UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE LETRAS CLÁSSICAS E VERNÁCULAS
ÁREA DE FILOGIA E LÍNGUA PORTUGUESA

RETÓRICA CLÁSSICA E NOVA RETÓRICA
NOS RECURSOS JUDICIAIS CÍVEIS:
A CONSTRUÇÃO DO DISCURSO PERSUASIVO

FABIO SOUZA TRUBILHANO

Orientadora: Prof^a Dr^a Lineide do Lago Salvador Mosca

São Paulo
2013

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE LETRAS CLÁSSICAS E VERNÁCULAS
ÁREA DE FILOLOGIA E LÍNGUA PORTUGUESA

RETÓRICA CLÁSSICA E NOVA RETÓRICA
NOS RECURSOS JUDICIAIS CÍVEIS:
A CONSTRUÇÃO DO DISCURSO PERSUASIVO

FABIO SOUZA TRUBILHANO

Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Letras Clássicas e Vernáculos, Área de Filologia e Língua Portuguesa, da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Letras.

Orientadora: Prof^a Dr^a Lineide do Lago Salvador Mosca

São Paulo

2013

Aos meus pais,

Sol e Angela.

AGRADECIMENTOS

À Profª Drª Lineide do Lago Salvador Mosca, docente e orientadora de exímia competência, pelo arcabouço teórico que me transmitiu nos últimos oito anos de convivência acadêmica e pela paciência e empenho ao indicar, com zelo, os melhores caminhos que deveriam ser trilhados na consecução desta pesquisa.

Aos Professores da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, dos cursos de graduação e de pós-graduação *stricto sensu*, pelos conhecimentos transmitidos em suas aulas, de incomensurável valor.

Aos colegas de doutoramento da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, pela agradável e harmoniosa convivência.

À Profª Drª Maria Lígia Coelho Mathias, pelos enriquecedores momentos compartilhados nesses últimos anos e por todas as orientações profissionais e pessoais.

Ao Prof. Dr. Antonio Henriques, pelas pesquisas que trilhamos na área da linguagem jurídica e da argumentação, que tanto auxiliaram na elaboração desta tese, e pelos férteis debates sobre língua portuguesa ocorridos em aprazíveis reuniões.

Aos colegas docentes da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, pelo agradável convívio acadêmico.

Ao Jaime Gonçalves Filho, pela amizade e constante apoio profissional, sem o qual seria impossível harmonizar as vidas acadêmica e advocatícia.

À Juliene Aparecida Lopes, pelo valioso auxílio que vem me oferecendo nos últimos anos e pela sólida amizade edificada.

Aos meus alunos, razão maior de minha dedicação à vida acadêmica.

“A Retórica parece ser capaz de, por assim dizer, no concernente a uma dada questão, descobrir o que é próprio para persuadir.”

Aristóteles,
Arte Retórica, Livro I, cap. II, 1.

“Todas as técnicas de argumentação visam, partindo do que é aceito, reforçar ou enfraquecer a adesão a outras teses ou suscitar a adesão a teses novas.”

Chaïm Perelman,
Lógica Jurídica, segunda parte, cap. I, 54.

RESUMO

A presente tese tem por objeto de estudo a construção do discurso persuasivo sob as óticas da Retórica Clássica e da Nova Retórica em três espécies de recursos judiciais cíveis, quais sejam, a apelação, o agravo de instrumento e os embargos de declaração. Assim, esta pesquisa teve por objetivo analisar os elementos retóricos presentes nos discursos judiciais delimitados e identificar a adequabilidade de cada estratégia persuasiva conforme a natureza e a modalidade do recurso judicial interposto. Para tanto, foram expostos e aplicados os fundamentos teóricos oriundos, sobretudo, dos ensinamentos clássicos aristotélicos e das modernas lições de Chaïm Perelman, entre outros estudiosos da linguagem, filosofia e direito processual civil, permitindo a averiguação de quais elementos retóricos se mostram mais eficazes e adequados em cada uma das modalidades recursais que compõem o *corpus*.

Palavras-chave: Discurso argumentativo. Retórica. Persuasão. Linguagem jurídica.

ABSTRACT

The objective of this thesis is to study the construction of the persuasive speech under the optics of the Classical Rhetoric and the New Rhetoric in three types of civil judicial resources, namely, appeal, bill of review appeal and motion for clarification. Thus, this study is aimed towards analyzing the rhetorical elements present in judicial speeches and identifying the suitability of each persuasive strategy according to the nature and type of the judicial appeal. As a result, the theoretical foundations were uncovered and derived primarily from the teachings of the classical Aristotelian and modern Chaim Perelman, among others scholars of language, philosophy and civil procedural law, allowing the examination of which type of rhetorical elements are more effective and suitable for each kind of appeal.

Keywords: Argumentative Discourse. Rhetoric. Persuasion. Legal language.

RÉSUMÉ

Cette thèse a pour objet l'étude de la construction du discours persuasif sous l'optique de la Rhétorique Classique et de la Nouvelle Rhétorique dans trois différentes espèces de voie de recours de la procédure civile brésilienne, à savoir, l'appel contre un jugement sur le fond, l'appel contre un jugement qui ordonne une mesure d'instruction ou provisoire et la demande de clarification. Ainsi, cette recherche visait à analyser les éléments rhétoriques présents dans les discours judiciaires déterminés et à identifier la pertinence de chaque stratégie persuasive en raison de la nature et de la modalité de voie de recours mise en place. Dans ce sens, ont été exposés et appliqués les fondements théoriques provenant, notamment, des enseignements de l'aristotélicien classique et des modernes leçons de Chaïm Perelman, entre autres spécialistes du langage, de la philosophie et du droit de la procédure civile, permettant l'enquête des éléments rhétoriques les plus efficaces et appropriés à chaque voie de recours qui compose le *corpus*.

Mots-clés: Discours argumentatif. Rhétorique. Persuasion. Langage juridique.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
PARTE I. RETÓRICA E ARGUMENTAÇÃO: pressupostos teóricos	16
CAPÍTULO 1. CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE DISCURSO RETÓRICO E ARGUMENTAÇÃO	17
1.1 A RETÓRICA CLÁSSICA	22
1.1.1 Retórica como Ciência.....	22
1.1.2 Teorização da Retórica na Antiguidade	26
1.1.2.1 Divisão do Discurso Retórico.....	27
1.1.2.2 Tipos de Provas Artísticas do Discurso Retórico	33
1.2 A NOVA RETÓRICA.....	36
1.2.1 O Declínio da Retórica Clássica.....	37
1.2.2 Surgimento da Nova Retórica	38
1.2.3 Rompimento com o Racionalismo Moderno.....	40
1.2.4 Raciocínio Demonstrativo e Raciocínio Argumentativo	42
1.2.5 Convencer, Persuadir e Coagir	45
1.2.6 A Nova Retórica e o Conhecimento Jurídico.....	48
CAPÍTULO 2. ESTRATÉGIAS ARGUMENTATIVAS	50
2.1 OBJETOS DE PERSUAÇÃO.....	50
2.2 TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS.....	53
2.2.1 Argumentos Baseados em Associação de Ideias	54
2.2.1.1 Argumentos quase-lógicos	55
a. Argumento da Incompatibilidade.....	56
b. Argumento da Regra de Justiça (a pari).....	58
c. Argumento da Retorsão	59
d. Argumento do Ridículo.....	60

e. <i>Argumento da Definição</i>	61
f. <i>Argumento de Comparação</i>	62
g. <i>Argumento do Sacrifício</i>	63
2.2.1.2 Argumentos Baseados na Estrutura do Real.....	64
a. <i>Argumento de Autoridade</i> (ad verecundiam).....	65
b. <i>Argumento de Maior Razão</i> (a fortiori)	67
c. <i>Argumento do Desperdício</i>	68
d. <i>Argumento ad hominem</i>	69
e. <i>Argumento ad personam</i>	70
f. <i>Argumento Pragmático</i> (ad consequentiam).....	71
g. <i>Argumento da Direção</i>	72
2.2.1.3 Argumentos que Fundamentam a Estrutura do Real.....	73
a. <i>Argumento pelo Exemplo</i>	74
b. <i>Argumento pela Ilustração</i>	75
c. <i>Argumento pelo Modelo</i>	76
d. <i>Argumento por Analogia</i> (a simili)	78
e. <i>Argumento por Metáfora</i>	79
2.2.2 Argumentos Baseados em Dissociação de Ideias	81
2.2.2.1 Argumento pelo <i>Distinguo</i>	82
2.2.2.2 Argumento pelo Dilema	82
2.2.2.3 Argumento por Exclusão (<i>per exclusionem</i>)	83
2.3 A FORÇA DOS ARGUMENTOS	83

CAPÍTULO 3. FIGURAS DE LINGUAGEM E ARGUMENTAÇÃO	87
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	87
3.2 FIGURAS DE ESCOLHA.....	88
3.2.1 Antonomásia	89
3.2.2 Eufemismo	90
3.2.3 Hipérbole (auxese)	91
3.2.4 Ironia	91
3.2.5 Metáfora	92
3.2.6 Perífrase	93
3.3 FIGURAS DE PRESENÇA	94
3.3.1 Acumulação (<i>congérie</i>)	95

3.3.2 Amplificação	95
3.3.3 Anadiplose	95
3.3.4 Anáfora	96
3.3.5 Antítese	96
3.3.6 Clímax (gradação)	97
3.3.7 Polissíndeto	97
3.3.8 Pleonasma	98
3.3.9 Quiasmo	98
3.3.10 Interrogação (<i>interrogatio</i>)	99
3.4 FIGURAS DE COMUNHÃO	100
3.4.1 Alusão	100
3.4.2 Apóstrofe	101
 CAPÍTULO 4. ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS DO DISCURSO E DO TEXTO	103
4.1 GÊNEROS DISCURSIVOS ARISTOTÉLICOS	103
4.1.1 O Discurso Deliberativo	103
4.1.2. O Discurso Epidítico	104
4.1.3 O Discurso Judiciário	105
4.1.4. A Interação entre os Gêneros Discursivos	107
4.2 ASPECTOS TEXTUAIS: COERÊNCIA, COESÃO E CONTEXTO	108
4.2.1 Considerações sobre Texto	108
4.2.2 A Coerência Textual	109
4.2.3 A Coesão Textual	110
4.2.4 Contexto	112
4.3 DISCURSO E TEXTO NOS RECURSOS CÍVEIS	112
 PARTE II. TEORIA GERAL DOS RECURSOS	116
 CAPÍTULO 5. ESBOÇO HISTÓRICO	117
 CAPÍTULO 6. CONCEITO	125

CAPÍTULO 7. NATUREZA JURÍDICA	130
CAPÍTULO 8. CLASSIFICAÇÃO DOS RECURSOS CÍVEIS	134
8.1 QUANTO À EXTENSÃO.....	134
8.2 QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO.....	136
8.3 QUANTO À INDEPENDÊNCIA OU DEPENDÊNCIA.....	137
CAPÍTULO 9. FINALIDADE E UTILIDADE	138
CAPÍTULO 10. ATOS PROCESSUAIS SUJEITOS A RECURSO	143
CAPÍTULO 11. EFEITOS DOS RECURSOS	147
11.1 OBSTÂNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO	147
11.2 DEVOLUTIVO.....	148
11.3 SUSPENSIVO	149
11.4 TRANSLATIVO	150
11.5 SUBSTITUTIVO.....	151
11.6 REGRESSIVO OU DE RETRATAÇÃO	151
PARTE III. ANÁLISE DO <i>CORPUS</i>.....	153
CAPÍTULO 12. RECURSO DE APELAÇÃO	154
12. 1 TRANSCRIÇÃO.....	154
12.2 ANÁLISE.....	171
12.3 TABELAS DE INCIDÊNCIA DOS RECURSOS RETÓRICOS.....	210
CAPÍTULO 13. AGRAVO DE INSTRUMENTO	213
13.1 TRANSCRIÇÃO.....	213
13.2 ANÁLISE.....	228
13.3 TABELAS DE INCIDÊNCIA DE RECURSOS RETÓRICOS.....	275
CAPÍTULO 14. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO	278
14.1 TRANSCRIÇÃO.....	278

14.2 ANÁLISE.....	285
14.3 TABELAS DE INCIDÊNCIA DE RECURSOS RETÓRICOS.....	311
 CAPÍTULO 15. COTEJO DOS ELEMENTOS RETÓRICOS PRESENTES NOS RECURSOS QUE COMPÕEM O <i>CORPUS</i>	 314
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 326
 REFERÊNCIAS.....	 329
 ANEXOS	 340
 ANEXO A – RECURSO DE APELAÇÃO	 341
 ANEXO B – RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO	 355
 ANEXO C – RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.....	 365

INTRODUÇÃO

Submetido o conflito à apreciação do Poder Judiciário, é comum que uma das partes, ou mesmo ambas, não se conformem com a primeira decisão proferida pelo magistrado. Em razão disso, e não é de hoje, a estrutura judicial disponibiliza aos seus jurisdicionados recursos próprios, a fim de que possam reconduzir o caso a uma nova apreciação.

Os recursos, portanto, trazem duplo benefício: possibilitam que eventuais equívocos praticados pelo julgador sejam afastados em novo julgamento e oferece apaziguamento social, garantindo ao cidadão que seu conflito de interesses será apreciado por mais de uma vez, sendo todas as decisões devidamente fundamentadas.

Assim, os discursos que compõem os recursos judiciais são mananciais férteis para a análise argumentativa, já que a finalidade precípua do discurso recursal não é outra senão persuadir o próximo julgador de que o antecedente apreciou mal as razões que lhe foram expostas. São textos, pois, retóricos por excelência.

Dentre as várias modalidades recursais existentes, preferiu-se realizar alguns recortes para o desenvolvimento da presente pesquisa, a fim de se apurar o emprego dos conceitos retóricos em campo discursivo delimitado.

Assim, o recorte foi realizado conforme os seguintes parâmetros: primeiro, optou-se por compor o *corpus* com recursos judiciais, e não administrativos, ou seja, trata-se de recursos previstos expressamente em lei processual e julgados por juízes de direito togados; segundo, optou-se por restringir a matéria à área cível, relacionada a direitos e deveres obrigacionais; terceiro, optou-se por três recursos judiciais cíveis, por serem os mais corriqueiros na atividade forense, quais sejam, apelação, agravo de instrumento e embargos de declaração.

Realizado o recorte do *corpus*, a pesquisa teve por objetivo apurar a adequabilidade dos mecanismos retóricos empregados conforme a espécie recursal interposta. Para

a consecução de tal finalidade, o trabalho foi estruturado em partes. Na primeira parte, foram tecidas considerações teóricas sobre a Retórica Clássica, com ênfase nos ensinamentos aristotélicos, e sobre a Nova Retórica, com ênfase nos ensinamentos de Chaïm Perelman.

Assim, pretendeu-se expor tanto o arcabouço teórico clássico, envolvendo, sobretudo, as partes do sistema retórico (*inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *actio* e *memória*) e os tipos de provas (*éthos*, *páthos* e *lógos*), como também o arcabouço teórico proposto pela Nova Retórica, com destaque às técnicas argumentativas dos argumentos baseados em associação de ideias e os baseados em dissociação de ideias.

Ainda na primeira parte, robustecendo os pressupostos teóricos, teceram-se considerações sobre o papel argumentativo desempenhado pelas figuras de linguagem, sejam elas de escolha, de presença ou de comunhão; e, também, a importância da coerência e coesão textuais para o encadeamento lógico e persuasivo do discurso.

A segunda parte apresenta os conceitos básicos da teoria geral dos recursos judiciais cíveis, abordando tópicos imprescindíveis para a compreensão desse tipo de discurso, a saber: escorço histórico, conceito, natureza jurídica, classificação, finalidade, utilidade, cabimento e efeitos.

A terceira parte se debruça sobre a análise dos recursos judiciais que compõem o *corpus*, isto é, apelação, agravo de instrumento e embargos de declaração, extraíndo-lhes, a final, a tese sustentada neste trabalho acerca da adequabilidade de determinadas estratégias argumentativas, conforme a natureza e características de cada recurso, tais como foram estudadas e sistematizadas pela Retórica Clássica e a Nova Retórica.

Com tal propósito, o procedimento adotado para este trabalho de pesquisa, na terceira parte, foi o de analisar cada um dos parágrafos que compõem os recursos judiciais, identificando dados linguísticos, estilísticos e, sobretudo, as técnicas argumentativas empregadas, com base em fundamentos teóricos expostos nas duas

primeiras partes, a fim de aferir sua eficácia e adequação conforme as características próprias de cada modalidade recursal examinada.

PARTE I

RETÓRICA E ARGUMENTAÇÃO: pressupostos teóricos

CAPÍTULO 1. CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE DISCURSO RETÓRICO E ARGUMENTAÇÃO

Todas as relações humanas que estabeleçam interações são de algum modo mediatizadas pela linguagem, cuja significação é ampla e abrange não apenas a capacidade de nomear, criar e transformar a realidade, mas também possibilita aos indivíduos expressar-se e comunicar-se por meio de uma língua, efetuando troca de experiências e ideias, permitindo-lhes, ainda, desenvolver e relacionar fatos passados e futuros, discorrer sobre aquilo que existe ou mesmo imaginar situações inusitadas e coisas intangíveis.

A linguagem, portanto, é essencial para que os seres humanos, por meio de variados sistemas linguísticos, consigam organizar e categorizar o mundo, expressar suas experiências e realizar suas interações. Independentemente do meio e da forma pela qual essas ações são realizadas, é em razão da linguagem que as pessoas conseguem comunicar-se e desenvolver-se em sociedade. Dessa forma, não se concebe a realidade humana sem que sociedade e linguagem estejam associadas.

Assim como não há sociedade sem linguagem, não há sociedade sem comunicação. Tudo o que se produz como linguagem ocorre em sociedade, para ser comunicado, e, como tal, constitui uma realidade material que se relaciona com o que lhe é exterior, com o que existe independentemente da linguagem.¹

Por seu turno, para que a linguagem se perfaça, há necessidade de que os comunicadores compartilhem de um mesmo sistema de signos linguísticos, servindo, pois, de código, a fim de que o emissor possa tornar as ideias abstratas em códigos que sejam cognoscíveis pelos destinatários, os quais os decodificam a fim de buscar as ideias neles contidas. Não fosse assim, isto é, não houvesse o compartilhamento de códigos entre os comunicadores, não seria possível desenvolver entre eles sequer um simplório ato comunicativo, como aquele realizado pelos índios por meio do uso da fumaça e, menos ainda, uma comunicação mais complexa como são aquelas manifestadas por meio de uma língua moderna.

¹ PETTER, Margarida. Linguagem, língua, linguística. In: FIORIN, José Luiz. *Introdução à linguística: objetos teóricos*. 5 ed. São Paulo: Contexto, 2007. p. 11.

Nesse passo, resta claro que a finalidade da linguagem não é outra senão a de permitir a comunicação, compreensão e interação entre pessoas. É possível, assim, pensar na linguagem como uma ferramenta sofisticada que permite ao orador externar seus pensamentos, projetos, conhecimentos, memórias, ideias e experiências, bem como permite ao auditório compreender, interpretar e estabelecer um posicionamento crítico em face do discurso apresentado pelo orador.

Sem o domínio de uma língua comum, a comunicação não alcançaria o nível de profundidade e abstração que a língua oferece aos interlocutores. Por essa razão, orador e auditório devem partilhar de um mesmo sistema de signos linguísticos, ou seja, de uma mesma língua, capaz de permitir-lhes a transmissão e recepção da informação de modo complexo e detalhado, seja por meio da oralidade ou da escrita, formas estas cuja língua se realiza.

No entanto, os objetivos dos usuários de uma língua vão além de transmitir e receber informação. Na maioria das vezes, o falante vale-se da sua língua discursando de modo argumentativo, com o fim de persuadir o outro sobre seus pontos de vista, seja para que este passe a compartilhar das mesmas opiniões do orador, seja para persuadir o destinatário a praticar ato em determinado sentido ou mesmo abster-se de alguma conduta.

Quando o ato comunicativo percorre esse sentido, visando à persuasão, tem-se o que comumente é denominado de discurso retórico. Este tipo de discurso, portanto, tem por objetivo, por meio de procedimentos argumentativos e sem o uso da coerção, direcionar o comportamento e as opiniões do auditório, incutindo neste a mesma forma de pensar e agir apregoada pelo orador. Conforme ensina Carvalho², “todo discurso retórico contém, assim, de maneira mais ou menos explícita, um comando ou um apelo. Ele tenciona que esse apelo seja atendido, esse comando obedecido”.

² CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva: introdução à teoria dos Quatro Discursos*. São Paulo: É Realizações Editora, 2006. p. 92.

Ou seja, toda vez que argumentos forem empregados num discurso com a finalidade de persuadir um auditório, provocando ou aumentando sua adesão aos assuntos e teses abordadas, sem que haja uso da violência, haverá discurso retórico ou persuasivo. Além disso, Perelman³ adverte que um discurso retórico “pressupõe, com efeito, um contacto de espíritos entre o orador e o seu auditório: é preciso que um discurso seja escutado, que um livro seja lido, pois, sem isso, a sua acção seria nula”.

É possível supor, desse modo, que ao menos três elementos são indispensáveis para se construir ou identificar um discurso como sendo retórico ou persuasivo, quais sejam: o *orador* (transmissor do discurso), o *auditório* (pessoas ou grupos de pessoas a quem o discurso é transmitido) e o *assunto* (o comando ou apelo a ser obedecido ou atendido).

A forma como o orador apresenta o seu assunto a um auditório também confere características especiais ao discurso retórico, tendo em vista que seu desenvolvimento deve ser realizado por meio de argumentos, os quais terão de ser sensíveis ao destinatário, conquistando-o segundo seus valores, experiências, paixões, conhecimento, crenças culturais e ideologias.

Não é sem razão, portanto, que a Nova Retórica confere um cuidado especial ao auditório, como pode ser notado pelas palavras de Perelman⁴: “O conhecimento daqueles que se pretende conquistar é, pois, uma condição prévia de qualquer argumentação eficaz”. Assim, todo discurso cuja finalidade for persuadir deverá ser confeccionado visando às características e peculiaridades do auditório ao qual se destina, sob pena de a tonalidade argumentativa restar prejudicada ou mesmo ineficaz.

A título de exemplo, na práxis jurídica, é possível perceber que no recurso de agravo de instrumento, que é destinado à instância superior, os argumentos tendem a ser mais contundentes e impetuosos em relação à decisão impugnada do que os

³ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 29.

⁴ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23.

argumentos constantes nos embargos de declaração, já que estes são opostos perante o próprio magistrado que prolatou a decisão recorrida. Não considerar o auditório para o qual determinado tipo de recurso é dirigido acaba por prejudicar a efetividade argumentativa do discurso.

Acrescenta-se a este exemplo ainda, o fato de que a decisão do tribunal em julgamento de agravo de instrumento é, em princípio, colegiada, ou seja, depende da apreciação de três desembargadores que terão contato pela primeira vez com a matéria debatida, diferentemente dos embargos de declaração, que são apreciados por um único julgador que conduziu todo o desenrolar processual. Vê-se, pois, que este está inteirado de todo o contexto processual do caso concreto; aqueles não.

Assim, ainda que os julgadores subsumam o caso concreto e específico na previsão geral e abstrata da lei, o modo pelo qual o orador (advogados e promotores de justiça) argumenta fará com que exista maior ou menor adesão do auditório (ministros, desembargadores ou juízes) para o qual se dirige. Consequentemente, seu discurso será mais ou menos eficaz quanto aos seus objetivos de persuasão conforme sejam bem empregadas as provas e bem manejadas as técnicas argumentativas, inclusive no que se refere à adaptação do discurso aos seus destinatários e contextos específicos. Nessa esteira, ensina Perelman⁵ que:

[...] um advogado que pleiteia num caso comercial ou criminal, político ou de direito comum, de direito privado ou de direito internacional público, e de acordo com o gênero de tribunal que se trata de convencer, não utilizará nem o mesmo estilo nem o mesmo tipo de argumentos. O único conselho, de ordem geral, que uma teoria da argumentação pode dar na ocorrência é recomendar ao orador que se adapte ao seu auditório.

Para se adaptar ao auditório de julgadores, os recorrentes, independentemente do tipo de recurso utilizado, deverão argumentar, também, no sentido de que um determinado caso concreto e específico se enquadra ou não à hipótese geral e abstrata da lei. Isso porque as normas já estão postas, com valores já definidos e cristalizados nos diversos códigos do ordenamento, ou seja, a noção de justiça, em regra, já se encontra estipulada no direito positivo estabelecido pelos poderes constituinte e legislativo.

⁵ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 32.

Como os valores já estão determinados no sistema jurídico, a função do magistrado será a de julgar os fatos que lhe são apresentados conforme as hipóteses legais, evitando emitir reflexos de questões pessoais em suas decisões. Deve o magistrado, pois, deixar-se exprimir tão somente pelos valores preconizados no seio social e, de certa forma, ratificados nas leis e demais fontes de direito.

Prima facie, essa tarefa pode parecer fácil ao julgador, desde que conheça a lei e se inteire dos fatos concretos. Porém, ao debruçar-se sobre as particularidades e minúcias de cada caso, expostas de maneira diferente pelas partes, é possível, e até mesmo provável, que o magistrado se defronte com inúmeros obstáculos, os quais podem ser de direito, como na hipótese de haver mais de um preceito legal aplicável à questão em apreço, ou podem ser de matéria fática, como na costumeira hipótese de as provas trazidas aos autos não elucidarem integralmente a questão, mas apenas construírem um campo de probabilidades fáticas, de verossimilhança. É nesse campo de incertezas que a retórica ganha maior relevância.

É por essa razão que os embates jurídicos, a exposição de teses pelas partes, enfim, os discursos retóricos das partes, e o cotejo entre eles, são imprescindíveis para o juiz formar a sua convicção acerca do caso concreto e lançar sua decisão num ou noutro sentido.

Nesses embates judiciais, o Estado Democrático de Direito faz-se sentir por inúmeros princípios obrigatoriamente respeitados no curso do processo judicial, entre os quais se destacam o da ampla defesa e o do contraditório, de modo que a Retórica mostra-se de profunda relevância, pois as razões de decidir do julgador pautar-se-ão nas provas produzidas e, também, nos discursos argumentativos que lhe são apresentados.

Os recursos, a título de exemplo, mostram-se como uma das principais ferramentas de viabilização desse embate jurídico-discursivo. Isso porque os recursos judiciais são colocados pela lei à disposição das partes litigantes, a fim de que provoquem o reexame, explicação ou esclarecimento de uma decisão judicial pela mesma autoridade judiciária ou por outra de hierarquia superior.

Em um recurso, por exemplo, a parte recorrente terá de persuadir o julgador de que as suas razões de inconformismo estão enquadradas em determinado preceito legal, o qual lhe é favorável, e não naquele em que a decisão impugnada julgou ser, a fim de que o magistrado, ao reexaminar a causa, contrapondo os argumentos em debate, convença-se pelas teses apresentadas em sede recursal.

1.1 A RETÓRICA CLÁSSICA

1.1.1 Retórica como Ciência

Antes mesmo de Aristóteles, na antiguidade clássica, sistematizar os estudos sobre o discurso retórico, elaborando classificações, análises e definições, a retórica já era notada entre os antigos, ainda que lhe faltasse essa sistematização feita pelo mestre de Alexandre, o Grande. Mesmo porque, como explica Goffredo Telles Junior, no prefácio da *Arte Retórica e Arte Poética* do famoso pensador grego⁶, “foi apoiado em seu tratado dos ‘Tópicos’, ou seja, de sua teoria da argumentação dialética, que Aristóteles escreveu sua *Arte Retórica*”.

Para melhor entender, é preciso recordar que *Os Tópicos* fazem parte de um conjunto maior de estudos de Aristóteles, denominado *Órganon*, trabalho aristotélico este que aborda tanto estudos lógicos, em que expôs tanto os raciocínios analíticos, como os raciocínios dialéticos. Assim, além de *Os Tópicos*, que tratam das questões de verossimilhança, levando a uma conclusão provável por meio da argumentação, no *Órganon* também estão contidos os estudos dos “Analíticos Anteriores”, em que se discute a argumentação de um modo geral; e os “Analíticos Posteriores”, conhecidos igualmente como teoria da demonstração, pela qual é possível partir de proposições tidas por verdadeiras para atingir uma certeza irrefutável, apodítica.

⁶ ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.].

Em razão das teses sobre os raciocínios analíticos, Aristóteles foi considerado o pai da lógica formal, ficando esquecido pelos modernos teóricos o mérito da sua obra quanto à dialética, cuja importância reside, na essência, em ter descrito e valorizado o modo de pensar que parte de premissas aceitáveis, verossímeis, para se chegar a conclusão provável, mas que não pode ser reputada verdadeira em absoluto. Assim, nesse modo de pensar, exsurge a importância da retórica, cujo propósito é persuadir o auditório das conclusões obtidas pelo modo de pensar argumentativo-dialético. Por essa razão, e pelos seus estudos posteriormente realizados e atualmente preservados na *Arte Retórica*, Aristóteles passou também a ser considerado, contemporaneamente, como pai da Teoria da Argumentação, como bem demonstra Mosca:⁷

O ponto fundamental da doutrina aristotélica, no que toca à Retórica, reside em considerá-la do domínio dos **conhecimentos prováveis** e não das certezas e das evidências, os quais caberiam aos raciocínios científicos e lógicos. Por essa razão, seu campo é da controvérsia, da crença, do mundo da opinião, que se há de formar **dialeleticamente**, pelo embate das ideias e pela habilidade no manejo do discurso (grifos do autor).

Foi com Aristóteles, portanto, que a retórica erigiu-se como ciência para os gregos da Antiguidade, e posteriormente para os romanos. Mas não só, foi nesse período também, e muito em razão dos trabalhos desse pensador, que o discurso retórico transformou-se num importante objeto de estudos, análises e descrições para aqueles povos. Sobre a importância da retórica como ciência, Guiraud⁸ enuncia que:

De todas as disciplinas antigas, é a que melhor merece o nome de ciência, pois a amplidão das observações, a sutileza da análise, a precisão das definições, o rigor das classificações constituem um estudo sistemático dos recursos da linguagem, cujo equivalente não se encontra em qualquer dos outros conhecimentos daquela época.

Por essa razão é que comumente se diz que o berço da retórica é a Antiguidade Clássica. Entretanto, a retórica é intrínseca à linguagem e pré-existente aos estudos aristotélicos, de modo que sua origem, como fato e não como ciência, prende-se à origem da própria língua.

⁷ MOSCA, Lineide do Lago Salvador (Org.). *Retóricas de ontem e de hoje*. 3.ed. São Paulo: Humanitas, 2004. p. 20.

⁸ GUIRAUD, Pierre. *A Estilística*. São Paulo. Ed. Mestre Jou, 1970. p. 35-36.

Dessa forma, o posicionamento de que a retórica guarda suas raízes na Antiguidade Clássica deve ser compreendido *cum grano salis*, já que em tal período histórico não houve a criação da retórica em si; o que houve, sim, foi sua elevação ao patamar de ciência, passando a ser classificada e estudada sistemática e metodologicamente.

Não é sem razão que se pode dizer que a retórica origina-se concomitantemente com a comunicação verbal, pois quando um indivíduo pela primeira vez empregou palavras para persuadir o outro, em vez de força bruta, nesse momento foi plantada a semente do discurso retórico.

De fato, não é possível determinar com precisão as raízes da retórica, entendida não como ciência, mas como um instrumento discursivo de persuasão a ser empregado pelos falantes de um mesmo idioma nas relações sociais, pois tal origem confunde-se, no mais das vezes, com a própria origem e finalidade da comunicação verbal. Na citação de Florescu⁹, em marcante metáfora, é evidenciada essa dificuldade de precisar a origem da retórica:

Aucune discipline ne peut naître dans un endroit donné, à une date donnée et grâce à une cause unique. Tout comme on ne saurait dire à partir de quel grain ajouté à d'autres grains de blé on a 'un tas' de blé, il est impossible de préciser le moment où la rhétorique s'est constituée en tant que discipline.¹⁰

A conclusão obtida dessa explanação seria a de que existe uma retórica natural, expressada pela simples utilização da língua, e hábil a desempenhar o papel de persuadir alguém sobre algum ponto de vista. O paralelo traçado por De Meyer¹¹, a seguir citado, descreve bem esse fato: “De même que l'on communique sans avoir étudié la communication, on peut faire de la rhétorique sans avoir étudié la rhétorique”¹². Por outro lado, é importante dizer que essa capacidade pode ser

⁹ FLORESCU, V. *La rhétorique*. Genèse – Evolution – Perspectives. Paris: Les Belles Lettres, 1982. p.18.

¹⁰ Nenhuma disciplina pode surgir em um determinado lugar, em determinada data e com uma única causa. Assim como não se pode dizer de que grão, adicionado a outros grãos de trigo, formou-se “um monte de trigo”, é impossível especificar o momento quando a retórica foi constituída como uma disciplina.

¹¹ DE MEYER, L. *Vers l'invention de la rhétorique*. Une perspective ethno-logique sur la communication en Grèce ancienne. Louvain – La-Neuve: Pecter, 1997. p. 22.

¹² Assim como alguém pode comunicar-se sem ter estudado comunicação, é possível realizar um discurso retórico sem ter estudado retórica.

aprimorada, conforme o falante incorpora conhecimentos teóricos, por meio de estudos científicos sobre retórica, ao seu discurso, até então puramente intuitivo.

Aristóteles, ao realizar estudos sobre a retórica, teve por escopo encontrar um modo de raciocinar que permitisse a sustentação plausível de argumentos mesmo em situações problemáticas do cotidiano que fogem à certeza e ao raciocínio lógico, como pode ser depreendido do excerto de *Órganon* a seguir citado:

O propósito deste tratado é descobrir um método que nos capacite a raciocinar, a partir de opiniões de aceitação geral, acerca de qualquer problema que se apresente diante de nós e nos habilite, na sustentação de um argumento, a nos esquivar da enunciação de qualquer coisa que o contrarie¹³.

Os estudos do discurso retórico ganharam significativa importância na Antiguidade Clássica muito em razão do desenvolvimento dos campos político e jurídico, que passaram a respaldar regimes de governo democrático na Grécia e em Roma, como explica Henriques¹⁴: “A Retórica desabrocha e floresce após a queda dos tiranos e seu desenvolvimento cresce na mesma proporção em que se acentua o interesse do ser humano pela liberdade”.

O uso adequado da linguagem, naquele período, portanto, passou a ser indispensável ao orador para obter a adesão de determinado auditório pelo seu convencimento. Assim, nesse cenário, a persuasão dos membros das assembleias, na esfera política, e dos julgadores, na jurídica, dependia em grande escala do poder argumentativo do orador ao expor suas teses e propostas.

Além disso, todo cidadão ativamente participativo dos assuntos das cidades antigas praticava a retórica. A vida pública e a cidadania eram exercidas por meio de argumentos destinados a ponderar, sopesar, formar julgamentos e juízos de valor, sobretudo nos locais institucionais, como na ágora, nas assembleias e nos tribunais. A retórica estava comprometida com o contexto, com a realidade social, com a própria vida política, haja vista a florescência da democracia naquele período histórico.

¹³ ARISTÓTELES. *Órganon*: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofísticas. Bauru: Edipro, 2005. p. 347.

¹⁴ HENRIQUES, Antonio. *Argumentação e discurso jurídico*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 7.

Não foi sem razão que o primeiro tratado de métodos sobre retórica – *Teoria Retórica de Córax e Tísia* – surgiu na Sicília, aproximadamente 465 a.C., ocasião em que a tirania cedia lugar à democracia, permitindo aos cidadãos recorrer às vias judiciais para buscar seus direitos, necessitando, assim, de pessoas preparadas para os defenderem diante dos tribunais. A obra desses autores destinava-se, então, àqueles que queriam aprender a arte da persuasão por meio do discurso, destacadamente os discursos desenvolvidos nas cortes judiciais.

Importante ter em vista, conforme se depreende da leitura dos estudos retóricos clássicos, que a retórica antes de prestar-se ao ornamento e à estética, presta-se à necessidade de o cidadão expor suas ideias persuasivamente, fato que, no âmbito jurídico, desdobrou-se e ainda se desdobra na proteção e defesa de seus interesses em conflitos judiciais.

1.1.2 Teorização da Retórica na Antiguidade

O trabalho de Aristóteles, de certo modo, foi resultado da importância que os gregos conferiam à retórica, mostrando-se campo propício para que o famoso pensador cunhasse, pela sistematização, análise e descrição de discursos retóricos, a sua obra *Arte Retórica*, cujas raízes estão assentadas no tratado *Tópicos*.

