável, a expectativa da vítima há de ser legítima, e a respectiva frustração (perda da chance) deverá ser causada por um ato culposo de um agente identificável. (...)

Resta saber se a indenização pela perda de uma chance encontra-se enquadrada no conceito de dano emergente ou de lucro cessante de que trata o art. 402 do Código Civil ou se possui natureza jurídica autônoma; um 'tertium genus'. Da nossa parte, a solução taxionômica da teoria da perda de uma chance deve partir da constatação de que ela pode ensejar tanto reparação por danos materiais quanto morais; logo mais do que uma subespécie ou terceiro gênero de dano, a ofensa ao direito de oportunidade da vítima que a leva à 'perda de uma chance' traduz-se num ato ilícito capaz de gerar indenização à parte prejudicada (art. 927, CC)" (in Dallegrave Neto, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª ed. - São Paulo. LTr, p. 243-245)

(8.2.b) Na petição inicial, o autor alegou que foi incentivado a participar de um processo seletivo de duas etapas, porém, sem qualquer justificativa, o banco suspendeu a última fase, a única que faltava para sua promoção.

(8.2.c) O fato de o reclamante ter participado de um processo seletivo já afasta o direito em questão, porquanto uma seleção pressupõe que alguns empregados serão escolhidos em detrimento de outros e não se pode afirmar que ele seria, de fato, selecionado. Ademais, o reclamado não está obrigado à concessão de promoções, as quais pertencem ao seu juízo de conveniência e oportunidade, de forma que não

merece reforma a decisão de origem, no aspecto.

(8.2.d) A situação se assemelha aos casos em que são pleiteadas promoções por mérito por empregados de órgãos públicos e empresas com quadros de carreira, sendo esse o entendimento desta Turma julgadora:

RECURSO ORDINÁRIO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROMOÇÕES POR MERECIMENTO. Inexistência de previsão regulamentar que assegure ao empregado direito a promoções (por mérito) por merecimento pelo simples decurso do tempo. Direito condicionado, pelas normas regulamentares aplicáveis, à avaliação de desempenho e disponibilidade orçamentária. Provimento provido em parte.

Nego provimento.

O trecho composto pelos segmentos **(8.2.a)**, **(8.2.b)**, **(8.2.c)** e **(8.2.d)** é constituído pela doutrina, apresentando-se, através de uma interação de argumentos, uma identidade de categoria dos objetos e, portanto, a regra de justiça permite utilizar decisões anteriores, como o argumento quase lógico (AQL), fundado no princípio da isonomia. É um argumento baseado na estrutura do real (ABER), de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (doutrina e jurisprudência) e, também, um argumento de ligação que fundamenta a estrutura do real (ALFER), por meio do recurso ao caso particular, através do exemplo.

4.2.9 ACÓRDÃO 9: Processo n. 0020196-64.2014.5.04.0292 (RO)

Analisa-se o ACÓRDÃO 9 (9ª TURMA TRT4), Processo n. 0020196-64.2014.5.04.0292 (RO), data do julgamento: 21 de maio de 2015, referente à **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/09. INCONSTITUCIONALIDADE. PAGAMENTO DE PRECATÓRIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS (FLS. 2).**

(continua)

ANÁLISE 1

(9.1.a) O reclamante defende restar incontroversa a declaração de inconstitucionalidade proferida na ADI 4357, em relação à sistemática para pagamento de precatórios prevista na EC 62/09, cabendo apenas a modulação de efeitos. Assim, tem por inconstitucional o ato, surgindo o dever de indenizar, em razão da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Diz que tal declaração opera efeitos, sendo que o não pagamento do precatório lhe

gerou prejuízos de ordem moral. Discorre *ex tunc* sobre a teoria dos motivos determinantes e perda de uma chance. Colaciona jurisprudência.

Examino.

(9.1.b) A sentença proferida na origem foi de improcedência, pelos seguintes fundamentos, os quais adoto como razão de decidir, por bem retratarem a situação sob análise:

A Emenda Constitucional 62, de 09.12.2009, alterou o artigo 100 da CF e o art. 97 do ADCT, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. (continua)

Assim previu o artigo 97 do ADCT:

Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial de que trata este artigo optarão, por meio de ato do Poder Executivo:

I - pelo depósito em conta especial do valor referido pelo § 2º deste artigo; ou

II - pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 (quinze) anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento. (grifou-se)

Assim, e apesar da vaga explicação na petição inicial, é contra o excerto em negrito que se insurge o reclamante.

Tendo em vista que deve cada Município optar pela sistemática do art. 97 do ADCT, sem fundamento o chamamento requerido pelo reclamado.

A Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 4357), julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 14.03.2013, quando se declarou a inconstitucionalidade parcial da nova redação do artigo 100 da CF, e totalmente inconstitucional o art. 97 do ADCT.

Em 16.04.13, portanto, após a declaração de inconstitucionalidade, proferiu-se o seguinte despacho na ADIN 4357:

DESPACHO: *Trata-se de petição acostada aos autos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na qual se noticia a*

paralisação do pagamento de precatórios por alguns Tribunais de Justiça do País, determinada após o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425, realizado em 14/03/2013, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Segundo narra a peça, "os recursos estão disponíveis, mas a Presidência de alguns Tribunais entendeu por paralisar os pagamentos/levantamentos de valores enquanto não modulados os efeitos da r. decisão". Requer-se, em seguida, seja determinada "a continuidade dos pagamentos até que o e. Plenário module os efeitos da v. decisão, com a consequente expedição de ofícios a todos os Tribunais de Justiça". Pede-se ainda sejam os ^(conclusão) devedores instados ao repasse e ao depósito dos recursos junto aos Tribunais locais, sob pena de incidência do regime sancionatório.

É o relato suficiente. Decido.

A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 62/09, assentando a invalidade de regras jurídicas que agravem a situação jurídica do credor do Poder Público além dos limites constitucionalmente aceitáveis.

Sem embargo, até que a Suprema Corte se pronuncie sobre o preciso alcance da sua decisão, não se justifica que os Tribunais Locais retrocedam na proteção dos direitos já reconhecidos em juízo. Carece de fundamento, por isso, a paralisação de pagamentos noticiada no requerimento em apreço.¹⁹⁴

Destarte, determino, ad cautelam, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro.

Expeça-se ofício aos Presidentes de todos os Tribunais de Justiça do País.

Publique-se. (grifou-se)

Como se observa, o Supre Tribunal Federal, não obstante a declaração de inconstitucionalidade, determinou fosse observada a norma objeto da ADIN 4357, por cautela, até a modulação dos efeitos de sua decisão, conforme Lei 9.868/99.

Portanto, diferentemente do que pretende fazer crer o reclamante, a decisão não possui efeito ex tunc, estando em pleno vigor o sistema de pagamentos instituído pela EC 62/09.

Esse fato, por si só, impede a fixação de qualquer indenização, tendo em vista que, uma vez baseado na ordem constitucional vigente, não se cogita de ato ilícito ou abuso de poder (artigos 186 e 187 do CC) a opção pelo pagamento na forma do art. 97 do ADCT.

Inexistindo ato ilícito ou abuso de poder, inviável o deferimento de indenização por danos morais, por se trataram de requisitos à reparação civil.

- Num. bf1af98 - Págs. 2-3.

¹⁹⁴ Destaque sublinhado no original.

O trecho composto pelos segmentos **(9.1.a)** e **(9.1.b)** consigna o relato dos fatos que representam os elementos de acordo. Uma parte da sentença é reproduzida como fundamentação da razão de decidir, que representa um argumento baseado na estrutura do real (ABER), de ligação de sucessão, da espécie argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo.

ANÁLISE 2

(9.2.a) Verifico, pois, que o STF declarou a inconstitucionalidade parcial da EC 62/09, sendo que a modulação dos efeitos está pendente de julgamento. O Ministro Luiz Fux determinou a continuidade de pagamento dos precatórios, na forma em que vinham sendo realizados, até que ocorra dita modulação. Logo, não há falar no efeito *ex tunc* defendido pelo reclamante, inexistindo decisão definitiva sobre a matéria e estando o Município reclamado, portanto, autorizado a proceder no pagamento de precatórios mediante o sistema instituído pela EC 62/09, não havendo como lhe atribuir a prática de qualquer ato ilícito, a ensejar o pagamento da reparação pretendida.

(9.2.b) No mesmo sentido, os seguintes precedentes deste Regional em análise de idêntica questão: processo nº 0020137-76.2014.5.04.0292, em acórdão da Exma. Des.^a Vania Maria Cunha Mattos junto à 10^a Turma, julgado em 19.03.2015, e processo nº 0020111-78.2014.5.04.0292, em acórdão do Exmo. Des. Leonardo Meurer Brasil junto à 5^a Turma, também julgado em 19.03.2015. Frente ao expendido, nego provimento ao apelo do reclamante.

O trecho composto pelos segmentos **(9.2.a)** e **(9.2.b)** é constituído pela jurisprudência, apresentando-se, através de uma interação de argumentos, uma identidade de categoria dos objetos e, portanto, a regra de justiça permite utilizar decisões anteriores, como o argumento quase lógico (AQL), fundado no princípio da isonomia. É um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (jurisprudência) e, também, um argumento de ligação que fundamenta a estrutura do real (ALFER), por meio do recurso ao caso particular, através do exemplo.

4.2.10 ACÓRDÃO 10: Processo n. 0020137-76.2014.5.04.0292 (RO)

Analisa-se o ACÓRDÃO 10 (10^a TURMA TRT4), Processo n. 0020137-76.2014.5.04.0292 (RO), data do julgamento: 23 de março de 2015, referente a

**PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/09.
INCONSTITUCIONALIDADE. INENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. (FLS. 2).**

ANÁLISE 1

(10.1.a) Há o indeferimento da indenização por danos morais, por declarada parcialmente inconstitucional a nova redação do artigo 100 da Constituição Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4357, e vigente a Emenda Constitucional Nº 62/09, o que afasta o ato ilícito ou abuso de poder do Município demandado ao optar pelo pagamento na forma do artigo 97 dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

[...]

(10.1.b) No que pertine à indenização, a autora repristina os argumentos da inicial, de se tratar de matéria incontroversa a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional titulada, na forma do artigo 334 do Código de Processo Civil, a partir do que, inclusive, este Tribunal editou a Orientação Jurisprudencial Nº 49 para a atualização monetária dos débitos trabalhistas, o que torna, em tese, cabível a indenização requerida, por demonstrada a restrição de direitos da autora, como, por exemplo, ao lazer e saúde, como consequência de ato inconstitucional, que gera efeitos *ex tunc* e retira a norma do mundo jurídico.

(10.1.c) E, com base na teoria da perda de uma chance, afirma ter perdido a oportunidade de obter um benefício real e imediato por ato de terceiro, por consequência do inadimplemento do Município, conforme descrito.

O trecho composto pelos segmentos **(10.1.a)**, **(10.1.b)** e **(10.1.c)** consigna o relato dos fatos que representam os elementos de acordo e, por esse motivo, são apresentados no início do discurso.

(continua)

ANÁLISE 2

(10.2.a) No que se refere à inconstitucionalidade da Emenda Constitucional Nº 62/09 alegada no recurso, invoco como razões de decidir os próprios e jurídicos fundamentos da decisão:

(10.2.a.a) A Emenda Constitucional 62, de 09.12.2009, alterou o artigo 100 da CF e o art. 97 do ADCT, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

(10.2.a.b) Assim previu o artigo 97 do ADCT:

Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional. (continua)

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial de que trata este artigo optarão, por meio de ato do Poder Executivo:

I - pelo depósito em conta especial do valor referido pelo § 2º deste artigo; ou

II - pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 (quinze) anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento. (grifou-se)

Assim, e apesar da vaga explicação na petição inicial, é contra o excerto em negrito que se insurge o reclamante.

Tendo em vista que deve cada Município optar pela sistemática do art. 97 do ADCT, sem fundamento o chamamento requerido pela reclamada.

(10.2.a.c) A Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 4357), julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 14.03.2013, quando declarou a inconstitucionalidade parcial da nova redação do artigo 100 da CF, e totalmente inconstitucional o art. 97 do ADCT.

(10.2.a.d) Em 16.04.13, portanto, após a declaração de inconstitucionalidade, foi proferido o seguinte despacho na ADIN 4357:

DESPACHO: Trata-se de petição acostada aos autos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na qual se noticia a paralisação do pagamento de precatórios por alguns Tribunais de Justiça do País, determinada após o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425, realizado em 14/03/2013, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Segundo narra a peça, "os recursos estão disponíveis, mas a Presidência de alguns

Tribunais entendeu por paralisar os pagamentos/levantamentos de valores enquanto não modulados os efeitos da r. decisão". Requer-se, em seguida, seja determinada "a continuidade dos pagamentos até que o e. Plenário module os efeitos da v. decisão, com a consequente expedição de ofícios a todos os Tribunais de Justiça". Pede-se ainda sejam os entes devedores instados ao repasse e ao depósito dos recursos junto aos Tribunais locais, sob pena de incidência do regime sancionatório.