Foi igualmente Aristóteles quem propôs uma nova definição para a retórica, mais simples do que a defendida pelos sofistas, afirmando que a retórica não se reduziria a um único fim, mas seria da mesma maneira o meio pelo qual se poderia chegar à persuasão de alguém diante de um caso específico.

Aristóteles, portanto, reabilitou a retórica ao integrá-la numa visão sistemática do mundo, onde ela ocupa seu lugar, sem ocupar, como entre os sofistas, o lugar todo. Mais ainda, Aristóteles transformou a própria retórica num sistema, que seus sucessores complementarão, mas sem modificar.¹⁵

¹⁵ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 43.

1.1.2.1 Divisão do Discurso Retórico

Foi Aristóteles o responsável pela divisão coerente do discurso retórico em quatro partes, as quais devem ser observadas pelo orador na composição de seu discurso. Aristóteles nomeou cada uma das partes do discurso levando em consideração as fases trilhadas pelo orador na construção da persuasão discursiva. À primeira delas deu o nome de *inventio*, à segunda de *dispositio*, à terceira de *elocutio* e à quarta de *actio*. É importante mencionar, também, que os romanos acrescentaram a essas partes mais uma, a qual foi denominada de *memoria*.

Como visto, a *inventio* é a primeira parte do sistema retórico e consiste no material de onde serão retiradas as teses e argumentos adequados para sustentar o discurso. Assim, dão subsídios a essa tarefa o levantamento e a criação de argumentos e provas a serem empregados no discurso. Nessa fase, o orador deve reunir todas as provas de que dispõe, bem como os argumentos a serem utilizados. É o primeiro momento do discurso, imbuído de profunda reflexão, em que se inventariam todas as armas de que o orador dispõe para ingressar no embate discursivo-dialético.

A *dispositio*, segunda parte do sistema retórico, consiste nos procedimentos utilizados para organizar o discurso no que tange à sua disposição interna. A seleção das teses e argumentos operados na primeira parte (*inventio*) devem ser, agora, alocados adequada e hierarquicamente na construção textual. Essa segunda parte se refere a dispor, no discurso, os argumentos já inventariados, ou seja, consiste na reflexão da ordem em que os argumentos devem ser apresentados ao destinatário. A *dispositio*, como modo de organização do discurso, é subdividida em alguns componentes, quais sejam, o exórdio, a narração, a argumentação e a *peroratio*.

Os instantes iniciais do discurso, em que será estabelecido o primeiro contato entre o orador e seu público, é o exórdio. Nesse momento o orador suscita a benevolência do seu auditório, requerendo sua atenção e esforçando-se para incutir-lhe empatia.

Ainda no exórdio, é comum que se apresente o assunto a ser tratado, de modo sutil e objetivo, preparando terreno para a edificação discursiva que se seguirá.

A segunda parte da *dispositio* é a narração. Aqui, em regra, os fatos deverão ser apresentados de modo claro, conciso e plausível, sem o orador, contudo, deixar de orientar o caminho pelo qual seguirá sua argumentação, pois a própria narração de fatos já é, por si, um ato argumentativo, pois a perspectiva como os acontecimentos são narrados influencia na persuasão do auditório.

Nesse tópico, contarão a favor do orador a organização cronológica do texto, a apresentação sequencial dos fatos e a supressão de conteúdo sem utilidade, que impeça a apresentação do tema objetivamente. Ademais, a narração deverá ser crível, ou seja, os efeitos devem coadunar-se com suas causas e o sujeito envolvido nos acontecimentos narrados deve ser capaz, segundo as suas qualidades e características, de corresponder àquilo que lhe é imputado.

Não obedecidos tais princípios, incorre-se em ausência de plausibilidade das alegações narrativas, o que consiste afronta à lógica do discurso e, conseqüentemente, falácias argumentativas. Portanto, a coerência textual interna e externa deve ser rigorosamente atendida, sob pena de construir-se discurso falacioso e argumentativamente ineficaz, podendo, até mesmo, macular a imagem do orador perante seu público.

Faz parte também da *dispositio* a argumentação, que, por seu turno, é composta pela confirmação e refutação das teses apresentadas. As provas, teses, opiniões e argumentos são aqui estrategicamente apresentados para contrastar o que foi exposto, ou deverá ser, pela parte contrária. Por isso, tende a ser a parte mais longa do discurso, entremeada de procedimentos de persuasão conforme se apresentam as provas e se sustentam as teses.

Ressalva importante a ser feita é que pode ocorrer de a argumentação não vir separada da narração, por opção do orador, entre tantas outras escolhas que podem ser feitas pelo autor do discurso a fim de melhor organizá-lo. Desse modo, ainda que o orador tenha de narrar os fatos nos quais alicerça seu discurso e argumentar para

ratificá-los e defendê-los, nada o impede de desenvolvê-los de uma única vez, ou sem divisões nítidas entre ambas as partes.

A última parte da *dispositio* é a *peroratio*. Como ocupa o espaço de encerramento do discurso, é comumente utilizado pelo orador para retomar as questões mais importantes desenvolvidas durante o discurso. Isso porque, encerrado o discurso, é esperado que o auditório realize suas próprias críticas e reflexões sobre as ideias que lhe foram apresentadas. Tendo isso em vista, mostra-se relevante estratégia persuasiva a de incluir na parte final do discurso a rememoração das principais ideias e teses expostas, pois é essa parte final que, normalmente, ressoa por mais tempo na cognição do auditório, influenciando-o no momento de suas próprias críticas e reflexões.

Uma vez explicadas as divisões da *dispositio*, cabe agora recuperar a exposição das partes do sistema retórico. A próxima a ser explanada é a *elocutio*, que corresponde ao estilo escolhido pelo orador na tessitura de seu discurso. Nesse momento, portanto, haverá a adequação entre o conteúdo e a forma, harmonizando os conceitos aos recursos linguísticos, em especial os recursos de estilística. Portanto, nessa parte do sistema retórico o orador deve ter especial atenção em construir discurso cujo conteúdo se harmonize com o estilo linguístico empregado: escolha lexical e de elementos de coesão, emprego de figuras de linguagem, adequação do nível de linguagem à situação discursiva concreta, entre outras possibilidades.

Sobre os gêneros que se relacionam com o estilo, os latinos apontaram três dentre os quais o orador poderia escolher tendo em vista dois elementos: o primeiro seria o assunto abordado e o segundo o auditório para o qual o seu discurso seria dirigido. São eles: o gênero nobre, o simples ou o ameno. Cada qual se mostrava conveniente para uma determinada finalidade, assim, se a intenção era comover, o nobre era o mais eficiente; fosse para explicar, o simples era usado com maior razão; e o ameno, quando a intenção era agradar.

Por isso, diz-se que os gêneros de estilo ligam-se à conveniência discursiva. Sobre essa característica, Aristóteles¹⁶ anotou que: “[...] não basta possuir a matéria do discurso, urge necessariamente exprimir-se na forma conveniente, o que é de suma importância para dar ao discurso uma aparência satisfatória”.

Ademais, o orador deverá atentar-se também para a clareza de seu discurso, ainda mais porque isso pode variar de auditório para auditório. Sobre a importância dessa característica, Aristóteles¹⁷ destacou que a clareza é a virtude do estilo. Embora a ambiguidade, a contradição e a obscuridade possam ser recursos daqueles que conscientemente valham-se delas para escusar-se de alguma questão, como sói ocorrer na seara diplomática, jurídica, política, publicitária etc., esses elementos em situações lógicas de enunciado são prejudiciais ao discurso, principalmente, se suas ocorrências não são intencionais, mas sim decorrentes de inabilidade ou desatenção do orador.

A energia, ao lado da conveniência e clareza, é também um elemento da *elocutio*. Ela consiste na necessidade de o orador imprimir uma força ao discurso, para que seu auditório capte os argumentos e adira ao seu ponto de vista. Além de ajudar o auditório no entendimento da mensagem, ela igualmente contribui para a realização de um discurso agradável. Para Reboul¹⁸, o orador: “deve mostrar-se em pessoa no seu discurso, ser colorido, alerta, dinâmico, imprevisto, engraçado ou caloroso, numa palavra: vivaz”.

A última parte que os gregos previram para o sistema retórico foi a *actio*. Assim, depois de o orador levantar e relacionar as ideias, provas e teses na parte da *inventio*, organizando-as conforme as partes da *dispositio* e adequando-as segundo o estilo mais conveniente, de modo conciso, claro e vivaz, como preceituado pela *elocutio*, ao orador faltará ainda a execução do discurso, ou seja, a sua concretização, por meio de elementos verbais e não verbais.

¹⁶ ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, [s/d]. p. 173.

¹⁷ ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, [s/d]. p. 176.

¹⁸ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 63.

A essa tarefa é que se dá o nome de *actio*, cuja função relaciona-se com a transmissão da mensagem e do assunto, estabelecendo, assim, o contato entre o orador e o auditório. É em razão dela, portanto, que além da parte textual do discurso, outros elementos suprasegmentais colaboram para a persuasão do discurso, como gestualidade, vestuário, timbre de voz, olhar e entonação, entre outros aspectos da linguagem corporal e da fala propriamente dita, em sua perspectiva físico-sonora. Vê-se, pois, que a *actio* está presente apenas nos discursos orais, sendo inexistente em textos escritos.

Os romanos, por seu turno, viram a necessidade de acrescentar ao sistema retórico construído pelos gregos a *memoria*. Como a antiguidade era predominantemente de tradição oral, a retenção mental do discurso a ser proferido para um auditório era a regra para aqueles povos. No entanto, é preciso alertar, como faz Lineide Mosca¹⁹, que a memorização nunca foi um entrave à criatividade, à improvisação, nem para aqueles povos tampouco para os dias de hoje:

Esta (a *memoria*), longe de ser um entrave à criatividade, permite uma melhor posse do discurso, o que não elimina a improvisação e a capacidade de adaptação às eventuais refutações. A *memoria* permite não somente reter, mas também improvisar.

Essas razões justificam, portanto, a memória ser também considerada uma das partes observada na construção discursiva. Hodiernamente, muitos são os recursos tecnológicos que ajudam o orador a reter o discurso, contribuindo, assim, com a memorização, como os computadores e projetores, lousas, roteiros discursivos impressos, celulares, gravadores de áudio e imagem, entre tantos outros.

Essas partes (*inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *actio* e *memoria*) são os elementos estruturais do discurso retórico. Tais partes, bem estruturadas, permitem ao orador efetivar a comunicação com profunda tonicidade argumentativa, a fim de encaminhar o auditório à adesão das ideias e teses propostas. Henriques,²⁰ em sua tese de doutoramento apresentada à Universidade de São Paulo, apresenta a importância dessas partes para o discurso retórico:

¹⁹ MOSCA, Lineide do Lago Salvador (Org.). *Retóricas de ontem e de hoje*. 3.ed. São Paulo: Humanitas, 2004. p. 30.

²⁰ HENRIQUES, Antonio. A dimensão retórico-jurídica nos autos religiosos de Gil Vicente. *Tese de Doutorado*. São Paulo: FFLCH-USP, 2003. p. 63.

[...] formam um todo harmônico, coerente, integrado num corpo sistematizado de normas e participam da mesma moldura discursiva com uma só e mesma finalidade: persuadir o auditório, embora se admita certa flexibilidade entre elas. Pode-se até admitir certa predominância de uma sobre a outra, mas todos concorrem para a coesão do conjunto. Romper esta unidade, separando as partes do todo, é desfigurar e, mesmo, adulterar a estrutura básica da Retórica.

Vê-se, pois, que as partes do sistema retórico são, entre si, componentes indispensáveis e complementares, não sendo recomendável ao orador valer-se de apenas uma ou algumas delas ao elaborar seu texto, mas sim aproveitar-lhes na intensidade e proporção exigidas pelo discurso a ser construído.

Se entre os gregos Aristóteles teve papel de destaque nos trabalhos sobre retórica, entre os romanos esse lugar foi ocupado por Cícero, com as obras *De inventione* e *De oratore*. Entre os vários méritos deste pensador no campo dos estudos retóricos, um deles é sua afirmação de que um discurso persuasivo deveria *docere*, *delectare* e *movere*, isto é, teria de ser capaz de instruir, agradar e comover.

O termo *docere*, empregado por Cícero, diz respeito à instrução a ser transmitida pelo orador, ou seja, o discurso deve estar preenchido com conteúdos relevantes para o auditório. Por sua vez, *delectare* consiste no deleitamento que o discurso deve proporcionar ao seu público, de modo que este possa recepcioná-lo como algo aprazível, permitindo-se aderir às suas teses. Por fim, *movere* relaciona-se ao arrebatamento emocional que o discurso deve provocar no auditório, motivando suas paixões para persuadi-lo.

As palavras de Reboul²¹ sintetizam essas funções do discurso retórico apresentadas pelo renomado pensador romano, como visto na passagem que se segue: “[...] *docere* é o lado argumentativo do discurso, *delectare* é o lado agradável, humorístico, etc., *movere* é aquilo com que ele abala, impressiona o auditório”.

²¹ REBOUL, Olivier. *Introdução à Retórica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti, São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. XVIII.

1.1.2.2 Tipos de Provas Artísticas do Discurso Retórico

Objetivando a persuasão, e contribuindo para a elevação da retórica ao patamar de ciência, Aristóteles elaborou conceitos acerca das espécies de provas passíveis de serem promovidas pelo discurso retórico, as quais também se constituem estratégias argumentativas destinadas ao convencimento.

Assim, as provas podem ser de dois tipos: as primeiras, denominadas inartísticas, não técnicas, ou extrínsecas, são aquelas que independem do orador, portanto, apresentadas anteriormente à *inventio*, como, por exemplo, testemunhos, confissões, leis, contratos, juramento, tortura etc.; as outras modalidades de provas são conhecidas como artísticas, técnicas, ou intrínsecas, cuja criação é feita pelo próprio orador para manter sua argumentação, necessitando, portanto, de seus próprios atributos argumentativos, de sua maneira peculiar de persuadir o auditório.

Como instrumentos voltados ao convencimento, construídos pelo orador, as provas artísticas, técnicas, ou intrínsecas foram cunhadas ainda na antiguidade, por Aristóteles, o qual as subdividiu em três categorias, considerando as finalidades persuasórias desempenhadas por elas no discurso. Nesse sentido, o pensador grego explica que “umas [provas artísticas] residem no carácter moral do orador; outras, no modo como se dispõe o ouvinte; e outras, no próprio discurso, pelo que este demonstra ou parece demonstrar”.²²

Desse modo, Aristóteles cunhou a tríade conceitual segundo a qual existem provas artísticas que agem sobre o auditório por meio da razão (*lógos*), por meio do carácter (*éthos*), e, até mesmo, pela paixão (*páthos*). Lineide Mosca²³ tece precisa explicação sobre esses elementos:

O discurso persuasivo, aquele destinado a agir sobre os outros através do *lógos* (palavra e razão), envolve a disposição que os ouvintes conferem aos que falam (*éthos*) e a reação a ser desencadeada nos que ouvem (*páthos*). Estes são os três elementos que irão figurar em todas as definições

²² ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução de Manuel Alexandre Júnior; Paulo Farmhouse Alberto; Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998. p. 49

²³ MOSCA, Lineide do Lago Salvador (Org.). *Retóricas de ontem e de hoje*. 3.ed. São Paulo: Humanitas, 2004. p. 22.

posteriores e que compreendem o instruir (*docere*), comover (*movere*) e o agradar (*delectare*).

Por *lógos* entende-se a exposição de argumentos coerentes, não incompatíveis, obedecendo às estruturas da lógica material e mesmo aos princípios da lógica formal, isto é, silogismos, aforismos e argumentos objetivos, sem levar em consideração as características (*éthos*) do orador ou as paixões (*páthos*) do auditório, mas tão somente as questões atinentes à coerência e logicidade do conteúdo do discurso. “Dessa maneira, [provas de persuasão baseadas no *lógos*] ligam-se à capacidade interna de persuasão da linguagem, por sua dimensão objetiva.”²⁴

Um exemplo disso, no discurso jurídico, é encontrado quando o recorrente argumenta que todos os requisitos de admissibilidade para a interposição do recurso estão presentes, demonstrando ao magistrado, por exemplo, o cumprimento do prazo estipulado pela lei para a referida interposição, bem como a efetuação do recolhimento da taxa judiciária igualmente determinada pela norma e mais uma série de outras exigências processuais. Seus argumentos, portanto, recairão em aspectos lógicos, materiais e objetivos.

Diante disso, ao julgador só restará cotejar o prazo estabelecido pela norma e aquele em que o recurso foi interposto, ou verificar se há ou não guia comprovando o pagamento da taxa judiciária, para, então, proferir seu juízo negativo ou positivo de admissibilidade quanto à tempestividade, ou ao preparo do recurso, dando-lhe ou não prosseguimento consoante critérios objetivos.

Sobre o *páthos*, isto é, as paixões, Aristóteles explicou que “[...] são as causas que introduzem mudanças em nossos juízos, e que são seguidas de pena e de prazer; tais são a cólera, a compaixão, o temor e todas as outras emoções semelhantes, bem como seus contrários”²⁵. Depreende-se do citado excerto que o *páthos* relaciona-se aos aspectos afetivos de um discurso, em que a persuasão do auditório é almejada por argumentos que tocam suas emoções, anseios, subjetividades. Há

²⁴ HENRIQUES, Antonio. *Argumentação e discurso jurídico*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 90.

²⁵ ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.]. p. 97.

no discurso, portanto, componentes de ordem emocional, estreitando a relação entre orador e auditório e influenciando no êxito ou não da persuasão.

Os discursos jurídicos e, especificamente, os recursos cíveis não escapam às paixões, sobretudo quando os recursos abordam com profundidade não só a matéria de direito, mas também o debate sobre a verdade dos fatos. Assim, num agravo de instrumento interposto contra decisão que negou liminarmente ao pai o direito de visitação do filho menor, mais eficaz tende a ser o discurso se o orador além de argumentar que possui tal direito por força de lei, conseguir despertar a emoção nos magistrados de instância superior, argumentando no sentido de ser necessária para o desenvolvimento saudável de uma criança a presença da figura paterna, bem como o sofrimento que tal afastamento pode proporcionar.

Isso tende a contribuir para a persuasão, porque os magistrados, assim como qualquer ser humano, agem motivados por um coeficiente emocional, subjetivo, sendo influenciados pelos elementos culturais, pelas suas preferências filosóficas, sociológicas, por seus pendores jurídicos, axiológicos, pelo meio social. Caberão aos recorrentes, portanto, mobilizar as emoções dos julgadores – seu auditório – envolvendo-os em seu discurso, persuadindo-os também pelo repertório das paixões.

Por sua vez, *éthos* é a imagem, isto é, as características (caracter, caráter) construídas pelo orador perante o auditório conforme profere seu discurso, podendo propiciar uma impressão positiva ou negativa, despertando no destinatário, respectivamente, credulidade ou incredulidade, ou mesmo simpatia ou desconfiança. Como depende do contato estabelecido entre o enunciador e seu destinatário, elementos como o tom de voz, as palavras escolhidas para discurso, corporeidade, vestimentas, enfim, todos os elementos utilizados para composição da imagem do orador revelam-se de considerável importância. Todos esses elementos, aliados a um discurso coerente, preciso e sem falácias, tende a promover no orador a imagem de fidedignidade, colaborando para a estrutura persuasiva.

Diz-se *éthos discursivo* aquele construído concomitantemente à realização do discurso, com elementos verbais e não-verbais, linguísticos e extralinguísticos. Pode

haver, no entanto, um *éthos* já conhecido pelo auditório, ou seja, um *éthos pré-discursivo*, construído amiúde com base em discursos anteriores, os quais interferem na interpretação que o destinatário fará do novo discurso. Assim, nesses casos, antes mesmo de o orador proferir o novo discurso, o destinatário já tem uma imagem formada de suas características, que poderá ser ratificada ou refutada durante a argumentação. Sobre esse tema, Ruth Amossy²⁶ realiza explicação clarificadora:

O ethos discursivo mantém relação estreita com a *imagem prévia* que o auditório pode ter do orador ou, pelo menos, com a idéia que este faz do modo como seus alocutários o percebem. A representação da pessoa do locutor anterior a sua tomada de turno – às vezes denominada ethos prévio ou pré-discursivo – está freqüentemente no fundamento da imagem que ele constrói em seu discurso: com efeito, ele tenta consolidá-la, retificá-la, retrabalhá-la ou atenuá-la.

Assim como o *páthos* não é afastado dos discursos realizados nos recursos cíveis, o *éthos* também não o é. Como essas peças processuais prestam-se à provocação do reexame de uma decisão judicial, cuja prolação é feita após a apresentação de determinados elementos, como, por exemplo, fatos, direitos e provas, o julgador de um recurso toma contato com um *éthos* que é construído ao longo de toda a demanda, não só o *éthos* dos advogados, mas também o *éthos* das próprias partes e testemunhas, conforme essas proferiram seus discursos na instrução processual. Assim, não só as alegações do recorrente influenciarão na construção de sua imagem discursiva, mas também o que foi apontado pela parte adversa e pela decisão impugnada.

Há de se ressaltar, contudo, que o recorrente não se encontra aliado de reconstruir seu *éthos* na via recursal, pelo contrário, a reconstrução da imagem discursiva, se não contraditória, poder-lhe-á ser favorável na reforma, invalidação, integração ou esclarecimento da decisão combatida.

1.2 A NOVA RETÓRICA

²⁶ AMOSSY, Ruth. Ethos. Trad. Sandoval Nonato Gomes-Santos. In: CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de Análise do Discurso*. Trad. Fabiana Komesu. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 221.

1.2.1 O Declínio da Retórica Clássica

Na Antiguidade Clássica, como visto *retro*, a retórica alcançou o *status* de ciência, sendo uma das áreas do conhecimento mais importantes para os estudiosos gregos e romanos, principalmente em razão de prestar-se aos fins democráticos, à medida que possibilitava o debate em contraposição à força física. Assim, dominar a retórica era ao mesmo tempo conhecer uma técnica como também praticar uma arte de reconhecida nobreza.

Os séculos, porém, desgastaram a concepção criada pelos antigos acerca da retórica. Sua altivez foi restringida aos usos mais formais, menos acessíveis, principalmente em razão do domínio da cultura pela Igreja e pela criação das universidades na Idade Média. Reboul²⁷ traça, sinteticamente, interessante panorama do esmorecimento dessa ciência nesse período:

É verdade que a retórica perdeu os grandes debates políticos, que só recuperará nas democracias modernas, mas ganhou outros gêneros: a epístola, a descrição, o testamento, o discurso de embaixada, a consolação, o conselho ao príncipe, etc.

Além disso, uma série de correntes teóricas e pensadores contribuíram para o declínio da retórica. Em seu *Discurso do Método*, por exemplo, Descartes rompeu com as bases da retórica ao repelir a dialética, considerando as proposições verossímeis como “quase falsas”; além de rejeitar o caráter nobre conferido à língua pela retórica. Locke, por seu turno, considerava que a retórica, por meio de artifícios verbais, falseava as experiências.

Assim também foram significativamente negativas as críticas direcionadas à retórica sob o ponto de vista da doutrina positivista que lhe rechaçava, em razão de ausência de verdades científicas; e o romantismo, que por pautar-se na sinceridade, afastava recursos que pudessem falsear os sentimentos.

Seu declínio, portanto, deve-se em razão da deturpação de seu uso em várias áreas, em que as questões relativas à forma do discurso acabaram sobrepujando

²⁷ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 76

aquelas pertinentes ao conteúdo, esvaziando as funções do discurso retórico. Isso porque as técnicas, que antes eram empregadas para auxiliar na confecção dos discursos, passaram a engessá-lo, entendendo-se falsamente a retórica como mero embelezamento discursivo.

O entendimento de que o discurso retórico era aquele que seguia estritamente, sem qualquer desvio, o preceituado por mestres como Aristóteles, Cícero entre outros, atingiu a retórica no seu âmago, ao comprometer, pela rigidez na aplicação das regras na elaboração do discurso, a persuasão do auditório. Diante dessas razões, cada vez mais a essa ciência foi sendo atribuído valor pejorativo.

Assim, quanto mais se imobilizava a retórica nos conceitos clássicos, mais a distanciava desses mesmos ensinamentos, chegando ao ponto de o discurso retórico ser considerado vazio de conteúdo, apenas de formato pomposo e empolado, deixando de persuadir por razões e argumentos, para enganar pelo estilo altivo. Essa ideia, porém, em nada condiz com aquela preconizada pelos grandes teóricos clássicos, de Aristóteles a Quintiliano.

Os aspectos, portanto, que diziam respeito à forma do discurso, isto é, à *elocutio*, foram colocados em primeiro plano, deixando de lado os aspectos relativos ao conteúdo. A retórica, distante de sua essencial original, passou a referir-se apenas ao estilo do discurso, destinado antes ao deleitamento de seu público do que à persuasão. Em razão disso, a retórica passou a ser considerada a arte da mentira, como se fosse uma intermediação artificial entre a verdade e o conhecimento.

O discurso retórico, porém, não dissocia o conteúdo do estilo, tampouco utiliza este para desvirtuar aquele. A forma deve servir à substância, ou seja, o estilo deve ter como finalidade precípua a expressão de uma informação do modo mais adequado. Baseando-se apenas no estilo, o discurso perde sua qualidade de retórico, deixando de atingir a persuasão do auditório sobre determinado tema.

1.2.2 Surgimento da Nova Retórica

Após a tradição clássica, conforme já exposta, a retórica foi tida por mero procedimento de ênfase ao estilo discursivo, em detrimento de seu conteúdo. Foi posta em segundo plano, por séculos, a função mais importante do procedimento retórico, qual seja, a busca da persuasão do auditório por meio da adequada e estratégica exposição das ideias do orador.

Esse panorama começa a ser redesenhado na década de 1960, com algumas doutrinas que, partindo dos ensinamentos preconizados pelos pensadores da antiguidade clássica sobre retórica, tentavam devolver a essa modalidade de discurso a altivez e o prestígio outrora lhe conferido. Mas não só, além de resgatar conceitos da antiguidade clássica, perdidos com os séculos, ou mesmo deturpados, para realocá-los nos devidos lugares, as modernas correntes também associaram essas práticas discursivas a estudos linguísticos, semióticos e pragmáticos.

Assim, a retórica moderna repensa os caminhos da retórica clássica. E, embora não seja estranha a essa, abre novos rumos anteriormente não desvendados. Primeiramente, porque o foco principal deixa de recair sobre a produção do discurso, para concentrar-se, também, em seu auditório e sua interpretação. Além disso, seu alcance é ampliado e diversificado, passando a atingir outros gêneros discursivos, verbais ou não-verbais, que não apenas os reconhecidos pelos antigos.

Dentre os principais estudos daquela década, duas podem ser destacadas. A primeira delas diz respeito à teoria desenvolvida pelo Grupo μ de Liège, a qual ficou reconhecida como Retórica Geral, cujas pesquisas e teorias centram-se nas questões sobre figuras de linguagem e naquelas que dizem respeito às linguagens não verbais. Em razão de seu objeto de estudo, as teses desenvolvidas pelo grupo belga têm para esta dissertação pouca aplicabilidade, embora sua importância para o revigoramento da retórica seja inquestionável.

A segunda corrente doutrinária que se destacou em meados do século passado foi a conduzida pelos teóricos Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, sob o nome de Teoria da Argumentação, cuja principal obra, intitulada de *Teoria da Argumentação: a nova retórica*, fixou novos caminhos e parâmetros para a análise e interpretação dos discursos retóricos, separando-os dos estudos sobre demonstração

desenvolvidos no Iluminismo, especificamente, pelo movimento do racionalismo moderno, para direcionar as questões no que diz respeito a premissas que são prováveis ou verossímeis, mas não verdades absolutas.

As questões linguísticas e literárias, para essa corrente, em certa medida, ficaram num segundo plano, sendo-lhe mais importante a lógica do verossímil, do razoável. Ou seja, a argumentação que mais lhe interessava era aquela fundada na lógica material e nos juízos de valor, vinculada à dialética da retórica clássica, como pode ser notado nas palavras de Perelman²⁸ abaixo transcritas:

[...] nos domínios em que se trata de estabelecer aquilo que é preferível, o que é aceitável e razoável, os raciocínios não são nem deduções formalmente correctas nem induções do particular para o geral, mas argumentações de toda a espécie, visando ganhar a adesão dos espíritos às teses que se apresentam ao seu assentimento.

1.2.3 Rompimento com o Racionalismo Moderno

Por mais de três séculos, a filosofia de Descartes orientou os povos ocidentais, sendo sua obra *Discurso do Método* um grande marco do racionalismo moderno. Segundo a referida obra, a perspectiva científica limita-se àquela decorrente do raciocínio lógico-formal. Assim, não haveria espaço, na busca da verdade, para premissas duvidosas, possíveis. Segundo o posicionamento cartesiano, o pensamento que estrutura a busca da verdade deve ser necessariamente alicerçado em premissas que constituem verdades absolutas, de modo que todas as outras, fora desse critério, são “quase falsas”, e, portanto, inábeis a formar o raciocínio científico.

A Nova Retórica, com seu expoente em Perelman, vem no sentido de quebrantar essas teses preconizadas por Descartes, argumentando na direção de que muitos dos fatos e acontecimentos em que os homens estão envolvidos e expostos não estão submetidos ao tipo de raciocínio proposto por Descartes.

²⁸ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 15.

Pelo contrário, na maior parte das vezes os raciocínios empregados nas relações sociais e intersubjetivas são formados por premissas verossímeis, isto é, premissas com aparência de verdade, razoáveis, prováveis, de modo que não podem ser enquadradas definitivamente como verdades absolutas, mas também não devem ser tidas por “quase falsas”. Assim, conforme a razoabilidade das premissas, maior ou menor a possibilidade de as conclusões serem verdadeiras.

Com o passar dos anos, muitos pensadores se insurgiram contra a lógica cartesiana, fato que propiciou o florescimento de novas teorias e teses contrárias a de Descartes. Além das lançadas pela Nova Retórica, outras teorias, como, por exemplo, a de Recaséns Siches, denominada de lógica do razoável, também com origens em meados do século passado, retomou a importância e validade dos raciocínios fundados em premissas verossímeis, como explica Alaôr Caffé²⁹:

Não existe apenas a Lógica Formal, demonstrativa, mas também uma lógica do razoável, mais ampliada, uma lógica da contingência, da argumentação, das proposições que não são exatas e perfeitas, não são verdadeiras ou falsas, porém, mais ou menos prováveis ou verossímeis, mais ou menos convenientes ou vantajosas. Assim, esse instrumental não é formal, mas implica em estabelecer provas, não provas demonstrativas e verdadeiras, e sim provas de maior ou menor peso, de maior ou menor relevância axiológica. E todo esse processo de pesar e estimar provas compreende a avaliação delas, a ponderação axiológica das provas.

Cabe ressaltar que diante de uma demonstração formal, ou seja, de um raciocínio fundamentado em premissas que de modo algum admitem discussão e das quais não se discute o conteúdo material, não há o que fazer senão apresentá-las ao auditório por meio de um raciocínio-analítico, sendo dispensadas ferramentas destinadas à persuasão, porque, nesse caso, não haverá espaço para que as teses padeçam de questionamentos ou dúvidas, desde que presente a validade formal do raciocínio.

Isso é diametralmente oposto ao que ocorre em discursos cujas premissas são meramente verossímeis, já que, neste caso, a persuasão do auditório dependerá de mais elementos do que a simples validade formal de raciocínio. Portanto, no campo do provável, a adesão do interlocutor está relacionada ao emprego de técnicas

²⁹ ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica; pensamento formal e argumentação; elementos para o discurso jurídico*. 3.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 397.

persuasórias e do adequado manejo discursivo. Sobre isso, Perelman³⁰ esclarece: “A retórica [...] difere da lógica pelo fato de se ocupar não com a verdade abstrata, categórica ou hipotética, mas com a adesão”.

Com a retomada das perspectivas clássicas sobre retórica, revigora-se a validade do raciocínio dialético-argumentativo, que busca a persuasão do auditório não apenas por meio da razão (*lógos*) e da instrução (*docere*), mas também por meio de outros elementos tão essenciais quanto, como o deleitamento (*delectare*) e o arrebatamento (*movere*) do auditório, bem como a imagem do orador (*éthos*) e as paixões (*páthos*) despertadas pelo seu discurso nos destinatários. A retórica, portanto, voltou a ser “a arte de defender-se argumentando em situações nas quais a demonstração não é possível.”³¹

O estilo empregado em cada discurso passa a ser, novamente, apenas uma das partes do sistema retórico, mas não o âmago da retórica em si, a qual, em verdade, constitui área de conhecimento de grande abrangência e de relevância ímpar, sendo evidente equívoco o enquadramento de “discurso retórico” como “discurso vazio”, pelo contrário, trata-se de “discurso cheio”, cheio de argumentos, provas, estratégias, raciocínios e reflexões. Por meio dos estudos discursivos contemporâneos, retoma a retórica a perspectiva de técnica científica na busca do maior grau de persuasão discursiva possível, ou seja, quais caminhos podem gerar maior efetividade no intento de o orador alcançar o assentimento do destinatário.

1.2.4 Raciocínio Demonstrativo e Raciocínio Argumentativo

Ainda que seja uma questão aventada na década de 1960, a diferença entre o raciocínio dialético-argumentativo e demonstrativo-analítico encontra suas raízes nos antigos, especificamente em Aristóteles, o qual propôs esses dois tipos de raciocínio: o primeiro, denominado de teoria da demonstração, fundamentava-se na verdade absoluta, sendo incontestável e incorrigível; e o segundo, ao contrário,

³⁰ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. 2. ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 70.

³¹ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 27.

permitia a obtenção de conclusões prováveis, porque fundado na verossimilhança das premissas.

Assim como os cálculos matemáticos, o raciocínio demonstrativo pauta-se em premissas e conclusões incontestáveis, cuja validade pode ser aferida independentemente de qualquer outra, em qualquer momento, lugar ou diante de qualquer pessoa. É possível dizer que esse raciocínio presta-se a qualquer destinatário, uma vez que possui auditório universal, não sendo necessário, dessa maneira, considerar os valores de um grupo específico ou indivíduo para persuadi-lo por argumentos pautados nas suas convicções, crenças ou paixões, mas somente demonstrando-lhe as evidências acerca de determinada proposição e a validade formal do raciocínio.

Desse modo, dentro de um sistema de proposições necessárias e verdadeiras, qualquer ilação em desacordo com as regras formais de raciocínio constituiria equívoco lógico. Assim sendo, o raciocínio demonstrativo encontraria seus fundamentos nas ciências naturais, em que as deduções e hipóteses são verificadas e não axiologicamente construídas.

Por seu turno, o raciocínio argumentativo não perde a validade caso determinada proposição ou conclusão não seja absolutamente verdadeira, por nem sempre haverá evidências da veracidade das premissas. Trata-se, pois, de estabelecer teses baseadas no verossímil, na possibilidade de verdade. Assim, os resultados a que se chega aqui não se confundem com aqueles do raciocínio demonstrativo, na medida em que as certezas absolutas e premissas indiscutíveis, típicas destes, não estão compreendidas na elaboração de um raciocínio argumentativo.

O raciocínio argumentativo não é dedicado a um destinatário genérico, de modo que a persuasão por meio de argumentos depende, necessariamente, de um auditório particular, determinado e específico, tendo em vista que aquilo que compete a determinado público poderá ser contestado por outro, em razão de os valores partilhados serem diferentes e, portanto, com índices de assentimento distintos conforme os valores, culturas e demais elementos subjetivos de cada auditório.

Pelos estudos de Aristóteles, percebe-se que tal pensador não atribuiu maior relevância a um ou outro modo de raciocínio, não havendo em sua teoria níveis de validade ou qualitativos, nem hierarquias entre a demonstração e a argumentação, tampouco conferiu maior prestígio e consideração a um deles em detrimento do outro.