É o relato suficiente. Decido.

(continua)

(10.2.a.e) *A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 62/09, assentando a invalidade de regras jurídicas que agravem a situação jurídica do credor do Poder Público além dos limites constitucionalmente aceitáveis.*

Sem embargo, até que a Suprema Corte se pronuncie sobre o preciso alcance da sua decisão, não se justifica que os Tribunais Locais retrocedam na proteção dos direitos já reconhecidos em juízo. Carece de fundamento, por isso, a paralisação de pagamentos noticiada no requerimento em apreço.

Destarte, determino, ad cautelam, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro.

Expeça-se ofício aos Presidentes de todos os Tribunais de Justiça do País.

Publique-se. (grifou-se)

(10.2.a.f) *Como se observa, o Supremo Tribunal Federal, não obstante a declaração de inconstitucionalidade, determinou fosse observada a norma objeto da ADIN 4357, por cautela, até a modulação dos efeitos de sua decisão, conforme Lei 9.868/99.*

Portanto, diferentemente do que pretende fazer crer o reclamante, a decisão não possui efeito ex tunc, estando em pleno vigor o sistema de pagamentos instituído pela EC 62/09.

(10.2.a.g) *Esse fato, por si só, impede a fixação de qualquer indenização, tendo em vista que, uma vez baseado na ordem constitucional vigente, não se cogita de ato ilícito ou abuso de poder (artigos 186 e 187 do CC) a opção pelo pagamento na forma do art. 97 do ADCT.*

Inexistindo ato ilícito ou abuso de poder, inviável o deferimento de indenização por danos morais, por se trataram de requisitos à reparação civil.

Julgo improcedentes os pedidos do reclamante.

(10.2.b) Não bastassem esses fundamentos, o mero inadimplemento contratual não configura dano moral hábil a ensejar o pagamento de indenização, bem como a inicial se limita a referir genericamente situações normais do dia a dia da autora, sem apresentar qualquer prova e sequer descrever qualquer situação fática objetiva que pudesse resultar em prejuízo.

(10.2.c) A autora não elencou nenhuma situação que demonstrasse a perda de uma chance, o que afasta qualquer pretensão nesse sentido, por não se prestarem, para tanto, as frustrações do dia a dia geradas por dificuldades financeiras, ainda que decorrentes de crédito deferido por sentença, até porque o valor do Precatório ^(conclusão) será atualizado e acrescido de juros de mora, no momento do pagamento à autora, o que impede a reforma da sentença.

Provimento negado.

O segmento **(10.2.a)** foi extraído da decisão de Primeiro Grau para embasar a justificativa do acórdão. São compostos pelos subsegmentos **(10.2.a.a)**, **(10.2.a.b)**, **(10.2.a.c)**, **(10.2.a.d)**, **(10.2.a.d)**, **(10.2.a.e)**, **(10.2.a.f)** e **(10.2.a.g)**, que representam um argumento baseado na estrutura do real (ABER), de ligação de sucessão, da espécie argumento pragmático, porque relacionam o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo.

Os segmentos **(10.2.b)** e **(10.2.c)** utilizam um recurso para minimizar a força do argumento do adversário que, no caso, não é, exatamente, adversário, mas a parte que fez as alegações de prejuízo. Utiliza o argumento: “o mero inadimplemento contratual não configura dano moral hábil a ensejar o pagamento de indenização [...]”. Destacou-se o caráter genérico dos argumentos que foram utilizados na petição inicial. Representam, também, um ABER, de ligação de sucessão, por meio do argumento pragmático, porque relacionam o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo. O relator reconhece que o autor não comprovou nenhuma situação que configurasse a perda da oportunidade.

4.2.11 ACÓRDÃO 11: Processo n. 0000417-11.2013.5.04.0664 (RO)

Analisa-se o ACÓRDÃO 11 (11ª TURMA TRT4), Processo n. 0000417-11.2013.5.04.0664 (RO), data do julgamento: 21 de maio de 2015, referente à **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS (FLS. 5)**.

(continua)

ANÁLISE 1

(11.1.a) A reparação do dano moral depende, no plano fático, do impulso do agente, do resultado lesivo e do nexo causal entre ambos. Tais elementos constituem-se nos pressupostos da responsabilidade civil prevista no art. 186 do CC.

(11.1.b) Como é sabido, a indenização por dano moral decorre da lesão sofrida pela pessoa natural em sua esfera de valores eminentemente ideais, ou seja, não patrimoniais. Essa lesão é caracterizada pelo prejuízo relacionado não apenas com a honra, a boa fama, a dignidade, a integridade física e psíquica, a intimidade, o nome, a imagem, mas também com tudo aquilo que não seja suscetível de valoração econômica. (conclusão)

Os segmentos **(11.1.a)** e **(11.1.b)** explicitam os requisitos necessários para a configuração do dano moral representando, assim, um argumento quase lógico (AQL), por meio de identidade completa, em função de ser uma definição normativa que prescreve o uso de um termo, nesse caso, o 'dano moral'. Além disso, representam um argumento baseado na estrutura do real (ABER), de ligação de sucessão, por meio do argumento pragmático, porque relacionam o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo.

(continua)

ANÁLISE 2

(11.2.a) No caso *sub judice*, o reclamante noticia, na petição inicial, que no final do mês de março de 2013, participou de processo de seleção promovido pela empresa reclamada para laborar como auxiliar de expedição de vendas e receber o salário mensal de R\$ 1.300,00. Afirma que Sandra Regina Rodrigues, preposta da reclamada, entrou em contato para informar sua aprovação e solicitar o encaminhamento dos documentos necessários à efetivação de sua admissão, que ocorreria em maio daquele ano. Refere que Sandra entregou comunicado para ser apresentado junto a sua empregadora na época, JR Comércio de Cimento e Concreto Ltda., com a finalidade de dispensa do aviso-prévio. Alega que em 11/04/2013 se desligou de sua empregadora, com quem mantinha vínculo de emprego desde 28/11/2012, e entregou à reclamada sua CTPS a fim de que providenciasse a devida anotação. Sustenta haver sido orientado a aguardar o chamado para a realização do exame admissional, o qual aconteceu quando se dirigiu à empresa em maio de 2013. Relata haver a empresa confirmado que a prestação de serviços iniciaria em junho, o que não se confirmou. Menciona que a empresa reteve sua CTPS, inviabilizando a busca de novo emprego. Reclama o pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 30.000,00.

(11.2.b) A reclamada contesta, negando ter havido promessa de contratação e sim

ter havido apenas uma participação em um processo de seleção em abril de 2013, contemporâneo ao preenchimento de seu quadro de reserva. Argumenta que o fato de o reclamante ter sido aprovado em um processo seletivo não implica na sua contratação, uma vez que se faz necessário o preenchimento de certos requisitos para a formalização do contrato de trabalho, o quais restaram desatendidos. Esclarece que durante o período de seleção houve readequação dos postos de trabalho, resultando no cancelamento da vaga disponível antes de seu preenchimento. Alega que a CTPS do autor foi depositada indevidamente em sua sede, ressaltando o desinteresse do obreiro em buscá-la. Nega o dever de indenizar.

(conclusão)

(11.2.c) A prova documental contida nos autos conforta a tese esposada na petição inicial quanto à conduta irregular da reclamada, ao provocar no autor legítima expectativa de contratação, a qual restou frustrada. O documento da fl. 67, emitido em 08/04/2013 por representante da reclamada, Sandra Regina Rodrigues, evidencia que a contratação do reclamante seria implementada a contar de maio daquele ano, *verbis*: "A empresa Pepsico do Brasil Ltda., (...) representada pelo Sr. (a) Sandra Regina Rodrigues, (...), vem por meio desta, informar a quem possa interessar, que estará contratando o Sr. Kauléo de Oliveira de Freitas (...) a partir do mês de maio deste mesmo ano, na função de Auxiliar de Expedição Vendas". Como bem refere a Magistrada a quo, "Tal documento, por si só, demonstra a certeza da contratação do reclamante, momento a partir do qual este providenciou o seu desligamento da então empregadora JR Comércio de Cimento e Concreto Ltda., através de pedido de demissão (TRCT da fl. 68), fato este consumado em 20/04/2013". (verso da fl. 83)

Não bastasse isso, a reclamada submeteu o autor a exame admissional em 03/05/2013 (fl. 69) e reteve sua CTPS por longo período, devolvendo-a tão somente após determinação judicial nesta demanda, em 22/08/2013. (fl. 34) Não vinga a tese defensiva de que o autor depositou indevidamente sua Carteira de Trabalho na sede da empresa, na medida em que é consabido se tratar de documento obrigatório "para o exercício de qualquer emprego" (art. 13 da CLT), o que reforça a tese de que o empregado deixou sua CTPS na posse demandada com a finalidade de ser anotada para o início de suas atividades laborais. Outrossim, inexistente nos autos indício a confortar a alegação da defesa de que tenha instado o autor várias vezes a buscar sua CTPS na sede da empresa.

Por fim, as mensagens eletrônicas acostadas às fls. 70/78 igualmente retratam que as partes mantiveram contato entre abril e julho de 2013, e seu teor demonstra a intenção da reclamada de formalizar o contrato de trabalho, legitimando a expectativa do autor de ser contratado.

O trecho composto pelos segmentos **(11.2.a)**, **(11.2.b)** e **(11.2.c)** consigna o relato dos fatos que representam os elementos de acordo e, por esse motivo, são apresentados no início do discurso.

(continua)

ANÁLISE 3

(11.3.a) A conduta da reclamada de descumprir promessa de contratação configura ato ilícito, na medida em que viola a boa-fé que deve reger as relações contratuais (art. 422 do CC), caracterizando, ainda, abuso de direito (art. 187 do CC).

Nesse contexto, entendo configurado o ato danoso da reclamada (cancelamento da contratação), o dano (ofensa à dignidade do trabalhador) e, por óbvio, o nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano suportado pelo autor.

(conclusão)

(11.3.b) Note-se que não se discute aqui o direito da reclamada de efetuar processos seletivos para escolha de seus empregados, e sim o fato de, sob promessa de admissão, submeter o reclamante a exames e apresentação da CTPS para assinatura, desistindo sem motivo justificável. Saliento que, embora a reclamada refira que o autor não preencheu os requisitos para ocupar vaga de emprego para a qual se candidatou, não produz qualquer prova a confirmar sua versão. Trata-se de comportamento antijurídico que fere frontalmente o princípio da boa-fé previsto no art. 422 do CC. Incide, ainda, ao caso, o disposto no art. 187 do CC:

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

(11.3.c) Assim, caracterizado o dano, o nexo causal e a ilicitude do ato praticado contra o autor, decorrente do abuso de direito, advém o dever de indenizar, conforme dispõe o art. 927 do CC.

(11.3.d) Nesse sentido, decisões desta Turma, consoante ementa a seguir transcrita:

PROMESSA DE EMPREGO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Hipótese em que o descumprimento pela reclamada da promessa de contratação configura ato ilícito, visto que viola a boa-fé que deve reger as relações contratuais, além de caracterizar abuso de direito. Condenação ao pagamento de indenização por danos morais mantida. Recurso ordinário dos primeiro e segundo reclamados ao qual se dá apenas provimento parcial para reduzir o valor fixado a título de indenização por danos morais. Recurso da reclamante que se dá provimento para condenar os reclamados ao pagamento de indenização por danos materiais. (TRT da 04ª Região, 11a. Turma, 0000016-56.2014.5.04.0541 RO, em 23/04/2015, Desembargadora Flávia Lorena Pacheco Relatora. Participaram do julgamento: Desembargador Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, Desembargador Herbert Paulo Beck).

O trecho de ANÁLISE 3 é constituído pela legislação e pela jurisprudência, apresentado através de uma interação de argumentos:

Os segmentos **(11.3.a)**, **(11.3.b)** e **(11.3.c)** apresentam uma identidade de categoria dos objetos e, portanto, a regra de justiça permite utilizar decisões anteriores, como o AQL, fundadas no princípio da isonomia. É um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (jurisprudência) e, também, um argumento de ligação que fundamenta a estrutura do real (ALFER), por meio do recurso ao caso particular, através do exemplo. Além disso, representam um ABER, de ligação de sucessão, por meio do argumento pragmático, porque relacionam o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo (a conduta da empresa reclamada configurou um ato antijurídico). O segmento **(11.3.d)** representa um ABER de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (jurisprudência).

ANÁLISE 4

(11.4.a) Contudo, a quantificação da indenização por dano moral é matéria controvertida, tendo em conta sua natureza, que é, ao mesmo tempo, indenizatória, punitiva e preventiva, cujo valor deve ser capaz de compensar o abalo moral sofrido pela vítima e fazer que o ofensor não reincida na conduta. Esse último é o chamado caráter pedagógico preventivo da indenização.

(11.4.b) Segundo o ensinamento de Sebastião Geraldo de Oliveira:

A fixação do valor obedece a duas finalidades básicas que devem ser ponderadas conforme as peculiaridades do acidente: compensar a dor, o constrangimento ou o sofrimento da vítima e combater a impunidade. (Indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional, 2.ed., São Paulo, LTr: 2006, p. 197).

No segmento **(11.3.c)** do trecho de ANÁLISE 3, o relator reconheceu a caracterização do dano, do nexos causal e da ilicitude do ato praticado contra o autor, decorrente do abuso de direito, mas não indicou se o dano foi moral, material ou ambos. No trecho de ANÁLISE 4, o relator identifica o dano moral quando trata de sua quantificação e, no trecho da ANÁLISE 5, trata da indenização por danos morais.

O segmento **(11.4.a)** identifica que a conduta antijurídica da empresa reclamada (trecho de ANÁLISE 3) causou um sofrimento ao autor, em função do abalo moral. Representa, assim, um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo. O segmento

(11.4.b) indica um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (doutrina) e, também, um ALFER, por meio do recurso ao caso particular, através do exemplo.

ANÁLISE 5

(11.5.a) Quanto à indenização por danos materiais, a teoria da responsabilidade civil baseada na perda de uma chance torna indenizável a probabilidade séria de obtenção de um resultado legitimamente esperado que é obstado por um ato ilícito praticado pelo agente ofensor.

(11.5.b) Sobre o tema, pertinente a lição de Sérgio Savi:

A perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma lesão a uma legítima expectativa suscetível de ser indenizada da mesma forma que a lesão a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento. (...) Nos casos de perda de chance, não há como se negar, em determinadas hipóteses, a existência de uma possibilidade de vitória, de uma oportunidade de lucro antes da ocorrência do fato danoso. Dessa forma, é justo afirmar que, em relação à exclusão daquela possibilidade, existe um dano jurídico passível de indenização. Enquanto a completa realização da possibilidade deva ser considerada de difícil demonstração em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos, o problema da certeza resta implicitamente superado se se considerar a chance como uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão. Neste caso, de fato, dado que o fato danoso não se repercute sobre uma vantagem a conseguir, mas sobre um bem, um elemento integrante do patrimônio da vítima já existente e a ela pertencente, não podem restar incertezas sobre a efetiva verificação de um dano. Assim, em determinados casos, a chance ou oportunidade poderá ser considerada um bem integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano, na maioria das vezes atual, o qual deverá ser indenizado sempre que a sua existência seja provada, ainda que segundo um cálculo de probabilidade ou presunção (Responsabilidade Civil por Perda de uma chance, Ed. Atlas, São Paulo, 2006, p. 102).

O segmento (11.5.a) indica um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento pragmático, porque relaciona o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo.

Interagem com o AQL por meio de identidade completa, em função de ser uma definição normativa que prescreve o uso de um termo, nesse caso, a possibilidade de indenizar o ‘dano material’. O segmento **(11.5.b)** indica um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento de autoridade (doutrina) e, também, um ALFER, por meio do recurso ao caso particular, através do exemplo. Ainda sobre a doutrina apresentada **(11.5.b)**, o relator qualifica-a (uso do *epíteto*) como ‘pertinente’. No entanto, infere-se que, quando se apresenta um argumento de autoridade para fortalecer sua argumentação, ele será pertinente, adequado, relevante. Isso indica sua importância no conjunto da interpretação para reforçar os argumentos e a adesão do auditório. Pode-se considerar, também, que em função de existirem vários autores que tratam sobre o tema, essa denominação é uma forma de garantir a notoriedade da autoridade apresentada.

ANÁLISE 6

(11.6.a) No caso dos autos, o autor tinha como justa e real a probabilidade de um ganho salarial decorrente de sua contratação, contudo, teve obstada a chance de conquistar esse resultado em razão de ato ilícito e abusivo praticado pela reclamada, consistente no cancelamento de sua contratação.

(11.6.b) A prova constante nos autos revela também que o reclamante pediu demissão do seu emprego anterior, cuja remuneração montava R\$ 780,00 (TRCT fl. 68). Além disso, como bem ponderou a Julgadora de origem, não houve impugnação da reclamada quanto ao valor informado como futuro salário do reclamante (R\$ 1.300,00) mensais. Nesse contexto, considero adequada a sentença que defere o pagamento "da quantia correspondente a 90 dias (contrato de experiência) de salário, acrescidos de férias proporcionais com 1/3, décimo terceiro proporcional e depósitos do FGTS do período, nos limites da exordial." (fl. 84)

Os segmentos **(11.6.a)** e **(11.6.b)** indicam um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento pragmático, porque relacionam o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo.

4.3 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS: ARGUMENTAÇÃO E DANO MORAL

Nesta parte, discutem-se os resultados das análises dos acórdãos, realizadas no subcapítulo 4.2, com o objetivo de construir o conceito de dano moral pela perda de uma chance no Direito do Trabalho, com base no que foi exposto nos Capítulos 2 e 3. Ao final,

apresenta-se a construção desse conceito, a partir da leitura dos acórdãos do TRT4. Destaca-se que o resultado das análises é permeado por duas leituras. Uma delas, diz respeito à leitura feita pelos Desembargadores acerca do dano moral pela perda de uma chance, em seus discursos. Foi levantado o referencial teórico e observadas as decisões judiciais e, nessa interação, os Desembargadores argumentam porque está na norma, na doutrina e na jurisprudência; e a norma, a doutrina e a jurisprudência aderem a elas porque os Desembargadores argumentam. Não é uma questão cronológica do que foi 'escrito' antes, mas uma questão circular, dialética de interpretação.

A outra trata da leitura que a pesquisadora faz dos acórdãos, com base no referencial teórico utilizado e sua pré-compreensão. É a interpretação da interpretação e, novamente, não se trata de uma questão cronológica, em que a pesquisadora interpreta depois dos julgadores, mas de uma questão dialógica. Os resultados são elaborados a partir de várias vozes, da mesma forma que as decisões registradas nos acórdãos. Tanto as decisões judiciais como os resultados apresentados não têm um início nem um fim bem definidos, já que fazem parte de um todo, e seu início representa o final de outro enunciado, e seu final representa o início de outro.

O ato de argumentar é inerente às atividades sociais, estando presente, indiscutivelmente, nos discursos analisados, com o objetivo de adesão às teses apresentadas pelos Desembargadores. Com relação aos aspectos do discurso, baseando-se em Aristóteles, é possível destacar o *ethos*, o *phatos* e o *logos* das decisões judiciais.

Pode-se dizer que o *ethos* do orador, no qual representa o seu caráter moral, pode ser entendido como a personificação do Tribunal Regional e as turmas que o compõem. Isso porque as turmas são os órgãos competentes para apreciar e julgar os processos de todas as unidades judiciárias do estado do Rio Grande do Sul, de acordo com o artigo 37, letra "a", de seu Regimento Interno. São juízes nomeados pelo Presidente da República, recebendo o título de Desembargador do Trabalho (art. 4º, RI), através do critério de antiguidade e merecimento, alternativamente (artigo 93, III, da Constituição). Usam vestes talares nas sessões, na forma e modelo previamente aprovados, o que não é determinado aos juízes de Primeiro Grau. Tudo isso contribui para que o auditório forme uma imagem de competência, seriedade e poder desses julgadores.

O *phatos* pretende atingir as emoções e os desejos dos ouvintes e está presente quando os Desembargadores utilizam uma linguagem mais emotiva, exagerada e até irônica em seus argumentos. O *logos* (aspecto racional do discurso) está presente na justificativa das decisões. Apresentar o percurso feito para dizer como se chegou a determinada decisão traz

segurança jurídica. A justificação da leitura que os Desembargadores fazem dos argumentos sobre a responsabilidade civil na perda da chance retira o caráter arbitrário ou injusto da decisão. É uma tarefa prática, porque aplica a norma ao caso particular.

Normalmente, os Desembargadores têm como auditório os Tribunais das instâncias superiores. No entanto, consideram-se, também, como sendo seu auditório, as partes, os advogados e a sociedade. O auditório é especializado, estando bem delimitado em função das considerações de ordem formal. De acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988], 2005, p. 114), as considerações de ordem formal são textos bem delimitados que constituem os domínios de argumentação específicos e são pontos de partida de novos raciocínios. Há uma situação relacional entre os argumentos.

Os lugares comuns representam acordos próprios dos auditórios de ordem muito geral, e o lugar específico é característico de um auditório particular. Ambos têm pontos de partida que não precisam esforço de argumentação, porque são admitidos pelos auditórios. No caso do Direito do Trabalho como auditório particular, o ponto de partida são as normas, as competências da Justiça do Trabalho para processar e julgar o pedido, os doutrinadores a serem consultados, as presunções, as provas a serem produzidas que estão autorizadas pelo sistema jurídico, a distribuição dos processos por sorteio, a coisa julgada, a confissão e o acordo, o silêncio entendido como admissão de algum fato, enfim, o *corpus* da disciplina e o sistema jurídico, nos termos do que foi discutido na seção (3.1.3).

Verifica-se, então, a aplicação do Princípio da Inércia apontado por Perelman na seção (3.1.3), pela qual se decide como sempre se decidiu e, para mudar, é necessário que se apresentem justificativas. E, no mais das vezes, selecionam-se previamente os argumentos, para se tornarem presentes no discurso e valorizar o que é considerado mais importante. Para ter condições de julgar, os Desembargadores leem todo o processo e selecionam seus argumentos para justificar sua decisão e já nessa seleção de argumentos está presente a interpretação.

Se o valor da noção é clara e prévia à argumentação, a técnica usada baseia-se na extensão para aumentar ou restringir uma noção. Não é o caso do dano moral pela perda de uma chance, que se trata de uma cláusula geral aberta para mais de uma interpretação.

A forma do acórdão não tem uma limitação rígida de tempo e espaço como em um jornal ou uma revista, sendo que utilizam o espaço necessário para justificar suas decisões e que tenha lugar para os requisitos do acórdão (relatório, fundamentação e dispositivo). Já a construção do acórdão é sindética (**subseção 3.2.2.1**), porque os argumentos são estruturados

de forma estratégica, ao estabelecer relações precisas entre os elementos do discurso, com o objetivo de alcançar uma tomada de posição dos ouvintes.

Ao julgar sobre o tema dano moral pela perda de uma chance, está se tratando de um valor concreto, vinculado a um grupo determinado, representando um objeto de acordo da categoria do real (presunção); e, também, um objeto de acordo da categoria do preferível, presumindo um determinado comportamento: o grupo social reconhece como um valor não causar danos a outrem, presumindo que todos adotarão esse comportamento **(subseção 3.2.2.3, 3.2.2.3.5)**. O processo judicial investiga se alguém desrespeitou esse valor aceito pelo grupo e, se o fez, não agindo conforme o esperado, os julgadores têm o poder de determinar uma sanção. Trata-se da relação ato-pessoa, na qual não são os atos cometidos que são julgados, mas as pessoas; porém, as pessoas são solidárias com os atos que praticaram. As noções de responsabilidade, de mérito e de culpabilidade são relativas às pessoas e as noções de normas, de regras, considera, principalmente, o ato. São independentes para identificá-los (ato-pessoa) e ligados, para que sua intervenção conjunta caracterize domínios inteiros da vida social **(seção 3.3.2, 3.3.2.2.1)**.

No caso de improcedência do pedido de danos morais pela perda de uma chance, com a justificativa de que a vítima não comprovou os fatos alegados, sacrifica-se **(seção 3.3.1, 3.3.1.12)** o valor do dever de não causar danos para priorizar o valor de que é necessário fazer prova de suas alegações. Os dois valores são aceitos pelo auditório, mas, a partir de uma hierarquia, o segundo valor foi escolhido para embasar a decisão judicial, muito provavelmente em razão da segurança jurídica. Se não apresenta provas, presume-se que o acusado não causou um dano, provavelmente ele não causou o dano. Caracteriza-se, então, um lugar comum de quantidade, de validade geral: a preferência pelo provável ao improvável **(seção 3.2.2.3.6)**.

Por outro lado, violar uma norma e causar danos a outrem são considerados incomuns e vistos com desconfiança até que se demonstre o seu valor. O valor qualitativo de um objeto aparece quando ele está em risco e, por esse motivo, ganha um valor maior que os outros. No caso do pedido de danos morais pela perda de uma chance no Direito do Trabalho, presume-se o comportamento normal de todos os indivíduos envolvidos em um contrato de trabalho. Se isso não acontecer, o dever de reparar terá um valor maior que o poder diretivo do empregador de contratar, ou não, um empregado que recebeu a promessa de ocupação de um posto de trabalho.