A transformação realizada pela teoria de Descartes no pensamento ocidental, iniciado na época do Iluminismo, colocou em primeiro plano o raciocínio demonstrativo, desconsiderando a existência das premissas fundadas na argumentação, como bem anotado por Ulhoa Coelho: “Os dois modos básicos de raciocinar propostos pelo grande pensador da Antiguidade – isto é, por demonstração analítica ou argumentação dialética – não foram desenvolvidos, explorados ou sequer considerados na mesma medida.”³²

Isso porque Descartes, em seu já citado *Discurso do Método*, ignorou todas as formas de raciocínio que partiam de argumentos, preconizando apenas aqueles que recaíam no raciocínio demonstrativo, já que para ele, a verdade só poderia ser obtida quando as quatro regras, transcritas abaixo, fossem observadas:

O primeiro consistia em nunca aceitar como verdadeira nenhuma coisa que eu não conhecesse evidentemente como tal, isto é, em evitar, com todo o cuidado, a precipitação e a prevenção, só incluindo nos meus juízos o que se apresentasse de modo tão claro e distinto ao meu espírito, que eu não tivesse ocasião alguma para dele duvidar.
O segundo, em dividir cada uma das dificuldades que devesse examinar em tantas partes quanto possível e necessário para resolvê-las.
O terceiro, em conduzir por ordem os meus pensamentos, iniciando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para chegar, aos poucos, gradativamente, ao conhecimento dos mais compostos, e supondo também, naturalmente, uma ordem de precedência de uns em relação aos outros.
E o quarto, fazer, para cada caso, enumerações tão completas e revisões tão gerais, que eu tivesse a certeza de não ter omitido nada.³³

A Nova Retórica, com seus precursores, opõe-se a esse formalismo extremado, restaurando o valor do raciocínio argumentativo para os modos de pensar dos povos ocidentais. As premissas verossímeis voltam a ser valorizadas assim como aquelas realizadas pela demonstração. Assim, ainda que em certa medida haja uma ruptura

³² COELHO, Fábio Ulhoa. Prefácio à Edição Brasileira, XVI. In: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

³³ DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 31-32.

na estrutura da teoria de Descartes, a Nova Retórica não desconsidera a importância do raciocínio analítico-demonstrativo, como fizeram os formalistas com a argumentação. Assim, explicitam Perelman e Tyteca:³⁴

A publicação de um tratado consagrado à argumentação e sua vinculação a uma velha tradição, a da retórica e da dialética gregas, *constituem uma ruptura com uma concepção da razão e do raciocínio, oriunda de Descartes*, que marcou com seu cunho a filosofia ocidental dos três últimos séculos. [...] A própria natureza da deliberação e da argumentação se opõe à necessidade e à evidência, pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência. O campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo. (grifos do autor)

Diante de inúmeras situações as quais os indivíduos e os grupos a que eles pertencem estão sujeitos, há que se notar não existir uma prevalência do raciocínio analítico-demonstrativo sobre o dialético argumentativo. De fato, o que se tem são circunstâncias que exigem uma ou outra modalidade de raciocínio, dependendo do tipo de proposição. Nos casos em que as premissas permitem o embate de ideias, a argumentação logrará êxito, diferentemente se as teses estiverem fundamentadas em evidências, porque, neste caso, será mais eficaz a demonstração. Por essas razões, diz-se que o raciocínio argumentativo está para lógica do razoável assim como o raciocínio demonstrativo está para a lógica formal.

Perelman, então, principal representante dessa revitalização da retórica na modernidade, recupera as teorias aristotélicas, e extirpa as hierarquias erguidas entre esses tipos de raciocínios após a era clássica, fazendo com que a demonstração e a argumentação voltassem a equiparar-se, para ocupar o mesmo plano. Com ele, as proposições verossímeis deixaram de ser consideradas quase falsas, como defendido pelo racionalismo moderno, para tornarem-se o objeto de trabalho da retórica. Objeto este sobre o qual o orador tem de esmerar-se para atingir a adesão de seu auditório.

1.2.5 Convencer, Persuadir e Coagir

³⁴ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 1.

No *Tratado da Argumentação*, Perelman e Tyteca fizeram a distinção entre os termos *convencer* e *persuadir*, chegando à explicação de que o primeiro deveria ser empregado quando o raciocínio apresentado fosse o analítico-demonstrativo, e o segundo nos casos em que o raciocínio utilizado fosse o dialético-argumentativo.

Convence-se, portanto, por meio da lógica formal, com demonstração, um auditório universal, sobre uma verdade absoluta, aplicada em qualquer tempo e espaço. Em contrapartida, *persuade-se* pela lógica do razoável, com argumentação, quando há uma possibilidade de verdade, apresentada a um auditório particular, com características e valores determinados, num certo tempo e espaço.

Mas os mesmo autores ressaltam que essa distinção muitas vezes é problemática e precária, na medida em que os limites entre o significado dos termos *convencer* e *persuadir* é muito tênue: “Nosso ponto de vista permite compreender que o matiz entre os termos *convencer* e *persuadir* seja sempre impreciso e que, na prática, deva permanecer assim”.³⁵

Existem estudiosos da retórica, no entanto, que não veem utilidade nessa discriminação, como, por exemplo, Dupréel³⁶ e Reboul, cujos entendimentos apregoam o uso indistinto dos termos *persuadir* e *convencer*, ou seja, como sinônimos, indo de encontro à tese defendida pelos precursores da Nova Retórica sobre a aplicação específica de cada um dos termos. Segue, abaixo, texto de Reboul³⁷ em que explica seu posicionamento:

Alguns distinguem rigorosamente “persuadir” de “convencer”, consistindo este último não em fazer crer, mas em fazer compreender. A nosso ver essa distinção repousa sobre uma filosofia – até mesmo ideologia – excessivamente dualista, visto que opõe no homem o ser de crença e sentimento ao ser de inteligência e razão, e postula ademais que o segundo pode afirmar-se sem o primeiro, ou mesmo contra o primeiro. Até segunda ordem, renunciaremos a essa distinção entre convencer e persuadir.

³⁵ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 33.

³⁶ DUPREEL, E. *Communauté et pluralisme des valeurs: Les groupes à base de persuasion*. In: LEMPEREUR, A. (org.) *L’homme et la rhétorique*. Paris: Méridiens Klincksieck, 1990. p. 170.

³⁷ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. XV.

Ademais, é possível fazer uma subdivisão do significado do termo *persuadir*, especializando-o um pouco mais. Assim, um orador pode intentar *persuadir um auditório de algo*, ou *persuadi-lo a fazer alguma coisa*. Para os teóricos mais exigentes, a finalidade da retórica recairia na persuasão do auditório *de algo*, independentemente se existirá adesão capaz de culminar numa ação do destinatário em decorrência do discurso.

A conclusão a que se chega é que a retórica operaria seus primeiros efeitos ainda na seara das ideias. Tanto o é, que Reboul³⁸ afirma não haver discurso retórico se não houver a adesão no plano das ideias, isto é, a adesão de espírito, ainda que outrem pratique determinada ação. Parece, no entanto, haver um exagero nas palavras do eminente teórico, na medida em que a prática de determinado ato pode também ser a intenção do orador com seu discurso e, portanto, o seu objetivo teria sido atingido por meio da retórica. Perelman,³⁹ por exemplo, não compartilha da mesma opinião de Reboul:

[...] a argumentação não tem unicamente como finalidade a adesão puramente intelectual. Ela visa, muito frequentemente, incitar à acção ou, pelo menos, criar uma disposição para a acção. É essencial que a disposição criada seja suficientemente forte para superar eventuais obstáculos.

Assim, mesmo que a persuasão do auditório não chegue ao campo das ideias, o fato de ele sucumbir ao discurso do orador, mesmo levado por suas paixões, não pode ser suficiente para afastar o papel da retórica. Ao imaginar um recorrente que ao dirigir seu recurso ao tribunal não consegue a adesão dos magistrados sobre as razões de seu inconformismo, mas, despertando-lhes sentimento de compaixão, obtém julgamento que lhe é favorável, não há que se falar em ausência da retórica.

Diante de todas essas significações e distinções, uma parece ser indispensável aos estudos sobre retórica, consistente na diferença entre *persuasão* e *coerção*. Caso um auditório seja levado a aceitar determinadas questões por uso de força física, violência, ameaça ou domesticação, não será possível falar em discurso retórico, muito menos em argumentos pautados na lógica do razoável.

³⁸ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. XV.

³⁹ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 33.

Para se cogitar na adesão de espíritos por meio da retórica, é necessário que a persuasão tenha se dado de modo tranquilo e pacífico, em que os embates estejam circunscritos ao campo das palavras e das ideias, ainda que fervorosas. Não é sem razão, portanto, a afirmação de que os discursos retóricos prosperam em ambientes de índole democrática, como o processo judicial, tipicamente dialético, e a política, de um modo geral.

1.2.6 A Nova Retórica e o Conhecimento Jurídico

Direito e retórica desde a antiguidade caminham *pari passu*, fato plenamente explicável em razão de as duas ciências prestarem-se eficientemente aos propósitos democráticos, como bem disserta Bazerman:⁴⁰

A Retórica, como tendemos a concebê-la, nasceu na política e na participação cidadina - na ágora da *polis* grega, e depois no senado e nos tribunais de Roma. Desta forma, a Retórica está profundamente associada às formas de justiça, ao republicanismo, à democracia e à representação lá nascidos, que depois serviram como modelos, ideais e fantasias dos estados que se rebelaram contra o monarquismo, o absolutismo e o colonialismo desde o século XVIII.

O regime democrático, portanto, presta-se tanto ao direito quanto à retórica. Ao primeiro, por criar um ambiente em que o devido processo legal é a regra, carregando consigo seus corolários do contraditório e da ampla defesa. Quanto ao segundo, isto é, à retórica, por possibilitar o contato de espíritos entre as partes, permitindo o debate e adesão às teses.

É também em razão da democracia que as partes de um processo judicial são ouvidas, possibilitando o encontro entre retórica e direito, garantindo a dialética processual, indispensável na resolução dos conflitos trazidos à apreciação do

⁴⁰ BAZERMAN, Charles. *Gêneros textuais, Tipificação e Interação*. Org. Ângela P. Dionísio e Judith C. Hoffnagel. São Paulo: Cortez, 2005. p. 112-113.

judiciário. Este ponto de contato foi ainda mais estreitado após a revitalização da retórica, com as teorias modernas, como explica Ulhoa Coelho:⁴¹

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

A bem dizer, a retórica consiste em ferramenta discursiva cujo propósito é a persuasão pelo contato de espíritos, afastando-se da força bruta, da irascibilidade e da irracionalidade. Aplicada ao mundo jurídico e, especificamente, ao direito processual, funda a estrutura básica do devido processo legal (*due process of law*), ou seja, o debate de teses, o contraditório, a ampla defesa, a produção de provas, o acesso à jurisdição.

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Prefácio à Edição Brasileira, XVI. In: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. XVI.

CAPÍTULO 2. ESTRATÉGIAS ARGUMENTATIVAS

2.1 OBJETOS DE PERSUASÃO

A argumentação, diferentemente da demonstração, não exclui as ambiguidades, tampouco parte de um sistema formal de proposições corretas, consideradas verdadeiras ou hipóteses que devem ser aceitas pelo auditório, ao revés, a argumentação age para convencer o auditório das teses apresentadas. Por essa razão, entre orador e auditório deve-se estabelecer o contato, deve existir a transmissão de conteúdo.

Diante da importância de alguns contatos, a sociedade tende a institucionalizá-los, de modo a organizá-los, ou mesmo, conferindo-lhes obrigatoriedade. No caso dos recursos cíveis, por exemplo, a parte sucumbente, em regra, terá de recorrer ao tribunal de instância superior para apresentar sua impugnação, tendo em vista ser esse o procedimento judicial estabelecido pela lei para o desenrolar normal do processo.

Os contatos institucionalizados têm o condão de pré-estabelecer as linhas dos temas que poderão ser debatidos. Isso implica que a existência de desvio pode não ser aceita, ser tida por inconveniente, desrespeitosa, ou mesmo gerar escárnio ou escândalo. Assim, por exemplo, numa apelação espera-se que o apelante limite-se a debater no sentido da reforma ou anulação da sentença, assim como o embargante deve direcionar suas razões para que a ambiguidade, contradição ou obscuridade do provimento seja desfeita.

Como já estão reconhecidos e organizados pela sociedade, esses contatos auxiliam o orador a identificar e persuadir as pessoas ou conjunto de pessoas que quer influenciar pela argumentação. A adaptação do orador ao auditório, portanto, tende a ser mais eficaz, quando a direção do contato já está pré-estabelecida.

A adaptação ao auditório é necessária para que o orador tenha eficácia em seu discurso. Para isso o orador terá de escolher teses que sejam aceitas, admitidas

pelo seu auditório, ou não o sendo, terá de munir-se de recursos que estabeleçam uma solidariedade entre as premissas e as teses cuja adesão se requer. Segundo Perelman,⁴² na retórica a preocupação com o auditório é requisito de maior importância:

Aquele que, na sua argumentação, não se preocupa com a adesão do auditório às premissas do seu discurso comete a mais grave das faltas: a *petição de princípio*. Esta, considerada tradicionalmente como uma falta de lógica, não é uma falta de demonstração, pois ela em nada concerna à verdade ou à falsidade das proposições que constituem o raciocínio. A afirmação *se p, então p*, dizendo que uma proposição está implicada nela própria, não só é verdadeira, como é uma lei lógica fundamental: é o *princípio da identidade*. Mas desde que se passe para o ponto de vista argumentativo tudo muda, pois trata-se de obter, pela sua argumentação, a adesão à tese p: não se pode, então, apresentá-la, à partida, como uma tese já aceita pelos auditores.

O mesmo autor, ao lado de Tyteca⁴³, ensina que há objetos de acordo, isto é, instrumentos destinados à persuasão, os quais podem servir de premissas, que versam sobre o *real*, como os fatos, as verdades e as presunções, ou que se referem ao *preferível*, como os valores, as hierarquias e os lugares.

Os *fatos e verdades*, em princípio, são amplamente aceitos pelo auditório, já que aparentemente constituem-se dados estáveis, sem exigência de um reforço no sentido da adesão do auditório. Em contrapartida, uma vez que os fatos e verdades são rejeitados, e não conseguindo o orador mostrar que o auditório está enganado, parece não ser vantajoso ao orador que deles se valha, na medida em que a sua sustentação desqualificará tanto o discurso quanto a ele próprio.

Esses objetos de acordo, fatos e verdades, não são, portanto, absolutos, evidências incontestáveis, pois podem ser colocados em discussão. A prudência a ser tomada, contudo, refere-se aos acordos acerca de fatos e verdades que sejam de ordem geral, pois, nesse caso, a sua contestação fará com que o orador coloque-se numa posição ridícula, caso não apresente questão forte o bastante para reverter a descrença sobre a tese apresentada, o que pode ser feito por meio da

⁴² PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 42.

⁴³ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 73-125.

incompatibilidade entre fatos e verdades que se mostrem mais seguros e preferíveis que aqueles assumidos pelo auditório.

As *presunções* estão ligadas àquilo que se costuma chamar de razoável. Embora não tenham a mesma garantia dos fatos e verdades, possuem força para também formar uma convicção. Relacionam-se diretamente com a experiência, com o senso comum, com aquilo que se opera pela normalidade. Por essa razão podem ser até mesmo contestadas pelos fatos, ou mesmo cotejadas a estes para o fim de verificar sua aplicabilidade em determinada situação.

Contrapõem-se aos objetos de acordo sobre o real, os preferíveis. Estes podem indicar uma preferência, quando referirem-se a valores e hierarquias, ou podem aludir-se ao preferível, quando tratar dos lugares.

Os *valores*, segundo Perelman⁴⁴, apontam para o favorável ou desfavorável, para o que é apreciado ou depreciado, para o valorizado ou desvalorizado, para o qualificado ou desqualificado, criando preferências, combinando juízos de valor e hierarquizando objetos que, a princípio, encontram-se num mesmo plano.

Há valores universais, objetos de um acordo comum, outros que são particulares, partilhados apenas por determinados grupos. A característica dos valores universais é sua indeterminação, mas, a partir do momento em que são colocados diante de um caso particular, a controvérsia na sua aplicação pode ressurgir. Ao trazer o universal para o particular o orador tem a intenção de determinar os valores universais e ultrapassar suas teses particulares para o campo do universal.

Lineide Mosca explica que “os valores, embora precários e instáveis, prestam-se como meios de argumentação: argumentar significa admitir outros valores e que se possa ultrapassar os acordos particulares para chegar ao universal.”⁴⁵

⁴⁴ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 46.

⁴⁵ MOSCA, Lineide do Lago Salvador. *A subjetividade no editorial. Uma análise retórico-argumentativa do adjetivo*. Tese (doutorado). USP, São Paulo, 1990. p. 69.

Os valores são ainda classificados por Perelman e Tyteca⁴⁶ em concretos e abstratos. Os valores concretos estão para um ser particular, para um objeto ou grupo específico, assim como os valores abstratos estão para aquilo que é válido para todos, em todas as circunstâncias. Henriques adverte que “no exercício prático da argumentação, parece difícil desvincular os valores concretos dos valores abstratos”⁴⁷.

As *hierarquias* constituem-se escala de valores, e são também concretas e abstratas. Com as hierarquias há também a ideia de sacrifício e cotejo, por evidenciar a qualificação de um determinado valor ao compará-lo com outro. Ainda assim, um valor não precisará ser rechaçado, por ser um erro, ou constituir um conflito insuperável, já que não tem necessariamente o condão de levar à desqualificação do valor preterido.

Os *lugares* estão também no domínio dos valores, exercendo função equivalente às presunções. Podem ser comum, quando gerais e independentemente de onde se encontram; ou específico, quando o domínio do preferível disser respeito ao particular. Assim, tem-se lugar de qualidade, se o preferível for algo único e raro; lugar de quantidade, quando o preferível à maioria for melhor e mais útil do que a uma minoria; lugar de ordem, caso o posterior seja superior ao anterior etc.

2.2 TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS

Importante também para o orador é a escolha das premissas de cuja tese queira convencer o auditório. A seleção prévia de fatos e valores, a escolha da linguagem para descrever e apresentar adequadamente o discurso, o uso de determinada técnica priorizando determinados juízos, exteriorizam para o auditório um posicionamento discursivo. Perelman explica que “a escolha de certos elementos,

⁴⁶ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 87.

⁴⁷ HENRIQUES, Antonio. *Argumentação e discurso jurídico*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 46.

sustentados e apresentados num discurso, trá-los para o primeiro plano da consciência, dando-lhes, com isso, uma *presença* que impede negligenciá-los.”⁴⁸

Com o discurso jurídico persuasivo não é diferente. Para que a parte obtenha êxito em seu pleito, terá de argumentar do modo mais eficaz a fim de convencer o julgador de que possui razão naquela causa. Isso poderá ser realizado de modo mais eficiente se o orador em seu discurso dominar determinadas técnicas argumentativas, muitas delas explanadas pormenorizadamente por Perelman e Tyteca *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*.

A apreensão desses instrumentos destinados à argumentação capacita o orador a cumprir a finalidade discursiva de persuadir o auditório para o qual se dirige. Mas não só, permite-lhe adaptar seus argumentos a qualquer auditório e, especificamente no âmbito jurídico, possibilita-lhe transitar de uma peça processual para outra, de uma instância para outra, selecionando o modo de apresentar seus argumentos da maneira mais eficiente a cada um dos auditórios, diante de cada circunstância específica. Assim, tanto a defesa de uma tese, ou mesmo sua refutação, típicas da dialética processual, são exercidas conscientemente por meio dessas técnicas.

Diante da importância da compreensão e da utilização das técnicas argumentativas para a eficácia do discurso persuasivo, serão apresentadas nesta seção as principais delas para as finalidades deste trabalho, tendo como referência a classificação elaborada por Perelman e Tyteca, ainda no *Tratado da Argumentação*. Cabe esclarecer, no entanto, que nem todas as técnicas tratadas por esses pensadores serão abordadas, mas tão somente aquelas mais pertinentes à análise do *corpus*.

2.2.1 Argumentos Baseados em Associação de Ideias

⁴⁸ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 54.

Os argumentos baseados em associação de ideias lidam diretamente com procedimentos para unir, ou aproximar objetos que, a princípio, são distintos, valendo-se de uma intersecção entre eles, para ressaltar determinada solidariedade. Com isso, é criada uma escala valorativa em que um dos objetos é enquadrado negativa ou positivamente pelo valor conferido ao outro. Por meio dessa ligação realizada pela associação de ideias, como informa Henriques⁴⁹, o que se busca é a “[...] unidade de conceitos e representações que comportam heterogeneidade”.

Resumidamente, nas palavras de Perelman e Tyteca⁵⁰, os argumentos baseados na associação de ideias, portanto, seriam: “[...] 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”, podendo ainda ser de três tipos, sendo eles: *argumentos quase-lógicos*, *argumentos fundados na estrutura do real* e *argumentos que fundamentam a estrutura do real*.

2.2.1.1 Argumentos quase-lógicos

Esses argumentos recebem o nome de *quase-lógicos* porque se aproximam do raciocínio demonstrativo, na medida em que carregam uma força persuasória parecida com aquela realizada pelas proposições da lógica formal. No entanto, eles não se confundem, uma vez que o argumento quase-lógico é sustentado pelo raciocínio dialético-argumentativo, ou seja, não é uma verdade universal, é realizado pela argumentação, depende de um auditório específico, e está situado em determinado tempo e espaço.

Por essa razão, diz-se que o argumento quase-lógico, embora formalmente semelhante ao raciocínio demonstrativo, com esse não se confunde, na medida que possui uma essência não-formal, típica dos argumentos, e não das evidências. Desse modo, há necessidade de um esforço intelectual para igualar uma e outra espécie de raciocínio.

⁴⁹ HENRIQUES, Antonio. *Argumentação e discurso jurídico*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 94.

⁵⁰ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 215.

Esta falta de rigor e precisão do argumento quase lógico poderá parecer uma falta de lógica: mas esta acusação só é pertinente relativamente àquele que pretende proceder por via demonstrativa. As razões que o orador desenvolve a favor da sua tese são doutra natureza: não se trata de demonstração, correcta ou incorrecta, mas de argumentos mais ou menos fortes, que se podem reforçar, consoante o caso, com a ajuda de argumentos dum outro tipo.⁵¹

Na verdade, o que há entre o raciocínio analítico-demonstrativo e o argumento *quase-lógico* é uma aparência formal, já que enquanto o primeiro vale-se de esquemas formais para evidenciar verdades absolutas, o segundo cria essa mesma estrutura formal como “molde à construção do argumento”.⁵² Com essa aproximação, aos argumentos *quase-lógicos* é atribuída uma força persuasória muito próxima àquela presente nas proposições formais, cujo principal atributo é o fato de serem incontestáveis.

São exemplos de argumentos quase-lógico, como será demonstrado na próxima seção, o argumento da incompatibilidade, o argumento da regra da justiça (*a pari*), o argumento da retorsão, o argumento do ridículo, o argumento da definição e o argumento do sacrifício.

a. Argumento da Incompatibilidade

No raciocínio lógico-demonstrativo, quando uma proposição é negada o sistema torna-se incoerente, por isso, inválido. Para que o sistema possa ser válido, será preciso eliminar as incoerências, estabelecer o verdadeiro e o falso, e escolher entre um deles, razão pela qual uma contradição, num sistema demonstrativo, por sempre acarretar um absurdo, deve ser eliminada.

Isso, porém, não pode ser transpassado para o campo da argumentação, que trata com compatibilidades e incompatibilidades das proposições, as quais são interpretáveis.

⁵¹ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 73.

⁵² PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 219.

Uma regra, premissa ou conclusão, então, pode ser incompatível ou compatível dependendo das circunstâncias nas quais é apresentada. Desse modo, a incompatibilidade pode ser em razão daquilo que é aceito pelo auditório ou não, segundo suas crenças, ideais, cultura etc., de modo que algumas teses poderão ser incompatíveis para determinado público, sem obrigatoriamente sê-lo para outro.

Quando houver incompatibilidades na argumentação, o orador poderá listar as incoerências geradas por elas, mostrando a desarmonia acarretada em razão disso no sistema. A utilidade do argumento de incompatibilidade centra-se, então, no sentido de expor um conflito entre proposições de um sistema.

Esse conflito entre proposições gerador de incompatibilidade é verificado se dentro de um mesmo discurso houver sobre a mesma tese uma afirmação e uma negação, ou seja, duas proposições que não se harmonizam, ou mesmo quando o resultado a que se chega não é logicamente compatível com as premissas que o formaram, numa relação de causa e efeito. Por essas razões, “[...] a incompatibilidade obriga a escolher, a indicar a regra que se seguirá em caso de conflito e a abandonar a outra ou a restringir.”⁵³

Exemplo de incompatibilidade pode ser visto quando o réu tem sua contestação tida por intempestiva, sob o argumento de que apresentada fora do prazo legal, embora, de fato, a data de protocolo da referida peça harmoniza-se com o determinado na lei. Dessa maneira, o réu poderá interpor recurso demonstrando a incompatibilidade existente na decisão do julgador de primeiro grau, haja vista a data em que a contestação foi protocolada e o prazo legal, valendo-se o recorrente, pois, do argumento de incompatibilidade.

Como o recorrente demonstrará que seu ato está em acordo com a lei, sendo, portanto, a decisão judicial de primeiro grau equivocada, não haverá como o julgador do recurso em segunda instância afastar-se desse argumento. Terá, pois, de deferir

⁵³ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 75.

o pedido do recorrente, determinando ao juízo *a quo* que a contestação seja recebida como tempestiva.

b. Argumento da Regra de Justiça (a pari)

Utiliza-se do argumento da regra da justiça aquele cuja intenção for a de pleitear tratamento igualitário para elementos que se encontram na mesma hierarquia. Ele será construído, portanto, com proposições assemelhadas, para que a conclusão também o seja. Sobre a aplicação desse argumento, explicam Perelman e Tyteca: “a regra de justiça requer a aplicação de um tratamento idêntico a seres ou situações que são integrados numa mesma categoria.”⁵⁴

Destarte, mesmo diante de diferenças existentes nos elementos comparados, o intuito do argumento da regra de justiça é o de que eles sejam tratados do mesmo modo. Assim, por vezes, ao construir tal argumento, negligenciam-se as disparidades entre os elementos e ressaltam-se suas similitudes.

A aplicação das normas jurídicas pode ser justificada, portanto, pelo argumento da regra da justiça. Em especial, alguns princípios integrantes do ordenamento jurídico legitimam o uso desse argumento, como, por exemplo, o princípio da isonomia, constitucionalmente previsto para garantir o mesmo tratamento a indivíduos diferentes quando as condições forem semelhantes. Perelman⁵⁵ já previra a importância desse argumento no campo jurídico:

Esta mais não é, por outro lado, que a expressão de um princípio de inércia, segundo o qual julgamos ser razoável reagir da mesma forma que anteriormente, em situações análogas se não tivermos de o lamentar. É assim que nascem os costumes que dão um valor normativo a uma forma habitual de agir.

Além dos princípios, há teses jurídicas destinadas à persuasão que são argumentos da regra da justiça, como, por exemplo, a citação de jurisprudências, de uso

⁵⁴ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 248.

⁵⁵ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 84.

frequente nos recursos cíveis. Essa utilização justifica-se em razão do seu fim, na medida em que jurisprudência pode ser entendida como a decisão constante e uniforme dada pelo tribunal sobre determinado caso, de modo que o recorrente pode invocar em suas razões o posicionamento consolidado pelo tribunal, esperando resultado equivalente ao já proferido em situações semelhantes.

Sobre a pertinência das jurisprudências nos recursos cíveis, Maximiliano explica que: “a parte contrária não se atreve a atacá-lo [conjunto de arestos ou jurisprudência], prefere ladeá-lo, procurar convencer de que se não aplica à hipótese em apreço, versara sobre caso diferente”⁵⁶. Muito em razão disso é que este argumento é uma espécie da qual os argumentos *quase-lógicos* constituem-se gênero.

c. Argumento da Retorsão

O argumento da retorsão também explora uma incompatibilidade num sistema discursivo, no entanto, ele usa aquilo que é apresentado pelo próprio adversário, a fim de ressaltar as incoerências em seu discurso. As incompatibilidades das teses, premissas e conclusões do oponente são devolvidas a ele, com o apontamento explícito dos vícios, seja de natureza formal, ou material, das quais elas padecem. Em relação a esse argumento Perelman nota que:

Entre os inumeráveis casos de incompatibilidade, alguns há que resultam, não de facto de duas regras diferentes se oporem, mas da afirmação de uma regra ser incompatível com as condições ou consequências da sua asserção ou da sua aplicação: podem qualificar-se estas incompatibilidades de *autofagia*. A *retorsão* é o argumento que ataca a regra, pondo a autofagia em evidência.⁵⁷

Na própria etimologia da palavra *retorsão* é possível verificar a finalidade desse argumento, uma vez que sua origem latina *torquere* remete à ideia de *torcer*. Se o orador toma as palavras da parte adversária, devolvendo-as com a indicação de

⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 149.

⁵⁷ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 77.

suas imprecisões, a fim de desqualificá-las, nada mais faz do que torcer o sentido das proposições que antes lhe eram desfavorável, tornando-as favoráveis ao seu discurso.

Assim, quando um recorrente opuser embargos de declaração cuja finalidade é questionar omissão, contradição ou obscuridade em decisão proferida por juiz de primeira perante ele próprio, os argumentos utilizados tendem a ser desse tipo, na medida em que a parte terá de apresentar as proposições inconciliáveis do discurso do magistrado, para que este possa harmonizá-las, excluí-las ou sacrificá-las.

d. Argumento do Ridículo

O argumento do ridículo também evidencia uma incompatibilidade de proposições, contudo, é uma incoerência específica, observada entre aquilo que é expresso na argumentação e o senso comum, a lógica, a experiência, ou o razoável, a fim de apresentar ao auditório o seu caráter esdrúxulo. A consequência de se incorrer no ridículo é a exposição ao escárnio e à gozação. Mais uma vez, as palavras de Perelman e Tyteca⁵⁸ que trazem a explicação exata do que vem a ser esse argumento:

O ridículo é arma poderosa de que o orador dispõe contra os que podem, provavelmente, abalar-lhe a argumentação, recusando-se sem razão, a aderir a uma ou outra premissa de seu discurso. É ela, também, se deve utilizar contra os que se atreverem a aderir, ou a continuar a adesão. A duas teses julgadas incompatíveis sem se esforçarem em remover essa incompatibilidade.

Desse modo, frases famosas, e infelizes, proferidas por políticos brasileiros e posteriormente utilizadas contra eles próprios pelos adversários, como a emblemática “estupra, mas não mata”, incorrem no ridículo e servem de base para que seus oponentes empreguem-nas contra seus próprios autores.

Como o resultado desse argumento pode levar à desqualificação da pessoa do oponente e não apenas de seus argumentos, criando, por isso, um problema moral e

⁵⁸ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 234.

ético, seu uso deve ser comedido a fim de evitar entraves e mal-entendidos. Não se deve perder de vista que o escopo desse argumento é evidenciar as incompatibilidades do discurso atacado com o senso comum, e não propiciar a zombaria de seu autor.

Ademais, é importante perceber que o orador, caso incorra em incompatibilidade sem, contudo, dar-se conta disso, seja por descuido, ou inabilidade no manejo discursivo, poderá ter sua credibilidade comprometida, chegando até mesmo a ser ridicularizado perante seu auditório. Assim explica Perelman⁵⁹ “É ridículo aquele que, sem disso se dar conta, é levado à incompatibilidade”.

Por esses motivos, as incompatibilidades são também instrumentos de aprendizado e controle na argumentação, na medida em que o orador cuidadoso deve ter prudência para não incidir numa delas, a fim de que seu discurso não seja ridicularizado perante seu destinatário e, por conseguinte, tenha seu *éthos* atingindo negativamente.

e. Argumento da Definição

A princípio, parece ser a definição um elemento do raciocínio demonstrativo, já que a ideia que encerra é a de exprimir com exatidão determinado ponto. Mas é apenas aparência, porque, de fato, a definição não tem, segundo Henriques, “objetividade formal”⁶⁰, prestando-se, portanto, aos fins da argumentação, uma vez que sua finalidade é voltada para a persuasão.

Assim, o argumento da definição é verificado quando o orador tenciona esclarecer rigorosamente o sentido de determinado elemento, segundo seu interesse, de modo que pontos de uma mesma definição podem receber tratamento mais extensivo e detalhista, enquanto outros podem ser tratados sumariamente, ou até mesmo ser deixados de lado, conforme o intuito do orador.

⁵⁹ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 75.

⁶⁰ HENRIQUES, Antonio. *Argumentação e discurso jurídico*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 63.

O efeito primordial desse argumento reside na possibilidade de o orador indicar que o elemento definido possui as características e qualidades que lhe interessam, no intuito de fazer com que o auditório recepcione a definição com os contornos que o autor da definição cunhou, sem que o destinatário se dê conta do fato de que a definição é um recorte interpretativo realizado pelo orador, com finalidades persuasivas.

São espécies de definição: a *por gênero e diferença específica*, que parte do geral para o particular; a *descritiva*, a qual se vale tão somente das características sem que haja aprofundamento; a *etimológica*, cujo alicerce é a origem, a etimologia do vocábulo; e a *normativa*, “que indicam a forma em que se quer que uma palavra seja utilizada⁶¹”.

Além disso, o orador, com suas próprias palavras e conhecimentos acerca do assunto em questão, ao definir um termo, objeto, pessoa ou instituto o faz concedendo à definição o alcance interpretativo que pretende. Entretanto, é possível que o orador empregue definição de terceiro, por meio de citação, quando tal definição vai ao encontro de seus interesses discursivo-persuasivos.

A título de exemplo, podem ser mencionados os artigos de lei, muitos dos quais possuem significados que se prestam a mais de uma interpretação, sendo, portanto, polissêmicos, de modo que o orador poderá valer-se da definição, seja da doutrina, da jurisprudência, ou dele próprio, que melhor prouver aos seus objetivos argumentativos.

f. Argumento de Comparação

O argumento da comparação tem como finalidade precípua o cotejamento entre duas entidades, fatos ou acontecimentos, os quais se encontram congregados numa mesma classe, para demonstrar determinada homogeneidade entre ambos. Assim,

⁶¹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 239.

ao criar um vínculo entre realidades diferentes, o propósito é que haja entre elas a transferência de qualidades de uma para outra, seja para inferiorizá-la, ou elevá-la.

Tão importante parece ser este tipo de argumento para o discurso retórico que Perelman e Tyteca⁶² asseveram que “a argumentação não poderia ir muito longe sem recorrer a comparações, nas quais se cotejam vários objetos para avaliá-los um em relação ao outro”.

Chega-se à conclusão de que a finalidade da comparação está direcionada mais a impressionar do que a informar, de modo que as grandezas relativas, isto é, aquelas que dependem de um referencial para ser definidas, cumprem melhor o papel da comparação do que as grandezas absolutas, as quais não necessitam de outras para alcançar sua significação.

É necessária certa cautela no uso desse argumento, porque, ao comparar determinados objetos, é inevitável que características únicas de cada um deles sejam reduzidas a fim de ressaltar, pela comparação, as suas semelhanças, podendo, com isso, acarretar na desvalorização ou menosprezo de um ou de ambos os objetos cotejados.

g. Argumento do Sacrifício

O argumento do sacrifício também parte de uma comparação, no entanto, específica, uma vez que esse cotejamento terá como fim o sacrifício de uma das proposições em relação à outra cujo valor quer-se ressaltar.

No âmbito judicial, a existência de recursos provoca maior lentidão na prestação da tutela jurisdicional, uma vez que a questão, em regra, é examinada por mais de uma instância. Sacrifica-se, pois, a celeridade processual em prol de maior segurança jurídica.

⁶² PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 274.

O argumento do sacrifício é possível e costuma gozar de boa recepção pelo auditório porque os homens tendem a destinar valores às coisas, por conseguinte, preferindo aquelas cuja valoração pareça ser melhor, ou maior, sacrificando e preterindo, assim, as que lhe pareçam de menor importância. Esses valores conferidos, contudo, não estão predeterminados, pelo contrário, são definidos, em razão desse argumento, ao longo do próprio discurso, conforme as intenções do orador.

Porém, se os sacrifícios não atingirem o fim almejado pelo orador do discurso, muito provavelmente serão tidos como inúteis, acarretando uma depreciação do argumento lançado, na medida em que o bem que seria sacrificado terá seu valor inutilmente reduzido.

2.2.1.2 Argumentos Baseados na Estrutura do Real

Diferentemente dos argumentos quase-lógicos, que dependem de uma estruturação lógica para sua formação, os argumentos baseados na estrutura do real dependem dos valores partilhados entre os interlocutores do discurso, na medida em que a essência desses argumentos reside, portanto, em fatores contextuais exteriores. As palavras de Perelman e Tyteca⁶³ elucidam essa diferenciação:

Enquanto os argumentos quase-lógicos têm pretensão a certa validade em virtude de seu aspecto racional, derivado da relação mais ou menos estreita existente entre eles e certas fórmulas lógicas ou matemáticas, os argumentos fundamentados na estrutura do real valem-se dela para estabelecer uma solidariedade entre juízos admitidos e outros que se procura promover.

Por essa razão são considerados argumentos fundados na estrutura do real aqueles ligados diretamente à realidade dos acontecimentos e fatos, às experiências práticas, às vivências e valores tanto do orador como de seu destinatário, de modo que o que é aceito por uma das partes torna-se o objeto sobre qual se fundará a estrutura do argumento.