Um das premissas da argumentação é o lugar da pessoa, que está diretamente relacionado ao lugar de quantidade e de qualidade, e trata da dignidade da pessoa, ao violar

um direito que acarreta a responsabilidade civil, inclusive pela perda de uma chance (**seção 2.5.3**). É um lugar comum aceito pelo auditório universal, de forma subjetiva, e que não precisa de grandes esforços argumentativos, uma vez que já faz parte do acordo entre as partes (**subseção 3.2.2.3, 3.2.2.3.6, 3.2.2.3.7**).

Os lugares específicos do Direito (**subseção 3.2.2.3, 3.2.2.3.7**) são representados pelos princípios gerais e pelas máximas. Os argumentos utilizados para caracterizar a perda da chance, por exemplo, são convergentes ao sistema jurídico brasileiro e a sua concepção de valores tem identidade em adágios latinos: “a simples possibilidade de dúvida não pode ser determinante”; para a convicção do juiz, é preciso contentar-se com um grau de certeza para a vida prática; *ne ultra petita*: a condenação não pode ultrapassar o pedido; *et audiat altera pars*: é necessário também ouvir a parte contrária; e *quisquis praesumitur bonus*: todos são presumidamente bons ou inocentes. Identificam-se com regras originárias do alemão como: quem cometeu uma falta deve arcar com suas consequências; o direito exige sanções; a chicana (abuso do direito) é proibida; e a confiança merece proteção (boa-fé). E, também, tem identidade com pontos de vista que devem ser levados em consideração pelo juiz na aplicação do Direito (Struck) e dizem respeito à responsabilidade; aos padrões; à proteção dos comportamentos habituais; ao interesse; ao interesse geral; à proteção social; ao princípio de ordem e à segurança jurídica.

Esses lugares específicos do Direito possibilitam a expansão de argumentos (**subseção 3.2.2.3, 3.2.2.3.7**), justamente para encontrar uma solução justa, razoável e equitativa em cada caso particular. Não são considerados como de ordem geral; eles apenas permitem a elaboração de uma metodologia jurídica influenciada pela prática, que guia o raciocínio jurídico. O julgador inspira-se no princípio alemão de que quem cometeu uma falta deve arcar com suas consequências. No entanto, para que seja responsabilizado o ofensor, deve-se comprovar que a sua ação ou omissão causou um dano a outrem; caso contrário, não haverá o reconhecimento da responsabilidade para fins de indenização, seja ela moral ou material. A avaliação da situação será feita a partir do caso concreto.

No Capítulo 3, verificamos que as técnicas argumentativas são de ligação ou de dissociação e que, nas técnicas de ligação, a Nova Retórica reconhece três tipos de argumentos: (a) os argumentos quase lógicos, (b) os argumentos baseados na estrutura do real e (c) os argumentos fundados na estrutura do real. Os argumentos formam um todo e estão em constante interação. Por esse motivo, mais de uma técnica argumentativa pode ser identificada na maior parte dos trechos. No entanto, independentemente da interação entre os argumentos,

a diversidade dos auditórios basta para justificar a sua acumulação, inclusive quando o orador se dirige a um único ouvinte, defende Perelman ([1988], 2005, p. 541).

Verificou-se que o recurso aos argumentos de autoridade (**seção 3.3.2, 3.3.2.3**) referidos nos segmentos **(2.3.a) (2.4.a) (2.5.b) (4.2.a) (4.3.e) (5.3.a), (5.3.b) e (5.3.c) (5.5.a), (5.5.b) e (5.5.c) (5.6.a) (5.7.a) e (5.7.b) (5.8.a) e (5.8.b) (7.2.a) e (7.2.b) (7.3.a) (7.4.a)**, tem o objetivo não só de reforçar o entendimento do julgador, mas, também, de generalizar esse entendimento para seu auditório (se muitos têm o mesmo entendimento, então ele é um consenso). Invocar o argumento de autoridade demonstra que quem o emprega assume um compromisso com ele e, ao mesmo tempo, esse argumento de autoridade já repercute no orador. Infere-se que quem emprega o argumento de autoridade concorda com ele. (**seção 3.3.2, 3.3.2.3**). Ademais, os argumentos de autoridade utilizados pelos Desembargadores completam uma rica argumentação, ao invés de constituir uma única prova. Quando se trata de argumento de autoridade do tipo de decisões de tribunais dos segmentos **(2.4.a) (2.5.b) (4.2.a) (5.4.b) (5.5.b) e (5.5.c) (5.6.a) (8.2.d) (9.2.a), (9.2.b) e (11.3.d)**, observou-se que são apresentados julgados mais recentes nos acórdãos (2012 a 2015).

Não existe esta preocupação quando se trata de argumento de autoridade do tipo doutrina (2000 a 2014), de acordo com os segmentos **(2.1.b) (2.3.a) (4.2.a) (5.3.a), (5.3.b) (5.4.a) (5.7.a) (5.8.a) (7.3.a) (7.4.a) (8.2.a) e (11.5.b)**. Em muitos casos, não havia sequer a indicação do ano de publicação da obra, somente o nome do autor, a edição e a editora. Infere-se que, nesses casos, se dá mais importância ao autor que à época da obra. Ao todo, foram utilizados dez autores para embasar os argumentos de autoridade do tipo doutrina nos acórdãos, mas cinco deles foram citados mais de uma vez, quais sejam: Sebastião Geraldo de Oliveira **(2.1.b, 5.7.a, 11.4.a)**, José Affonso Dallegre Neto **(2.3.a, 7.4.a)**, Sérgio Cavaliere Filho **(4.3.a, 5.7.a)**, Paulo de Tarso Sanseverino **(5.4.a, 5.7.a, 5.8.a)** e Sérgio Savi **(7.3.c, 11.5.b)**. O argumento de autoridade tem seu alcance vinculado ao prestígio, no qual se utilizam os juízos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas como meio de argumentação em favor de uma tese. Ele é inevitável, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 349), quando, na busca da justiça e da paz social, levam-se em conta as considerações baseadas na existência de uma tradição jurídica que se revela tanto na doutrina como na jurisprudência. (**seção 3.3.2, 3.3.2.3**).

Sobre a ordem de apresentação dos argumentos (**subcapítulo 3.5, 3.5.3**), constatou-se que não existe uma ordem rígida na apresentação dos acórdãos, quando se trata da apresentação dos argumentos, com exceção de sua ordem exterior. A ordem exterior do acórdão é o seu padrão (relatório, fundamentação, e dispositivo ou conclusão). Por outro lado,

na ordem nascida da argumentação guiada pela adaptação do discurso ao auditório, não é possível identificar uma determinada ordem; todavia, se verifica que os fatos (**subseção 3.2.2.3, 3.2.2.3.5**) são apresentados, normalmente, em primeiro lugar, conforme os segmentos (2.1.a), (2.1.b), (2.1.c), (3.1.a), (4.3.a), (5.1.a), (5.9.a), (5.9.b), (6.1.a), (6.1.b), (6.2.a), (6.2.b), (6.3.a), (6.3.b), (7.1.a), (7.1.b), (7.1.c), (7.1.d), (7.1.e), (7.1.f), (7.1.g), (7.1.h), (7.1.i), (8.1.a), (9.1.a), (9.1.b), (10.1.a), (10.1.b), (10.1.c), (11.2.a), (11.2.b) e (11.2.c). Isso porque desempenham o papel de elementos de acordos, e são apresentados no início do discurso porque usufruem um acordo mais amplo. A partir dos gregos, Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 560), estabelecem que o discurso judiciário é dividido em: exórdio, narração, prova, refutação, conclusão, epílogo (**subcapítulo 3.5**). Explicam que o exórdio é o que deve prender a atenção de todos, em que pese a aparência de pouca utilidade.

A autora desta tese conclui que, nos acórdãos analisados, o exórdio e a narração dos fatos são apresentados a um só tempo, não existindo uma efetiva separação do que é um ou outro. Esse trecho será chamado de *introdução* da fundamentação, e seu objetivo é captar a atenção do ouvinte e garantir as condições prévias para a argumentação. Além disso, Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 563) explicam que, de acordo com o gênero do discurso, inicia-se já enunciando a tese que será defendida, ou primeiro desenvolvem-se as razões, para depois serem apresentadas suas conclusões. Nos acórdãos analisados, essa ordem varia.

Alguns acórdãos **iniciam** expressando a tese a ser defendida com os seguintes enunciados:

- (a) “A sentença não comporta alteração” **(1.1.b)**.
- (b) “O Magistrado de origem julga improcedente os pedidos [...]. Sem razão.” **(4.1.a)**.
- (c) “Entendo que o caso dos autos insere-se neste último contexto, ao contrário do que concluiu o Juízo de origem.” **(7.1.a)**.
- (d) “O demandante busca o pagamento de indenização pela perda de uma chance [...]. Sem razão.” **(8.1.a)**.

Outros acórdãos desenvolvem as razões e, **ao final**, expressam sua tese com os seguintes enunciados:

- (a) “[...] entendo razoável e proporcional majorar o montante para R\$3.000,00.” **(2.6.b)**.
- (b) “[...] não há falar em indenização pela perda de uma chance. Mantém-se a sentença.” **(3.2.b)**.

- (c) “De modo que o autor faz jus ao pagamento de indenização pelo abalo moral sofrido [...]” **(5.9.e)**.
- (d) “Correta, portanto, a sentença que reconhece [...]” **(6.6.d)**.
- (e) “Frente ao expendido, nego provimento ao apelo do reclamante.” **(9.2.b)**.
- (f) “A autora não elencou nenhuma situação que demonstrasse a perda de uma chance, [...] o que impede a reforma da sentença.” **(10.2.c)**.

Um único acórdão destoou dos demais, ao apresentar sua tese **no meio** de uma argumentação. Nesse caso, o relator apresentou uma fundamentação (um artigo de lei), indicou sua tese e, em seguida, apresentou algumas decisões do Tribunal:

- (a) “Nesse contexto, entendo configurado o ato danoso da reclamada (cancelamento da contratação), o dano (ofensa à dignidade do trabalhador) e, por óbvio, o nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano suportado pelo autor.” **(11.3.a)**.

Verificou-se, também, que os argumentos que predominam nos acórdãos, sem uma ordem definida, são: leis (Códigos e Constituição), doutrinas, decisões de Segundo e Terceiro Grau, princípios e fatos. Porém, dos onze acórdãos pesquisados, sete utilizaram a lei (Códigos e Constituição) como primeira argumentação **[(2.2.a), (3.2.a), (5.1.b), (7.2.a), (9.1.a), (10.2.a) e (11.1.a)]**. A partir da análise dos acórdãos, conclui-se que:

- (a) os argumentos são agrupados para acentuar o efeito da convergência: os exemplos são agrupados para fortalecer a generalização **(seção 3.3.3, 3.3.3.1)**;
- (b) os argumentos variados que redundam numa mesma conclusão se reforçam mutuamente;
- (c) a convergência entre argumentos incentiva o aumento da amplitude da argumentação;
- (d) a amplitude da argumentação é uma forma de ter certeza que as premissas são fortes.

Em todos os acórdãos, observou-se repetição nos tipos de argumentos, encontrando-se um padrão: os artigos de lei citados nas decisões e as normas em geral são considerados um ABER, de ligação de sucessão, da espécie argumento pragmático, porque relacionam os acontecimentos (causa) e as consequências (efeito) dos mesmos.

A doutrina e a jurisprudência apresentam-se através de uma interação de argumentos e sua acumulação útil não tem qualquer restrição, além de oferecer benefícios para a relação dos argumentos e para a diversidade dos auditórios. **(subcapítulo 3.5)**. Apresentam uma identidade de categoria dos objetos e, portanto, a regra de justiça permite utilizar decisões anteriores, como o AQL, fundadas no princípio da isonomia. É um ABER, de ligação de

sucessão, da espécie argumento de autoridade (doutrina/jurisprudência) e, também, um ALFER, por meio do recurso ao caso particular, através do exemplo. Os argumentos pelo exemplo foram introduzidos para provar ou para deixar claro um enunciado, por meio de diversos exemplos não diferentes, com o objetivo de determinar a frequência do acontecimento e concluir sobre a probabilidade que se terá de observá-lo ulteriormente. **(seção 3.3.3, 3.3.3.1.1)**. E, nesse tipo de argumento, o papel da linguagem é fundamental, porque o sentido e a extensão das noções são influenciados pelos aspectos dinâmicos de seu emprego, destacam Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 406). **(seção 3.3.3, 3.3.3.1.1)**.

Além disso, representam um ABER, de ligação de sucessão, por meio do argumento pragmático, porque relacionam o acontecimento (causa) e as consequências (efeito) do mesmo. Aparentemente, a linguagem mais formal ou técnica utilizada na justificação de uma decisão não dá espaço para a utilização de uma diversidade maior de argumentos. Infere-se que, no discurso jurídico-decisório, a persuasão começa com a própria linguagem, pois, ao apresentá-la mais formalmente, transmite-se uma ideia de importância e seriedade dessas decisões.

Em algumas ocasiões, os argumentos de autoridade são qualificados por meio do uso do *epíteto*: **(2.1.b)**, **(4.2.a)**, **(5.4.b)**, **(5.7.a)**, **(6.6.c)**, **(7.3.a)**, **(7.4.a)** e **(11.5.b)**, com a função de ampliá-los ou retirar-lhes a força: “pertinente”, “oportuno”, “relevante”, “uníssono”, “Ministro aposentado do STJ”, “inócuo”. Essas denominações antecedentes são utilizadas em função de existirem vários autores que tratam sobre o tema. **(seção 3.3.2, 3.3.2.3)**. É uma forma de consolidar o argumento de autoridade.

Nos acórdãos analisados, 87,5% (oitenta e sete vírgula cinco por cento) dos epítetos foram utilizados para ampliar a força dos argumentos de autoridade, enquanto 12,5% (doze vírgula cinco por cento) tinham a função de retirar a força dos argumentos, conforme a tabela que segue ilustra:

Tabela 3 - Epíteto

Segmento	Epíteto	Argumento de autoridade	Função
(2.1.b)	oportuna	doutrina	ampliação
(4.2.a)	relevante	doutrina	ampliação
(5.4.b)	Ministro aposentado do STJ	jurisprudência	ampliação
(5.7.a)	uníssona	doutrina	ampliação

(6.6.c)	inócuo	argumento da reclamada	diminuição
(7.3.a)	oportuna	doutrina	ampliação
(7.4.a)	oportuno ensinamento	doutrina	ampliação
(11.5.b)	pertinente	doutrina	ampliação

Fonte: Elaborado pela autora (2015).

O argumento do ridículo, utilizado através da ironia, foi identificado em apenas uma ocasião **(4.1.a)**.

Sobre os argumentos de analogia, verificou-se que, para a *Teoria da Argumentação: a nova retórica* ([1988] 2005), é utilizado um significado diferente do que é proposto pelo Direito (**seção 3.3.3, 3.3.3.2.1**). Para Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 425), de forma que haja analogia, tema e foro devem pertencer a áreas diferentes, porque, se as relações confrontantes estão na mesma área, podendo ser abrangidas por uma estrutura comum, é caso de um raciocínio pelo exemplo ou pela ilustração, e não caso de analogia, uma vez que o tema e o foro fornecem dois casos particulares de uma mesma regra. Então, o que é usualmente aplicado como analogia pelo Direito, representa um raciocínio pelo exemplo ou pela ilustração para a Teoria da Argumentação de Perelman e Olbrechts-Tyteca.

Os argumentos pelo exemplo foram introduzidos para deixar claro um enunciado através de diversos exemplos próximos, com o objetivo de determinar a frequência de um acontecimento e concluir sobre a probabilidade que se terá de observar ulteriormente. Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 406) destacam que, na argumentação pelo exemplo, o papel da linguagem é fundamental, porque o sentido e a extensão das noções são influenciados pelos aspectos dinâmicos de seu emprego. (**seção 3.3.3, 3.3.3.1.1**).

Os argumentos utilizados nos acórdãos não apresentaram uma ordem definida, de acordo com o que foi verificado. No entanto, dos onze acórdãos pesquisados, sete utilizaram a lei (Códigos e Constituição) como primeira argumentação [**(2.2.a)**, **(3.2.a)**, **(5.1.b)**, **(7.2.a)**, **(9.1.a)**, **(10.2.a)** e **(11.1.a)**], e os demais argumentos vieram em seguida. A partir dessa constatação, infere-se que os argumentos pelo exemplo foram dispostos depois da regra que devem provar (**seção 3.3.3, 3.3.3.1.2**), sinalizando que os Desembargadores atentam para uma determinada ordem dos argumentos.

Verifica-se, também, que ao utilizar argumentos pelo exemplo, os Desembargadores pretendem aumentar sua intensidade através da regra de justiça: o que convenceu em uma

determinada situação poderá, também, convencer em outra semelhante ou análoga. (subcapítulo 3.5).

Outra constatação foi a de que os argumentos utilizados para caracterizar a perda da chance são argumentos complementares à teoria da perda da chance no direito comparado e deles são dependentes, principalmente na teoria francesa. Trata-se, de acordo com Perelman e Olbrechts-Tyteca ([1988] 2005, p. 537), da “interação entre argumentos estreitamente dependentes uns dos outros, sendo os primeiros o objeto nos quais se baseiam os segundos.”

Além disso, dentro dos parâmetros da pesquisa, não foram encontradas decisões que adotassem o entendimento italiano de que a reparação só se configura quando existir mais de 50% (cinquenta por cento) de probabilidade de obtenção do resultado desejado. Fala-se de uma chance real e séria, verificável no caso particular.

Mais importante do que conhecer a leitura que os Desembargadores fazem a respeito do dano moral pela perda de uma chance, é a própria caracterização da perda da chance. Os danos, tanto morais como materiais, são uma consequência. Verifica-se o reconhecimento pela maior parte dos Desembargadores ao ressarcimento pelos danos morais na perda de uma chance, desde que caracterizada a efetiva perda de oportunidade e feito o pedido adequado pela parte. No entanto, verifica-se que o lugar específico do Direito, que é ponto de partida da argumentação do dano moral, é o sistema jurídico, apoiado na legislação cível e constitucional, que interagem com a matéria trabalhista.

Constatada a perda de uma chance real e séria, reconhece-se o prejuízo moral da vítima. No que diz respeito à **conduta do empregador**, os argumentos adotados para configurar a perda da chance são assim expressados: um ato ilícito e injusto praticado por outrem, ato ou omissão ilícita praticado por outrem, a conduta negligente da empresa na demora para a extinção do contrato de trabalho do empregado (6.1.a), atitude imprudente da reclamada, descumprimento de promessa de contratação configurada como ato ilícito (11.3.a), por violar a boa-fé (2.2.c) que deve reger as relações contratuais, caracterizando, ainda, abuso de direito (11.3.a) (subcapítulo 2.1). No que diz respeito às **consequências ao empregado/vítima**, o dano moral é expresso da seguinte forma [(4.3.e), (5.9.f), (7.4.a), (7.4.b)]: frustração de expectativas do autor, ofensa à sua honra, imagem e/ou intimidade do sujeito (seção 2.4.3, 2.4.3.5, 2.4.3.9), decorrência natural do princípio geral do respeito à dignidade da pessoa humana, lesão à direito personalíssimo, sentimentos de angústia e de incerteza, atingindo diretamente a autoestima da vítima [(2.2.c), (5.2.b), (11.3.a)], em função da frustração sofrida e ofensa à dignidade do trabalhador (seção 2.5.3).

A partir da caracterização do que é o dano moral pela perda de uma chance, através das expressões que representam a conduta do empregador e as consequências ao empregado/vítima, constata-se que as expressões empregadas são noções subjetivas. O dano moral pela perda de uma chance somente poderá ser identificado no caso concreto. Esse entendimento (**seção 2.4.3, 2.4.3.7**) é reforçado com Higa (2012, p. 87-88), ao estabelecer que, epistemologicamente, não é adequado preestabelecer um determinado conceito jurídico, quando o legislador mesmo faz uma clara escolha pela redação a partir de cláusulas gerais.

Além disso, as expressões que foram destacadas do acórdão e indicam a conduta do empregador, e as consequências do ato para a vítima, identificam-se com alguns dos *standards* (**seção 2.4.3, 2.4.3.9**), usados, frequentemente, para fins de quantificação dos danos morais (método bifásico¹⁹⁵ de Paulo de Tarso Sanseverino), apresentados por Martins-Costa (2014):

- (a) a *gravidade da culpa do ofensor*: um ato ilícito e injusto praticado por outrem, ato ou omissão ilícita praticado por outrem, a conduta negligente da empresa, atitude imprudente da reclamada;
- (b) a *extensão do dano*: ofensa à sua honra, imagem e/ou intimidade do sujeito, lesão a direito personalíssimo, ofensa à dignidade do trabalhador, conforme **(2.2.c), (5.2.b), (11.3.a)**;
- (c) a *condição pessoal das partes*: “pois a reclamante, advogada da empresa e plenamente conhecedora de seus direitos”, conforme **(4.1.a)**; “No caso, o reclamante é pessoa humilde, haja vista que era empregado como motorista”, de acordo com **(7.4.b)**;
- (d) o *grau de sofrimento da vítima*: frustração de expectativas do autor, sentimentos de angústia e de incerteza, frustração sofrida, conforme **(4.3.e), (5.9.f), (7.4.a), (7.4.b)**.

Destaca-se, ainda, que, como símbolo linguístico que o dano moral é (e também a dignidade da pessoa humana), entre outros utilizados nos acórdãos, eles não são portadores de um conteúdo universal e imutável. Ao contrário, essas noções, de acordo com o tempo e lugar que são utilizadas, sofrem constante reconstrução e repactuação de seu conteúdo e significado. De acordo com Bakhtin ([1979] 1997, p. 280-282), todas as esferas da atividade humana estão relacionadas com a língua que, por sua vez, efetivam-se em forma de enunciados orais ou escritos e concretos e únicos (**subseção 4.1.2.2**). Somente no contexto de

¹⁹⁵ Une os *standards* abstratos de valoração e as informações concretas do caso.

uso é que os sentidos apresentam seus contornos, de acordo com as convenções sociais, que variam de acordo com a época e o lugar. O fenômeno social de interação comunicacional ocorre através dos enunciados, de acordo com Bakhtin (1999, p. 32-33). O significado vai se modificando de acordo com as mudanças sociais e, por esse motivo, o significado é dinâmico e depende da interação comunicacional dentro de um tempo-espaço.

A dignidade da pessoa humana (**seção 2.3.1**) contribui, como critério hermenêutico, para a solução das controvérsias que tratam do dano moral pela perda de uma chance, porque indicam a conduta considerada como uma ofensa à dignidade (violação de um direito fundamental), e que é um dos argumentos que sustenta o dano moral, principalmente, a partir do que foi chamado de constitucionalização do Direito Civil. Nas relações de trabalho, existe uma pessoa humana detentora de direitos fundamentais (**seção 2.5.3**) tutelados por sua dignidade e que não desaparecem ao configurar a relação de empregado/empregador. Assim, é plausível considerar o dano moral pela perda de uma chance como uma violação da dignidade da pessoa humana a uma espécie de direito fundamental, em razão da lesão ao princípio da solidariedade social, implicando o dever de respeito uns com os outros.

Conclui-se, por fim, que o dano moral pela perda de uma chance é sempre identificado (quando postulado pela parte) no caso particular, podendo ter, como suporte, o enunciado construído através da leitura dos acórdãos do TRT4, nos termos que segue:

O dano moral pela perda de uma chance, no âmbito do Direito do Trabalho, configura-se quando a conduta adotada por outrem, ao desrespeitar o princípio da boa-fé que envolve todas as fases de constituição do contrato de trabalho (pré, execução e pós), configurando um ato ilícito enquadrável como abuso do direito, frustra uma concreta e real probabilidade de vantagem, uma certeza de probabilidade de obter um lucro ou evitar um prejuízo de alguém. A configuração dessa conduta, gera um dano de ordem moral, passível de ser indenizado por lesão a direito personalíssimo decorrente do princípio geral do respeito à dignidade da pessoa humana.

Em função do caráter de cláusula geral da responsabilidade civil, mesmo com a análise de um *corpus* concreto, só é possível apresentar uma noção aproximada de um conceito de dano moral pela perda de uma chance no Direito do Trabalho. O enunciado apresentado somente permite a verificação de outras situações de dano moral pela perda de uma chance no caso particular. É a garantia (em tese) de que, na falta de um texto de lei expresso, a mudança nos objetos de consenso de uma sociedade não ficarão sem respaldo jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa representa o interesse em conhecer com maior profundidade o fenômeno jurídico do dano moral pela perda de uma chance, uma espécie de dano extrapatrimonial contemporâneo que ainda não está bem definido no ordenamento jurídico brasileiro. Partiu-se da leitura que os Desembargadores fazem sobre o tema, quando julgam os Recursos Ordinários no TRT4. Dessa forma, compreender a leitura que os Desembargadores fazem sobre a noção de dano moral pela perda de uma chance, para verificar de onde partem seus argumentos, quais são recepcionados por eles, e tentar encontrar um enunciado que pudesse apresentar todas as características do objeto analisado para serem aplicadas a casos particulares futuros, é a problemática enfrentada nesta pesquisa.