⁶³ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 297.

A solidariedade entre os juízos já aceitos e outros em que se tenciona aceitação é realizada por meio de ligações, como, por exemplo, as ligações de sucessão em que há relação de causa e efeito, operadas num mesmo nível, e as ligações de coexistência realizadas entre a pessoa e suas ações, ligações estas que não estão num mesmo nível, pois são desiguais.

Enquanto na ligação de sucessão a argumentação é desenvolvida procurando expor as causas e os efeitos, ou consequências, de determinados fatos para justificar, explicar, ou orientar as investigações; na ligação de coexistência a relação entre as realidades está desnivelada, sendo uma apresentada como manifestação da outra, como ocorre, por exemplo, quando uma pessoa é analisada, o seu caráter é apurado segundo suas manifestações, segundo aquilo que diz suas ações. Diferentemente das ligações de sucessão em que as causas precedem os efeitos, nas de coexistência as relações encontram-se em constante interação.

São espécies de argumentos fundados na estrutura do real, que se estruturam pelas ligações de sucessão, os argumentos de maior razão, o do desperdício, o pragmático e o da direção, enquanto os argumentos de autoridade, *ad hominem* e *ad personam* expressam-se por meio de ligações de coexistência. Todos esses argumentos estão abaixo retratados.

São baseados na estrutura do real os argumentos de autoridade, de maior razão, do desperdício, *ad hominem*, *ad personam*, pragmático e da direção.

a. Argumento de Autoridade (ad verecundiam)

O argumento de autoridade consiste em trazer para o discurso, a fim de reafirmar a tese sustentada, a voz de outra pessoa que tem pensamento igual ou similar ao que se está sustentando. Esse alguém, no entanto, para que o argumento tenha mais força, deve gozar de prestígio perante o auditório para o qual o discurso é dirigido, de modo a despertar admiração.

Como explica Perelman⁶⁴, o argumento de autoridade, quando utilizado em meios científicos como entrave ao pensamento inaugural, é frequentemente objeto de críticas:

[...] foi o mais vivamente combatido nos meios científicos por ter sido o mais largamente utilizado, de maneira abusiva, para travar toda a novidade, toda descoberta e toda a mudança, na medida em que se opunham às autoridades consideradas como infalíveis.

Ainda assim, no campo jurídico esse argumento é um dos mais utilizados e respeitados, pois, mais do que o argumento lançado, o que lhe dá valor é a autoridade que o profere, porque a finalidade desse argumento antes de comprobatória é reforçativa. Trata-se de argumento cuja função é fortalecer outros argumentos, valorizando a tese apresentada e, por conseguinte, desvalorizando o que lhe é oposto. Nesse sentido, demonstram Trubilhano e Henriques:⁶⁵

Julgamos não haja no campo jurídico argumento mais em uso, embora seja de índole mais reforçativa do que comprobatória. A invocação deste argumento pode sofrer contestação, pois a uma autoridade pode sobrepor-se outra e, até a mesma autoridade pode, em princípio, embasar propostas diferentes. No uso de tal argumento pesa mais a qualidade da autoridade citada do que a quantidade. De outra forma, vale mais o prestígio da autoridade citada do que o argumento propriamente dito.

Assim, são as características pessoais da autoridade citada no discurso, sobretudo seu prestígio perante o destinatário, que propiciam maior ou menor êxito desse argumento, sobretudo quando cotejadas teses antagônicas, em que leva-se em conta não apenas o que se sustenta, mas também quem sustenta. Por meio das palavras de Rodríguez⁶⁶, apresentam-se os pilares em que está sustentado esse argumento:

[...] o fortíssimo efeito suasório do *argumentum ad verecundiam* repousa em um duplo efeito: de um lado, a *presunção de conhecimento* e, de outro, a *presunção de imparcialidade* da autoridade e de seus posicionamentos acerca da tese que se pretende comprovar.

⁶⁴ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 123.

⁶⁵ TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 115.

⁶⁶ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 113.

Na prática forense, incluídos aqui os recursos cíveis, o argumento de autoridade é de uso recorrente, podendo ser realizado por meio de referências a doutrinadores, jusfilósofos e autoridades judiciais, como magistrados, promotores e advogados de notoriedade. Exemplifica Henriques que “na esfera jurídica, o argumento de autoridade é usado, à larga, com o uso de expressões estereotipadas como: ‘sufragam nossa opinião...’, ‘à mesma tese filia-se...’, ‘já era esse o entendimento de...’ etc.”⁶⁷

b. Argumento de Maior Razão (a fortiori)

No argumento de maior razão, partindo de uma premissa já aceita chega-se a outra pelas mesmas razões já aceitas e também por outras que a elas se somam. Assim, o significado de determinado elemento é estendido a outro, pois como explica Gabriel Rodríguez⁶⁸, no “argumentando *a fortiori*, o discursante impõe uma analogia com um *plus*: o de que seu raciocínio tem ainda maior razão para valer do que aquele que seria fruto da analogia perfeita”. Assim, é possível associar esse argumento com o axioma de que “quem pode o mais, pode o menos”.

O mesmo autor supracitado explica, ainda, tendo em vista a ciência do direito, que na base do argumento *a fortiori* encontra-se a lógica jurídica, na medida em que guarda uma intenção de proporcionalidade a ser buscada entre preceitos e situações jurídicas próximas,⁶⁹ conferindo ao argumento e ao discurso uma incontestável força persuasória, quando o orador não incorre em falácia.

Portanto, a título de exemplo no âmbito jurídico, se os advogados das partes precisam ser intimados das decisões interlocutórias proferidas pelos magistrados, sob pena de nulidade, com maior razão haverá nulidade caso não sejam intimados da sentença proferida.

⁶⁷ HENRIQUES, Antonio. *Argumentação e discurso jurídico*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 68.

⁶⁸ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 190.

⁶⁹ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 193

Do mesmo modo, visualiza-se outro exemplo de argumento *a fortiori* no seguinte enunciado: se o bacharel em Direito não inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil não pode exercer a advocacia, com maior razão não pode exercê-la quem ainda não terminou o referido curso.

Além disso, o argumento *a fortiori* pode ser dividido em argumento *a minori ad maius* e *a maiori ad minus*. Em ambos os casos a ideia de maior razão está presente, a diferença entre os dois subgêneros residem no fato de que o argumento *a minori ad maius* é aplicado aos casos de prescrição negativa, por seu turno, *maiori ad minus* é dirigido àqueles casos em que a prescrição é permissiva.

c. Argumento do Desperdício

Segundo Perelman e Tyteca⁷⁰, “o argumento do desperdício consiste em dizer que, uma vez que já se começou uma obra, que já se aceitaram sacrifícios que se perderiam em caso de renúncia à empreitada, cumpre prosseguir na mesma direção”. Dessa maneira, esse argumento possui relação estreita com aquilo que já foi realizado, a fim de preservar todo o empenho gasto em determinada tarefa, mantendo, então, a mesma linha daquilo que se iniciou.

No direito, esse argumento é comumente invocado pelo princípio da instrumentalidade das formas, previsto no art. 154, do Código de Processo Civil, segundo o qual: “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, *reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial*” (grifo nosso).

Conhecida em sede recursal como princípio da fungibilidade, a instrumentalidade das formas é também realidade integrante dos recursos cíveis, constituindo, assim, exemplo de argumento do desperdício em matéria recursal, já que por esse princípio há possibilidade de que um recurso seja conhecido e processado, mesmo não sendo para o caso concreto o mais adequado.

⁷⁰ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 317.

O desprezo ao formalismo exacerbado, sem que isto importe numa despreocupação com a segurança jurídica, tem sido realidade na dinâmica forense, tratando a jurisprudência de recepcionar atos que se revestem de forma imprópria, visualizando o processo como um meio, não como um fim, nele se encerrando normas que objetivam o alcance da finalidade maior, qual seja, a entrega da prestação jurisdicional no menor espaço de tempo possível.⁷¹

d. Argumento ad hominem

O orador utiliza o argumento *ad hominem* quando ataca negativamente o discurso de outrem, criticando seus argumentos e teses, com a intenção de desqualificar seu discurso, ou seja, quanto mais se rebaixa o argumento do adversário por suas próprias ações e contradições, mais eficiente mostra-se esse argumento. Sobre seu uso, Douglas Walton⁷² esclarece que:

O ataque *ad hominem* pode ser aplicado a qualquer tipo de argumento, mas é especialmente apropriado e eficaz quando faltam provas externas (objetivas) para o argumento ou quando estas são muito fracas. Nesse caso, a crítica *ad hominem* ataca o suporte interno, ou subjetivo, do argumento, questionando a confiabilidade, a veracidade, a coerência interna ou a imparcialidade do próprio argumento.

No uso forense desse argumento, haverá argumento *ad hominem*, por exemplo, quando em suas razões recursais o recorrente, por não possuir argumentos próprios e objetivos para impugnar a decisão proferida, vale-se do argumento *ad hominem* na tentativa de obter a reforma pela desqualificação da sentença do magistrado, sustentando, por exemplo, que não houve a devida apreciação dos fatos e das provas produzidas em audiência, ou então que não houve a adequada aplicação da norma legal ao caso concreto.

É muito comum que expressões atenuantes sejam antepostas quando esse argumento é utilizado, funcionando como verdadeiros eufemismos, minimizando, desse modo, os efeitos depreciativos, ou mesmo ofensivos no tratamento das autoridades. Assim são as frases “em que pese o saber jurídico do ilustre

⁷¹ MONTENEGRO FILHO, M. *Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2. p. 24-25.

⁷² WALTON, Douglas N. *Lógica informal*. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 227.

Magistrado”, “não condiz com a verdade o que consta na respeitável decisão”, “*data maxima venia*” etc. Isso ocorre porque, como indica Reboul⁷³, trata-se o argumento *ad hominem* de “argumento vil, que no fundo implica certa violência, obstando qualquer raciocínio”.

O argumento *ad hominem*, no entanto, deve ser tomado criticamente, sob pena de conceder-lhe força maior do que possui, tendo em vista que argumentos que atingem de algum modo o prestígio da pessoa, mesmo partindo do discurso desta, causam perturbação e desconforto. Além disso, é importante notar que uma reação exagerada a esse argumento é tão maléfica à argumentação quanto o seu uso desmedido.

Tendo em vista esses tais aspectos, pode-se dizer que o argumento *ad hominem* é oposto ao argumento de autoridade, pois enquanto este tem por fim creditar confiabilidade ao discurso proferido por determinada pessoa de prestígio, aquele tende a tachá-lo de inconfiável. Ainda Walton⁷⁴ esclarece que embora opostos, esses argumentos guardam certos pontos em comum:

Os dois recorrem a fontes pessoais de opinião, concentrando-se na posição interna ou na credibilidade de uma pessoa como fonte confiável de conhecimento. A esses dois tipos de argumentação pode-se contrapor o apelo ao conhecimento externo ou objetivo, que vem de evidências científicas como as observações experimentais: é um tipo de conhecimento que vem da natureza e não de uma fonte pessoal.

Por seu turno, Trubilhano e Henriques⁷⁵ apontam que o argumento *ad hominem* possui afinidade com o argumento da retorsão, já que em ambos “há uma desqualificação dos argumentos de alguém, embora não haja a desqualificação da pessoa do adversário”.

e. Argumento ad personam

⁷³ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 178.

⁷⁴ WALTON, Douglas N. *Lógica informal*. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 241.

⁷⁵ TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 117.

O argumento *ad personam* visa a desqualificar outrem por ter ou não determinada característica, chegando ao ponto de considerar que seus argumentos não são válidos em razão dos atributos pessoais do autor do discurso. Trata-se, enfim, de argumento que tem por objetivo atacar e criticar a própria pessoa que proferiu determinado discurso, desqualificando-o de modo indireto.

Esse argumento está presente, por exemplo, quando o recorrente impugna decisão do juiz *a quo*, alegando que o laudo no qual o juiz baseou sua convicção foi produzido por um perito incompetente, inábil, desqualificado para realizar o trabalho, motivo pelo qual não poderia ser considerado pelo magistrado em sua decisão.

Importante notar que esse argumento, embora próximo em significação ao argumento *ad hominem*, com ele não se confunde, devendo, portanto, o orador estar atento ao uso de ambas as técnicas e ao resultado a que pretende chegar com seu discurso. Sobre a proximidade desses argumentos Perelman e Tyteca⁷⁶ ressaltam que:

Não se deve confundir o argumento *ad hominem* com o argumento *ad personam*, ou seja, com um ataque contra a pessoa do adversário, que visa, essencialmente, a desqualificá-lo. A confusão pode estabelecer-se porque as duas espécies de argumentação costumam interagir. Aquele cuja tese foi refutada graças a uma argumentação *ad hominem* vê seu prestígio diminuído, mas não esqueçamos que essa é uma consequência de qualquer refutação, seja qual for a técnica utilizada [...].

Não raro, vê-se o emprego do argumento *ad hominem* quando o adversário possui argumentos fortes os quais o interlocutor não consegue mais refutar, então, este deixa de lado o objeto em discussão e passa a atacar aspectos pessoais da parte adversa, a fim de atingir a credulidade do discurso indiretamente.

f. Argumento Pragmático (ad consequentiam)

No argumento pragmático o que se considera são as consequências decorrentes de determinadas causas. Assim, os resultados presentes ou futuros serão avaliados

⁷⁶ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 126.

como favoráveis ou desfavoráveis em relação aos motivos que os originaram, ou seja, os fatos são apreciados segundo suas implicações, seus desdobramentos. Essas consequências assumem um caráter de obviedade, como se elas pudessem ser presumidas, asseguradas, ou mesmo previstas. Por essa razão, Perelman⁷⁷ diz que esse argumento é:

[...] um argumento das conseqüências que avalia um ato, um acontecimento, uma regra ou qualquer outra coisa, consoante suas conseqüências favoráveis ou desfavoráveis; transfere-se assim todo o valor destas, ou parte dele, para o que é considerado causa ou obstáculo.

Na seara jurídica, é comum que os advogados manejem esse argumento para demonstrar as consequências danosas que eventual decisão judicial desfavorável acarretaria à parte, a fim de convencer o juízo a proferir decisão que não provoque as referidas consequências. Ainda mais frequente é sua utilização em causas urgentes, marcadas pelo risco de lesão grave ou de difícil reparação.

Por vezes, o argumento pragmático pode se mostrar reducionista, caso o orador indique um sistema de causa e efeito em que este não seja exclusivamente desdobramento daquela. Isso ocorre quando as consequências apontadas não dependem apenas de um único fato para existirem, mas de um conjunto de acontecimentos, embora o orador pretenda reduzi-las só a alguma ou algumas causas.

Por exemplo, quando o recorrente alega como razão para a reforma da sentença que a condenação ao pagamento de indenização em espécie fará com que ele e sua família sejam reduzidos à pobreza, ele indica a condenação como a única causa prejudicial ao seu sustento e de sua família, enquanto, na verdade, inúmeros fatores podem ser tomados como causas dessa consequência, como a conjectura política, econômica, educacional e social do país, e não apenas a condenação.

g. Argumento da Direção

⁷⁷ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. 2. ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 11.

O argumento da direção visa sustentar que ceder a certas etapas, que não parecem ser tão nocivas, pode conduzir a uma direção essencialmente perniciosa. Assim, tal argumento é empregado para afastar o procedimento de etapas, alertando o auditório para que esteja alerta e não seja induzido a praticar atos parciais que direcionam a um fim não almejado. É argumento utilizado com o intuito de aclarar o destinatário da direção a que determinadas condutas levam.

Sobre esse argumento, Perelman e Tyteca⁷⁸ notam que:

O argumento de direção consiste, essencialmente, no alerta contra o uso do procedimento de etapas: se você ceder desta vez, deverá ceder um pouco mais da próxima, e sabe Deus aonde você vai parar. [...] Cada vez que uma meta pode ser apresentada como um ponto de referência, uma etapa numa certa direção, o argumento da direção pode ser utilizado. Esse argumento corresponde à pergunta: aonde se quer chegar? Com efeito, é comum dividir-se o problema, para se fazer admitir uma certa solução, que parece, à primeira vista, desagradável.

Assim, se a concordância com determinadas ideais possa parecer viável, mas o orador entenda que tais ideias caminham a um fim não desejado, deve alertar seus destinatários para que não assintam com as ideias intermediárias, pois trilham uma direção não vantajosa.

2.2.1.3 Argumentos que Fundamentam a Estrutura do Real

Enquanto os argumentos baseados na estrutura do real, tratados na seção anterior, fazem parte da composição dessa estrutura, os argumentos que a fundamentam são destinados à sua complementação. Segundo Reboul, estes últimos argumentos ajudam a instituir essa estrutura “ou pelo menos a completam, fazendo que entre as coisas apareçam nexos antes não vistos, não suspeitados”.⁷⁹ Assim sendo, não há razão para que se confundam essas modalidades de argumentos.

⁷⁸ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 321.

⁷⁹ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 181.

Tratando este trabalho de argumentação jurídica, importante trazer à baila a consideração de Henriques⁸⁰ explicando que os argumentos que fundamentam a estrutura do real se casam bem com a função coercitiva do direito, como pode ser visto no excerto seguinte:

Tomam como ponto de partida algo conhecido que permite estabelecer um precedente e transpõem para outro domínio o que se admite em determinado domínio. Argumentos uns que tais interessam de perto ao Direito, cujo escopo é propor parâmetros de conduta para a vida social.

São espécies de argumentos que fundamentam a estrutura do real o argumento pelo exemplo, o argumento pela ilustração, o argumento pelo modelo, o argumento por analogia e o argumento por metáfora.

a. Argumento pelo Exemplo

Pelo argumento do exemplo é possível, partindo de casos particulares próximos entre si, chegar a uma regra geral. Por meio de um raciocínio indutivo parte-se do menor para o maior, do particular para o universal, consolidando, com isso, uma conclusão aplicável para outros casos. Assim elucida Perelman:⁸¹

Se a descrição de uma tal situação pode manter-nos na dúvida quanto ao seu alcance, a evocação de um certo número de exemplos da mesma natureza não pode deixar dúvida alguma no espírito do leitor: trata-se, decerto, de uma argumentação que visa passar do caso particular para uma generalização.

Os exemplos trazem concretude para a discussão e afastam o pensamento puramente abstrato, o que facilita a compreensão pelo auditório, daí sua perspectiva argumentativa. Evocar precedentes judiciais, que são “[...] resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida uma vez por um tribunal noutro caso”⁸², é uma forma de argumentar pelo exemplo no âmbito jurídico.

⁸⁰ HENRIQUES, Antonio. *Argumentação e discurso jurídico*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 74.

⁸¹ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 119.

⁸² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997. p. 611.

O argumento pelo exemplo pode se pautar, também, na evocação de um caso particular para outro caso particular, ou seja, não necessariamente parte da especificidade para a generalidade. Assim, no âmbito do discurso jurídico, ainda que haja apenas um julgado no sentido da argumentação do orador, tal julgado poderá servir de argumento do exemplo, a fim de robustecer a tese defendida. Isso sói ocorrer nos casos em que há uma decisão dissidente das opiniões consolidadas no tribunal que julgará o recurso, e como exemplo de que há posicionamento contrário em tribunal distinto, o recorrente apresenta a tese divergente como exemplo, mostrando uma possibilidade de reconsideração do posicionamento arraigado.

Ademais, nessa estratégia argumentativa, os exemplos devem ser cuidadosamente escolhidos, de modo a não despertarem, ou ao menos mitigarem, a possibilidade de o interlocutor contestá-los. Variar quanto aos exemplos mostra-se eficaz para que os efeitos de eventual refutação possam ser minimizados.

b. Argumento pela Ilustração

Diferentemente do argumento pelo exemplo, em que se parte de casos particulares para o geral, na ilustração o orador tomará as generalizações já aceitas e, inversamente, dará atenção especial ao particular, único, específico, materializando a presença das teses na consciência de seu auditório. Como esclarecem Perelman e Tyteca:⁸³ “Enquanto o exemplo deve ser incontestável, a ilustração, da qual não depende a adesão à regra, pode ser duvidosa, mas deve impressionar vivamente a imaginação para impor-se à atenção”.

Como consolida uma presença no destinatário, a imaginação deste acaba sendo aguçada, principalmente quando estão envolvidas questões que despertam a emoção e trabalham com o *páthos*, como, por exemplo, acontece com o uso das fábulas e dos contos pelo orador do discurso.

⁸³ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 407.

O suporte teórico dessas considerações pode ser encontrado nos ensinamentos de Perelman,⁸⁴ tendo em vista que:

A passagem do exemplo à ilustração faz-se de maneira insensível quando se trata, acima de tudo, de justificar uma regra antes de a ilustrar. Os primeiros exemplos deverão ser comumente admitidos, pois o seu papel é o de dar credibilidade à regra; os seguintes, uma vez admitida a regra, serão, pelo contrário, sustentados por esta última.

Ademais, é importante notar que a ilustração pode ser usada para reforçar a ironia, desqualificando, assim, a regra da qual partiu a enunciação. Assim, o recorrente pode alegar ao corpo de julgadores, diante de uma apelação que visa à reforma da sentença que exonerou o recorrido do pagamento de um cheque, que o devedor sempre foi bom pagador, e descreve atos deste, em detalhes, pela ilustração, demonstrando o contrário, que, na verdade, trata-se de mau pagador, com nome sujo na praça e com várias dívidas junto ao próprio devedor.

c. Argumento pelo Modelo

Esse argumento é vislumbrado quando o orador vale-se de algo considerado um modelo por seu destinatário, estimulando, assim, a imitação das atitudes daquele por este, por estar imbuído de elementos valorativos admirados por determinados grupos de indivíduos. Assim, como explica Trubilhano e Henriques:⁸⁵ “tem [o argumento pelo modelo] mais força que o *exemplo*, pois estabelece normas *agendi*, isto é, propõe condutas de vida, que levam à ação [...]”.

No entanto, não são quaisquer ações ou atitudes que levam à imitação, mas sim aquelas que despertam a admiração, em razão da notoriedade de suas qualidades, seja pela competência, pela autoridade, pelas funções que desempenham. Tanto pessoas, como instituições podem ser invocadas pelo argumento pelo modelo, de modo que um recorrente pode tanto valer-se de uma citação de Maria Helena Diniz, notória doutrinadora civilista, como também de um posicionamento emanado do

⁸⁴ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 121.

⁸⁵ TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 119.

Tribunal de Justiça de São Paulo, responsável, em geral, pelo julgamento de recursos desse Estado.

Na seara dos recursos cíveis, os modelos frequentemente invocados são os tribunais superiores: o Superior Tribunal de Justiça, órgão representativo da consolidação democrática do país, sendo a sua criação decorrente da Constituição Federal de 1988 e destinado, principalmente, à apreciação da violação de leis federais, a fim de manter a higidez do ordenamento jurídico; e também o Supremo Tribunal Federal, cuja função primordial é a de proteger a Constituição Federal de possíveis violações.

Não só esses tribunais, enquanto instituições, servem de modelo, mas seus componentes, ou seja, os ministros desses órgãos exercem grande influência social, política e jurídica. Não é incomum, então, encontrar em recursos cíveis remissões às decisões desses julgadores, fazendo com que, de certa forma, o argumento pelo modelo aproxime-se do argumento de autoridade.

A argumentação pelo modelo, como o argumento de autoridade, supõe que se trata de uma autoridade que, pelo seu prestígio, serve de caução à acção visada. É esta, aliás, a razão pela qual aqueles que se sabem modelo devem prestar atenção ao que fazem e dizem.⁸⁶

Destarte, tendo o recorrente que optar entre o modelo de um dos tribunais superiores, ou de um tribunal estadual de segunda instância, certamente a sua inspiração decorrerá dos primeiros, em razão da maior hierarquia que aqueles possuem e, por conseguinte, do modelo que representam para o Poder Judiciário dos estados-membros.

Além disso, é necessário notar que se os modelos têm por função despertar no auditório um desejo de imitá-los, pelos bons valores que possuem, há também os antimodelos, os quais, por possuírem valores negativos, despertam um repulsa, em determinado conjunto de pessoas, de modo que a intenção deste passa a ser de afastar-se por completa daquele.

⁸⁶ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 124.

d. Argumento por Analogia (a simili)

Em essência, o argumento por analogia também representa uma comparação entre um caso concreto com outro assemelhado, embora as diferenças entre esses elementos sejam muito tênues, de modo que não é possível nem afirmar que se trata de realidades iguais, nem afastar a aplicação de uma mesma conclusão para ambos os casos.

Nas palavras de Rodríguez⁸⁷, “o argumento por analogia é aquele em que se transita de um caso concreto a outro, arrazoando-se que, devido ao fato de serem ambos os casos semelhantes em alguns aspectos, são também semelhantes em outros mais específicos”.

Esse argumento põe em evidência determinados aspectos em prol de outros que o orador considera de menor relevância. Por essa razão é que se pode dizer que a analogia parte de um processo de escolha e adequação de determinados aspectos ao caso concreto em análise.

No âmbito jurídico, por vezes o julgador se orienta pela analogia, já que lhe é possível, diante de ausência de regra, fundamentar sua convicção conforme preceitua o art. 4º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Mesma regra também prevista no art. 126, do Código de Processo Civil, segundo o qual: “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.”

Por outro lado, a analogia no campo jurídico será afastada quando houver no sistema preceitos legais que possam ser aplicados à situação apresentada aos

⁸⁷ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 145.

juizadores. Isso porque, em tese, a lei constitui um método empírico de verificação entre o caso concreto e aquilo que será decidido.

Não surtirá efeito, então, o agravante valer-se da analogia para justificar o fato de ter protocolado o recurso de agravo de instrumento na instância inferior, porque assim o é com a apelação, visto que há norma processual fixando que os agravos de instrumento devem ser interpostos diretamente no tribunal, em segunda instância.

Por fim, Trubilhano e Henriques lembram que a analogia não pode ser confundida com os precedentes judiciais, que, como visto anteriormente, guardam relação estrita com os argumentos pelo exemplo e pela ilustração, pois “[...] na analogia não há comparação entre o teor dos julgados, mas sim a aplicabilidade de norma análoga em razão de lacuna legislativa”⁸⁸.

e. Argumento por Metáfora

Ao argumentar por meio da metáfora, o orador faz a substituição de um termo por outro a fim de cotejá-los, mas não explicitamente, como feito pela figura de linguagem da comparação, mas sim de modo direto, sem que haja intermediação. Não é sem razão, portanto, que Perelman⁸⁹ entende que: “[...] a metáfora não é senão uma analogia condensada [...]”.

Por essa razão, as propriedades dos elementos comparados perdem seus sentidos denotativos, abolidos pela metáfora, fazendo com que o auditório tenha de criar um novo sentido para aquele encadeamento de palavras cotejadas, recorrendo, para tanto, a determinadas características de uma e de outra, bem como ao contexto em que o enunciado está inserido. As palavras de Michel Meyer⁹⁰ esclarecem com primor as relações estabelecidas pela metáfora:

⁸⁸ TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 114.

⁸⁹ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 133.

⁹⁰ MEYER, M. *Questões de Retórica: Linguagem, Razão e Sedução*. Lisboa: Edições 70, 1998. p. 115.

O esquema do processo metafórico deixa entrever claramente a interpenetração, a criação de um nível próprio baseado na impropriedade da disjunção abolida pela metáfora. O elo intermédio salta na metáfora, obrigando o auditório a procurá-lo, e a sua literalidade exprime a exigência de ultrapassagem do literal em direcção a outro sentido, o figurado ou figural, como se quisesse.

Por exemplo, quando se diz que determinada pessoa é bela como uma deusa grega, há comparação, pois se explicita a qualidade “bela” da deusa grega. Quando se diz que determinada pessoa é uma deusa grega, há metáfora, pois a qualidade de bela, própria das deusas gregas, está implícita e demanda interpretação do interlocutor para que o enunciado seja corretamente assimilado.

É o que ocorre, por exemplo, quando em um recurso de apelação o recorrente expõe aos magistrados de segunda instância que a manutenção da sentença atacada significa a sua morte, ou seja, acarretar-lhe-á tantos desdobramentos sérios e negativos que lhe será tão ruim como morrer. Trata-se, aqui, de uma metáfora hiperbólica.

Algumas metáforas, por serem empregadas com extrema frequência, fazem com que seu sentido metafórico torne-se habitual, o que enfraquece este tipo de argumento. É o que se chama de “metáfora cristalizada”, por já não conter traços criativos do orador na elaboração da comparação implícita.

Interessante notar que, no campo jurídico, há também metáforas que estão cristalizadas pelo uso, sendo muitas vezes imperceptíveis àqueles que as usam, como indicam Trubilhano e Henriques:⁹¹

O Direito tem suas metáforas quase sempre desgastadas pelo uso. Algumas, por exemplo:

[...]

Acordo leonino: esta metáfora foi, muito provavelmente, inspirada pela fábula de Fedro *Vacca, capella, ovis et leo*, em que o leão fica com a presa toda.

⁹¹ TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 91.

2.2.2 Argumentos Baseados em Dissociação de Ideias

Diferentemente dos argumentos baseados na associação de ideias, que buscam a compatibilizar as teses, os argumentos baseados na dissociação de ideias têm como finalidade precípua a supressão, por meio da separação, das incoerências originárias do cotejamento de proposições, sejam elas decorrentes de normas, casos concretos ou verdades. Reboul⁹² assevera que esses argumentos:

Consistem em dissociar noções em pares hierarquizados, como aparência / realidade, meio / fim, letra / espírito etc. Distinguem-se assim de todos os outros argumentos, que associam noções. É verdade que todos esses outros argumentos podem ser recusados por uma “técnica de ruptura”, mas esta se limita a manter separado aquilo que o adversário pretendia unir.

Isso porque a dissociação de ideias tende a buscar conceitos que são unívocos, os quais são tomados de modo diferente, conforme o contexto e aqueles que os utilizam, variando, então, de lugar para lugar, de espaço para espaço, de orador para orador, de auditório para auditório. Por exemplo, quando autor e réu recorrem da mesma sentença, argumentando sua injustiça, os conceitos de justiça e injustiça são usados por ambos os recorrentes, em sentidos opostos, o que, a princípio, demonstraria incompatibilidade no uso desse termo.

Nesses argumentos, no entanto, a incompatibilidade pode ser condição da própria argumentação, pois por ela será permitida a existência de ao menos dois pontos de vista sobre a mesma questão, como esclarece Perelman:⁹³

Na argumentação, não existem contradições. Há tão somente incompatibilidades, a obrigação de escolher entre dois seres, duas regras, duas soluções, duas ações. Tais incompatibilidades resultam de uma decisão, são *expostas*, ainda que, para aquele a quem são apresentadas, possam assumir um aspecto objetivo.

Dentre os argumentos baseados em dissociação de ideias, é importante ressaltar o argumento pelo *distinguo*, o argumento pelo dilema e o argumento por exclusão.

⁹² REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 189.

⁹³ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 386.

2.2.2.1 Argumento pelo *Distinguo*

Ao estabelecer as distinções entre premissas que, à primeira vista, parecem se confundir para determinar o alcance exato de cada uma delas, o orador emprega o argumento pelo *distinguo*. Com efeito, alguns aspectos da realidade dessas proposições são ressaltados, de modo a esclarecer ao destinatário que mesmo sendo parecidas as teses apresentadas, não há que confundi-las, sustentando, assim, tratamento diferenciado entre elas.

Como exemplo desse argumento, pode-se mencionar o caso de um recorrente que deixa de fazer o preparo recursal, em razão de no decorrer do processo ter-lhe o juiz *a quo* deferido seu pedido quanto aos benefícios da gratuidade da justiça. Assim, ao apresentar o cumprimento aos requisitos de admissibilidade do recurso, argumentará que deixa de efetuar o preparo em razão de sua condição diferenciarse da dos demais recorrentes.

Também é exemplo de argumento pelo *distinguo* quando o recorrente é a Fazenda Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública, pois a lei determinou que essas entidades são merecedoras de tratamento diferenciado quanto ao prazo para a interposição de recurso. Desse modo, quando recorrem, de antemão, argumentam sobre o prazo para que não restem dúvidas de que houve a interposição consoante dispositivo legal, devendo seu recurso ser conhecido, processado e julgado.

2.2.2.2 Argumento pelo Dilema

Quando o orador apresenta a seu destinatário duas ou mais teses para que este selecione uma delas, mas, independentemente da escolha, o resultado será o mesmo, o orador estará se valendo do argumento pelo dilema. A intenção daquele que confecciona o discurso é chegar a uma única conclusão, ainda que sejam oferecidas para o auditório mais de uma escolha.

Porém, o que se questiona nesse argumento é se de fato haveria a opção ou não de o auditório realizar determinada escolha, já que a conclusão a que se chega é

sempre a mesma e normalmente já predeterminada pelo orador. Assim sendo, parece que a única escolha a ser realizada estaria quanto ao caminho a ser perseguido até o resultado, na medida em que os caminhos levam a desdobramentos da mesma natureza.

Haverá dilema, por exemplo, quando o cidadão sofre prejuízo de pequena monta em razão de colisão de veículos, de modo que o culpado pelo leve abalroamento se nega a pagar-lhe o conserto. A indenização por tal prejuízo, de pequena monta, poderia ser requerido em juízo, mas os custos com advogado e manutenção de processo custar-lhe-iam o praticamente o mesmo valor despendido no conserto, além do tempo que teria de dispor para comparecer em audiências. Assim, nessa situação, caso o cidadão procure um advogado, este há de sustentar que há um dilema, visto que ingressar ou não em juízo tende a resultar no mesmo prejuízo financeiro.

2.2.2.3 Argumento por Exclusão (*per exclusionem*)

Se o orador apresentar mais de uma proposição ao auditório e, pormenorizadamente, evidenciar suas fraquezas e qualidades, para com isso excluir aquelas proposições que menos se encaixam na tese defendida, até restar apenas uma que bem desempenha essa função, ele estará utilizando do argumento por exclusão.

Assim, o promotor de justiça, por exemplo, estando certo de qual é o verdadeiro autor do crime entre três suspeitos, apresenta aos destinatários argumentos que excluem a autoria de dois deles, a fim de que, por exclusão, conclua-se que o outro é o culpado.

2.3 A FORÇA DOS ARGUMENTOS

Os argumentos, diferentemente das demonstrações, não se desenvolvem em sistemas fechados, motivo pelo qual deve o orador verificar se as premissas das quais se vale são de fato admitidas pelo auditório.

Diante das várias possibilidades argumentativas e da necessidade de buscar a eficácia retórica do discurso, pode-se ter a falsa impressão de que a quantidade de argumentos é responsável pelo êxito da argumentação. Diz-se falsa porque a quantidade de argumentos não está necessariamente relacionada à força persuasória que possuem.

Mesmo que o orador apresente dezenas de argumentos, se um deles mostrar-se dissonante ao auditório, a tese, tida como um todo, poderá ser prejudicada, porque o conflito entre o que é apresentado pelo orador e o que é rejeitado pelo auditório pode refletir na estabilidade da argumentação e credulidade do orador, sobretudo se for constatada pelo auditório a presença de falácias argumentativas que ofendam os princípios lógicos do raciocínio.

Assim, a título de exemplo, recurso de embargos de declaração que contenha excessivas laudas para o simples pedido de que o magistrado se pronuncie sobre a condenação quanto aos honorários advocatícios de sucumbência, que deixou de apreciar na sentença, terão mais efeitos negativos que positivos, por tratar-se de matéria de direito, a qual deveria ser reconhecida de ofício, de modo que o advogado deve preferir a concisão do discurso a estender-se sem necessidade.

Discurso longo não significa discurso persuasivo, assim como discurso curto também não o é, necessariamente. O comunicador deve ter a sapiência e prudência para analisar o caso concreto, levando em consideração a complexidade do assunto a ser exposto, e sopesar quais são os argumentos necessários para atingir a adesão do auditório, atribuindo a seu discurso a extensão adequada, sem abdicar do que seja essencial, mas sem cansar o interlocutor com passagens textuais inúteis ou excessivamente repetitivas que antes de persuadir, cansam e propiciam o desvio da atenção.

Perelman⁹⁴ explica que há motivos de várias ordens que determinam a quantidade de argumentos de um discurso, entre eles: motivos psicológicos, sociais ou mesmo econômicos. Portanto, o espaço e o tempo podem ser determinantes na escolha dos argumentos, assim como o tipo de auditório em que o discurso será proferido, o qual pode não ser receptivo à prolixidade.

Por isso, a escolha dos argumentos pelo orador é imprescindível à eficácia do discurso, determinante para a força da argumentação. Para tanto, é preciso estar atento ao auditório para o qual se dirige o discurso, porque argumentos que tenham relevância para determinado auditório tendem a ser bem recepcionados. O estudo dos valores do auditório é estratégia argumentativa de muito valor, pois possibilita ao orador escolher as estratégias argumentativas a serem empregadas com maior eficácia e precisão.

Além da escolha, a eficácia dos argumentos pode ser reforçada diante do contexto que o orador fornecer a seu auditório. Nesse sentido, um recorrente que apresenta inúmeros argumentos para afastar a fundamentação da sentença que decidiu pela sua condenação, caso teça elogios demasiados ao julgador, mesmo apenas para demonstrar sua reverência para com o magistrado, o que não é incomum no campo do direito, tais argumentos poderão mostrar-se de pouca valia para a persuasão, ou até mesmo irônicos, em razão do contexto processual em que se insere o recorrente.

Ademais, a escolha por argumentos que fogem ao banal, por serem novos, também tendem a robustecer a argumentação, principalmente quando o orador lança argumentos inesperados, desde que devidamente comprovados.

Também vai ao encontro da eficácia dos efeitos persuasivos no discurso a seleção de argumentos que convergem, na medida em que reforçam determinados valores da tese do orador. Assim, variedade de argumentos que converjam para um mesmo ponto, e ausência daqueles que diverjam, tendem a propiciar no auditório o convencimento, em virtude das várias razões que se lhe apresentam, desde que

⁹⁴ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d].

sejam argumentos robustos e importantes para a sustentação da tese, a fim de que o discurso não recaia em inútil prolixidade, conforme já exposto acima.

A falta de seleção de argumentos pode caracterizar um orador desatento com seu auditório e carecedor de estratégia discursiva. Deve-se ter em mente que o orador que lança indiscriminadamente ao auditório todos os possíveis argumentos, sem planejamento e prévia reflexão, dificilmente alcança sucesso persuasivo ou mesmo a empatia do destinatário.

Vê-se, pois, que o ato de seleção de argumentos relaciona-se diretamente com a força argumentativa do discurso, devendo o orador entender que a renúncia a argumentos despiciendos é necessária e faz parte do processo de argumentação, trazendo-lhe, no mais das vezes, vantagens, já que só permanecerá no discurso, após análise acurada, o essencial e indispensável, dando-lhe a medida exata.

Sobretudo no âmbito judicial, em que os magistrados estão assoberbados com a imensa quantidade de processos e recursos pendentes de julgamento, cabe ao advogado ter a percepção de que suas peças judiciais tendem a surtir maior efeito persuasivo se concisas e munidas de adequada seleção argumentativa.

CAPÍTULO 3. FIGURAS DE LINGUAGEM E ARGUMENTAÇÃO

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Já na antiguidade clássica, era notado pelos estudiosos de retórica um modo especial em que os oradores se expressavam para atrair a atenção de seu destinatário, diferente do uso comum e denotativo da língua. Esse entendimento perpassou os séculos, sendo apregoadado e aprimorado pela Nova Retórica, como visto na definição dada por Perelman e Tyteca⁹⁵:

Duas características parecem indispensáveis para que haja figura: uma estrutura discernível, independente do conteúdo, ou seja, uma forma (seja ela, conforme a distinção dos lógicos modernos, sintática, semântica ou pragmática), e um emprego que afasta do modo normal de expressar-se e, com isso, chama a atenção. Uma dessas exigências, pelo menos, encontra-se na maioria das definições das figuras propostas no curso dos séculos, e a outra se introduziu por algum viés.

A esse uso distanciado do comum deu-se o nome de figuras de retórica, conhecidas também como figuras de linguagem, as quais desempenham papel importante tanto para a argumentação, quanto para o discurso, em especial, o jurídico, na medida em que são fatores de persuasão, com funções argumentativas determinadas, como explica Guimarães:⁹⁶

Esquecida essa função argumentativa das figuras, seu estudo redundaria, por certo, num entretenimento vão, ou na simples busca de nomes estranhos para giros rebuscados. Exercem, sim, as figuras uma função válida e construtiva, como instrumento não apenas estético mas principalmente discursivo.

As figuras de linguagem possibilitam ao orador expressar-se não só por meio do sentido literal dos termos, mas também por meio do alargamento do sentido original dos vocábulos. Tal alargamento semântico se faz viável em razão do contexto em que o enunciado está inserido, permitindo ao interlocutor interpretar o sentido do discurso e adentrar o plano pretendido pelo orador.

⁹⁵ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 190.

⁹⁶ GUIMARÃES, Elisa. Figuras de retórica e argumentação. In: MOSCA, Lineide do Lago Salvador (org.), *Retóricas de ontem e de hoje*. 3 ed. São Paulo: Humanitas, 2004. pp. 145-160. p. 150.

O uso das figuras dependia, como ainda depende, bem mais do que a simples vontade do orador em empregá-las ou não, mas também da necessidade de elas se adequarem às situações discursivas nas quais são utilizadas, como bem esclarece Guimarães⁹⁷:

O problema das **opções expressivas** era ponto importante para a retórica e dizia respeito a um princípio mais geral compreendido no conceito *aptum* ou, na forma grega, *prepon*, isto é, a virtude de harmonizar as partes de um todo, conferindo-lhes unidade. Por esse princípio, as várias formas de linguagem deviam estar de acordo com as diferentes situações em que são empregadas: pessoa, lugar, gênero literário, etc. (grifos do autor)

As figuras, portanto, são formas de expressão produtoras de determinados efeitos, como surpresa, humor, expectativa, duplo sentido etc., destinadas à persuasão do auditório, prendendo-o pela emoção que lhe inflige (*movere*), ou por um conhecimento transmitido (*docere*), ou mesmo pelo deleitamento proporcionado (*delectare*). Além disso, há figuras que se prestam a ressaltar a *elocutio*, uma das partes do discurso retórico cunhada por Aristóteles,⁹⁸ em que a preocupação está centrada no estilo e na ornamentação do texto.

Com a Nova Retórica, especificamente com a obra *O Tratado da Argumentação*, Perelman e Tyteca traçaram pertinente classificação quanto às figuras, sendo ela: a) *figuras de escolha*, b) *figuras de presença* e c) *figuras de comunhão*. Os mesmo autores advertiram que essas denominações, no entanto:

não designam gêneros dos quais certas figuras tradicionais seriam as espécies. Significam apenas que o efeito ou um dos efeitos de certas figuras é, dentro da apresentação dos dados, o de impor ou sugerir uma caracterização,⁹⁹ ou de aumentar a presença ou de realizar a comunhão com o auditório.

3.2 FIGURAS DE ESCOLHA

⁹⁷ GUIMARÃES, Elisa. Figuras de retórica e argumentação. In: MOSCA, Lineide do Lago Salvador (org.), *Retóricas de ontem e de hoje*. 3 ed. São Paulo: Humanitas, 2004. pp. 145-160. p. 151.

⁹⁸ ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.]. p. 176.

⁹⁹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 274.

As figuras de escolha ligam-se ao estilo empregado pelo orador em seu discurso. Para Aristóteles¹⁰⁰, o estilo deveria convir ao assunto, não podendo nem ser empolado, tampouco rasteiro. O mesmo pensador assevera, ainda, que “desviar uma palavra de seu sentido ordinário permite dar ao estilo maior dignidade”. As figuras de escolha, portanto, conferem elegância ao estilo, afastando-o da vileza.

Aristóteles¹⁰¹ afirma também que os artifícios usados para amplificar ou condensar um discurso não podem parecer dissimulados ou afetados, mas devem ser naturais, pois, caso contrário, o orador não conseguirá atingir a persuasão de seu auditório, na medida em que este passaria a suspeitar e cogitar um possível ardil engendrado pelo orador.

Assim sendo, as figuras de escolha, embora destinadas à ornamentação e embelezamento do texto, cumprem igualmente função argumentativa. Entretanto, devem ser empregadas conforme o contexto em que o discurso está inserido e na medida ideal, de modo a não enfadar o destinatário por excesso delas, tendo em vista que dependem de interpretações e associações mais rebuscadas do que os enunciados denotativos.

Entre as figuras de escolha existentes, as que se mostram mais relevantes para a argumentação costumam ser a antonomásia, o eufemismo, a hipérbole, a ironia, a metáfora e a perífrase, as quais foram objeto de estudo nas seções seguintes.

3.2.1 Antonomásia

Quando um termo é utilizado em lugar de outro por existir semelhanças entre eles, sendo possível certa associação entre os significados, tem-se a antonomásia. Assim, é possível dizer que essa figura de linguagem é uma espécie de metonímia, na medida em que o orador substitui um nome próprio, o qual é vazio de significado,

¹⁰⁰ ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.]. p. 176.

¹⁰¹ ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.]. p. 176.

por um nome comum, ou por expressão equivalente que contenha o apelo a uma qualidade ou característica.

Nesse sentido, Trubilhano e Henriques¹⁰² explicam que “em geral os nomes próprios são vazios de significação, e os apelidos lhes trazem um tom significativo, como é praxe entre os criminosos, evocando algum traço distintivo e o tomando por alcunha, por epíteto”.

São exemplos de antonomásia, portanto, a expressão “águia de Haia” para referir-se ao jurista Rui Barbosa, exaltando a sua destreza como delegado do Brasil na Segunda Conferência de Paz em Haia; ou mesmo “poeta dos escravos” para denominar Castro Alves; ou “dama de ferro” para aludir a Margaret Thatcher, primeira-ministra do parlamento britânico entre os anos 1979 e 1990, a qual dirigiu o país com rigor, ao implantar várias medidas restritivas no campo social e econômico.

A antonomásia busca, portanto, a sua força argumentativa na referência a um atributo notável, substituindo um nome próprio, sem sentido algum, por essa característica, rica em expressividade. Com isso, o orador ao mesmo tempo em que evita a repetição de uma mesma palavra, confere vivacidade ao seu discurso.

3.2.2 Eufemismo

O orador utiliza o eufemismo quando, propositadamente, vale-se de palavras, conjunto de expressões ou frases com carga semântica mais suave, evitando, pela substituição, o uso de outras cujo significado soaria de modo grosseiro, ou desagradável. Nesse sentido, preferir a expressão “idoso humilde” à “velho pobre” é típico caso do emprego dessa figura de linguagem.

¹⁰² TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 93.

Trubilhano e Henriques¹⁰³ lembram de um jornal de São Paulo que utilizava o eufemismo para se referir a um governante, denominando-o de “*improbis administrator*”, a fim de atenuar o ataque direto que ocorreria caso o par de palavras “governante desonesto” fosse empregado no lugar daquele outro.

3.2.3 Hipérbole (auxese)

Há hipérbole quando um termo ou expressão é empregado de modo exagerado para impressionar o auditório. Por meio de tal figura, o orador imprime força argumentativa ao discurso pelo exagero, aumentando ou diminuindo demasiadamente a significação daquilo que expressa, ou da realidade a que se refere.

Para ressaltar um argumento, portanto, o orador pode valer-se da hipérbole, como, por exemplo, se um advogado afirmar, em sede recursal, que o juiz de primeira instância realizou o julgamento mais injusto da história do Poder Judiciário, já que pelo exagero ele valoriza seu discurso, para mais ou para menos, dependendo do contexto que irá empregá-las.

Entretanto, embora a hipérbole traga em seu bojo potencial argumentativo, por outro lado o seu emprego faz com que o enunciado se afaste da realidade e, sobretudo, da precisão, pois o exagero, ainda que proposital, confere distanciamento dos fatos reais.

3.2.4 Ironia

Quando o orador por meio de recursos linguísticos exprime o oposto daquilo que diz, ele está se valendo da ironia, cuja força argumentativa reside na oposição entre significante e sentido real, evidenciada em razão do contexto.

¹⁰³ TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação*: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 65.

Na ironia há a subversão do sentido literal, fato que só é percebido pelo auditório quando este interpreta corretamente a figura de linguagem, que é revelada na medida em que o sentido literal torna-se incompatível com o contexto em que está inserido. Assim, o auditório pode perceber que o sentido pretendido pelo orador é, propositadamente, o contrário do que de fato disse.

Em razão da oposição entre sentido literal e real, a ironia, muitas vezes, pode tanto acarretar humor, como ser usada para tecer críticas. Aquele atingido pela ironia, no entanto, pode ter sua imagem abalada, ainda mais quando há sarcasmo ou deboche nas considerações que lhes são dirigidas, razão pela qual deve haver cautela no uso dessa figura de linguagem.

3.2.5 Metáfora

A metáfora consiste em uma comparação implícita, que se revela quando o significado literal de um termo é inapropriado ao contexto, mas tal termo metafórico guarda algumas características ou qualidades que se harmonizam com o sentido pretendido pelo orador. As palavras de Mattoso Camara Jr.¹⁰⁴ explicam que haverá metáfora “na transposição de um termo para o âmbito de significação que não é seu”.

Para Meyer,¹⁰⁵ existe nas metáforas um traço enigmático, muitas vezes ligado até mesmo aos mitos, evidenciando o seu aspecto subjetivo: “Une bonne métaphore est une bonne énigme, et ce sont les énigmes qui alimentent le métaphorique, donc la poétique”¹⁰⁶.

Clássico exemplo entre a relação da metáfora com o mito é vista em *Édipo Rei*, de Sófocles, no momento em que a Esfinge desafia Édipo a responder corretamente o enigma a fim de libertar Tebas do mostro que Hera colocara em seus portões.

¹⁰⁴ CAMARA JR., J. M. *Dicionário de filologia e gramática*. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 166.

¹⁰⁵ MEYER, M. *Questions de rhétorique: language, raison et séduction*. Paris: Librairie Générale Française, 1993.

¹⁰⁶ Uma boa metáfora é um bom enigma, e de fato os enigmas alimentam o metafórico, portanto o poético.

Assim, teria de responder “Qual é o animal que pela manhã tem quatro pés, ao meio dia dois e à tarde três?”, sendo que a resposta dada, qual seja: “o homem”, dependia de uma correta interpretação das metáforas, tendo em vista que as fases do dia se referem ao curso do tempo da vida do homem; enquanto a palavra “pé”, aos apoios usados pelo homem em cada uma dessas fases: bastando pensar que na infância a criança engatinha, depois passa a andar e em seguida precisa do auxílio de bengala para se locomover.

Metáforas reiteradamente empregadas pelos falantes de uma língua recebem a qualificação de “cristalizadas”, pois de tão utilizadas passam a perder a característica inovadora, chegando até mesmo a constar nos dicionários. Exemplos de metáforas cristalizadas são os termos “rei” e “rainha”, empregados comumente para designar “o melhor, o mais importante”, conforme pode ser verificado no brocardo jurídico latino *confessio est regina probationum* (a confissão é a rainha das provas).

3.2.6 Perífrase

Na perífrase o objeto é qualificado não pelo nome que lhe é conferido, mas sim por alguma característica saliente. Por essa razão, diz-se que esta figura de linguagem guarda proximidade com a antonomásia, na medida em que substitui expressões curtas por outras mais extensas, sejam de valor significativo maior ou menor.

Perelman e Tyteca¹⁰⁷ chamam atenção para o valor argumentativo dessa figura de linguagem quando empregada para qualificar alguém. É o caso, por exemplo, de uma parte processual valer-se do termo “patrono devidamente constituído” para referir-se ao advogado que o representa, ou “fiscal da lei” para referir-se ao promotor de justiça.

Ademais, essa figura de linguagem pode desempenhar importantes funções no discurso, mostrando-se como um expediente para evitar repetições no texto ao

¹⁰⁷ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.196.

nomear de modo indireto determinado elemento; ou mesmo para aumentar o valor significativo de determinadas expressões, aproximando-se, com isso, da hipérbole; e, por vezes, pode ser aplicada para desvalorizar ou atenuar determinada expressão, relacionando-se, assim, ao eufemismo.

Como a perífrase tende a estender expressões, a princípio, curtas, tanto em relação à forma quanto ao significado, é preciso ter cuidado ao utilizá-la. Quando em excesso, o discurso pode ser prejudicado pela falta de objetividade, podendo ser recebido pelo auditório como algo enfadonho e empolado. Para que ela contribua para a persuasão do auditório, é necessário que seu emprego seja contido e apropriado ao contexto discursivo.

3.3 FIGURAS DE PRESENÇA

Segundo Guimarães¹⁰⁸, “as figuras chamadas de *presença* despertam o sentimento da *presença do objeto do discurso* na mente tanto de quem o profere quanto daquele que o lê”, intensificando, dessa maneira, a imagem desse objeto, à medida que facilita a atenção e a lembrança dos destinatários.

As figuras de presença podem estar relacionadas à *repetição*, agindo diretamente ou acentuando a divisão de acontecimentos extensos em frações menores, favorecendo, desse modo, a presença. Mas não só, podem também prestar-se à amplificação, quando há enumeração de partes, agindo de modo semelhante à argumentação quase lógica; bem como podem sugerir distinções, ou mesmo aclarar determinado conteúdo.

Entre as figuras de presença, destacam-se a acumulação, a amplificação, a anadiplose, a anáfora, a antítese, a gradação ou clímax, o polissíndeto, o pleonasma, o quiasmo e a interrogação.

¹⁰⁸ GUIMARÃES, Elisa. Figuras de retórica e argumentação. In: MOSCA, Lineide do Lago Salvador (org.), *Retóricas de ontem e de hoje*. 3 ed. São Paulo: Humanitas, 2004. pp. 145-160. p. 154.

3.3.1 Acumulação (*congrégie*)

Quando há dilatação de conceitos em destaque, por meio da associação de diversos elementos da língua num mesmo enunciado, agrupados pela enumeração ou não, com a finalidade de intensificar, tem-se a acumulação. Nesse sentido, pode-se dizer que essa figura de linguagem visa a amplificar a imagem do objeto perante o auditório, contribuindo para a presença do argumento na consciência de cada um deles.

Clássico exemplo de acumulação é encontrado nos versos de Domingos José Gonçalves de Magalhães, em sua obra *A confederação dos Tamoyos*, especificamente, nos versos transcritos a seguir: “Que confusão! que horror! que gritaria! // Tudo era fogo e fumo, sangue e raiva!”.

3.3.2 Amplificação

Na amplificação uma ideia é desenvolvida, dilatada de modo detalhado, ampliando o enunciado pela enumeração de elementos linguísticos. Por essa, razão, essa figura de linguagem é também uma espécie de repetição, na medida em que o conceito inicial é mantido, porém, alargado, fazendo com que a presença do argumento para o auditório seja reforçada.

Como a intenção é pormenorizar determinada ideia, não é incomum a amplificação vir acompanhada de outras figuras de linguagem, como, por exemplo, da metáfora e da anáfora, conforme consta no trecho a seguir, de Rui Barbosa: “O Direito, Senhores, é a luz que ilumina a harmonia social. O Direito, Senhores, é a consciência límpida e imaculada que emana deste Conselho de Sentença”.

3.3.3 Anadiplose

A anadiplose também consiste numa repetição, mas difere de outras figuras de linguagem de mesma essência por utilizar as mesmas palavras, termos ou

expressões no final e no início de duas frases. Cite-se, a título de exemplo, passagem da clássica obra latina Eneida, de Vergílio: “A escadaria, de bronze; de bronze, os portais reluzentes”.

Não basta, contudo, ser uma repetição destinada à mera informação, a qual poderia ser bem substituída por pronome, por exemplo. Para que haja anadiplose é necessário que a repetição seja expressiva e cause o realce do termo destacado pelo orador.

3.3.4 Anáfora

A anáfora parece ser a forma mais elementar de repetição, na medida em que uma mesma palavra, ou grupo delas, é lançada no início de um conjunto de frases ou orações por mais de uma vez. Não significa dizer, com isso, que em razão de sua simplicidade essa figura de linguagem não possua força argumentativa, pelo contrário, seu uso remonta à antiguidade, sendo amplamente utilizada por Vieira e Rui Barbosa, entre outros clássicos.

De Rui Barbosa, vale citar o exemplo em que estão presentes duas figuras de linguagem (anáfora e gradação), para imprimir expressividade ao texto: “Era presunção, era temeridade, era inconsciência insistir na insana pretensão da minha fraqueza”.

Ademais, é importante lembrar que a insistência de um orador num mesmo argumento constitui anáfora. Por meio de tal recurso, como ensina Perelman¹⁰⁹, é possível reforçar a ideia na consciência do destinatário, diminuindo as possibilidades de o auditório tomar uma decisão contrária daquela desejada pelo orador.

3.3.5 Antítese

¹⁰⁹ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 372.

A antítese é formada por enunciados de conteúdos antagônicos, sendo que um deles tem por objetivo destacar o outro. Assim, a presença causada por essa figura de linguagem e, conseqüentemente, sua força argumentativa não ocorrem por meio da repetição, mas sim pela sugestão de distinções que ressaltam determinado elemento em contraposição a outro.

O exemplo retirado da *Oração aos moços*, de Rui Barbosa¹¹⁰, ilustra os pares antitéticos entre o bem e o mal, o ódio e o amor: “Os maus só lhe inspiram tristeza e piedade. Só o mal é o que o inflama em ódio. Porque o ódio ao mal é amor do bem, e a ira contra o mal, entusiasmo divino”.

Marcante é a utilização dessa figura no poema de Camões, a fim de demonstrar as contradições existentes no amor: “[...] Amor é fogo que arde sem se ver // É ferida que dói e não se sente // É um contentamento descontente // É dor que desatina sem doer [...]”.

3.3.6 Clímax (gradação)

Avizinhada à anadiplose, a gradação também tem como essência a repetição, no entanto, esta é destinada a intensificar uma ideia para o auditório tanto para mais (clímax), como para menos (anticlímax), dependendo da intenção do orador. É também de Rui Barbosa¹¹¹ o exemplo trazido para ilustrar essa figura de linguagem: “Preguei, demonstrei, honrei a verdade eleitoral, a verdade constitucional, a verdade republicana”.

3.3.7 Polissíndeto

Ao valer-se do uso reiterado de um conectivo a fim de fixar um mesmo encadeamento entre um sistema de frases, tem-se polissíndeto. Essa figura de

¹¹⁰ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa. 1999. p. 18.

¹¹¹ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa. 1999. p. 18.

linguagem é, portanto, uma espécie de repetição, e como tal, objetiva reforçar na consciência do auditório determinada ideia. Novamente em Rui Barbosa¹¹² é possível encontrar num mesmo período mais de um caso de polissíndeto:

Quando um braveja contra o bem, que não entende, ou que o contraria, é ódio iroso, ou ira odienta. Quando verbera o escândalo, a brutalidade, ou o orgulho, não é agrestia rude, mas exaltação virtuosa; não é soberba, que explode, mas indignação que ilumina; não é raiva desaçaimada, mas correção fraterna.

Denomina-se, por seu turno, de assíndeto a figura de linguagem contrária a polissíndeto, ou seja, quando há ausência de conectivos. O art. 1.241, do atual Código Civil, traz exemplo típico de supressão de conectivo, isto é, de assíndeto: “Poderá o possuidor requerer ao juiz [que] seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel”.

3.3.8 Pleonismo

Quando o orador vale-se da redundância com o propósito de realce, trata-se da figura de linguagem pleonismo. No entanto, se o pleonismo incorrer em mera redundância, sem qualquer intenção de enfática, o que se terá é vício de linguagem, devendo, portanto, ser evitado.

São exemplos de usos adequados dessa figura linguagem tanto a utilização do objeto direto pleonástico, como no exemplo: “Logo um canto cantou dentro de mim”, como o emprego da antecipação do objeto direto e sua repetição sob a forma pronominal, como se via no artigo 220 do Código Civil revogado: “A anulação do casamento, nos casos do artigo antecedente, só a poderá demandar o cônjuge enganado”.

3.3.9 Quiasmo

¹¹² BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa. 1999. p. 19.

Nessa figura, com a combinação da antítese e da inversão, há o cruzamento entre os termos médios e extremos de um enunciado a fim de ressaltar aqueles. Existe uma simetria entre as expressões, sendo que há a repetição de ao menos um deles, além de os dois últimos guardarem a mesma natureza dos outros já citados, por essa razão, diz-se que a forma do quiasmo é como o espelho e seu reflexo.

Exemplo dessa figura de linguagem é o título da conhecida música de Chico Buarque “A voz do dono e o dono da voz”. Na segunda estrofe do poema “D. Afonso Henriques”, de Fernando Pessoa¹¹³, também há a presença de quiasmo:

Dá, contra a hora em que, errada,
Novos infiéis vençam,
A bênção como espada,
A espada como bênção!

3.3.10 Interrogação (*interrogatio*)

Não se trata de qualquer interrogação, mas sim daquela cuja intenção expressa uma finalidade retórica. Assim, além do possível efeito estilístico ou informativo, há nessa figura de linguagem uma implicação argumentativa, em que a resposta já é alcançada pelo auditório em razão da reflexão propiciada pela pergunta. Aproxima-se, de certo modo, ao método socrático de busca pela verdade, ao qual se deu o nome de maiêutica.

Abaixo segue exemplo de *interrogatio*, acompanhada de outras figuras de linguagem, como anáfora e polissíndeto, ilustração essa também retirada do texto de Rui Barbosa¹¹⁴:

Assim, todos sabem que para trabalhar nascemos. Mas muitos somos os que ignoramos certas condições, talvez as mais elementares, do trabalho, ou, pelo menos, mui poucos os que as praticamos. Quantos serão os que acreditam que os melhores trabalhadores sejam os melhores madrugadores? que os mais estudiosos não sejam os que oferecem ao estudo os sobejos do dia, mas os que o honram com as primícias da manhã?

¹¹³ PESSOA, Fernando. *Mensagens*. São Paulo: Abril, 2010. p. 27.

¹¹⁴ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa. 1999. p. 31.

Outro exemplo dessa figura de linguagem pode ser verificado em Vieira, no Sermão XXIII, no qual o autor oferece aos destinatários um questionamento sobre o assunto proposto, para que aqueles deste comunguem, oferecendo, para tanto, a resposta já esperada para a reflexão:

Suposto, pois, que na nossa experiência, por abuso, seja mais poderosa a mentira que a verdade, e na sentença de Zorobabel, por razão, seja mais poderosa a verdade que todo outro poder, segue-se porventura daqui, que a coisa mais poderosa do mundo, ou bem ou mal governado, seja qualquer delas? Não. Porque ainda não há no mundo outra coisa mais poderosa. E qual é? A necessidade.

3.4 FIGURAS DE COMUNHÃO

Perelman e Tyteca¹¹⁵ definem as figuras de comunhão como sendo aquelas “em que, mediante procedimentos literários, o orador empenha-se em criar ou confirmar a comunhão com o auditório”, recorrendo, para tanto, a elementos, a caracteres cujas referências estão na cultura, na tradição ou na história, que sejam comuns ao orador e o auditório.

Conforme se extrai dos estudos de Perelman, desde que haja acordo prévio e respeito aos postulados lógicos materiais, qualquer argumentação pode ser desenvolvida perante um auditório. No entanto, é importante notar que há argumentos mais adequados para determinadas situações. Nesse sentido, servem as figuras de comunhão para que o orador estabeleça elos com seu destinatário, aproximando-o da tese sustentada e, por conseguinte, aumentando a probabilidade de atingir sua adesão. Entre as figuras de comunhão, pode-se citar a *alusão* e a *apóstrofe*.

3.4.1 Alusão

¹¹⁵ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 201.

Há alusão quando o orador estabelece comunhão com o auditório por meio de referências (diretas ou indiretas, reais ou fictícias) a uma cultura, tradição, ou passado comum, de modo que a alusão, por vezes, exterioriza-se pelas relações de intertextualidade. Para Guimarães¹¹⁶, “a esses dados de cultura acrescenta geralmente, ao lado da carga argumentativa, o dado de uma afetividade particular”.

A fim de demonstrar um exemplo de alusão, recorre-se novamente a Rui Barbosa¹¹⁷, na *Oração aos moços*, em que o renomado jurista autor faz referência ao herói épico grego Ulisses e à sua viagem de retorno após a guerra de Troia, aludindo às qualidades e aos atributos daquele guerreiro, como pode ser visto no excerto abaixo:

Por isso me saí da longa odisséia sem créditos de Ulisses. Mas, se o não soube imitar nas artes medrançosas de político fértil em povo os costumes da liberdade e à república as leis do bom governo, que prosperam os Estados, moralizam as sociedades, e honram as nações.

Nesse mesmo parágrafo, é possível detectar outra referência, muito mais sutil, a qual diz respeito ao emprego do adjetivo *medrançosas*, próximo do significado de “engenhosas”, “produtivas”, para qualificar as características do herói cuja referência foi possivelmente buscada por Rui Barbosa nos textos do escritor português Antônio Feliciano de Castilho¹¹⁸.

3.4.2 Apóstrofe

Por meio do emprego da apóstrofe, o orador evoca ou interpela divindades, pessoas ou coisas, presentes ou ausentes, e então as louva ou as censura para atingir a atenção do auditório e gerar, neste, um sentimento de comunhão. Tal técnica pode ser vista, por exemplo, na primeira estrofe do poema “Mar Português”, de Fernando Pessoa¹¹⁹: “Ó mar salgado, quanto do teu sal // São lágrimas de Portugal!”.

¹¹⁶ GUIMARÃES, Elisa. Figuras de retórica e argumentação. In: MOSCA, Lineide do Lago Salvador (org.), *Retóricas de ontem e de hoje*. 3 ed. São Paulo: Humanitas, 2004. pp. 145-160. p. 157.

¹¹⁷ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa. 1999. p. 17.

¹¹⁸ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa. 1999. p. 17.

¹¹⁹ PESSOA, Fernando. *Mensagens*. São Paulo: Abril, 2010. p. 66.

Também sobre a apóstrofe, Reboul¹²⁰, rememorando Quintiliando, lembra que tal figura de linguagem possui origens judiciárias, uma vez que em essência ela seria uma interpelação ao acusado para louvá-lo ou censurá-lo. Muitas das vezes, a apóstrofe, como recurso expressivo, exterioriza-se por meio de um vocativo, a trazer ao discurso a imagem de uma entidade, coisa ou pessoa de que orador e auditório comungam, o que os aproxima, daí sua perspectiva argumentativa.

¹²⁰ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 36.

CAPÍTULO 4. ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS DO DISCURSO E DO TEXTO

4.1 GÊNEROS DISCURSIVOS ARISTOTÉLICOS

Os estudos sobre gênero do discurso, em que são considerados desde o assunto até o contexto nos quais são produzidos, não são recentes, remontam à Antiguidade Clássica, iniciando com Platão, pela análise do gênero literário, mas firmando-se com os trabalhos aristotélicos¹²¹, como explica Marcuschi:¹²²

A visão de Aristóteles sobre as estratégias e as estruturas dos gêneros foi desenvolvida amplamente na Idade Média. Tornou-se inclusive a ênfase pela qual a retórica se desenvolveu e propiciou a tradição estrutural. Aristóteles distinguiu entre a *epopeia*, a *tragédia*, a *comédia*, cujos tratados foram conservados e ainda a *aulética*, o *ditirambo* e a *citarística*, cujas análises perderam-se.

Foi, ainda, Aristóteles que classificou os discursos em três gêneros. Para tanto, o renomado filósofo estabeleceu a distinção entre os elementos que o compunham, sendo eles: *a)* aquele que fala; *b)* aquilo sobre o que se fala; e *c)* aquele a quem se fala; e os três tipos de ouvinte, quais sejam: *a)* o espectador que olha o presente; *b)* a assembleia que olha o futuro; e *c)* o juiz que julga sobre coisas passadas; chegando, assim, aos três gêneros do discurso retórico: *discurso deliberativo* ou *político*; *discurso judiciário* ou *forense*; e *discurso epidítico* ou *cerimonial*.

4.1.1 O Discurso Deliberativo

Aristóteles concebeu o gênero deliberativo com vistas aos discursos relacionados à administração das cidades gregas, como, por exemplo, aquelas questões referentes ao aspecto financeiro, bélico, fiscal, comercial e legislativo da *polis*. Isso porque o escopo desse tipo discursivo seria o de aconselhar ou desaconselhar atos relacionados à gerência da cidade e à sua política.

¹²¹ ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, [s/d]. p. 1-6.

¹²² MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Produção textual, análise de gêneros e compreensão*. São Paulo: Parábola Editoria, 2008. p. 148.

Por essas razões é que Aristóteles indicou como auditório do discurso deliberativo a Assembleia, cujo papel consistia em debater e emitir por meio de discursos a postura e ações políticas daquela instituição, apresentando-as como úteis ou inúteis, favoráveis ou prejudiciais aos cidadãos da cidade.

Portanto, o discurso deliberativo, na concepção aristotélica, tem como alvo os fatos ainda não ocorridos, isto é, os eventos futuros, na medida em que recai sobre decisões a serem tomadas. Dessa maneira, o tempo que melhor amolda-se às finalidades persuasórias desse discurso é o futuro.

Atualmente, além dos discursos administrativos, encaixam-se nesse gênero discursivo os pareceres, cuja função primeira é o aconselhamento, os pronunciamentos de natureza política e as explicações legislativas; enfim, todas as modalidades discursivas que de algum modo tenham por intuito aconselhar, negativa ou positivamente, sobre algum assunto, seja de ordem particular, como um parecer, ou de interesse da população, como um pronunciamento político, são constituem desdobramentos modernos do gênero deliberativo proposto por Aristóteles.

4.1.2. O Discurso Epidítico

Segundo Aristóteles, os discursos que possuem por finalidade tecer elogios e louvores, ou críticas e censuras a determinado indivíduo, ato, elemento ou instituição se enquadram no gênero epidítico. Por meio de tal gênero, expressam-se a admiração, os sentimentos e as boas impressões, a fim de persuadir o destinatário a partilhar dessas mesmas considerações, seja no sentido da aprovação ou da censura.

Tanto as reprovações como os elogios não são realizados ao caso, para persuadir o auditório o orador precisa dominar as técnicas capazes de enaltecer o bom e o mau, o bonito e o feio, de modo a aprová-los ou recriminá-los perante seu destinatário e, assim, conseguir a adesão.

Conforme a classificação aristotélica, os discursos do gênero epidítico, em regra, têm como tempo o presente, uma vez que: “para louvar ou para censurar apoiamos sempre no estado presente das coisas; contudo sucede que frequentemente utilizamos a lembrança do passado ou presumimos o futuro”¹²³.

Os discursos do tipo comemorativos, solenes ou advertências, exemplos do gênero epidítico, estão embebidos de forte carga emocional, ligados, portanto, ao *páthos*, não importando se sua finalidade presta-se a uma reprovação ou a um elogio. Não obrigatoriamente, entretanto, as questões emocionais precisam estar presentes nesse gênero, pois é possível realizar um discurso epidítico sem qualquer carga emotiva, e ainda assim obter efeitos persuasivos.

4.1.3 O Discurso Judiciário

No discurso judiciário a intenção do orador é desestruturar os argumentos de seu oponente, a fim de persuadir o juiz de que sua tese é a vencedora e que, portanto, assiste-lhe razão no caso concreto apresentado. Assim, pode-se dizer que a retórica é a essência do gênero discursivo judiciário, visto que este é visceralmente relacionado ao embate de teses, das quais uma delas há de lograr êxito em persuadir o julgador do exposto.

Portanto, para haver discurso judiciário, nos moldes preceituados por Aristóteles, é indispensável que exista um conflito entre teses proferidas por partes antagônicas, de modo que o auditório, comumente formado por julgadores, decida, baseando-se na noção de justiça e do direito positivo, diante daquilo que lhes é apresentado, quem possui maior razão. Assim sendo, é possível dizer que o discurso judiciário pode tanto prestar-se a uma acusação, ou a fazer uma defesa, assim como sustentar determinado posicionamento contrário a outro.

¹²³ ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, [s/d]. p. 4.

Assim como nos outros gêneros, o judiciário também possui, segundo Aristóteles, um tempo próprio que é o passado, tendo em vista que, seja para acusar, defender, ou sustentar determinada questão, o orador irá apoiar-se em eventos pretéritos, ou seja, irá analisar, apreciar e julgar fatos já ocorridos.

Com o passar dos séculos e o avanço das ciências jurídicas, e mesmo em razão das disposições contemporâneas do Direito Processual, as características do discurso judiciário, apresentadas por Aristóteles, mostraram-se insuficientes para abarcar todos os casos e situações advindas das relações sociais. Assim, hodiernamente, algumas peças judiciais não expressam fielmente os conceitos discursivos elaborados na antiguidade clássica, como a jurisdição voluntária, por exemplo, em que não há conflito propriamente dito.

Embora algumas produções judiciais modernas possam de algum modo destoar dos ensinamentos clássicos, não significa que lhes sejam totalmente estranhas, isso porque os princípios básicos são mantidos, como o fato de um orador tentar persuadir seu auditório quanto aos argumentos por ele sustentado.

É o que ocorre, portanto, com os recursos cíveis, que sendo julgados pelo Poder Judiciário, tipicamente classificados como discursos judiciais, enquadram-se, por certo, no conceito aristotélico de discurso judiciário, embora em alguns casos não se possa aplicar todos os conceitos elaborados por Aristóteles para configurá-los.