A fundamentação teórica do Capítulo 2 tratou do dano moral pela perda de uma chance, relacionado ao conhecimento já sistematizado no ordenamento jurídico brasileiro. Delimitou-se o conhecimento dos profissionais da área do Direito sobre o dano moral pela perda de uma chance, apresentando-se o entendimento de dano moral no nosso ordenamento e a mudança de foco sobre sua responsabilização, que passou do ofensor para vítima ao priorizar a violação de seus direitos. Trata-se, também, da origem da perda de uma chance através do Direito comparado e como está sendo aplicada no Brasil.

Abordou-se a constitucionalização do Direito Civil para demonstrar como os valores estabelecidos na Constituição interferem nas relações contratuais de trabalho entre os particulares. A função exercida pelos trabalhadores não afasta a condição de proteção aos direitos relacionados com os valores inerentes à dignidade da pessoa humana. E, para evitar que isso aconteça, é necessário utilizar as técnicas argumentativas da Nova Retórica, com vistas a propiciar a construção de um enunciado que proteja a dignidade da pessoa em todas as situações em que o indivíduo se encontra, inclusive nas suas relações de trabalho.

No Capítulo 3, por sua vez, abordaram-se os esquemas argumentativos a partir da Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, representados pela

interpretação no contexto de uso. Caracterizaram-se as técnicas argumentativas a partir da Nova Retórica, desenvolvendo-se suas premissas, os acordos, o auditório universal e a importância na ordem da argumentação. A utilização desses argumentos na análise dos acórdãos é relacionada com a linguagem em seu contexto de uso, ao estudar o fenômeno do dano moral pela perda de uma chance nos discursos jurídicos decisórios. Além disso, a compreensão daquele conceito no caso concreto é feito por meio da interpretação. Compreender, interpretar e aplicar traduzem-se em um único movimento, a partir da Hermenêutica Filosófica de Gadamer. É um movimento, porque dialético, que não tem início nem fim, pois um enunciado sempre se constrói a partir de um enunciado anterior e fará parte dos enunciados seguintes. Os Desembargadores, ao aderirem aos argumentos apresentados no processo ou a outros que consideram relevantes, estão imbuídos de uma pré-compreensão impossível de se separar do julgador. Assim, é necessário ter a consciência de que esses pré-conceitos acompanham os indivíduos e a tomada de decisão ou, no caso, o julgamento, deve ser feito de uma forma crítica para alcançar uma decisão equitativa, razoável, justa e o mais próximo dos ideais reconhecidos pela sociedade em que os Desembargadores estão inseridos.

Esses dois capítulos correspondem ao aporte teórico utilizado nas análises do Capítulo 4, que caracterizam o ato indenizatório e o conceito de dano moral pela perda de uma chance na leitura/interpretação da norma. Para alcançar tal pretensão, foram traçados os seguintes objetivos:

- (a) identificar as condições de produção e a forma discursiva do acórdão;
- (b) analisar os acórdãos a partir de pistas linguísticas apresentadas pelos Desembargadores ao proferirem seus votos no julgamento dos recursos interpostos no TRT4 que tratam sobre o dano moral pela perda de uma chance;
- (c) analisar a forma como as pistas linguísticas guiam o leitor para a compreensão do ponto de vista dos Desembargadores, no contexto apresentado e nos variados argumentos que apresentam;
- (d) verificar os argumentos apresentados pelos Desembargadores ao proferirem seus votos, mantendo ou desconstituindo decisões de Primeiro Grau que trataram sobre o ato indenizatório e o dano moral pela perda de uma chance;
- (e) analisar a justificativa dos enunciados dos acórdãos;
- (f) identificar os argumentos predominantes que constroem o conceito de dano moral pela perda de uma chance no acórdão.

Os objetivos propostos na tese foram alcançados, atendendo às exigências da sua linha de pesquisa, ao estudar os problemas relacionados com a leitura, em âmbito interdisciplinar (Letras e Direito), considerando a linguagem jurídica e a pesquisa com caráter prático para resolver problemas no contexto social.

O problema de pesquisa apresentou-se através de três questões interligadas, e que foram amplamente discutidas. O primeiro problema, tratado no Capítulo 2, questionou qual a interpretação de dano moral pela perda de uma chance, construída a partir da leitura da norma, da doutrina e da jurisprudência. Verificou-se, então, que a responsabilidade civil corresponde às obrigações decorrentes da conduta da pessoa e, por esse motivo, está inserida no capítulo das obrigações, no CCb. Está prevista, também, na Constituição e, em ambos, apresenta-se como cláusula geral do dever de indenizar. Com essa cláusula de caráter geral, é possível ampliar sua noção, por meio de uma interpretação extensiva, reconhecendo a obrigação de indenizar o dano moral pela perda de uma chance.

A indenização pelo dano moral tem aplicação no Direito do Trabalho, sendo competência de seus tribunais processar e julgar esse tema. O dano, para ser tutelado juridicamente, deve ser considerado relevante. O dano moral é considerado uma espécie do gênero dos danos extrapatrimoniais, ao lado do dano existencial e do dano biológico. Os elementos necessários para caracterizar o dano moral são identificáveis no caso concreto, justamente porque a norma trata do caso de forma geral, diante da impossibilidade de fazer uma legislação que contemple todas as possíveis situações.

A obrigação de indenizar pelo dano moral tornou-se um assunto pacífico, mas a doutrina e os tribunais tiveram dificuldade em reconhecer a perda de uma chance, por se tratar de um resultado incerto. É um assunto que teve influência do Direito francês e do italiano, e introduzido no país na década de 1990. A nomenclatura comumente utilizada é a perda de uma chance, mas também é reconhecida como a perda de oportunidade. O critério de reparação da perda de chances se refere a uma situação hipotética, na qual a vítima sofre uma lesão em seus interesses sobre um evento aleatório. Dessa forma, caracteriza-se a perda de uma chance sempre que incidir sobre um resultado aleatório (possibilidade de ganho), ocorrer a diminuição ou a eliminação de chances de obter o resultado aleatório esperado em razão da intervenção do réu e a não obtenção do resultado aleatório esperado (a vítima não obtém a vantagem que poderia surgir da oportunidade). É manifesto que a vítima não obteve a vantagem aleatória desejada por interferência do réu, ao mesmo tempo que não é possível afirmar qual teria sido o resultado da chance perdida (incerteza contrafactual).

Para que, efetivamente, se caracterize, a perda de uma chance deve se vincular à *causa* que faz com que ela exista no mundo dos fatos e que representa a situação lesiva; deve ser avaliado o seu caráter aleatório da conquista da vantagem cuja possibilidade foi obstada (futuro incerto) e não da chance que a vítima efetivamente tinha (passado certo). A resolução jurídica, portanto, deve ser vista na ótica do que seria melhor para a vítima. Aplica-se a *probabilidade* na perda de uma chance, porque o cálculo a ser feito é o da probabilidade de a vítima obter o resultado final esperado e não calcular o estado atual da vítima diante da não ocorrência do ato ilícito.

Além disso, a chance perdida deve ser real e séria, não é uma mera possibilidade que irá caracterizar a reparação por esta perda. O critério dos tribunais italianos para determinar o que é uma chance real e séria é feito através de um cálculo matemático: só terá direito à reparação aquela vítima que tinha mais de 50% (cinquenta por cento) de chances de alcançar um resultado positivo, além de não proteger interesses insignificantes, evitando a banalização dessa figura. No Direito brasileiro, a doutrina divide-se, uns para acolher a tese italiana, e outros para defender que não é possível medir interesses através de uma porcentagem, em que o sentido de “sério e real” deve ser estabelecido no caso concreto.

De acordo com o caso concreto, ainda existe a possibilidade de reparação da perda de uma chance por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, cumulados ou não. No caso dos danos morais, como não é possível medi-los matematicamente, mas apenas valorá-los, usualmente são aplicados *standards* para determinar seus parâmetros, devendo sempre ser considerados em conjunto com as informações concretas do caso, os quais são:

- (a) a *gravidade da culpa do ofensor*, que é coerente com a gradação da culpa estabelecida nos artigos 944, parágrafo único e 945, do CCB;
- (b) a *conduta da vítima*, que também é coerente com o que está estabelecido no artigo 945, do CCB;
- (c) a *extensão do dano*, ou seja, sua gravidade: quanto maior o dano, mais ele é indenizado e, ao contrário, quanto menor o dano, menos ele é indenizado;
- (d) a *condição pessoal das partes*, devendo apreciar suas condições dentro de seu contexto social;
- (e) o *grau de sofrimento da vítima*, considerado o mais inconsistente.

Esse método de avaliação é adequado para justificar as decisões judiciais, por considerá-las racionais e justas, não arbitrárias.

O dano moral pela perda de uma chance ocorre no âmbito trabalhista quando afeta a dignidade da pessoa humana; esse valor fundamental da ordem jurídica é estabelecido na

Constituição. A dignidade da pessoa humana é um símbolo linguístico em constante reconstrução, além da repactuação de seu conteúdo e significado e, por esse motivo, somente no contexto de uso é que o seu sentido será definido. A dignidade também está relacionada a diversas áreas do espaço social e tomada como referência por elas, inclusive nas relações de labor. O contrato de trabalho, em que pese se tratar de uma relação entre particulares, deve tutelar o direito das partes envolvidas, porque também nelas existe uma pessoa humana permeada de direitos fundamentais, que deve ter sua essência protegida. Assim, a responsabilidade civil que decorre da violação de um direito fundamental caracteriza a indenização por danos morais pela perda de uma chance.

Outro desdobramento do problema de pesquisa é o questionamento de quais são os elementos importantes considerados pelos Desembargadores do TRT4 para caracterizar o dever de indenizar e estabelecer a caracterização do dano moral pela perda de uma chance, a partir da análise de textos por eles construídos. Esse problema foi depurado através da leitura do fenômeno jurídico do dano moral pela perda de uma chance, por meio da Nova Retórica, tema abordado no Capítulo 3, o qual teve os resultados apresentados no Capítulo 4.

A Nova Retórica demonstra ser um hábil arcabouço para fundamentar a justificação das decisões judiciais, porque permite a leitura do fenômeno jurídico considerando o contexto histórico-social no qual está inserido, tendo papel fundamental para a concretização de direitos. A Nova Retórica apresenta-se como uma nova forma de raciocinar jurídica e dialeticamente porque parte, não de premissas verdadeiras, mas de premissas geralmente aceitas pelo auditório que se quer atingir. Ao se procurar o conceito de dano moral pela perda de uma chance a partir da leitura dos Desembargadores, está se requerendo a apresentação de um critério que permita identificar esse fenômeno. Isso porque as normas jurídicas apresentam problemas de imprecisão linguística e precisam de uma explicação para que seus termos ou definições sejam esclarecidos.

Certamente, ao socorrer-se do Poder Judiciário para a resolução de um conflito, os indivíduos esperam que a justiça seja feita, principalmente, através de uma decisão que represente os valores defendidos pela sociedade. Os mandamentos que se apresentam através de cláusulas gerais não têm um conteúdo predefinido, e seu sentido é apresentado no caso particular, ou seja, através da análise e decisão de cada caso concreto. O julgador, por sua vez, e muitas vezes, não consegue chegar a uma decisão justa apenas fazendo a subsunção do caso à norma, sem considerar o contexto em que está inserido. Nesse caso, ele justifica sua decisão através de um esquema argumentativo para conseguir a adesão do auditório, que são as partes, o tribunal de instância superior e a sociedade. Parte-se do lugar comum, que são os

entendimentos aceitos pelo auditório, e segue-se argumentando para conseguir persuadi-lo e chegar à decisão mais equânime e verossímil.

O ato de decidir, portanto, esclarece termos vagos ou ambíguos e demonstra o sentido da norma em um determinado contexto, interferindo nos fenômenos sociais e, ao fim e ao cabo, regulando seu comportamento. Daí a relevância do estudo das decisões judiciais, porque demonstram o posicionamento reiterado dos julgadores na aplicação da norma ao caso particular e refletem os valores aceitos pela sociedade. Por esse motivo, é relevante conhecer a leitura dos Desembargadores a respeito da existência de um dano que configure o prejuízo moral no caso da perda da oportunidade.

A Nova Retórica recebe críticas daqueles que afirmam que as decisões judiciais, baseadas na adesão a determinados argumentos para aceitar uma tese, são decisões arbitrárias e totalmente irracionais, uma vez que sustentados a partir de valores, estes são sempre relativos. Porém, as decisões arbitrárias se caracterizam por não apresentarem de forma clara qual o caminho percorrido para se chegar aquele resultado. Esse não é o caso das decisões justificadas a partir da argumentação, porque argumentação é persuasão, e não pode acontecer sem apresentar seus motivos. Além disso, a justificação é a forma como o julgador presta contas de suas decisões.