Além disso, é importante notar que, atualmente, todo discurso cujo assunto relaciona-se a direitos e deveres recebe a designação de discurso jurídico. Já aqueles produzidos e destinados à apreciação do Poder Judiciário recebem a designação de discursos judiciais. Assim sendo, os discursos desenvolvidos nos recursos cíveis, por exemplo, podem ser classificados tanto como discursos jurídicos, já que tratam diretamente de questões que dizem respeito ao Direito, como discursos judiciais, porque são produzidos com o intuito de submetê-los aos órgãos judiciais.

Outra advertência necessária em relação a esse gênero discursivo está presente nos ensinamentos de Lineide Mosca¹²⁴, ao dizer que nem todo discurso judiciário possui teor jurídico, como acontece, por exemplo, com sermões de chefes religiosos, quando combatem ou defendem condutas e comportamentos praticados pelas pessoas que se filiam às suas crenças. Isso é possível, porque o que caracteriza o gênero do discurso judiciário não é o fato de ser jurídico, embora possa ser, mas sim por ele defender, apresentar ou sustentar determinada tese em detrimento de outra para persuadir o auditório.

4.1.4. A Interação entre os Gêneros Discursivos

Classificações costumam ter por finalidade apresentar de modo didático elementos que ora se afastam, ora se aproximam segundo determinadas características levadas em consideração. A classificação aristotélica dos gêneros discursivos não está longe disso, pelo contrário, baseada em questões como finalidade, contexto, tempo e pessoas, Aristóteles cunhou-a em seu tratado, a partir da observação da interação entre usuários e de seus meios de circulação, os quais não eram estanques, muito menos de limites definidos.

Nesse sentido, Marcuschi¹²⁵ alerta que os gêneros discursivos não são obstáculos, tampouco impõem limites à produção textual: “os gêneros não são instrumentos estanques e enrijecedores da ação criativa”. Assim, por exemplo, num recurso cível, que é predominantemente judiciário, poderá existir momento apropriado para que o recorrente utilize do discurso epidítico, a fim de tecer elogios aos desembargadores componentes da câmara, ou mesmo do discurso deliberativo, ao pronunciar sobre a necessidade da reforma da decisão impugnada, por esta atentar contra valores sociais.

Desse modo, é possível dizer que a divisão dos gêneros presta-se mais à sistematização da retórica enquanto ciência, do que à limitação da criação e das

¹²⁴ MOSCA, Lineide do Lago Salvador (Org.). *Retóricas de ontem e de hoje*. 3.ed. São Paulo: Humanitas, 2004. p. 33.

¹²⁵ MARCUSCHI, Luiz Antônio. Gêneros textuais: definição e funcionalidade. In: DIONIZIO, Angela Paiva et al. (org). *Gêneros Textuais & Ensino*. Rio de Janeiro: Lucerna, 2002. p. 19.

possibilidades discursivas. Os gêneros discursivos, portanto, sempre que necessários, a fim de possibilitar ou aumentar a adesão do auditório, devem interagir uns com os outros, como Aristóteles¹²⁶ explicou em sua *Arte Retórica*:

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

4.2 ASPECTOS TEXTUAIS: COERÊNCIA, COESÃO E CONTEXTO

4.2.1 Considerações sobre Texto

A palavra *texto* pode exprimir vários significados, dois, no entanto, parecem de grande relevância para este trabalho. Num sentido amplo, *texto* seria qualquer manifestação linguística destinada à comunicação. Restritamente, esse mesmo termo pode ser compreendido como uma unidade da língua, verbal ou não verbal, capaz de produzir significado entre os usuários de determinada língua.

Com efeito, quando palavras são apresentadas aos usuários de forma aleatória, ou amontoadas, sem qualquer sequência lógica, não há que se falar em texto, uma vez que é necessária a transmissão de uma mensagem, o que é possível quando as palavras estão dispostas de modo ordenado e coerente, pois só assim elas podem produzir sentido, significação, possibilitando a realização do ato comunicativo. Sobre a natureza do *texto* Fiorin e Savioli¹²⁷ explicam que:

Nenhum texto é uma peça isolada, nem a manifestação da individualidade de quem o produziu. De uma forma ou de outra, constrói-se um texto para, através dele, marcar uma posição ou participar de um debate de escala mais ampla que está sendo travado na sociedade. Até mesmo uma simples notícia jornalística, sob a aparência de neutralidade, tem sempre alguma intenção por trás.

¹²⁶ ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, [s/d]. p. 41.

¹²⁷ FIORIN, José Luiz; SAVIOLI, Francisco Platão. *Para entender o texto: leitura e redação*. 4 ed. São Paulo: Ática, 1995. p. 13.

Assim, não basta que haja palavras colocadas em sequência para que se tenha texto, é preciso, ainda, que o interlocutor extraia o conteúdo das unidades linguísticas que o estruturam. Todo discurso, portanto, assim como o jurídico, deve estar estruturado de modo coerente e coeso, permitindo a comunicação entre falante e ouvinte e, por conseguinte, a persuasão do auditório pelo orador.

Os elementos de coesão, sobretudo aqueles que influenciam a coerência de um texto, são de suma importância para a construção de um texto inteligível e claro, capaz de ser compreendido e interpretado, e, ainda, hábil para promover a persuasão, como exigido nos discursos judiciais.

4.2.2 A Coerência Textual

A coerência relaciona-se diretamente com a aptidão que um texto possui de ser compreendido e interpretado, ou seja, um texto coerente permite ao destinatário a extração do conteúdo semântico pretendido pelo emissor. Haverá coerência quando não forem violadas premissas do raciocínio lógico, seja tal premissas referentes às passagens internas do próprio texto (coerência interna), ou referentes à realidade em que o texto está inserido (coerência externa).

Cada uma das passagens textuais, portanto, devem estar em harmonia, encerrando uma unidade discursiva. Explicam Fiorin e Savioli¹²⁸ que a

coerência deve ser entendida como unidade do texto. Um texto coerente é um conjunto harmônico, em que todas as partes se encaixam de maneira complementar de modo que não haja nada destoante, nada ilógico, nada contraditório, nada desconexo. No texto coerente, não há nenhuma parte que não se solidarize com as demais.

Desse modo, quando a incoerência for gravíssima, comprometendo integralmente o sentido da mensagem, a rigor torna-se impossível intitular tal conjunto de palavras incoerentes de “texto”, pelo menos em seu sentido *stricto*, pois o que lhe caracteriza é justamente o sentido que se pretende transmitir, essencial ao ato comunicativo.

¹²⁸ FIORIN, José Luiz; SAVIOLI, Francisco Platão. *Para entender o texto: leitura e redação*. 4 ed. São Paulo: Ática, 1995. p. 261.

Nem todas as incoerências desqualificam um texto, algumas são de pequena monta, não impedindo o destinatário de alcançar o significado completo do texto, ou então parcial.

Há incoerência, por exemplo, quando as ideias encadeadas num recurso cível levarem à conclusão de que o recorrente impugna todo o conteúdo da decisão combatida, mas o pedido de reforma recai apenas sobre parte da decisão. Ou quando da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão, sendo a reforma do recurso indeferida, visto que nesse caso a incoerência vicia por completo o entendimento do texto.

Ao recurso cível, portanto, será negado provimento quando não estiver apto a expor aos julgadores uma ilação adequada dos fatos que motivam a inconformidade perante a decisão impugnada, ou seja, quando for incoerente.

Ademais, as incoerências discursivas podem prejudicar o *éthos discursivo* do orador, na medida em que tais incoerências, sobretudo quando externas, ou seja, quando o que consta do texto não se harmoniza com a realidade dos fatos, transmite a impressão ao auditório de que o orador falta com a verdade, com intuito de enganar o destinatário, tornando-se, assim, fatalmente comprometidos os objetivos persuasórios.

4.2.3 A Coesão Textual

Enquanto a coerência é essencial ao texto, a coesão cumpre um papel secundário. No entanto, é por ela que se pode alcançar um texto mais claro, com objetivos persuasivos mais delimitados, já que sua função é realizar o encadeamento de períodos, orações e frases, por conseguinte, de ideias.

Os elementos de coesão são, desse modo, elos cheios de significados que estabelecem relações de vários tipos entre as partes do texto, como explica Koch:¹²⁹

¹²⁹ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. *A Coesão Textual*.. 19.ed. São Paulo: Contexto, 2004. p. 16.

“a coesão, por estabelecer relações de sentido, diz respeito ao conjunto de recursos semânticos por meio dos quais uma sentença se liga com a que veio antes”.

Por isso, diz-se que os elementos de coesão não são formas despidas de significado. Tanto o é, que a escolha equivocada de um elemento de coesão pode levar o discurso a padecer de incoerência grave. As palavras de Fiorin e Savioli¹³⁰ bem explicam isso: “[...] a conexão entre os vários enunciados [de um texto] obviamente não é fruto do acaso, mas das relações de sentido que existem entre eles”. De fato, a escolha adequada dos elementos linguísticos que propiciam a costura textual entre seus enunciados em muito colabora para a compreensão pelo destinatário e, por conseguinte, para a eficácia da argumentação.

Quando, por exemplo, o recorrente afirma ao tribunal, por meio da interposição de recurso, que “apresentou todos os fatos e provas ao juízo *a quo*, ‘mas’ este indeferiu seu pedido”, não tem a mesma força argumentativa de afirmar que “‘embora’ tenha apresentado todos os fatos e provas ao juízo *a quo*, este indeferiu o pedido”.

Isso porque, no primeiro caso, há uma oposição de ideias entre a apresentação de fatos e provas e a decisão do juiz indeferindo o pedido, as quais não se ligam; por sua vez, na segunda hipótese, o que há é uma relação de contradição e de concessão, assim o recorrente admite ter apresentado todos os fatos e provas, o, que, em certa medida, constitui um proveito, e, em seguida, afirma uma desvantagem consistente no indeferimento de seu pedido.

Ainda que não seja imprescindível a existência de elementos de coesão para a transmissão de um conteúdo semântico, não se pode desconsiderar a importância de tais elementos texto, sobretudo quando se trata de discurso argumentativo, pois auxiliam o auditório a encadear logicamente as ideias que se lhe apresentam.

Por todo o exposto, percebe-se que os elementos de coesão ligam as ideias no plano textual, por meio de unidades linguísticas especificamente destinadas a esse fim, possibilitando ao orador variar seu uso conforme a intenção comunicativa, e

¹³⁰ FIORIN, José Luiz; SAVIOLI, Francisco Platão. *Para entender o texto: leitura e redação*. 4 ed. São Paulo: Ática, 1995. p. 271.

mesmo cunhar seu próprio estilo discursivo, tendo em vista a vastidão de elementos de coesão disponíveis na língua portuguesa.

4.2.4 Contexto

O contexto se constitui de aspectos da realidade que fazem parte do domínio do interlocutor, e servem de base para a interpretação do texto. Quando elementos do texto não se harmonizam com o contexto, o texto padece de incoerência externa, conforme exposto na seção antecedente. Trubilhano e Henriques,¹³¹ valendo-se da definição da palavra, sintetizam o significado de contexto:

Para se entender o que é contexto, temos [...] de nos socorrer do latim: *cum* + *textus*; a preposição *cum* (com) indica “reunião”, “companhia”, “vizinhança”. *Con* é variação de *cum*. Eis a razão por que se costuma dizer que contexto é “o que cerca o texto”, “o entorno”, “o que está junto ao texto”. Tudo, portanto, que acompanha, antes ou depois, o texto, constitui o contexto, cuja finalidade é colaborar com a compreensão da mensagem.

Haverá incoerência, por exemplo, quando os fatos processuais narrados forem controversos e conflitantes, ou aludem a fatos que não correspondam à realidade das coisas. Assim, se o recorrente disser que recolheu as custas para a interposição do recurso, efetuando adequadamente o preparo, mas não houver prova nos autos de que de fato tenha feito, seu discurso será incoerente, não por causa dos elementos internos ao texto, mas sim por causa de elementos externos, ou seja, o contexto processual.

4.3 DISCURSO E TEXTO NOS RECURSOS CÍVEIS

Do ponto de vista do discurso, as espécies recursais a serem analisadas neste trabalho, como a apelação, o agravo de instrumento e os embargos de declaração estão circunscritos ao gênero discursivo¹³² jurídico, porquanto se situam numa esfera de produção social e institucional característica, qual seja: a esfera judicial,

¹³¹ TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 200.

¹³² MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Produção textual, análise de gêneros e comparação*. São Paulo: Parábola, 2008.

constituindo-se segundo formas e estratégias de compreensão determinadas por esse ramo social.

Sobre a produção de textos em domínios discursivos próprios, esclarece Petri¹³³:

Importante ressaltar que os textos são produzidos em determinados domínios discursivos como, por exemplo, discurso jurídico, discurso jornalístico, discurso religioso, entre outros. O domínio discursivo indica instâncias de formação discursiva, como área jurídica, a jornalística ou a religiosa, que não abrangem um gênero particular, mas constituem práticas discursivas mais amplas, dentro das quais podemos identificar um conjunto de gêneros textuais.

Por sua vez, pela óptica textual, essas mesmas espécies recursais constituem-se como requerimentos, na medida em que levam aos magistrados responsáveis pelo exame da causa pedido de reapreciação e reforma da decisão, seja definitiva, como no caso da apelação, ou interlocutória, como no caso do agravo de instrumento.

Os recursos analisados neste estudo, portanto, são tipos especiais de requerimentos, pois além de suas interposições serem previstas apenas contra determinadas espécies de decisão, são também elaborados segundo regras processuais e costumes fixados pela prática de muitos e muitos anos.

Sendo requerimentos especiais, cuja fonte de produção e circulação é o âmbito judicial, essas espécies de recurso devem coadunar-se às características típicas da linguagem jurídica, marcada pelo atendimento à norma culta, à tecnicidade, correção, clareza, latinismos, denotação e repertório vocabular específico. Para Trubilhano e Henriques,¹³⁴ “o discurso jurídico espelha-se nos modelos clássicos, no *scriptor classicus*, a saber, naquele que prima pela excelência da linguagem”.

Esses elementos contribuem para a apresentação de um *éthos* discursivo confiável, pois causa um efeito de individuação por meio das evidências presentes na construção do discurso tipicamente jurídico. Com isso, o orador consegue identificar-

¹³³ PETRI, Maria José Constantino. *Manual de linguagem jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 55.

¹³⁴ TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 25.

se e comunicar-se no grupo social em que está inserido com maior precisão. Sobre o assunto, discorre Pistori¹³⁵:

Não podemos esquecer, no entanto, que aspectos como o latinismo, a adjetivação encomiástica e o purismo, mas não apenas esses, parecem ser percebidos pelos próprios profissionais do Direito como constituintes de sua identidade, modos pelos quais se diferenciam do outro – seu *éthos* –; portanto, de transformação mais difícil. Fazem parte da construção jurídica das representações sociais, conseguida através de vários recursos lingüísticos e também fórmulas lapidares e formas fixas.

Nesses três tipos de recursos, portanto, é comum encontrar o emprego da norma padrão culta, de repertório vocabular especificamente jurídico, bem como adequação ao contexto discursivo-processual e referências a termos arcaicos e latinos.

Com efeito, a competência lingüística é tão fundamental para a persuasão de determinados auditórios, que Víctor Gabriel García Rodríguez¹³⁶ considera-a como um tipo de argumento:

O argumento de competência lingüística é aquele em que conteúdo e forma misturam-se para levar à persuasão. Na medida em que todo discurso é transmitido por meio de palavras, pode-se dizer, *grosso modo*, que a boa escolha delas é também um tipo de argumento, e por isso se imiscui com o próprio conteúdo, em um amálgama difícil de ser resolvido, pois argumentação é fusão contínua de raciocínio e expressividade, ou, em outra variante, *retórica* é união íntima entre estilo e argumentação.

De fato, não é estranho à retórica o fato de que as formas empregadas colaboram para a força persuasiva do discurso, embora haja na nova retórica uma preocupação em não reduzir as qualidades do discurso à estilística, a fim de evitar-se a repetição da deterioração outrora sofrida. Sobre a conjunção entre conteúdo e forma, expõem Perelman e Tyteca¹³⁷:

[...] pensamos que uma teoria da argumentação não deve nem buscar um método conforme à natureza das coisas, nem encarar o discurso como uma obra que encontra em si própria sua estrutura. Tanto uma como outra

¹³⁵ PISTORI, Maria Helena Cruz. A formação lingüístico-discursiva do profissional da área jurídica. Revista do GEL (Araraquara), v. 03, p. 25-45, 2006. p. 43.

¹³⁶ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 219.

¹³⁷ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 573-574.

dessas concepções complementares separam fundo e forma, esquecem que a argumentação é um todo destinado a um auditório determinado.

Disso decorre a importância dos expedientes linguísticos empregados pelos usuários do discurso jurídico, porquanto contribuem no convencimento do seu auditório, o qual é composto por juízes, profundos conhecedores não só do direito, mas também da expressão linguística típica dessa ciência. Fosse outro auditório, menos especializado, ou de outra área profissional, a linguagem e seus usos certamente seriam diversos.

PARTE II

TEORIA GERAL DOS RECURSOS

CAPÍTULO 5. ESBOÇO HISTÓRICO

A necessidade da existência de recursos se relaciona com a própria natureza racional e contestadora do ser humano. Sendo prolatada decisão prejudicial ao jurisdicionado, e este a reputando iníqua, é natural que lhe surja o profundo desejo de submeter a referida decisão a uma segunda análise, por outro órgão julgador, a fim de repelir o entendimento do primeiro julgador.

A bem dizer, recorrer é ter uma nova oportunidade de reapresentar os fatos e provas, a fim de que os pedidos sejam novamente apreciados, com o intuito de afastar as eventuais injustiças praticadas pelo julgador antecedente, de instância inferior.

Sendo o ser humano suscetível a erros, como indubitavelmente o é, e sendo os julgadores seres humanos, mostra-se indispensável, na busca por decisões justas, que a legislação garanta ao jurisdicionado o duplo grau de jurisdição, a fim de poder recorrer das decisões de primeira instância que aos olhos do jurisdicionado lhes pareçam injustas, seja por divergência na interpretação da lei, seja por divergência na apreciação das provas produzidas.

Por ser de tanta importância, os recursos judiciais estiveram quase sempre presentes nas legislações, até mesmo entre os povos primitivos, não encontrando guarida apenas em momentos históricos de profunda tirania, onde a razão, a democracia e a retórica perdiam campo para os mandos e desmandos irracionais de tiranos com largos poderes de administração, legislação e julgamento.

Tratando-se, entretanto, de um Estado democratizado e disposto a recepcionar as razões dos cidadãos quando estes submetem ao Judiciário suas demandas, apreciando-as de modo isento e justo, então mostra-se imperativa e indispensável a previsão legislativa dos recursos, não com o propósito de protelar os processos judiciais, mas com o intuito de assegurar ao cidadão que suas demandas podem ser reapreciadas caso não se conforme com a primeira decisão.

Na própria Bíblia já constam passagens descrevendo meios semelhantes aos recursos, conforme aponta Alcides de Mendonça Lima:¹³⁸ Êxodo, capítulo 18 (Jetro aconselha Moisés), versículos 21-22 e 24-26; Deuteronômio, capítulo 17 (Recurso Ao Tribunal do Santuário), versículo 8-9; e Atos dos Apóstolos, capítulo 25 (Paulo apela a César), versículos 10-11, cuja transcrição segue abaixo:

[...] ‘Estou diante do tribunal do Imperador romano. É lá que devo ser julgado. Não fiz mal algum aos judeus, como bem sabes.’¹¹ Se cometi alguma injustiça ou algum crime digno de morte, não recuso morrer. Mas, se não há nada em tudo isso de que me acusa, ninguém pode entregar-me a eles. Apelo para o Imperador’.¹² Então, Festo, depois de falar com o conselho, respondeu: ‘Para o Imperador apelaste, para o Imperador irás’.

Também entre os egípcios havia hierarquia judiciária, pluralidade de graus e possibilidade de recursos para outros juízes. Ensina Lima¹³⁹ que no ápice do judiciário do Egito Antigo havia a corte suprema, composta de 30 membros escolhidos pelas cidades de Mênfis, Tebas e Heliópolis, que representavam as três principais regiões egípcias.

Os judeus, por seu turno, possuíam o Conselho dos Setenta, também designado Sanhedrin, o qual, conforme lição de Rezende Filho,¹⁴⁰ tinha a função de apreciar os recursos interpostos contra as decisões dos juízes inferiores.

Da mesma forma, em Atenas e em Esparta os cidadãos poderiam recorrer das sentenças proferidas pelos tribunais para a Assembleia do Povo.

Em Roma, no início da Realeza, ou seja, em seus tempos mais remotos, os condenados em matéria criminal poderiam pedir clemência aos comícios populares, por meio da *provocatio*. Ensina Cretella Júnior¹⁴¹ que durante a República, embora o reexame das decisões proferidas não fosse a regra, havia meios excepcionais para atacar as sentenças. Desses meios, destacam-se três: *intercessio*, *revocatio in duplum* e *restitutui in integrum*.

¹³⁸ LIMA, A. de M. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

¹³⁹ LIMA, A. de M. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 3.

¹⁴⁰ REZENDE FILHO, G. J. R. de. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v. 3. p. 89.

¹⁴¹ CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 303.

Moreira Alves¹⁴² apresenta o conceito e a aplicabilidade desses três instrumentos presentes no direito romano, surgidos na República:

a) a *intercessio* (isto é, o veto de um magistrado a ato ordenado por outro, igual ou inferior a ele), que não podia ser aplicado contra a sentença (o juiz popular não era magistrado), mas, sim, contra ato do magistrado judiciário (por exemplo, o cônsul podia paralisar, pela *intercessio*, a ordem do pretor, na execução de uma sentença, no sentido de que o autor levasse o réu preso para prestar-lhes serviços); b) a *reuocatio in duplum*: o réu condenado, para obter o reconhecimento da nulidade do julgamento por vício de forma ou de fundo, podia intentar a *reuocatio in duplum* que o expunha à condenação *in duplum* (no dobro) se não conseguisse provar a procedência de sua pretensão; a *reuocatio in duplum* era um meio de ataque, ao contrário do que ocorria com a *infinitio*, que era meio de defesa do réu à *actio iudicati* intentada pelo autor para executar a sentença que lhe fora favorável; e c) a *restitutio in integrum*: em certos casos previstos no Edito, o descontente com o julgamento podia pedir ao pretor que lhe concedesse contra a sentença uma *restitutio in integrum*, a qual, uma vez concedida, fazia com que se considerasse como não tendo havido julgamento algum, dando margem, então, a que se promovesse novo processo.

É no período imperial do direito romano que surge a apelação, consistente num recurso ordinário que possibilitava à parte perdedora recorrer da decisão do magistrado, devolvendo a apreciação do caso a um magistrado de nível hierárquico superior.

Em verdade, no início, o próprio Imperador decidia as apelações. Entretanto, com o tempo, passou a delegar tal atribuição a determinados juízes e autoridades administrativas, como por exemplo, como bem aponta Rezende Filho,¹⁴³ o *perfectus urbis*. Também o Senado romano recebeu competência para julgar alguns recursos judiciários.

Com o desenvolvimento dos recursos no direito romano, até mesmo as sentenças consideradas inapeláveis passaram a ser passíveis de revisão por meio de um recurso denominado *supplicatio*.

¹⁴² ALVES, J. C. *Direito Romano*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 237

¹⁴³ REZENDE FILHO, G. J. R. de. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v. 3. p. 303.

Entre os germanos primitivos, o poder concentrava-se nas assembleias populares, não havendo, segundo Rezende Filho,¹⁴⁴ possibilidade de recurso, tanto em causas cíveis como em causas criminais. Diante disso,

não era possível haver recurso, pela ausência de um órgão, autoridade ou poder acima da própria coletividade reunida. Os julgamentos emanavam sempre do povo e ninguém podia pretender ter o direito de conhecer novamente de uma causa já decidida. O litigante oferecia à assembléia uma proposta de resolução, que, se aceita, se transformava em sentença; e, se não fosse aceita, abria-se a oportunidade de um juízo de desaprovação, no qual só se examinava a legitimidade de aplicar a norma costumeira invocada e a conclusão que se deduzia de sua aplicação aos fatos.¹⁴⁵

Entretanto, com o desenvolvimento da sociedade germânica e a consequente divisão de poderes, as decisões foram atribuídas a pessoas específicas, os magistrados, e então foi iniciada a prática regular dos recursos judiciais.

Vale citar que em razão do sucesso bélico e da queda de Roma, a influência do direito germânico foi acentuada, mesclando-se com o direito romano e o canônico, fazendo surgir o processo romano-canônico. Nessa fase, “pela mentalidade dos senhores feudais, ciosos e orgulhosos de seus privilégios e, também, porque não havia ninguém sobre eles, o instituto recursal perdeu seu prestígio e seu alcance”.¹⁴⁶

Entretanto, posteriormente, os reis, ao perceberem que se achavam tolhidos pelos suseranos, incentivaram gradativamente a restauração dos recursos. Essa é a razão para que muitos juristas e historiadores sustentem que o motivo do ressurgimento dos recursos na Idade Média está relacionado à concentração de poderes dos reis medievais, os quais passaram a avocar a competência para julgar as apelações, enfrentando “a arrogância dos titulares de terras, até que Luís XI lhes infligisse a derrota fatal”.¹⁴⁷

¹⁴⁴ REZENDE FILHO, G. J. R. de. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v. 3. p. 91.

¹⁴⁵ LIMA, A. de M. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 11.

¹⁴⁶ LIMA, A. de M. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 11-12.

¹⁴⁷ LIMA, A. de M. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 12.

Tão rudimentar era o sistema na época feudal, que Lima¹⁴⁸ relata sobre a existência de um recurso denominado “duelo judiciário”. Por meio de tal duelo, um litigante desafiava o juiz para uma luta corporal ou armada, abrangendo todos aqueles que lhe eram contrários na causa, devendo vencer a todos para ter êxito no recurso.

Vê-se, pois, que os sistemas jurídico e judicial regrediram severamente na época medieval se comparado ao Direito Romano. Os valores de justiça, razão, democracia e argumentação deram espaços aos valores de violência, dogmas religiosos, autoritarismo e imposição.

Conforme ensina Montesquieu,¹⁴⁹ por volta de 1137 o *Digesto* de Justiniano foi reencontrado e o direito romano passou a experimentar, vagarosamente, um “segundo nascimento”, pautado também nos princípios do Código Justiniano e nas Novelas.

No século XVI, o Direito Canônico recepcionou o instituto do recurso, à semelhança do regime romano. Isso se deu por meio do Concílio de Trento, que instituiu a possibilidade de apelação de toda sentença definitiva e também perante as decisões interlocutórias, desde que tal decisão interlocutória tivesse força de definitiva ou lesionasse a parte vencida.

Conforme ensina LIMA,¹⁵⁰

A apelação foi, igualmente, um fator preponderante da influência do Papa – Bispo de Roma – sobre todo o mundo católico, pois graças ao costume e às praxes tolerantes, as sentenças dos Bispos, que eram, originariamente, irrecorríveis, passaram a ser suscetíveis de apelação para o mais alto dignatário da Igreja.

Assim, passada a época feudal, os sistemas jurídicos dos Estados europeus passaram a prever a possibilidade de recursos das decisões judiciais, pautados na argumentação e produção de provas elaboradas pela parte recorrente.

¹⁴⁸ LIMA, A. de M. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 13.

¹⁴⁹ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 594.

¹⁵⁰ LIMA, A. de M. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 15.

Como bem se sabe, a descoberta do Brasil por Portugal é posterior à época medieval e, portanto, a imposição do sistema jurídico português em terras brasileiras se concretizou por meio das Ordenações Portuguesas vigentes, em ordem cronológica, Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, nas quais já estava prevista a existência de recursos.

Em Portugal, no reinado de Afonso III, por uma lei geral foi regulada a apelação, com base no direito romano e canônico. Tal apelação foi recepcionada para as Ordenações Afonsinas, criadas por Afonso V em 1446, que também previa o recurso de agravo de instrumento. Tais recursos foram mantidos nas Ordenações Manuelinas e Filipinas.

As Ordenações Filipinas previram, também, um recurso extraordinário denominado de Queixa Imediata ao Príncipe, que dependia somente do Real Arbítrio. Aliás, vale dizer que as Ordenações Filipinas apresentam maior qualidade do que as Ordenações antecedentes, refletindo técnica mais apurada ao tratar as questões jurídicas e judiciais.

Mesmo após a independência política do Brasil perante Portugal, as Ordenações e leis extravagantes foram mantidas pela lei de 20 de outubro de 1823. Sobre os recursos de agravo existentes a esse tempo, disserta Buzaid:¹⁵¹

Sob êsse regime havia as seguintes figuras de agravo: de petição, de instrumento, no auto do processo, de ordenação não guardada e o ordinário. Pelo art. 14 da lei de 29 de novembro de 1832 (Disposição provisória acêrca da administração da Justiça Civil), os agravos de petição e de instrumento ficaram reduzidos a agravo no auto do processo. Êsse estado da legislação perdurou até que a lei de 3 de dezembro de 1841, no artigo 120, taxativamente revogasse o citado art. 14, restabelecendo o direto anterior português. A 15 de março de 1842 surgiu o decreto regulamentar nº 143, que aboliu os agravos de ordenação não guardada e o ordinário, mantendo unicamente três modalidades: de petição, de instrumento e no auto do processo.

Conforme o Império se organizava, o ordenamento jurídico brasileiro propriamente dito passou a contar com os seguintes recursos na área cível: apelação; agravo de

¹⁵¹ BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição: no sistema do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 66.

petição; agravo de instrumento; agravo no auto do processo; embargos de nulidade; embargos infringentes e recurso de revista.¹⁵² Tais recursos se pautavam no Regulamento baixado com o Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850, que se tornou a fonte principal do processo judicial até a elaboração do Código de Processo Civil Nacional, datado de 1939.

Sobre o referido Decreto n. 737, manifesta-se Buzaid:¹⁵³

A 10 de julho de 1850, o Decreto 564 facultou o agravo de qualquer decisão do juiz, obrigando, ou excusando de prestar fiança às custas o autor, ou réu, ausente do Império, ou prestes a ausentar-se. Veio depois o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, que, no art. 669, depois de reproduzir a matéria já regulada pelo Decreto 143, consignou mais os seguintes casos: da sentença de liquidação, de exibição, de habilitação, dos despachos interlocutórios, que contêm dano irreparável e da sentença que releva ou não da deserção o apelante, ou julga deserta e não seguida a apelação [...] Depois dêle continuaram as leis a ampliar os casos de agravo, obedecendo sempre ao critério da enumeração casuística [...].

O critério causuístico foi elidido pelo art. 846 do Código de Processo Civil Nacional de 1939, o qual que modificou o sistema que vigia e instaurou um novo princípio para distinguir os vários recursos admissíveis contra sentenças de primeira instância, admitindo agravo de petição que se processaria nos próprios autos, a fim de atacar as decisões que implicassem a terminação do processo principal sem resolução do mérito.

Porém, como bem assinala Kozikoski,¹⁵⁴ a complexidade da classificação proposta pelo legislador de 1939 era fonte geradora de confusões entre os operadores do direito, uma vez que só as sentenças definitivas eram impugnáveis mediante apelação, sendo as decisões interlocutórias simples ou mistas impugnáveis por agravo de instrumento (art. 842), agravo de petição (art. 846) ou agravo no auto do processo (art. 851).

¹⁵² LIMA, A. de M. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 28.

¹⁵³ BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição: no sistema do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 67.

¹⁵⁴ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos e espécie*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 35.

Em 11 de janeiro de 1973 foi publicada a Lei 5.869, consistente no atual Código de Processo Civil, que revogou o diploma processual de 1939 e simplificou a classificação das decisões judiciais. No atual Código de Processo Civil, os recursos estão disciplinados entre os artigos 496 a 565, no Título X do Livro I.

Entretanto, tendo em vista várias razões de ordem técnica, entre elas a notória morosidade no andamento dos processos judiciais e a constante crítica doutrinária acerca da vasta árvore recursal existente, o Senado Federal passou a elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, ora Projeto de Lei 166/2010, tendo por metas, entre outras, a elaboração de um Código com linguagem mais acessível à população e apto a propiciar maior celeridade no andamento processual.

CAPÍTULO 6. CONCEITO

O termo “recurso” repousa suas origens na palavra latina *recursus*, cujo significado é cursar novamente, retroagir, voltar atrás. O termo latino era composto do prefixo *re* anteposto ao substantivo *cursus*, ou então o verbo *currere*. Nesse sentido, explica Rezende Filho¹⁵⁵ que “etimologicamente, recurso, do latim – *recursus*, significa o ato de alguém voltar, correndo, para o lugar de onde, também correndo, saíra”. O referido pensador, inclusive, para ilustrar a semântica do termo, relembra a locução latina *maris cursus et recursus* empregada por Plínio, com o sentido de fluxo e refluxo, ou curso e recurso do mar.

No âmbito judicial, os recursos atendem a um anseio natural do ser humano, que é ter sua pretensão reavaliada por outra instância. É, pois, natural que as pessoas não se conformem com o juízo realizado pelo primeiro julgador, aspirando a uma segunda apreciação, por novos julgadores. O cotidiano forense mostra que a grande maioria dos jurisdicionados que obtêm decisões contrárias aos seus interesses manifestam desejo de que haja a interposição de recursos, para que as questões postas *sub iudice* possam ser novamente apreciadas.

Ademais, sendo o magistrado um ser humano, como de fato o é, inevitavelmente se mostra suscetível a equívocos, os quais, não fossem os recursos, prejudicariam sobremaneira o jurisdicionado. Assim, aquele que busca a solução de conflitos no Judiciário deve ter a seu dispor os meios recursais para pleitear a reforma de decisões do juízo *a quo* que não pareçam justas à parte sucumbente.

Nesse sentido, vale citar outras possibilidades semânticas do termo *recurso*, ou do verbo *recorrer*, como bem assinala Milhomens:¹⁵⁶ “Também significa remédio, moral ou físico. Os desgraçados *recorrem* a Deus; os doentes, ao médico; os lutadores, à força”.

¹⁵⁵ REZENDE FILHO, G. J. R. de. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1951. p. 85.

¹⁵⁶ MILHOMENS, J. *Dos recursos cíveis: doutrina, legislação, jurisprudência e formulário*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 13.

Em sentido menos técnico, a palavra *recorrer* é comumente empregada, também, para referir-se ao ato de socorrer ou prestar auxílio a alguém, conforme passagem de Padre Vieira, citado por Milhomens:¹⁵⁷ “Prestarás recurso aos que morrem pela fé”. Pode significar, ainda, qualquer remédio contra uma violação de direito, como na expressão “teve de recorrer ao Poder Judiciário”.

Entretanto, em que pese o amplo leque de possibilidades semânticas da palavra *recurso*, certo é que na linguagem jurídica o termo indica, de forma técnica, o pedido para reexaminar e reformar uma decisão proferida pelo julgador, sendo tal reexame realizado pelo próprio julgador ou por instância superior (*ad quem*). E mais, o termo se refere a um gênero onde existem várias espécies, uma vez que, na linguagem jurídica, o termo *recurso* abrange as várias espécies de recursos judiciais existentes, sendo que tais espécies recebem nomes próprios.

Assim, do ponto de vista técnico processual, “a sua significação é mais específica, abrangendo, apenas ataques ou impugnação a uma decisão”.¹⁵⁸ Nesse sentido, também se manifesta Cruz¹⁵⁹ “devemos acentuar que, em matéria de processo, o termo *recurso* indica o pedido de reforma de uma decisão prolatada”.

Tais acepções do termo recurso são assaz explicadas pelo processualista civil Theodoro Júnior, conforme transcrição a seguir:

Em linguagem jurídica a palavra recurso é usualmente empregada num sentido lato para denominar “todo meio empregado pela parte litigante a fim de defender o seu direito”, como, por exemplo, a ação, a contestação, a exceção, a reconvenção, as medidas preventivas. Nesse sentido diz-se que a parte deve *recorrer* às vias ordinárias, ou deve *recorrer* ao processo cautelar, ou deve *recorrer* à ação reivindicatória etc. Mas, além do sentido lato, recurso em direito processual tem uma acepção técnica e restrita, podendo ser definido como o meio ou remédio impugnativo apto para provocar, dentro da relação processual ainda em curso, o reexame de decisão judicial, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter-lhe a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração.¹⁶⁰

¹⁵⁷ MILHOMENS, J. *Dos recursos cíveis*: doutrina, legislação, jurisprudência e formulário. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 13.

¹⁵⁸ LIMA, A. de M. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 124.

¹⁵⁹ CRUZ, J. C. de O e. *Dos recursos no Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p.10.

¹⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral processual civil e processo de conhecimento*. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 628.

Há de se ressaltar, conforme bem observa Nery Junior,¹⁶¹ que os institutos existentes destinados a reexaminar as decisões judiciais variam no tempo e no espaço, ou seja, as espécies de recursos à disposição do autor e do réu variam conforme a disposição legislativa em cada jurisdição e em cada momento histórico. Nesse sentido, bem observa o prestigiado jurista:

É, portanto, tarefa exclusiva do direito positivo, estabelecer quais desses remédios são, efetivamente, recursos. Daí a razão por que já se afirmou, com acerto, que não se pode determinar um conceito de recurso *anterior* ao que se encontra regulamentado pelo sistema da lei. Como decorrência, remédio que entre nós é recurso pode não possuir essa natureza jurídica em outro sistema e vice-versa.¹⁶²

Importante citar, também, que o Código de Processo Civil não realiza a definição do termo *recurso*, embora tenha dado ao Título X do Livro I a designação *Dos Recursos*.

Em tal título, o diploma processual civil enumera sob a designação de *recursos* vários institutos que, em momentos e condições processuais distintos, visam a propiciar o reexame de decisão anterior sem que haja a propositura de um novo processo judicial propriamente dito, embora muitos dos recursos sejam autuados em apartado e recebam numeração diversa do processo principal em que consta a decisão atacada. Assim, como bem acentua Moreira,¹⁶³ o denominador comum de todos os recursos arrolados no Código de Processo Civil “consiste em que o seu uso não dá margem à instauração de *novo processo*, senão que apenas produz a extensão do *mesmo processo* até então fluente. Eis aí, ao nosso ver, o traço característico do instituto, tal como o disciplina o vigente direito processual civil brasileiro, e já o disciplinava o Código anterior”.

¹⁶¹ NERY JUNIOR, N. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 204-205.

¹⁶² NERY JUNIOR, N. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 204-205.

¹⁶³ MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v 5. p. 232.

Assim, usando a expressão empregada por Montenegro Filho,¹⁶⁴ o reexame da decisão atacada por recurso é *endoprocessual*, ou seja, praticada no curso da ação judicial proposta pelo autor em face do réu, ainda que o recurso forme autos apartados, como é o caso do agravo de instrumento, modalidade de recurso que leva esse nome justamente por ser autuado em instrumento próprio.

Tendo por base o que foi exposto até então, é possível entender o termo *recurso*, na sua acepção técnica e processual civil, como o gênero dos remédios processuais voluntários que visam a reformar, anular ou esclarecer decisão interlocutória, sentença ou acórdão proferido por autoridade judicial, podendo o recurso, conforme sua modalidade, ser apreciado pela própria autoridade judicial que prolatou a decisão ou por instância hierarquicamente superior, e podendo, também conforme sua modalidade, ser autuado separadamente, embora continue se referindo a um único processo.

Há, entretanto, duas figuras processuais que demandam conceituação específica. A primeira é o Recurso de Ofício (Recurso *ex officio*), previsto pelo art. 475 do CPC, que não é proposto voluntariamente pela parte, mas sim em determinação da própria legislação, por razões de ordem pública. É o caso, por exemplo, de sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal e o Município, a qual está necessariamente sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de a sentença ser confirmada pelo tribunal.

Portanto, nesses casos em que a lei prevê o Recurso de Ofício, o próprio magistrado que proferiu a decisão, em cumprimento de seu ofício, remete os autos para o reexame necessário, havendo ou não apresentação de apelação. Vê-se, pois, que não é propriamente um recurso, mas um reexame necessário que é realizado independentemente da vontade ou manifestação das partes.

A outra figura processual que demanda conceituação específica é o *pedido de reconsideração*, não previsto pelo Código de Processo Civil, mas amiúde utilizado na prática forense. Não raro, a parte inconformada com decisão interlocutória

¹⁶⁴ MONTENEGRO FILHO, M. *Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2. p. 8.

apresenta à própria autoridade judicial que prolatou a decisão um pedido de reconsideração, normalmente expondo novas razões que não tinham sido levadas em consideração pelo magistrado na decisão proferida. Entretanto, tal pedido de reconsideração não suspende nem interrompe o prazo para a interposição de eventuais recursos competentes para superior instância, e nem se caracteriza propriamente como um recurso.

CAPÍTULO 7. NATUREZA JURÍDICA

A doutrina se debruça constantemente sobre o tema da natureza jurídica dos recursos. Das correntes que se formaram, duas merecem destacada atenção: a primeira corrente assevera que o recurso é uma ação autônoma de natureza constitutiva; a segunda afirma que o recurso é o próprio exercício do direito de ação referente ao processo principal, mas em fase procedimental distinta.

Para a primeira corrente, conforme explicação de Moreira,¹⁶⁵ o recurso é uma “ação distinta e autônoma em relação àquela que se vinha exercitando no processo. Chegou-se à precisão de atribuir-lhe natureza *constitutiva*, por tender, pelo menos no comum dos casos, à remoção de um pronunciamento”.

Ainda sobre os doutrinadores que se filiam à primeira corrente, reflete Nery Junior, com contumaz sapiência:

Fazem eles um paralelo entre o direito de ação e o de recorrer, identificando este último como sendo o exercício, após a decisão judicial, do próprio direito de ação. Para tanto, exigem a presença das condições da ação recursal bem como dos pressupostos processuais.¹⁶⁶

Tal corrente entende, pois, que a “ação tem sua gênese em fato extraprocessual, isto é, ocorrido fora do processo, antes de sua instauração, ao passo que o recurso se origina de fator endoprocessual, vale dizer, da própria decisão judicial impugnada.”¹⁶⁷

Assim, afirmam os doutrinadores filiados a tal corrente que o recurso é dotado de pretensão autônoma, com elementos objetivos, causa de pedir e pedido diferentes dos existentes na ação judicial na qual foi proferida a decisão recorrida.

¹⁶⁵ MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 236.

¹⁶⁶ NERY JUNIOR, N. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 213.

¹⁶⁷ ORIONE NETO, L. *Recursos Cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 9.

Em sentido oposto, conforme a segunda corrente doutrinária, há os juristas que entendem que os recursos não possuem natureza jurídica de ação judicial autônoma. Nesse sentido, segundo esse entendimento, “o direito de recorrer em hipótese alguma se identifica com a garantia constitucional do direito de ação e, tampouco a ela pode ser equiparado ou reduzido, eis que aquele é exercido como sendo um desdobramento deste último.”¹⁶⁸

De fato, parecer ser mais plausível entender o direito de recorrer não se confunde com o direito de ação, assim como não possuem autonomia, uma vez que os recursos existem como uma continuação da apreciação do caso concreto pelo Poder Judiciário. Fazem parte, pois, do processo de conhecimento e existem como um desdobramento do próprio processo.

Nesse sentido, o direito de recorrer

não passa de direito processual subjetivo que é exercido como desdobramento dos direitos, faculdades ou poderes que o autor possui, como titular do direito de ação, e o réu, como titular do direito de defesa. Com o recurso, não se instaura um novo processo, mas apenas se amplia, com novos atos procedimentalmente coordenados, processo já existente.¹⁶⁹

O direito de recorrer é de natureza subjetiva, ou seja, é uma faculdade de agir. Sendo proferida decisão contrária ao interesse de uma das partes, tanto réu como autor podem fazer uso, nos termos da lei e conforme as hipóteses de cabimento, dos recursos existentes para que a questão seja reexaminada. Assim sendo, salvo nos casos de remessa necessária em razão do interesse público, o direito de recorrer é voluntário,

Trata-se, desta forma, de um direito de ordem subjetiva, extraído dos desdobramentos do direito de ação, caso em que o recurso é suscitado pelo autor da demanda, ou então, do próprio direito de defesa, caso a provocação para o reexame resulte da parte contrária. Isto porque, a partir do direito subjetivo de ação e do direito subjetivo de defesa, projetam-se para o autor e para o réu, respectivamente, outros direitos subjetivos processuais que vão ser exercidos à medida que flui o processo.¹⁷⁰

¹⁶⁸ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos e espécie*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 46.

¹⁶⁹ MARQUES, J. F. *Manual de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Campinas/SP: Millennium, 2003. v. 2. p. 381.

¹⁷⁰ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos e espécie*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 45.

Vale citar, conforme explica Assis,¹⁷¹ que a corrente doutrinária cujo entendimento é o de que o recurso mostra-se como prolongamento da própria ação principal é majoritária no direito brasileiro, e também o é entre os juristas alemães e italianos.

Entretanto, tal corrente majoritária não está isenta de ponderadas críticas, como a do jurista Alvim.¹⁷²

Esta observação, de que o recurso nasce no processo, não me parece de todo exata, pois o que surge por ocasião da sentença é o interesse de recorrer, que emerge, de regra, da sucumbência. Mas esse interesse não é o *recurso*, senão um dos seus pressupostos ou condições. Por isso, o recurso, enquanto direito inscrito na lei processual, preexiste ao processo; enquanto direito *in concreto*, depende do resultado do processo. Realmente o recurso tem individualidade própria (direito de recorrer), com pressupostos específicos, mesmo porque, muitas vezes, alguém está legitimado a interpor recurso, sem que o tivesse para propor a ação, sendo o recurso de terceiro prejudicado (art. 499, CPC), disto um irrefutável exemplo.

De fato, a propositura do recurso pode ser realizada por pessoa que não figure no processo judicial mas teve prejuízos com a decisão proferida, razão pela qual é chamada de terceiro prejudicado, nos termos do art. 499 do Código de Processo Civil: “O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público”.

De qualquer forma, embora não incólume de críticas e posições divergentes, tem-se que a natureza jurídica dos recursos é de direito subjetivo decorrente do desdobramento do direito de ação, quando o recorrente é o autor, e de defesa, quando o recorrente é o réu. Os recursos constituem, com exceção dos casos de remessa necessária, verdadeiro ônus processual, uma vez que se o jurisdicionado não se conforma com a decisão proferida e pretende obter reexame da matéria, deve então apresentar tempestivamente o recurso competente, dentro da hipótese de cabimento e com o devido recolhimento de custas judiciais.

Diz-se que o recurso é um *ônus* porque é “ato que alguém precisa praticar para tornar possível a obtenção de uma vantagem ou para afastar a consumação de uma

¹⁷¹ ASSIS, A. de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 36.

¹⁷² ALVIM, Arruda. *Direito processual Civil: execução, medidas cautelares, ações em espécie*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v 3. p. 296-297.

desvantagem.”¹⁷³ Não se confunde com *dever*, pois não é obrigatório nem se relaciona à moral; nem se confunde com *obrigação*, que é terminologia jurídica técnica referente às relações jurídicas pessoais.

Nesse sentido, vale citar as palavras de Wambier:¹⁷⁴

A atividade de interpor um recurso, como, de regra, a atividade das partes no processo, consiste num ônus, assim como também o é o ato de contestar ou de impugnar, especificamente, cada um dos fatos deduzidos na inicial. O que caracteriza o ônus, e o diferencia de outras figuras como a obrigação ou o dever, é que, quando a atividade, a que corresponde o ônus, é desempenhada, quem, de regra, com isso se beneficia é a própria parte a que desempenha (e se desincumbe do ônus, portanto), e não aquela que se encontra no pólo da relação jurídica, como acontece com a obrigação. Quando a parte se omite, entretanto, normalmente as consequências negativas decorrentes dessa omissão voltar-se-ão exatamente contra aquele que se omitiu.

Conclui-se, em harmonia com a corrente majoritária, que embora a maioria das espécies de recursos receba autuação e numeração própria, em essência refere-se a um único e mesmo processo, do qual se originaram, tratando-se apenas de nova ocasião para reapreciação do mérito e/ou das questões processuais, por autoridade judicial de instância superior ou pela mesma autoridade que proferiu a decisão.

Conforme explicita Orione Neto,¹⁷⁵ o fato de o recurso se caracterizar como ônus processual não é incompatível com a sua natureza jurídica de prolongamento do exercício do direito de ação no mesmo processo. Os recursos possuem, portanto, natureza jurídica de ônus processual e de direito subjetivo decorrente do desdobramento do direito de ação e de defesa.

¹⁷³ MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 237.

¹⁷⁴ WAMBIER, L. R. (coord.). *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. p. 516.

¹⁷⁵ ORIONE NETO, L. *Recursos Cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 10.

CAPÍTULO 8. CLASSIFICAÇÃO DOS RECURSOS CÍVEIS

Neste tópico, serão apresentadas as classificações doutrinárias dos recursos cíveis conforme: a) a extensão, que pode ser total ou parcial; b) a fundamentação, que pode ser livre ou vinculada; e c) a independência ou dependência do recurso interposto, o qual, sendo dependente, é designado recurso adesivo.

8.1 QUANTO À EXTENSÃO

Os recursos podem versar sobre a impugnação de uma decisão judicial em toda sua completude, ou pode restringir-se apenas a uma parte da decisão recorrida. Assim sendo, os recursos, sob a ótica da extensão que abrangem, podem ser totais ou parciais.

Serão parciais quando o recorrente se conforma, ou mesmo concorda, com parte da decisão proferida, atacando-a apenas parcialmente. É o caso, por exemplo, do réu que é condenado, em primeiro grau de jurisdição, a pagar indenização por danos patrimoniais e morais, mas interpõe recurso de apelação pleiteando a reforma da decisão apenas no que toca aos danos morais.

Os recursos serão totais quando pretendem a modificação completa da decisão judicial recorrida. Seria o caso, no exemplo citado no parágrafo acima, se o réu interpusse recurso de apelação para reformar a decisão do juízo *a quo* no que se refere aos danos morais e também patrimoniais.

Aliás, algumas vezes, embora não seja a regra, a própria lei restringe a extensão dos recursos, limitando o seu alcance, como ocorre, por exemplo, com os embargos infringentes caso a divergência entre os julgadores antecedentes seja parcial, situação em que somente tal parcialidade poderá ser abrangida pelos embargos infringentes.

Há de se destacar, também, que a matéria abordada nos recursos pode ser de mérito ou apenas processual, ou ambas. Será apenas processual quando o

recorrente se restringir a sustentar questões que fogem ao mérito da causa, como, por exemplo, sustentar a ausência das condições da ação, isto é, interesse de agir, legitimidade e possibilidade jurídica do pedido. Na hipótese de o recurso se estender às defesas processuais e também de mérito, então a defesa processual será posta em sede preliminar, uma vez que, caso acolhida, torna-se desnecessária a apreciação do mérito.

Nesse sentido, são válidas as palavras de Vechiato Júnior:¹⁷⁶

[...] recurso de amplitude técnica ou processual (recurso técnico) é aquele em que são discutidas apenas questões processuais. Recurso de amplitude substancial ou de mérito (recurso substancial) é aquele pelo qual se devolve somente as discussões sobre o mérito da causa. E, o recurso de amplitude eclética (recurso eclético) consiste naquele em que a parte recorrente sustenta questões processuais (em preliminar) e de mérito.

Importante frisar que eventual provimento concedido em sede recursal se restringe ao que foi pedido pela parte no recurso interposto. Assim sendo, não é possível a autoridade judicial competente, recebendo o recurso, prover-lhe além dos limites do que consta no pedido. Portanto, aplica-se o princípio consagrado no brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum*, ou seja, o alcance da decisão reformadora encontra limite na extensão do que foi requerido no recurso interposto, não podendo a instância à qual se recorreu reformar a decisão do juízo recorrido além do que se requereu no recurso.

Corolário deste princípio é o fato de que a instância à qual se recorreu também não pode reformar a decisão recorrida em prejuízo da parte recorrente, salvo se houver concomitantemente recurso da outra parte ao qual se deu provimento. Assim sendo, caso o autor de ação indenizatória por danos morais julgada parcialmente procedente venha a recorrer com o objetivo de ter a indenização aumentada em segunda instância, não pode tal instância diminuir o que foi concedido na instância inferior, salvo se houver recurso do réu ao qual se dê provimento. A esse princípio dá-se o nome de proibição da *reformatio in pejus*.

¹⁷⁶ VECHIATO JÚNIOR, W. *Tratado dos recursos cíveis*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000. p. 170.

8.2 QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO

Os recursos podem conter fundamentação livre, de acordo com o interesse e entendimento da parte recorrente, ou pode conter fundamentação vinculada à determinação da lei.

Quando são de fundamentação livre, cabe ao recorrente expor as razões de fato e de direito que entende pertinentes para que o juízo *ad quem*, após conhecer do recurso, dê-lhe provimento. É o caso, por exemplo, do recurso de apelação e do recurso de agravo.

Já nos recursos de fundamentação vinculada, para que sejam conhecidos pelo juízo *ad quem*, mostra-se necessário que a parte recorrente demonstre que houve o erro previsto na legislação para cabimento do recurso. Nesse sentido, explicativo o excerto abaixo, da lavra de Moreira:¹⁷⁷

Nos recursos de fundamentação vinculada, o recorrente precisa *invocar* o erro indicado como relevante (ou algum deles, se há mais de um), para que o recurso *caiba*, e precisa *demonstrar-lhe* a efetiva ocorrência na espécie, para que o recurso *proceda*. A tipicidade do erro é, pois, pressuposto *do cabimento* do recurso (e, por conseguinte, da sua admissibilidade); se o erro não for típico, o órgão *ad quem* não conhecerá daquele. A existência real do erro é pressuposto *da procedência* do recurso; se o erro alegado, típico embora, não existir, o órgão *ad quem* conhecerá do recurso, mas lhe negará provimento. É claro que, nos recursos de fundamentação vinculada, também pode (e costuma) exigir a lei a com concorrência de outro(s) pressuposto(s) de cabimento: a tipicidade do erro será apenas em deles.

Assim, à guisa de exemplo de recurso de fundamentação vinculada, cite-se o recurso extraordinário, cujo órgão competente para julgá-lo é o Supremo Tribunal Federal. Nessa modalidade de recurso, necessariamente a fundamentação deve estar vinculada às hipóteses do art. 102, inciso III, da Constituição Federal, o qual determina que cabe ao STF “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”, devendo o

¹⁷⁷ MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 253-254.

recorrente demonstrar, também, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso.

8.3 QUANTO À INDEPENDÊNCIA OU DEPENDÊNCIA

Tanto autor como réu podem propor recursos judiciais, na forma da lei, independentemente. É possível, inclusive, que eventual sentença não agrade nem autor, nem réu, inculcando em ambos o desejo de recorrer. É o caso, por exemplo, de sentença que julgue parcialmente procedente o pedido do autor, sendo que o réu pretendia a improcedência de todos os pedidos do autor e o autor, por sua vez, pretendia a procedência integral dos pedidos formulados. Assim, as partes podem, por meio de recursos independentes, recorrer à instância superior.

É possível, também, que a decisão do juiz se mostre obscura para ambas as partes, tanto autor como réu, podendo ambas oporem recurso de embargos de declaração perante o mesmo juízo, para que sejam sanadas as obscuridades existentes na decisão.

São, portanto, recursos independentes. Entretanto, havendo sucumbência recíproca, a lei prevê a possibilidade de interposição de recurso adesivo, situação em que o recurso se mostra dependente e subordinado ao principal. Nesse sentido, dispõe o art. 500 do Código de Processo Civil:

Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal [...].

Assim, nesse caso, o recurso adesivo não é independente, inclusive não sendo sequer conhecido caso haja desistência do recurso principal, ou se este for declarado inadmissível ou deserto (não recolhimento das custas recursais). Poderão ser propostos na modalidade adesiva os recursos de apelação, embargos infringentes, extraordinário e especial, e deverão sê-lo no prazo de que a parte dispõe para responder ao recurso principal.

CAPÍTULO 9. FINALIDADE E UTILIDADE

Como bem assinala a doutrina, os recursos podem ter como objetivos (i) a reforma da decisão recorrida; (ii) a invalidação ou anulação da decisão recorrida; e o (iii) esclarecimento ou integração da decisão recorrida, pelo mesmo órgão judicial que a proferiu, a fim de afastar contradição, obscuridade ou omissão.

Assim, nesse sentido, esclarece Montenegro Filho:¹⁷⁸

Os objetivos possíveis [dos recursos] são: a) **A reforma da decisão**, diante do *error in judicando*, ou seja, de pronunciamento marcado pela injustiça, em vista de a autoridade ter se distanciado da verdade formal dos autos. b) **A invalidação do pronunciamento**, diante do *error in procedendo*, ou seja, de a autoridade ter infringido lei de procedimento, como é o caso da sentença proferida em processo marcado pela nulidade da audiência de instrução e julgamento, pelo fato de o magistrado ter indeferido (quando não deveria) a tomada do depoimento de testemunha arrolada pelo vencido. c) **A integração ou o esclarecimento do pronunciamento**, na hipótese do acolhimento do recurso de embargos de declaração [...].

Também é esse o posicionamento de Vechiato Júnior,¹⁷⁹ ao explicar que a parte, uma vez inconformada com a decisão proferida, deverá impugná-la e, conforme o caso, “requerer o seu reexame, com a finalidade de reforma, invalidação, esclarecimento ou integração”.

Portanto, quando o recurso pautar-se em existência de um *error in judicando*, ou seja, um equívoco na apreciação do pedido, o recurso deverá ter por finalidade a reforma da decisão proferida.

Dessarte, quando a sentença se mostrar injusta, “por ter solucionado o processo em desconformidade com os fatos e com as provas constantes dos autos, encontramos diante de decisão que merece *reforma*, representando *error in judicando*”.¹⁸⁰

Vê-se, pois, o *error in judicando* é um “vício é de natureza substancial, de conteúdo, provocando a injustiça do ato judicial. Não se trata de vício de forma, mas sim de

¹⁷⁸ MONTENEGRO FILHO, M. *Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2. p. 13.

¹⁷⁹ VECHIATO JÚNIOR, W. *Tratado dos recursos cíveis*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000. p. 162.

¹⁸⁰ MONTENEGRO FILHO, M. *Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2. p. 15.

fundo”.¹⁸¹ Nesses casos, pois, o recorrente deve buscar a reforma da decisão proferida, substituindo-a por outra a ser proferida pela instância *ad quem*.

Se, entretanto, a decisão judicial foi proferida em desacordo com as normas procedimentais, é necessário que o recurso interposto vise à anulação da decisão recorrida. É o que se denomina *error in procedendo*. Sobre o tema, explica Nery Junior:¹⁸²

O vício de atividade ocorre quando o juiz desrespeita norma de procedimento provocando gravame à parte. Esta norma de procedimentos é aquela determinada pelo ordenamento jurídico como um todo. Não é preciso viole o juiz texto expresso de lei para caracterizar-se o erro no procedimento; basta que descumpra a regra jurídica aplicável ao caso concreto. [...] O erro do juiz deve ser tal que comprometa a forma ou o conteúdo dos atos do processo, interferindo na higidez da relação jurídica processual, vale dizer, acarretando normalmente a nulidade do processo.

Importante frisar que, havendo provimento do recurso interposto perante instância superior com o intuito de invalidar decisão de instância inferior, em razão de *error in procedendo*, a decisão recorrida é anulada a fim de que o próprio órgão da qual foi emanada profira nova decisão, agora respeitando os procedimentos legais.

Não há, nesse caso, substituição da decisão, e sim anulação, pois se a decisão que merece ser anulada por desrespeito aos procedimentos fosse substituída por outra, então isso acarretaria a elisão de um grau de jurisdição, uma vez que não houve *error in judicando* da instância recorrida, mas sim erro formal, procedimental.

Dessa forma, o recurso que invalida a decisão do juízo de instância inferior na verdade promove a “cassação do ato recorrido, a fim de que outro seja proferido pelo mesmo órgão do qual emanou”.¹⁸³

Há a possibilidade, também, de o recurso ter por escopo o esclarecimento ou a integração da decisão recorrida, hipótese em que o recurso é apreciado pelo próprio órgão do qual a decisão foi emanada.

¹⁸¹ NERY JUNIOR, N. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 250.

¹⁸² NERY JUNIOR, N. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 248-249.

¹⁸³ MARCATO, A. C. *Roteiro de estudo de direito processual civil*. Londrina: Bird Gráfica, 1993. p. 98.

Assim, a decisão judicial que se mostra incompleta pode ser atacada por meio de recurso de embargos de declaração, para que o magistrado possa integrá-la. Vale explicar que integrar “é tornar inteiro ou parte integrante, completar, integralizar. Relaciona-se com a preterição ou a omissão, que norteia a ação de não fazer constar, ou não dizer, ou não mencionar sobre certo requerimento”.¹⁸⁴

Por seu turno, a decisão judicial que se mostra obscura ou contraditória pode ser objeto de recurso de embargos de declaração, cuja finalidade será a de aclarar a prestação jurisdicional, para que se torne compreensível e coerente.

Nesse sentido, explica Orione Neto (2002, p. 8):¹⁸⁵

Ao aclaramento ou à integração da decisão recorrida tendem os embargos de declaração. Assim, nos casos de decisões obscuras ou contraditórias, poderá o interessado valer-se dos embargos de declaração; o mesmo ocorrendo quando a decisão for omissa sobre algum(ns) do(s) pedido(s) formulado(s) pelo embargante, de modo que, com o pronunciamento sobre o ponto omissa, haja a integração da decisão embargada.

Dessa forma, quando a decisão não estiver completa, omitindo-se sobre pedido formulado, ou então quando a decisão se mostra contraditória ou obscura, caberá recurso com a finalidade de integrar a decisão ou esclarecê-la.

É de se mencionar, também, o posicionamento de alguns doutrinadores os quais sustentam que os recursos servem para finalidades corretivas e de prevenção, uma vez que o fato de haver uma instância superior supostamente incentivaria e advertiria o magistrado de primeira instância para o adequado estudo dos feitos (ROSCOE POUND *apud* CRUZ, 1968, p. 10).¹⁸⁶

¹⁸⁴ VECHIATO JÚNIOR, W. *Tratado dos recursos cíveis*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000. p. 166.

¹⁸⁵ ORIONE NETO, L. *Recursos Cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 8.

¹⁸⁶ ROSCOE POUND *apud* CRUZ, J. C. de O e. *Dos recursos no Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 10.

Conforme expõe Cruz,¹⁸⁷ “a possibilidade de revisão do primeiro julgamento é sempre um poderoso elemento impeditivo de decisões equivocadas de erros ou ditadas pelos mais condenáveis sentimentos pessoais.”

É bem verdade, outrossim, que os recursos possuem a finalidade de atribuir certa uniformidade na aplicação da lei. Sem a existência de instâncias recursais superiores, as decisões dos magistrados de primeira instância que fugissem à uniformidade da jurisprudência não poderiam ser remediadas, o que geraria instabilidade e desconfiança no estado democrático de direito.

Assim, sem a existência de recursos, a interpretação de um mesmo texto de lei que estivesse sendo realizada de modos diversos pelos juízes não receberia pacificação em instâncias superiores.

Nesse sentido, se não houvesse recursos, seria possível que

em causas idênticas, em pedidos semelhantes, fundados na mesma lei, o suposto direito tomaria formas diferentes e opostas, desde que dois ou mais julgadores divergissem na sua interpretação. [...] O recurso em última análise, realiza, também, uma tarefa eficiente e necessária de uniformização da jurisprudência.¹⁸⁸

Vale citar, por fim, as observações de Moreira,¹⁸⁹ pautadas na realidade fática. Conforme explica o douto jurista, a utilização das vias recursais pode ser motivada por diversos fatores, que transitam desde a profunda e sincera convicção de que o órgão judicial decidiu de maneira errônea até o mero capricho e intuito de emulação.

Assim, por vezes, a interposição de recurso está relacionada apenas ao desejo de o vencido ganhar tempo com o recurso interposto, que sabe infundado, mas que posterga o cumprimento da decisão recorrida.

¹⁸⁷ CRUZ, J. C. de O e. *Dos recursos no Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 13.

¹⁸⁸ CRUZ, J. C. de O e. *Dos recursos no Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 14-15.

¹⁸⁹ MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v 5. p. 238.

Não é rara, também, como se vê na prática forense, a conduta de interpor recurso com o intuito de pressionar a parte adversa a firmar acordo, uma vez que são notórias as delongas na efetividade do provimento judicial propiciadas pela interposição de recurso.

CAPÍTULO 10. ATOS PROCESSUAIS SUJEITOS A RECURSO

Os atos processuais podem ser praticados pelo juiz, pelas partes, por serventuários da justiça e por terceiros. Importante ressaltar que, no sistema judicial brasileiro, somente os atos praticados pelo juiz são passíveis de recursos.

Assim, os atos praticados pelas partes, pelo Ministério Público e pelos auxiliares do juízo, como o escrevente, oficial de justiça e perito, não podem ser objeto de recurso. Isso porque, como bem assinala Nery Júnior,¹⁹⁰ tais atos não possuem conteúdo decisório.

E, mesmo que praticado pelo magistrado, nem todos os atos processuais podem ser objeto de recurso. Só são recorríveis os atos com conteúdo decisório, também designados “provimentos”. Assim sendo, não podem ser objeto de recursos os despachos judiciais de mero expediente, por não serem aptos a propiciar prejuízo às partes, nem a atribuir-lhes direitos ou vantagens.

Nesse sentido, explana Vechiato Júnior:¹⁹¹

No exercício da função jurisdicional, o juiz pratica atos que expressam a vontade do Estado no processo, dentre os quais figura o pronunciamento jurisdicional (judicial ou, simplesmente, decisão), que configura o objeto do recurso, integral ou parcial, de qualquer natureza ou conteúdo, proferido em qualquer modalidade de processo ou procedimento, em qualquer fase processual ou grau de jurisdição.

As decisões judiciais, ou provimentos, podem ser finais ou interlocutórias. Os provimentos judiciais finais decidem a causa, não podendo ser alterados, salvo se as alterações objetivarem a correção de inexatidões materiais ou erro de cálculo, ou se houver interposição de recurso de embargos de declaração, nos termos do art. 463 do Código de Processo Civil.

Ainda, é possível classificar os provimentos finais em duas categorias, conforme resolvam ou não o mérito da causa. Isso porque a decisão final de um processo

¹⁹⁰ NERY JUNIOR, N. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 234.

¹⁹¹ VECHIATO JÚNIOR, W. *Tratado dos recursos cíveis*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000. p. 97.

pode não apreciar-lhe o mérito, extinguindo-se o processo sem resolvê-lo, nos casos de indeferimento da petição inicial, de desistência por parte do autor, de ausência das condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse processual), e nas demais hipóteses do art. 267 do Código de Processo Civil.

As decisões interlocutórias, por sua vez, apreciam questões incidentes do processo judicial, ou seja, não lhe põem fim, embora possam ser efetivamente relevante para as partes, uma vez que definem a marcha processual. É o caso, por exemplo, de decisão que concede tutela antecipada, ou então indefere produção de prova.

Assim, mostra-se plenamente possível a interposição de recursos que visem a atacar decisões interlocutórias, as quais podem oferecer prejuízo imediato à parte que pretende recorrer, ou mesmo oferecer prejuízo potencial, como no caso de cerceamento de produção de prova, em razão do qual a parte pode não obter sucesso no provimento final.

Diferentemente das decisões judiciais finais e interlocutórias, conforme já exposto acima, os despachos de mero expediente não podem dar azo a interposição de recursos, uma vez que não oferecem prejuízos ou benefícios às partes. É o caso de despachos judiciais que determinam que o réu ou o autor se manifeste sobre documento juntado pela outra parte, ou então despacho que determina a juntada de petição e chame os autos à conclusão.

Nesse sentido, determina o art. 162 do Código de Processo Civil que “os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos”. Assim, para que haja a possibilidade de se recorrer de ato praticado pelo juiz, é necessário que tal decisão judicial propicie

prejuízo a uma das partes do processo, não se prestando para o combate de pronunciamentos *despidos* dessa condição, que apenas impulsionam a demanda sem acarretar prejuízos para os protagonistas do embate processual, para o Ministério Público ou para terceiro, característica marcante dos *despachos* (como exemplos: determinação judicial para que a secretaria do juízo designe dia e hora para a realização da audiência de instrução e julgamento; para que uma das partes manifeste-se sobre

documento atado aos autos pelo seu opositor; para que os autos sejam remetidos ao contador etc.).¹⁹²

No atual sistema recursal, em regra, as decisões interlocutórias são recorríveis a instância superior por meio de agravo, seja na modalidade retido ou de instrumento, e as sentenças judiciais são recorríveis ao juízo *ad quem* por meio de recurso de apelação. Os despachos de mero expediente, por sua vez, são irrecorríveis.

Para que se possa distinguir a sentença da decisão interlocutória, deve-se atender ao disposto no §1º do art. 162 do Código de Processo Civil, o qual considera sentenças as decisões enquadradas nos arts. 267 e 269 do mesmo diploma legal, cujas hipóteses, respectivamente, tratam da extinção do processo sem julgamento do mérito, caso em que o juiz decidirá em forma concisa (art. 459), e da extinção com resolução do mérito, caso em que o juiz acolherá ou rejeitará, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor.

Por fim, há de se ressaltar que embora não caibam recursos contra despachos, conforme dispõe o art. 504 do Código de Processo Civil, caso tais despachos se mostrem manifestamente equivocados, trazendo efetivo prejuízo às partes ou a uma delas, é plausível sustentar o cabimento de recurso de agravo. Nesse sentido, Pinto¹⁹³ argumenta que

poderá ocorrer que determinado despacho proferido no processo de forma errônea ou extemporâneo, por ser 'teratológico', venha a causar algum gravame processual a uma ou a ambas as partes. Isto ocorrendo, apesar de não se tratar de uma decisão judicial, mas de despacho, será ele recorrível pelo regime jurídico da decisão interlocutória, através do recurso de *agravo*, que permite a imediata revisão pelo juiz do despacho incorreto (art. 529 do CPC) ou a suspensão de seus efeitos pelo tribunal (art. 558 do CPC).

Por tudo que acima se expôs, evidencia-se a correlação entre a natureza dos atos praticados pelo juiz de primeiro grau e a espécie de recursos cabíveis. Aliás, não só a espécie de recurso cabível, mas também a argumentação que deve ser tecida em tais recursos deve estar em harmonia com a modalidade do ato judicial de que se está recorrendo.

¹⁹² MONTENEGRO FILHO, M. *Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2. p. 11.

¹⁹³ PINTO, N. L. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 28.

Assim, por exemplo, para atacar sentença definitiva ou terminativa (CPC, 162, §1º, c/c art. 267 e 269) é possível interpor recurso de apelação (art. 513); contra decisão obscura, contraditória ou omissa cabem embargos de declaração (CC, art. 535, I e II); contra decisão interlocutória (CPC, art. 162, § 2º) cabe recurso de agravo (CPC, art. 522).

Existem recursos, também, contra decisões proferidas pelos tribunais (acórdãos), ou seja, órgãos colegiados. Assim sendo, por exemplo, contra acórdão não unânime que reforma decisão de instância inferior são cabíveis embargos infringentes (CPC, art. 530); contra acórdão que viola lei federal é cabível recurso especial (CPC, art. 541, c/c CF, art. 105, III); contra acórdão que viola a Constituição Federal é possível interpor recurso extraordinário (CPC, art. 541, c/c CF, art. 102, III); contra acórdão ou decisão interlocutória obscura, contraditória ou omissa cabem embargos de declaração (CPC, art. 535, I e II).

CAPÍTULO 11. EFEITOS DOS RECURSOS

Em que pese o fato de que muitos doutrinadores entendam só existir dois efeitos dos recursos, quais sejam, o devolutivo e o suspensivo, passaremos a expor, a seguir, os vários e possíveis desdobramentos oriundos da interposição de recursos no processo civil.

11.1 OBSTÂNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO

O trânsito em julgado, ou coisa julgada (*res iudicata*), é a decisão judicial da qual não cabe mais recurso, isto é, contra a qual não se pode mais interpor recurso.

Não só o esgotamento de todas as instâncias recursais tem o condão de fazer coisa julgada. Também o transcurso do prazo recursal faz com que a decisão ganhe foros de coisa julgada, tornando-se irrecorrível.

Assim sendo, é possível afirmar que

A *interposição* de todo e qualquer recurso cria um primeiro efeito (uma primeira consequência, de acordo com uma visão mais crítica do assunto) que é o de obstar a ocorrência de preclusão (coisa julgada formal) e, em se tratando de sentença que aprecia o mérito em primeiro grau de jurisdição ou nos próprios segmentos recursais, a formação da coisa julgada *material*.¹⁹⁴

Obstar o trânsito em julgado é corolário de todos os recursos do processo civil. Tal efeito, de tão inerente aos recursos, por vezes passa despercebido, conforme assevera Câmara:¹⁹⁵ “Trata-se de efeito comum a *todos* os recursos admissíveis, razão pela qual é comum que se esqueça do mesmo, fazendo-se referência à produção ou não pelo recurso de ‘duplo efeito’.”