Os julgadores procuram as manifestações de adesão explícitas ou implícitas de cada auditório, para que a sua argumentação seja eficaz. São premissas admitidas pelo auditório e que, no caso do Direito, é reconhecido através de um sistema de referências, em que os argumentos podem ser testados, tendo uma importância fundamental. Trata-se do sistema jurídico no qual uma decisão está inserida. Essas premissas são estabelecidas pelas partes ou pelo próprio sistema, em função de hábitos adotados ou regras explícitas de procedimentos. Além disso, vários elementos coexistem e interagem entre si para conseguirem a adesão do auditório, tais como os valores aceitos pelo auditório, o prestígio do orador e a língua de que se serve, além do que é descartado pela lógica formal.

Os acordos são sempre precários, porque são definidos em um determinado tempo e espaço. O que pode gerar diferentes interpretações é a natureza desses acordos, a consciência de sua finitude, de seus limites e de suas possibilidades argumentativas. Isso acontece em um sistema jurídico que abrange acontecimentos futuros, por ser impossível determiná-los de antemão. Assim, os termos ou noções devem tentar ser bem explicados, mas também devem conter uma margem de interpretação que possibilite sua aplicação ao caso concreto.

Os objetos de acordos que podem servir de premissas da argumentação não pretende provar a verdade, mas tão somente, transferir para a conclusão a adesão outorgada a elas, e

que são identificados através da categoria do *real*, abrangendo os fatos, as verdades, as presunções. Há pretensões de validade para um auditório universal e da categoria do *preferível*, comportando os valores, as hierarquias e os lugares do preferível, somente podendo se identificar com um auditório particular. Os lugares específicos do Direito auxiliam o raciocínio judiciário, construindo uma dialética em que se tenta conciliar o respeito ao sistema com o caráter sensato de uma decisão, e são representados pelos princípios gerais de direito e pelas máximas.

Partindo das premissas, os esquemas argumentativos desenvolvem-se através de processos complementares de ligação, quando aproximam elementos diferentes, estabelecendo entre eles uma solidariedade; ou de dissociação, com o objetivo de separar elementos considerados um todo, para modificar um sistema de pensamento ou algumas noções nele integrantes. Destaca-se que os argumentos devem ser vistos como parte de um todo, porque estão em constante interação. As condições em que se desenvolvem os fenômenos da interação são imprecisas; no entanto, são elas que determinam, em grande parte, a escolha do argumento, a amplitude e a ordem da argumentação.

Esse movimento argumentativo, com o objetivo de justificar as decisões e, no caso desta tese, produzir o sentido do dano moral pela perda de uma chance, realiza-se dentro de uma prática autêntica de comunicação linguística, apresentando-se por meio da interpretação que tem como sustentáculo a Hermenêutica Filosófica. A interpretação no discurso jurídico ocorre a partir da condição de existência de uma pré-compreensão da totalidade para a atribuição de significado, de acordo com as regras e as práticas comunicativas aceitas por uma determinada língua, ou para a compreensão problemática de certas noções que não apresentam contornos bem definidos no ordenamento jurídico, podendo ser considerados como termos *vagos* ou *ambíguos*. O método jurídico de interpretação adotado nesta tese é a Nova Retórica, baseada no *tópico-retórico*, porque a interpretação parte de opiniões amplamente aceitas e utiliza os meios de persuasão para promover a adesão das partes aos seus argumentos (teses plausíveis), para encontrar a verdade.

Se a definição de dano moral pela perda de uma chance nos acórdãos do TRT4 exige um juízo de valoração, importa saber quais critérios estão orientando os Desembargadores, o que vem sendo feito através da justificação de suas decisões. A partir desse ambiente argumentativo, criaram-se as condições de elaborar as análises sobre a leitura dos julgadores. Através da discussão dos resultados (**subcapítulo 4.3**), foi possível a resolução do terceiro e último problema de pesquisa, ao ser construído um enunciado para conceituar o dano moral

pela perda de uma chance a partir da leitura feita pelos Desembargadores em acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

Inicialmente, verificou-se que a discussão dos resultados feita através da leitura dos Desembargados em acórdãos do TRT4 também teve interferência da leitura que a pesquisadora fez sobre o dano moral pela perda de uma chance nos acórdãos analisados. Além disso, o auditório a quem os julgadores se dirigem são os Tribunais das instâncias superiores, as partes, os advogados e a sociedade. O ponto de partida da argumentação são as premissas representadas por acordos admitidos pelo auditório, como o direito material, as questões processuais, o órgão julgador competente, entre outros.

Considerar o tema do dano moral pela perda de uma chance como um fenômeno jurídico relevante é tratar de um valor concreto e vinculado a um grupo determinado, no qual se presume o comportamento de não causar danos a outrem, a ser adotado por todos os integrantes daquela comunidade. O processo judicial faz a leitura do ato da pessoa para verificar se ela violou essa regra social, e os julgadores formalizam sua decisão através da sentença ou do acórdão, por meio de um processo argumentativo que justifica seus entendimentos.

Constata-se que há uma ordem externa de apresentação do acórdão representada pelo relatório, pela fundamentação, e pelo dispositivo ou conclusão, mas que não existe uma ordem rígida quando se trata dos argumentos que são orientados para a adaptação do discurso ao auditório a que se dirige; porém, a partir das análises, verificou-se que, como primeira argumentação, os Desembargadores utilizaram a lei (Códigos e Constituição). Além disso, nos acórdãos, os argumentos são agrupados para acentuar o efeito da convergência, de forma que os argumentos variados que redundam numa mesma conclusão se reforçam mutuamente. A convergência entre argumentos incentiva o aumento da amplitude da argumentação e a amplitude da argumentação é uma forma de ter certeza que as premissas são fortes.

Observa-se, nos acórdãos, uma repetição dos tipos de argumentos, inferindo-se que a linguagem mais formal utilizada na justificação de uma decisão não dá espaço para a utilização de uma diversidade maior de argumentos. No discurso jurídico-decisório, a persuasão começa com a própria linguagem, porque, ao apresentá-la dentro de uma formalidade, transmite a ideia de importância e seriedade dessas decisões.

Especificamente sobre a perda de uma chance, constata-se que os argumentos utilizados para caracterizar a perda da chance são argumentos complementares à sua teoria no direito comparado e deles são dependentes, nos quais os argumentos atuais se baseiam. Além disso, dentro dos parâmetros da pesquisa, não foram encontradas decisões que adotam o

entendimento de que a reparação só se configura quando existir mais de 50% (cinquenta por cento) de probabilidade de obtenção do resultado desejado. O que é reconhecido trata de uma chance real e séria, verificável no caso particular. Estando caracterizada a perda da oportunidade, o TRT4, em sua maioria, recepciona a possibilidade de reparação do dano em sua natureza patrimonial e extrapatrimonial.

O reconhecimento do dano moral pela perda de uma chance acontece pelo amadurecimento do entendimento de preocupação com a vítima e a intenção de tutela dos valores relacionados à dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana contribui, como critério hermenêutico, para a solução das controvérsias que tratam do tema, posto que indicam a conduta considerada como uma ofensa à dignidade. Na mesma linha, nas relações de trabalho existe uma pessoa humana detentora de direitos fundamentais tutelados por sua dignidade. Esses direitos fundamentais acompanham o empregado em sua relação laboral. Assim, é plausível considerar o dano moral pela perda de uma chance como uma violação da dignidade da pessoa humana a uma espécie de direito fundamental, em razão da lesão ao princípio da solidariedade social, implicando o dever de respeito uns com os outros. Constrói-se, assim, um enunciado para balizar o dano moral pela perda de uma chance no Direito do Trabalho, a partir da leitura dos Desembargadores, justificadas em suas decisões:

O dano moral pela perda de uma chance, no âmbito do Direito do Trabalho, configura-se quando a conduta adotada por outrem, ao desrespeitar o princípio da boa-fé que envolve todas as fases de constituição do contrato de trabalho (pré, execução e pós), configurando um ato ilícito enquadrável como abuso do direito, frustra uma concreta e real probabilidade de vantagem, uma certeza de probabilidade de obter um lucro ou evitar um prejuízo de alguém. A configuração dessa conduta gera um dano de ordem moral, passível de ser indenizado por lesão a direito personalíssimo decorrente do princípio geral do respeito à dignidade da pessoa humana.

A tese, então, cumpre os seus propósitos ao apresentar a relação entre os estudos em Ciências da Linguagem e o Direito, de forma interdisciplinar, através de uma pesquisa de caráter prático, objetivando resolver problemas no contexto social. O sentido da norma, de forma a se aproximar da justiça concreta, precisa interpretar o que os termos vagos ou ambíguos significam no caso concreto, lugar onde, efetivamente, é possível identificar os valores relevantes de determinada comunidade.

A partir das análises realizadas, verifica-se que os acórdãos são justificados e estão em consonância com os valores defendidos pela comunidade em que o sistema jurídico está inserido, até porque as decisões partem de lugares comuns, socialmente reconhecidos. Nos julgamentos, as interpretações estão sempre presentes, quer seja nas regras, quer seja nos

princípios. Justificar as decisões através das técnicas argumentativas afasta a arbitrariedade alegada, bem como torna seguro o ambiente jurídico no qual essas decisões estão inseridas.

Os discursos jurídicos decisórios fazem parte de um discurso maior, que são as relações sociais realizadas através e pela linguagem. Assim, esta pesquisa contribui para aprofundar o estudo da linguagem em seu contexto de uso, bem como para reconhecer a postura adotada pelos Desembargadores ao julgarem o fenômeno do dano moral pela perda de uma chance. Além disso, o assunto está diretamente relacionado a um problema real que afeta os trabalhadores-cidadãos, e a pesquisa pode colaborar na resolução dessas situações, caso elas cheguem à apreciação do Poder Judiciário. Por tratar-se de uma situação que afeta diretamente os integrantes de uma determinada comunidade, todos devem estar preparados para abordar o assunto, o que pode ser feito através da apresentação desse gênero discursivo aos discentes do curso de Letras e, também, através da implantação de uma disciplina de argumentação jurídica e gêneros discursivos nos cursos de Direito.

A leitura dos fenômenos jurídicos por meio da Nova Retórica apresenta um campo fértil para a realização de novas pesquisas nas mais diversas áreas, uma vez que cada fase de um processo judicial é representada por um discurso. Além disso, por tratar-se da linguagem em seu contexto de uso, que está em constantes transformações, as leituras são necessariamente permanentes, uma vez que os valores estão sempre se modificando no ambiente social.

Como pesquisa futura, a constituição de um *corpus* mais amplo de acórdãos pode revelar o uso de outras estruturas argumentativas, fornecendo entendimentos diversos sobre o dano moral pela perda de uma chance, ou até possibilitando o encontro de outras espécies de dano moral. Outra possibilidade é a análise das estruturas argumentativas de um *corpus* com os pedidos de danos morais pela perda de uma chance de determinada comarca, com o objetivo de revelar o comportamento daquela comunidade.

O ato de argumentar é inerente às atividades sociais e de linguagem, motivo pelo qual é tão importante no discurso. E o discurso, seja ele escrito ou verbal, é essencial na área jurídica como forma de comunicação e persuasão, em função de seu constante movimento. Entre o início que nada tinha sido feito e o final em que há muito a fazer, aquilo que já conheço me torna responsável¹⁹⁶, eis a minha pequena contribuição.

¹⁹⁶ O conhecimento nos faz responsável (Che Guevara).

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann. 3. ed. São Paulo: Saraiva, [1996] 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, [2001] 2011.

ANDRADE, Christiano José de. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ARAÚJO JUNIOR, Francisco Milton. **Doença ocupacional e acidente de trabalho**: análise multidisciplinar. São Paulo: Ltr, 2009.

ARISTÓTELES. **A ética**. São Paulo: Atena, 1959.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, [2000] 2006.

BACELAR, Jeferson Antônio Fernandes. Interpretação jurídica contemporânea e círculo hermenêutico: percurso histórico-filosófico. **Anais do XV Congresso Anual do Conpedi**, UEA –Manaus, 2006. p. 3605-3624.

BAKHTIN, Os gêneros do discurso. In: _____. **Estética da criação verbal**. Tradução, feita a partir do francês, de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, [1979] 1997. p. 278-327.

_____. **Marxismo e filosofia da linguagem**: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem. Tradução de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira; com a colaboração de Lúcia Teixeira Wisnik e Carlos Henrique D. Chagas Cruz. 9. ed. São Paulo: Hucitec, 1999.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, [1977] 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito, **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006.

BAZERMAN, Charles. Las formas sociales como hábitats para la acción. In: **Generos textuales, tipificación y actividad**. México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla- Facultad de Lenguas, 2012. p. 10-29.

_____. Actividades estructuradas discursivamente. In: **Generos textuales, tipificación y actividad**. México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla- Facultad de Lenguas, 2012. p. 99-121.

BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, [1989] 2002.

_____. **Aristóteles no século XX**. São Paulo: Edições Loyola, [1992] 1997.

BEUCHOT, Mauricio. **La retórica como pragmática y hermenéutica**. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 239-266.

_____. **Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito**. 6 ed., rev. atual. mod. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 10. ed. rev. aum. São Paulo: Atlas, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BONO, Maria. La ciencia del derecho y los problemas de lenguaje natural: la identificación del conflicto. **Isonomía**, México, n.13, p. 159-175, out. 2000.

BORTOLUZZI, Valéria Iensen. The agreed decision genre and the recontextualization of social actors. In: PARODI, Giovanni; BALTAR, Marcos Antônio Rocha (Org.). **Linguagem em (dis)curso**, Palhoça, v.10, n.3, p. 511-533, set./dez. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 maio 2015.

BRASIL. Lei 8.078/90 (**Código de Defesa do Consumidor**). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 09 fev. 2014.

BRASIL. **Decreto 1.171/94**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm>. Acesso em: 09 fev. 2014.

BRETON, Philippe. **História das teorias da argumentação**. Lisboa: Bizâncio, 2001.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 163, p. 153-166, jul./set. 2004.

CABRAL, Plínio. **A nova lei de direitos autorais** – comentários. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. Chaïm Perelman e a lógica jurídica. In: GONZAGA, Alvaro de Azevedo; GONÇALVES, Antonio Baptista. (Org.). **(Re) Pensando o Direito: estudos em homenagem ao Prof. Cláudio De Cicco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1. p. 93-110.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**. São Paulo: Método, 2013.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Avaliação do dano moral e discurso jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

CAVALCANTE, Mônica Magalhães. **Os sentidos do texto**. São Paulo: Contexto, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, [1996] 2007.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, [1996] 2008.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. Prefácio à edição brasileira à obra PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; rev. da trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, [1988] 2005. (Justiça e direito). p. XI -XVIII.

_____. **Interpretação constitucional**. 3. ed. rev. aument. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Racionalidade hermenêutica: acertos e equívocos. **DIREITO PÚBLICO Nº 1**, DOCTRINA, jul./ ago./set. 2003, p. 56-82.

CONSELHO NACIONAL DE DIREITO AUTORAL. **Legislação e Normas**. 3. ed. rev. e amp. Brasília: CND, 1985.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: COUTINHO, Adalcy Rachid et al.; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 159-173.

DASCAL, Marcelo. **Interpretação e compreensão**. São Leopoldo, RS: Unisinos, [1999] 2006.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELO FILHO, Luiz Philippe Vieira; FRAZÃO, Ana de Oliveira. (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional**: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série IDP). p. 203-218.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. 21. reimpr. São Paulo: Atlas, 2013.

DIEHL, Astor Antônio. **Pesquisa em ciências sociais aplicadas**: métodos e técnicas. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

_____. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. **Redigindo a sentença**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ESTEVÃO, Roberto da Freiria. **A retórica no direito**: a lógica da argumentação jurídica e o uso da retórica na interpretação. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

FABRÍCIO, Branca Falabella. Linguística aplicada como espaço de “desaprendizagem”: redescrições em curso. In: LOPES, Luiz Paulo da Moita. (Org.). **Por uma linguística aplicada INdisciplinar**. São Paulo: Parábola Editorial, 2006. p. 45-65.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: COUTINHO, Adalcy Rachid et al.; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97-110.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: MELLO, Cláudio Ari et al.; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 171-218.

_____. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37-75.

FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes. A argumentação quase-lógica de Perelman & Olbrechts-Tyteca: uma aplicação ao discurso científico-(contra-)argumentativo. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (Org.). **Hermenêutica e argumentação**: em busca da realização do Direito. Ijuí: Unijuí; Caxias do Sul: Educs, 2003. p. 259-281. (Coleção direito e política e cidadania, 12).

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil**: fatos jurídicos. Caxias do Sul: Educs, 2010.

FERREIRA, Pinto. A faculdade de direito e a escola de Recife. **Revista de Informação Legislativa** Brasília a. 14 n. 55 jul.set/1977, p. 4-20.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: RT, 1980.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito civil, responsabilidade civil: o método do caso**. Coimbra: Almedina, 2011.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**, 9. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 317-388.

FUZZER, Cristiane; BARROS, Nina Célia de. Processo penal como sistema de gêneros. **Linguagem em (Dis)curso**, Universidade do Sul de Santa Catarina, v.8, n.1, jan./abr. 2008. Tubarão: Ed. Unisul, 2000, p. 43-64.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e método**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, [1960] 2008.

_____. **Verdade e método II**. Petrópolis: Vozes, ([1986] 2002).

_____. Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica. In: FRUCHON, Pierre (Org.). **O problema da consciência histórica**. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, [1996] 2003. p. 57-71.

_____. **Hermenêutica em retrospectiva**. Tradução de Marcos Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, [1995] 2009.

_____. O problema hermenêutico e a ética em Aristóteles. In: FRUCHON, Pierre (Org.). **O problema da consciência histórica**. Tradução de Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, [1996] 2003. p. 47-56.

GARCIA, Maria. A desobediência civil como defesa da constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 2, p. 11-28, jul./dez. 2003.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: COUTINHO, Adalcy Rachid et al.; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 111-144.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. 3. reimp. Curitiba: Juruá, [2008] 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRODIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, [2006] 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 9. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, [1986] 2014.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade civil**: a perda de uma chance no direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012.

LACOMBE, Margarida Maria Camargo. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, [1998] 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [1991] 1997.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Irene. Gêneros discursivos. In: BRAIT, Beth (Org.). **Bakhtin**: conceitos-chave. 5. ed. São Paulo: Contexto, [2005] 2012. p. 151-166.

MAIA, Junot de Oliveira. O estudo de caso nas pesquisas de e-gov: a relevância de um olhar qualitativo na pesquisa em Linguagens e Tecnologias. **Linguagem & Ensino**, Pelotas, v.17, n.3, p. 603-626, set./dez. 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Dano moral decorrente do contrato de trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, [2007] 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. **Revista do Instituto Do Direito Brasileiro** (RIDB), Faculdade de Direito de Lisboa, ano 3, n. 9, p. 7073-7123, 2014.

MAZOTTI, Marcelo. **As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei**. Barueri, SP: Minha Editora, 2010.

MEDEIROS, João Bosco. **Redação científica**: a prática de fichamentos, resumos, resenhas. 11. ed. 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista**. 2. ed. São Paulo: Atlas, [2007] 2007.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 3. ed. São Paulo: Ltr, [2004] 2008.

MELO, Deywid Wagner de; SANTOS, Maria Francisca Oliveira. A retórica e sua contribuição para o estudo do gênero defesa pública. In: MELO, Deywid Wagner de et al. (orgs.) **Retórica e análise da conversação**: um encontro possível. Maceió: Edufal, 2011. p. 15-36.

MENDES, Eliana Amarante de M. A necessidade de justificação argumentativa: vagueza e ambiguidade. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 1, p. 3, 2014. pp 1-25 DOI: 10.12957/rqi.2014.10677).

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MEYER, Michel. **A retórica**. Revisão técnica de Lineide Salvador Mosca; tradução de Marly N. Peres. São Paulo: Ática, 2007.

_____. Prefácio. Aristóteles. **Retórica das paixões**; introdução, notas e tradução do grego de Isis Borges B. da Fonseca. São Paulo: Martins Fontes, [1989] 2003. (Clássicos). p. XVII - LI.

_____. Prefácio à edição brasileira à obra PERELMAN, Chaïm; OLBRESCTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; rev. da trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, [1988] 2005. (Justiça e direito). p. XIX -XXI.

MORAES, Evaristo de. **Os acidentes no trabalho e sua reparação**. Edição fac simulada. São Paulo: Ltr, [1919] 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: COUTINHO, Adalcy Rachid et al.; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 111-144.

_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 233 a 258, jul./dez. 2006.

MORAES, Roque; GALIAZZI, Maria do Carmo. **Análise textual discursiva**. 2. ed. rev. Ijuí: Unijuí, 2011. (Coleção educação em ciências).

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Tradução de Eloá Jacobina. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

MOZDZENSKI, Leonardo. **Multimodalidade e gênero textual**: analisando criticamente as cartilhas jurídicas. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Portugal: Coimbra Editora, 2003.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: DURIG, Gunter et al.; HECK, Luís Antônio. (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. p. 51-70.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional**. 5. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Ltr, [2005] 2009.

PAVIANI, Jayme. **Interdisciplinaridade: conceitos e distinções**. 2. ed. rev. Caxias do Sul: Educs, 2008.

PAVIANI, Jayme. Sentido e significado na perspectiva fenomenológica. In: FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes. (Org.). **Produção de sentidos: estudos interdisciplinares**. São Paulo: Annablume; Porto Alegre: Nova Prova; Caxias do Sul: Educus, 2003. p. 19-33.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, [1989] 1993.

PERELMAN, Chaïm. **Lógia jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi; rev. da tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; rev. técnica Gildo Sá Leite Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, [1979] 2004. (Justiça e direito).

_____. **Ética e direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, [1990] 2005.

_____. **El império retórico: retórica y argumentación**. Tradução de Adolfo León Gómez Giraldo. Colômbia: Grupo Editorial Norma, [1977] 1997.

_____. **Retóricas**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, [1989] 2004.

_____.; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; rev. da tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, [1988] 2005. (Justiça e direito).

PETRI, Maria José Constantino. **Manual de linguagem jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do direito do trabalho**. 3.ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

PLANTIN, Christian. **A argumentação**. SP: Parábola Editorial, 2008.

POPP, Carlyle; PARODI, Ana Cecília. A concepção pós-moderna de dano: releitura a partir do conceito constitucionalizado de patrimônio. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; CARNEIRO, Maria Francisca (Org.). **Dano moral e direitos fundamentais: uma abordagem multidisciplinar**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 45-66.

REALE, Miguel. **Experiência e cultura**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, [2005] 2007.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder**; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.).

Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007. p. 111-144.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: COUTINHO, Adalcy Rachid et al.; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-36.

_____. Os direitos fundamentais sociais, o direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: apontamentos sobre a possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). **Dignidade da pessoa humana:** fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010a. p. 375-421.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional:** estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 15-73. (Série IDP).

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais:** estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 551-602.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil:** da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHUBACH, Márcia Sá Cavalcante. A perplexidade da presença. In: HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 9. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista; SP: Editora Universitária São Francisco, [1986] 2014. p. 15-32.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Verdade e significado. In: ROCHA, Leonel Severo da; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** programa de pós graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 265-281.

SINGER, Reinhard. Direitos fundamentais no direito do trabalho. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e direitos privados: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 327-356.

SITYA, Celestina Vitória Moraes. **A linguística textual e a análise do discurso: uma abordagem interdisciplinar**. Frederico Westphalen-RS: URI, 1995.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença cível: fundamentos e técnicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOBRAL, Adail. Texto, discurso, gênero: alguns elementos teóricos e práticos. **Nonada Letras em Revista**, Canoas – UniRitter, v. 1, n.15, 2010.

STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.

_____. Sentido e significado na perspectiva fenomenológica. In: FELTES, Heloísa Pedroso de Moraes (Org.). **Produção de sentidos: estudos interdisciplinares**. São Paulo: Annablume; Porto Alegre: Nova Prova; Caxias do Sul: Educs, 2003. p. 35-52.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4. ed. atual. ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

TROPER, Michel. Uma teoria realista da interpretação. Tradução de Valeschka e Silva Braga. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 4, n. 8, p. 280-318, 2006.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e método**. Tradução de Ana Thorell; rev. técnica Cláudio Damacena. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

YUNES, Eliana. Elementos para uma história da interpretação. In: _____. (Org.). **Pensar e leitura: complexidade**. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2002. p. 97-103.

VIANA, Daniel Roepke; ANDRADE, Valdeciliana da Silva Ramos. Direito e linguagem: os entraves linguísticos e sua repercussão no texto jurídico processual. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 5, p. 37-60, 2011.

WACHOWICZ, Teresa Cristina. **Análise linguística nos gêneros textuais**. Curitiba: InterSaberes, 2012. (Série Língua Portuguesa em Foco).

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, [1976] 1984.

_____. **Introdução geral ao direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____. **Introdução geral ao direito II.** A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Fabris, 2002.

_____. **Introdução geral ao direito.** Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

WESTON, Anthony. **A construção do argumento.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.