¹⁹⁴ BUENO, C. S. Efeitos dos recursos. In: NERY JÚNIOR, N; WAMBIER, T. A. A. (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 10. p. 69.

¹⁹⁵ CÂMARA, A. F. *Lições de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 2. p. 78.

Todos os recursos, pois, carregam em si um efeito comum, que é o de afastar o trânsito em julgado da decisão recorrida. Cabe ressaltar, entretanto, que se o recurso interposto não preencher os recursos de admissibilidade, então não será recebido e, portanto, não terá o condão de afastar o trânsito em julgado.

11.2 DEVOLUTIVO

O efeito devolutivo é da própria essência dos recursos: devolver ao órgão julgador do recurso a matéria já apreciada pela instância da qual se recorre. Tal conceito, de tão importante, já se encontrava sedimentado entre os romanos no brocardo latino jurídico: *tantum devolutum quantum appellatum*.

Assim, diante do inconformismo da parte em face da decisão proferida na instância recorrida, assiste-lhe o direito de interpor recurso, a fim de que a matéria seja devolvida ao juízo *ad quem*, o qual, caso se convença da tese exposta pelo recorrente, pode reformar a decisão do juízo *a quo*. É o que explica Santos:¹⁹⁶

Consiste o *efeito devolutivo* na transferência, para o juízo *ad quem*, do ato decisório recorrido a fim de que, reexaminando-o, profira, *nos limites do recurso interposto*, novo julgamento. Trata-se de efeito inerente à natureza do recurso: se este se conceitua como o poder de provocar o reexame de um ato decisório, pela mesma autoridade judiciária ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação, segue-se que o juízo ao qual se recorre deverá estar armado de condições capazes e suficientes para proferir novo julgamento. Por isso, *devolve-se* ao juízo para o qual se recorre o conhecimento pleno do material de que se valeu, ou podia ter-se valido, o juiz que proferiu o ato decisório recorrido. E, ainda por isso mesmo, a interposição de recurso, qualquer que seja, produz efeito devolutivo

Este efeito mostra-se tão inerente aos recursos que parte da doutrina, como, por exemplo, Orione Neto,¹⁹⁷ afirma que apenas o efeito suspensivo pode ser levado em consideração para a classificação dos efeitos recursais, já que quanto ao efeito devolutivo todos o possuem.

¹⁹⁶ SANTOS, M. A. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p. 100.

¹⁹⁷ ORIONE NETO, L. *Recursos Cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 30.

11.3 SUSPENSIVO

Nem todos os recursos possuem o efeito suspensivo. Possuem-no apenas aqueles recursos que obstem a produção dos efeitos da decisão recorrida enquanto não forem julgados. Assim, quando são recebidos em efeito suspensivo, os recursos impedem que a decisão recorrida tenha desdobramentos práticos, obstruindo a eficácia e executoriedade da decisão do juízo *a quo*.

Em regra, possuem efeito suspensivo os recursos de apelação, embargos de declaração e embargos infringentes. Portanto, conforme explica Orione Neto¹⁹⁸

Não suspensivos são aqueles desprovidos, como regra geral, desse efeito e que, por isso, não obstem a que haja execução provisória da decisão impugnada, nos termos do art. 578 do CPC, 2ª parte. Em regra, são dotados de efeito não suspensivo os recursos de agravo, ordinário, especial, extraordinário e os embargos de divergência.

Entretanto, outros recursos podem ser recebidos em efeito suspensivo, como é o caso do agravo de instrumento, desde que o magistrado relator receba o recurso e liminarmente defira-lhe os efeitos da suspensão da decisão recorrida, em casos excepcionais.

Sobre o aspecto terminológico do efeito suspensivo, manifesta-se com perspicácia Moreira,¹⁹⁹ criticando a nomenclatura, ao evidenciar que o efeito suspensivo nem sempre suspende a eficácia da decisão, pois em regra esta não chega a ter qualquer eficácia durante o prazo de interposição do recurso, o qual, uma vez interposto, continuará impedindo a produção de efeitos:

Aliás, a expressão “efeito suspensivo” é, de certo modo, equívoca, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recurso *passem* a ficar tolhidos os efeitos da decisão, como se *até esse momento* estivessem eles a manifestar-se normalmente. Na realidade, o contrário é que se verifica: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato *ainda* ineficaz, e a interposição apenas *prolonga*

¹⁹⁸ ORIONE NETO, L. *Recursos Cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 30.

¹⁹⁹ MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 258.

semelhante ineficácia, que *cessaria* se não se interpusesse o recurso. Cabe ressaltar que, em determinadas hipóteses (v.g., art. 558), o óbice à eficácia da decisão recorrida não nasce da previsão legal de recurso normalmente dotado de efeito suspensivo, mas de ato judicial que, no caso concreto, diante de tais ou quais circunstâncias, suspende aquela eficácia.²⁰⁰

Assim, em realidade, conforme sustenta Nery Júnior,²⁰¹ a suspensão da produção dos efeitos tem início com a própria publicação da decisão passível de recurso dotado de efeito suspensivo e tem seu final apenas com a publicação da decisão que julga o recurso interposto, ou então com o trânsito em julgado da decisão do juízo *a quo* caso não haja a interposição do recurso no prazo legal.

11.4 TRANSLATIVO

Dá-se o nome de efeito translativo quando a lei processual permite ao juízo recursal dar provimento ao recurso com base em razões que não constam no texto do recurso interposto. É o caso de matérias de ordem pública, em que o Judiciário deve se pronunciar *ex officio*, independentemente de requerimento das partes.

Interessante reflexão é promovida por Bueno,²⁰² ao lembrar que o reconhecimento de questão *ex officio* pelo órgão julgador de segunda instância pode acarretar eventual *reformatio in pejus*, ou seja, prejuízo ao recorrente. Isso porque, caso o juízo de segunda instância encontre matéria de ordem pública que não foi constatada pelo juízo inferior, deve pronunciá-la de ofício, mesmo que isso seja prejudicial aos interesses da parte recorrente.

Assim, em razão do efeito translativo, questões como condições da ação, prescrição, nulidade absoluta de negócio jurídico e nulidade de citação, entre outras, devem ser apreciadas por qualquer grau do Poder Judiciário independentemente de provocação das partes envolvidas, pois trata-se de matéria de ordem pública.

²⁰⁰ MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 258.

²⁰¹ NERY JÚNIOR, N. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 446.

²⁰² BUENO, C. S. Efeitos dos recursos. In: NERY JÚNIOR, N; WAMBIER, T. A. A. (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 10. p. 85.

Também Nery Júnior²⁰³ reflete a respeito do tema, e conclui que “na verdade, nem se poderia falar em *reformatio in peius*, instituto que somente se coaduna com o princípio dispositivo, que não é o caso das questões de ordem pública transferidas ao exame do tribunal destinatário por força do efeito translativo do recurso”. Vê-se, pois, que as questões de ordem pública reconhecidas pela segunda instância não são corolários do efeito devolutivo, o qual encontra a vedação da *reformatio in peius*, mas desdobramento do efeito translativo.

11.5 SUBSTITUTIVO

O efeito substitutivo dos recursos se pauta na característica de que a decisão proferida em sede recursal substitui a decisão recorrida, que deixa de subsistir para todos os efeitos jurídicos.

Assim, uma vez conhecido o recuso e julgado o mérito, a decisão substitui a do juízo “a quo”. O não conhecimento do recurso, por faltar-lhe requisitos formais, afasta o efeito substitutivo, pelo fato de que, nesses casos, a decisão do juízo “ad quem” não adentra a questão de mérito discorrida no texto recursal.

11.6 REGRESSIVO OU DE RETRATAÇÃO

Entende-se por efeito de retratação, também designado efeito regressivo, quando a decisão recorrida pode ser revista pelo mesmo juízo recorrido. Esse é um efeito próprio do recurso de agravo de instrumento, o qual, uma vez interposto, permite ao julgador que reveja sua decisão e mude seu provimento jurisdicional recorrido, evitando, assim, que a matéria seja analisada pela instância superior.

Cabe dizer que, em regra, as sentenças não podem ser emendadas ou reformadas após publicadas, razão pela qual reserva-se o efeito regressivo ao recurso de

²⁰³ NERY JUNIOR, N. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 484-485.

agravo de instrumento, cabível contra decisões interlocutórias e não sentenças. Conforme explica Lima,²⁰⁴ em se tratando de sentença, “mesmo que, em face das razões do recurso ou dos documentos com ele apresentados, se convença o juiz de que sua decisão merece reforma, não tem mais o poder de fazê-lo”.

A essa regra, a da imutabilidade da sentença, cabe ressaltar a hipótese dos recursos de embargos de declaração, para os casos de obscuridade, contraditoriedade e omissão da sentença, hipóteses em que a decisão poderá ser modificada pelo próprio juízo prolator a fim de extirpar tais vícios.

²⁰⁴ LIMA, A. de M. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 288.

PARTE III

ANÁLISE DO *CORPUS*

CAPÍTULO 12. RECURSO DE APELAÇÃO

12. 1 TRANSCRIÇÃO

PÁGINA – 1

1 **EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 20ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA CAPITAL/SP**

2 **Processo nº. 583.00.2010.200873-2**
nº ordem 2219/2010

3 **ITAU-UNIBANCO S/A**, nova denominação do banco Itaú, já qualificado nos autos, por seus advogados e procuradores que esta subscrevem, nos autos da presente demanda que lhe move **A. F. N. E OUTRO**, em curso por este D. Juízo e respectivo Ofício de Justiça, vem, respeitosamente, a presença de Vossa Excelência, apresentar seu **RECURSO DE APELAÇÃO**, com fundamento no art. 513 do Código de Processo Civil, contra a r. sentença de fls. requerendo seu regular processamento e recebimento no duplo efeito, com fundamento no art. 520 do mesmo diploma legal, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

4 Requer, ainda, a juntada das inclusas guias, referentes ao recolhimento das custas de preparo e de porte de remessa e de retorno dos autos, protestando pela posterior complementação na hipótese de

insuficiência do valor.

- 5 Termos em que
Pede deferimento.
- 6 São Paulo, 27 de Fevereiro de 2012.

7 **T. M. I. R.**
OAB/SP

M. S.
OAB/SP

PÁGINA 2

8 **RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO**

9 **APELANTE: BANCO ITAU S/A**
APELADO: A. A. F. N. E OUTRO

10 *Colenda Câmara,*

Egrégio Tribunal,

Ilustres Jogadores.

11 **SÍNTESE DA DEMANDA**

- 12 Trata-se de ação indenizatória na qual insurge-se o Apelado em face do banco apelante em razão de suposta transação indevida em sua conta.

- 13 Aduz que em 10 de junho de 2009 foram surpreendidos com a realização de uma TED, no valor de R\$ 72.890,00 (setenta e dois mil oitocentos e noventa reais), ocorrida em 29 de maio de 2009, a qual foi enviada para uma conta existente na caixa econômica federal de Marcelo Roma de Oliveira.
- 14 Seguem narrando que tentaram resolver o impasse junto ao Banco Apelante, sendo que não lograram êxito, razão pela foi proposta a presente demanda.
- 15 O banco Apelante contestou o feito, comprovando que a transação havia sido realizada mediante a apresentação dos documentos pessoais, bem como do cartão e senhas pessoais do co-titular da conta, A. F. N., sendo que alheio às disposições da defesa entendeu por bem o r. Magistrado de primeiro grau julgar o feito procedente nos seguintes termos:
- 16 **“Posto isto, JULGO PROCEDENTES os pedidos iniciais formulados por A. A. F. N. e J. F. N. em face do BANCO ITAÚ S/A para o fim de condenar o réu a ressarcir aos autores a quantia indevidamente transferida de sua conta poupança, no valor de R\$ 72.890,00, a ser monetariamente atualizado pelo índice da conta poupança (desde a data da TED, ou seja, 29 de maio de 2009 até a data da propositura da ação) e pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo (após a propositura da**

PÁGINA 3

demanda), com incidência de juros remuneratórios de 0,5% ao mês, de forma capitalizada, incidindo sobre o valor total, também, juros moratórios de 1% ao mês, a contar da citação, além de condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$50.000,00, a

ser corrigido a partir desta data, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação. Arcará o réu, ainda, com o pagamento das custas e despesas processuais e honorários de advogados que fixo em 20% sobre o valor da condenação. P.R.I. São Paulo, 09 de fevereiro de 2012 RAQUEL MACHADO CARLEIAL DE ANDRADE Juíza de Direito.”

17 Todavia, não agiu com o costumeiro acerto, o Nobre Juiz monocrático, conforme a seguir será demonstrado.

18 **DAS RAZÕES DA REFORMA DA SENTENÇA**

19 Alegaram os Apelados que sofreram prejuízos de ordem moral e material em razão dos fatos narrados.

20 Entretanto, ao contrário do que dispôs o r. Magistrado “a quo” o Banco Apelante não pode ser responsabilizado a reparar os danos alegados na exordial, haja vista que ausente qualquer falha na prestação dos seus serviços.

21 Consoante restou comprovado a transação impugnada foi realizada mediante a apresentação do documento pessoal do titular da conta A., além da correta utilização do seu cartão e senha, pessoais e intransferíveis.

22 **FRISA QUE FORAM EMITIDOS DOIS CARTÕES PARA A MOVIMENTAÇÃO DA REFERIDA CONTA, UM EM NOME DO PAI, J., E OUTRO EM NOME DO FILHO, A., ORA APELADOS, O QUE POR SI SÓ BASTA PARA A COMPROVAÇÃO DE QUE A CONTA ERA SIM POR AMBOS MOVIMENTADA.**

23 **SALIENTA-SE, OUTROSSIM, QUE O CARTÃO DO APELADO UTILIZADO PARA EFETIVAÇÃO DA TRANSAÇÃO IMPUGNADA, TRATA-SE DE CARTÃO COM CHIP, E, SE NÃO BASTESSE, CONTINUA EM POSSE DO MESMO, O QUE POR SI SÓ É APTO A AFASTAR**

QUAISQUER INDÍCIOS FRAUDULENTOS.

- 24 Colaciona-se R.Magistrado, não obstante todo exposto, que mesmo

PÁGINA 4

após o ocorrido, EM NENHUM MOMENTO AO APELADO PROCEDEU A TROCA DA SENHA DO REFERIDO CARTÃO SENHA PELO QUAL NÃO PODE SER PRESUMIDA A OCORRENCIA DE FRAUDE,EVIDENCIANDO QUE O CARTÃO FOI UTILIZADO PELOS PROPRIOS TITULARES OU, NO MÍNIMO POR TERCEIRO CONHECIDO DOS MESMO.

- 25 EM NENHUM MOMENTO CONSTA DOS AUTOS QUE O CARTÃO TENHA SIDO ROUBADO OU FURTADO, PELO QUE OBVIAMENTE QUEM REALIZOU A TRANSAÇÃO IMPUGNADA TEVE FÁCIL ACESSO AO MESMO E, A SENHA NAQUELE CADASTRADA EXCLUSIVAMENTE PELOS TITULARES.

- 26 NÃO PODE O R. MAGISTRADO “A QUO”, BASEADO EM FRÁGEIS ALEGAÇÕES, PRETENDER SEJA A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA COMPELIDA A INDENIZAR OS APELADOS PELOS PREJUÍZOS SOFRIDOS SENDO CERTO QUE, A TER QUE CONSIDERAR QUE A TRANSAÇÃO FINANCEIRA TAMBÉM DEVE SER CONSIDERADA VÍTIMA!!!

- 27 IMPERIOSO REITERAR QUE NÃO OBSTANTE O APELADO A. A. N. APRESENTAR PROBLEMAS DECORRENTES DE UM ACIDENTE ANTERIORMENTE SOFRIDO, ENTRETANTO NÃO HÁ QUALQUER COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DE QUE O CO-TITULAR TRATA-SE DE

PESSOA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ!!!

28 FRISA-SE QUE QUANDO O SUPOSTO ESTELIONATÁRIO COMPARECEU À AGENCIA PARA SOLICITAR A TED IMPUGNADA, APRESENTOU TODA DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA EXIGIDA PELO BACEN DENTRE TANTOS, O DOCUMENTO PARA IDENTIFICAÇÃO PESSOAL, CUJA NUMERAÇÃO CONFERIA COM OS DADOS ANTERIORMENTE CADASTRADOS JUNTO AO BANCO, ALÉM DO CARTÃO E RESPECTIVA SENHA EXCLUSIVA, A FIM DE CADASTRAMENTO JUNTO AO PIN.

29 ADEMAIS DISSO, EM RAZÃO DOS VALORES E DA ATIPICIDADE DA OPERAÇÃO, O ATENDENTE CONSULTOU A GERENTE DA CONTA DOS

PÁGINA 5

30 APELADOS, A QUAL, MEDIANTE O ARGUMENTO DE QUE OS VALORES SERIAM UTILIZADOS PARA A COMPRA DE UMA VAN, BEM COMO, DIANTE DA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA, AUTORIZOU A REFERIDA TRANSFERENCIA ELETRÔNICA.

31 REPISA-SE, EXCELÊNCIAS, QUE SEM A APRESENTAÇÃO DO CARTÃO DA CONTA DO APELADO A., BEM COMO, DA DIGITAÇÃO DA SENHA CORRETA PREVIAMENTE CADASTRADA PELO PRÓPRIO CORRENTISTA, A TED NÃO TERIA SIDO EFETUADA.

32 **ORA,D.JULGADORES, O PREPOSTO DO BANCO APELANTE QUE ATENDEU O SUPOSTO ESTELIONATÁRIO NÃO TINHA COMO SABER, NAQUELE MOMENTO, QUE OS DOCUMENTOS APRESENTADOS, OS QUAIS CONFERIAM COM OS DOCUMENTOS CADASTRADOS PREVIAMENTE PELOS CORRENTISTAS,ERAM FRAUDULENTOS.**

33 **REITERA-SE,OUTROSSIM, QUE O FATO DE TER SIDO AUTORIZADA A TED PELOS PREPOSTOS DO BANCO NÃO FORAM DETERMINANTES PARA A EFETIVAÇÃO DO SUPOSTO GOLPE PROPALADO AOS APELADOS,SENDO QUE O FATOR DETERMINANTE CONSISTIU NA APRESENTAÇÃO DO CARTÃO E DIGITAÇÃO DA SENHA DE USO PESSUAL E EXCLUSIVO DO CO-TITULAR A., PELO QUE ABSURDA A CONDENAÇÃO EXARADA NA SENTENÇA.**

34 Imperioso corroborar que quando da abertura da conta, os correntistas assumem a responsabilidade pela guarda do seu cartão e sigilo de suas senhas, sendo que os prejuízos advindos da DESIDIA do apelado ao possibilitar que 'suposto' fraudador tivesse acesso a seu cartão e senha deverá ser pelo menos EXCLUSIVAMENTE SUPORTADO.

35 O R. MAGISTRADO "A QUO" FUNDAMENTOU O R. "DECISUM" RECORRIDO NO FRÁGIL ARGUMENTO DE QUE O CO-TITULAR A. NÃO É PESSOA

PÁGINA 6

PLENAMENTE CAPAZ,IGNORANDO TODA PROVA DOS AUTOS QUE POR SI SÓ DEMONSTRAM QUE A INCAPACIDADE NÃO É ABSOLUTA.

36 **ORA,P.JULGADORES, A EXISTENCIA DE UM CARTÃO EM NOME DO FILHO A., CUJA EMISSÃO DA CONTA EM NOME DO FILHO FOI SOLICITADA PELO PROPRIO PAI, J., AO BANCO APELANTE NA ABERTURA DA CONTA,POR SI COMPROVA QUE A INCAPACIDADE DO FILHO NÃO ERA ABSOLUTA, PELO QUE NÃO PODE TAL ARGUMENTO UTILIZADO SER SUFICIENTE A SUBSIDIAR A CONDENAÇÃO ABSURDA FIXADA NA SENTENÇA.**

37 Faz-se mister frisar que o Apelado é possuidor de cartão magnético com **CHIP** fornecido pelo Banco.

38 Ora, i.Julgadores, considerando toda segurança proporcionada pelo cartão magnético com CHIP, é forçoso concluir, ao contrário do entendimento do r. Magistrado “a quo” que se não foi o Apelado quem realizou as transações foi alguém de sua confiança!!!

39 **SALIENTA-SE QUE O FATO DO APELADO CONTINUAR EM POSSE DO SEU CARTÃO, BEM COMO DIANTE DO FATO DE QUE AS TRANSAÇÕES OCORRERAM MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DO CARTÃO E DIGITAÇÃO DA SENHA CORRETA, POR SI SÓ SÃO APTOS A CORROBORAR A TESE APRESENTADA EM DEFESA, A QUAL FOI IGNORADA PELO R.MAGISTRADO.**

40 Ademais disso, imperioso trazer à baila que o dever de comprovação dos fatos alegados pertencem aos Apelados consoante disposição do Código de Processo Civil, senão vejamos:

41 ***“Art. 333. O ônus da prova incumbe:***
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira

diversa o ônus da prova quando:

PÁGINA 7

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

42 Assim se o Autor alegar o fato e o Réu contestar, o ônus da prova é do Autor, se ele mesmo alega e o Réu não contesta, o fato se presume verídico, se o Autor alega e prova, ou não o provando, o Réu admite, e, admitindo o fato, outro lhe opõem, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Autor, o ônus probatório é do Réu.

43 As regras sobre o ônus da prova e sua distribuição constituem uma inerência do princípio dispositivo. Onde se tivesse um processo puramente inquisitivo, não se cogitaria em *ônus probandi*, nem das consequências de seu descumprimento, simplesmente por que ao Juiz incumbe a busca da verdade dos fatos e a cooperação das partes seria pelo menos dispensável e sequer haveria como sancioná-las pela omissão de provar.

44 O ônus da prova, reitera-se, recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do ato. Assim, segundo o disposto do art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao Autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao Réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Autor.

45 **ORA, PRECLAROS DESEMBARGADORES, AO CONTRÁRIO DO DISPOSTO EM SENTENÇA, O APELANTE NÃO SE MANTEVE INERTE QUANTO À COMPROVAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DO DIREITO**

SUSCITADO PELOS APELADOS, SENDO CERTO QUE TROUXE AO CRIVO DO JUDICIÁRIO ESCLARECIMENTOS SUFICIENTES A ENSEJAR A IMPROCEDENCIA DA DEMANDA.

46 Repisa-se que a condenação das Instituições Financeiras nestes casos tornou-se fato corriqueiro, pelo que tem entendido os Magistrados que o Banco deve ser responsabilizado pelo risco de suas atividades. Entretanto, conforme documentalmente comprovado nos autos, o cartão com CHIP não oferece risco aos seus usuários, sendo que as eventuais fraudes alegadas têm ocorrido mediante a conduta negligente dos usuários quanto à guarda e conservação do cartão e de suas respectivas senhas, repisa-se, cadastradas EXCLUSIVAMENTE PELOS CORRENTISTAS!!!

47 Resta evidente que o Apelante adota inúmeras medidas que visam garantir na segurança na prestação de serviços de auto-atendimento em seus caixas eletrônicos (ATM's) e terminais de débito automático localizados em estabelecimentos comerciais (POS ou PDV)

PÁGINA 8

afastando qualquer risco para o correntista.

48 Inobstante as medidas de segurança o Apelante também orienta constantemente os consumidores acerca da necessidade de troca das senhas, bem como da importância do sigilo das mesmas, o que exclui a responsabilidade objetiva e subjetiva do prestador de serviço aludidas nos arts. 14 do CDC e 927, caput, e § 1º, do CC.

49 Frisa-se que inúmeras perícias realizadas em processos judiciais dessa natureza já atestaram a segurança dos serviços prestados pelo Banco

Apelante em seus terminais eletrônicos sendo certo, ainda, que tais laudos concluíram pela culpa exclusiva do consumidor afastado por completa a responsabilidade do Banco.

50 Por esta razão, tem-se que o M.M. Juiz de primeira instância não julgou com o costumeiro acerto no presente caso, razão pela a r. sentença ora recorrida, merece ser integralmente reformada.

51 **DO DEVER DE INDENIZAR**

52 O dever de indenizar é gerado quando há responsabilidade civil, que consiste na obrigação de uma pessoa reparar o prejuízo causado por fato próprio, de pessoas ou coisas que dela dependam.

53 Tem o instituto da responsabilidade civil a finalidade de ressarcir eventuais danos sofridos tendo como causa o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado pela suposta lesão.

54 São duas as teorias que definem a responsabilidade civil:

55 a) Responsabilidade subjetiva, que pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil e em não havendo culpa não há responsabilidade.

56 b) Responsabilidade objetiva, em que a lei impõe a certas pessoas em determinadas situações à reparação de um dano cometido sem culpa.

57 Essa responsabilidade (objetiva), adotada pelo art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, baseia-se na teoria do risco, não se exigindo a prova da culpa do agente para que a outra parte seja obrigada a reparar o dano.
Temos assim a culpa presumida, bastando que

PÁGINA 9

seja comprovado o ato lesivo, o dano e o nexo causal, para que a parte tenha direito ao ressarcimento.

58 **Para a ação de responsabilidade civil, de indenização por ato ilícito, necessário e indispensável à existência e a comprovação do dano efetivo, bem como da relação de causalidade entre o fato e o dano, além da má-fé do agente, o que efetivamente não existiu no caso, bem como não restou sequer demonstrada pelos Apelados.**

59 **Entretanto, sem a existência esses três elementos, não há que se falar em indenização a qualquer título.**

60 Das considerações formuladas abstrai-se que não há ilícito imputável ao Banco Apelante, pois eventuais danos reclamados não podem ter como causa sua esfera de ação.

61 Para que surgisse o dever de indenizar eventual prejuízo, primordial seria o estabelecimento do nexo causal entre o alegado dano e a conduta do Banco e, ainda, a prova do procedimento ilícito deste, que nem de longe lograram os Apelados demonstrar.

62 Repisa-se que a inversão do ônus da prova não isenta os apelados da comprovação mínima do direito pleiteado.

63 Ora, P. Julgadores, é muito simples vir a Juízo negar uma transação efetuada adequadamente mediante a utilização do próprio cartão e senha pessoais e exclusivos do correntista alegando ter sido vítima de fraude e requerer a responsabilização da Instituição Financeira sem qualquer comprovação fática!

64 Repisa-se que consoante fartamente demonstrado que os danos sofridos pelo apelado ocorreram exclusivamente em face de sua desídia, negligencia e imprudência, o que por si só exclui a responsabilidade objetiva e subjetiva do prestador do serviço, aludidas nos arts. 14, §3º, I e II do CPC e 927, caput, e § 1º, do CC, e fulmina a pretensão indenizatória exarada pelos apelados, que não se desincumbiram do ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, CPDC), qual seja, a prática de ato ilícito por parte do Apelante.

65 Neste mister, restando patente a ausência de comprovação do nexo casual e da conduta ilícita do Apelante, não há que se falar em dever de reparação por responsabilidade civil.

PÁGINA 10

66 **DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS**

67 Indispensável à responsabilidade objetiva, para fins de indenização por ato ilícito, a ação ou omissão voluntária, bem como, negligência ou imprudência, além do nexo de causalidade.

68 No caso em epigrafe entendeu por bem o MM Juiz “a quo” deferir o pedido de indenização por danos materiais e morais, abusivamente pleiteados pelos Apelados, sem quaisquer fundamentos fáticos e de direito.

69 Em nenhum momento restou comprovado que o Apelante deu causa aos prejuízos alegados, pelo contrário, sendo certo que os danos ocorreram por culpa exclusiva dos Apelados que permitiram que terceiro tivesse acesso ao cartão e senha pessoal e exclusiva da conta utilizada para

efetivação da transação.

70 Ora, r. Magistrados, se os valores foram transferidos para a conta de terceiro, os Apelados deverão cobrar deste terceiro os valores apropriados indevidamente pelo que não pode esta Instituição Financeira ser compelida a restituir os referidos valores, que, **reitera-se, NÃO ESTÃO EM SEU PODER!**

71 SALIENTA-SE QUE O BANCO APELANTE SOLICITOU QUE O R. MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU EMITISSE OFÍCIOS À C.E.F. A FIM DE QUE INFORMASSE OS DADOS DA CONTA PARA QUAL FOI TRANSFERIDA A TED SENDO QUE O MESMO SEQUER FOI APRECIADO O QUE DESDE JÁ , IMPUGNA!

72 Ademais, restou mais que comprovado que Banco agiu estritamente dentro das normas do BACEN, tomando todas as precauções antes da efetivação da TED, sendo certo que a mesma será faturada, foi concretizada após a apresentação do cartão da conta e digitação correta da senha previamente cadastrada por aquele pelo correntista, no caso, A. A. F. N., sendo que somente este deve ser responsabilizado por sua flagrante desídia!!!

PÁGINA 11

73 Resta, neste mister, claramente aplicável à hipótese o ter do artigo 14, § 3º, I e II do CDC, que afasta a responsabilidade do fornecedor de serviços de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

74 Evidente que a pretensão a indenização por danos morais dos Apelados, em quantias **TÃO EXORBITANTES**, deflagra única e

exclusivamente o interesse em auferir renda sentença ser integralmente Reformada para afastar a condenação por danos morais e materiais por ser justo e de Direito.

75 **DO QUANTUM INDENIZATÓRIO**

76 Em primeiro lugar, temos que as alegações que foram carreadas aos autos não demonstram cabalmente que houve ofensa à moral dos Apelados, e muito menos, que os dissabores experimentados foram causados pelo Banco Apelante e justificam os valores fixados em sentença, pelo que esta certo o Apelante que Vossas Excelências irão rechaçar a condenação fixada em sentença.

77 Entretanto, apenas por hipótese, imperioso trazer à baila que à luz do que reza o **artigo 944 do Código Civil Pátrio**, a indenização, quando fixada, deve ser pautada na extensão do dano, o que, data maxima venia, não ocorreu nos autos.

78 **Não obstante a flagrante negligencia e imprudência do Apelado ao permitir que terceiro tivesse acesso a seu cartão e senha, o r. Magistrado “a quo” entendeu por bem ainda condenar o Apelante a indenizá-lo pelos danos morais no valor absurdo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).**

79 O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já tem por sedimentado o entendimento de que os danos morais devem ser arbitrados de forma moderada, de modo a não ensejar enriquecimento sem causa.

80 Corroborando:

“Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 684.643 - MA (2004/0120899-5)

RELATOR: MINISTRO JORGE SCARTEZZINI

RECORRENTE: BANCO DO ESTADO DO MARANHÃO S/A

PÁGINA 12

81

ADVOGADO: DANIEL FONSECA ROLLER E OUTROS
RECORRIDO: EMMANUEL ALMEIDA CRUZ E OUTROS
EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUES. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL. DANO MORAL. REDUÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS.

(...)

3. Constatado evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, do montante indenizatório do dano moral, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a revisão, nesta Corte, de aludida quantificação.

4. Consideradas as peculiaridades do caso em questão - vale dizer: o valor dos cheques devolvidos indevidamente (R\$ 2.814,67); o fato de o Banco ter reconhecido a falha administrativa de seus serviços, demorando, entretanto, 11 (onze) dias para regularizar a conta corrente do autor; a suposta inscrição do nome do autor em cadastro restritivo de crédito não restou devidamente comprovado nas instâncias ordinárias - **o valor fixado pelo Tribunal a quo (R\$ 28.140,00) a título de danos morais mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso. Destarte, para assegurar ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento indevido, reduzo o valor indenizatório, fixando-o em R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais).**

*Brasília, DF, 16 de agosto de 2005(data do julgamento).
Documento: 1948837 - EMENTA / ACÓRDÃO - Site certificado - DJ:
12/09/2005 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça MINISTRO
JORGE SCARTEZZINI Relator*

- 82 Conquanto a indenização deva servir para dar uma compensação ao ofendido, e representar uma punição para o ofensor, não pode, contudo, servir para proporcionar um enriquecimento de quem a pleiteia sob pena de afronta que está consignado no bojo do **artigo 884 do Código Civil.**

PÁGINA 13

- 83 ORA, PRECLAROS JULGADORES, CONSIDERANDO TODO FARTAMENTE DISPOSTO, BEM COMO CONSIDERANDO QUE O APELADO CONCORREU PARA A PRODUÇÃO DOS DANOS ALEGADOS EVIDENTE QUE O QUANTUM ARBITRADO RESTA EXORBITANTE, SENDO QUE DEVERÁ SER REFORMADO E REDUZIDO DE FORMA A ATENDER OS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE.

84 **CONCLUSÃO**

- 85 Diante de todo o exposto, reiterando a total isenção de responsabilidade do Apelante quanto aos danos narrados, requer seja o presente recurso **conhecido e provido** para o fim de reformar **integralmente a r. sentença de primeira grau, a fim de que seja julgada improcedente a demanda**, com a condenação dos Apelados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no importe de 20%.

- 86 Caso não seja este o entendimento de Vossa Excelência, reque, outrossim, seja **reduzido o valor de indenização fixada a título de danos**

morais, em atendimento ao Princípios da Razoabilidade, por ser medida de direito e **Justiça!**

87 Aproveita a oportunidade para requerer ainda que todas as intimações e publicações referentes ao presente Recurso sejam feitas em nome dos advogados: **Benedicto Celso Benicio, OAB/SP nº 20.047 e Taylise Catarina Rogério Seixas, OAB/SP nº 182.694**, com escritório na Rua São Bento nº 545 – 5º andar – Cep. 01011-100, **sob pena de NULIDADE.**

88 São Paulo, 27 de Fevereiro de 2012.

89 **T. M. I. R.**
 OAB/SP

M. S.
OAB/SP

12.2 ANÁLISE

A primeira peça que compõe o *corpus* é um recurso de apelação, elaborada por escritório de advocacia considerado de grande porte, com estabelecimentos situados na cidade de São Paulo, Araçatuba, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Curitiba e Brasília; e assinado por duas advogadas, cujos números de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), na seccional de São Paulo, indicam não tratar de advogadas recém-formadas, mas sim com experiência de dezesseis e de nove anos no exercício da profissão.

No caso em tela, atuam na defesa do Banco ITAU-UNIBANCO, cujo patrimônio líquido de 2011 coloca-o em primeiro lugar dentre os maiores bancos brasileiros. Referido Banco foi condenado em primeira instância a ressarcir dois clientes (recorridos) em razão de quantia transferida da conta poupança, no valor de R\$72.890,00, bem como ao pagamento de danos morais no valor de R\$50.000,00,

ambas as quantias devidamente corrigidas e acrescidas de juros, além do pagamento das despesas processuais e dos honorários de sucumbência.

Ao partir, então, das ideias de Marcuschi²⁰⁵, segundo o qual os textos situam-se em domínios discursivos, sociais ou institucionais, capazes de organizar as formas de comunicação e estratégias de compreensão, produzindo modelos de atos comunicativos estabilizados, específicos, passados de geração a geração, conforme o contexto e as práticas sociodiscursivas, torna-se possível enquadrar o recurso de apelação ora analisado no domínio discursivo jurídico.

Trata-se, pois, de uma petição judicial, e como tal segue a formalidade típica dessa modalidade discursiva, uma vez que ao recorrente, sendo-lhe possível revisar seu texto, é-lhe dada a oportunidade de adequá-la à norma padrão e à variante de maior prestígio social. Mas não só, é também possível adequá-lo à prática forense, ao utilizar as características próprias da linguagem jurídica e as formas comumente aceitas em apelações.

No recurso analisado, o uso da linguagem jurídica adequa a peça ao contexto para o qual é destinada. Isso, em certa medida, terá por objetivo aproximar o auditório (o juízo *ad quem*) da apreciação dos argumentos apresentados pelo apelante; efeito contrário teria se ao invés de utilizar termos comuns da linguagem forense, fossem utilizados termos do cotidiano, ou específicos de outra área do conhecimento, pois como explica Lineide Mosca²⁰⁶:

O raciocínio retórico parte do já conhecido para postular alguma nova posição, o que já é uma forma de acordo, aliado à predisposição para discutir, primeiro passo do processo argumentativo, que permite avançar outras propostas e direções, isto é, apresentar o diferente ou o novo, fundamentando-o nas mais diversas razões.

²⁰⁵ MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Produção textual, análise de gêneros e comparação*. São Paulo: Parábola, 2008. p. 192-196.

²⁰⁶ MOSCA, Lineide Salvador. A vitalidade da retórica: atravessando os séculos. In: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. *Língua e Literatura*. n.1. São Paulo: Humanitas, 1972. p. 147-167. p. 152.

A linguagem jurídica, ponto de contato entre julgador e apelante, é carregada de atributos que a distinguem de outras formas de comunicação²⁰⁷, como, por exemplo, a correção, o conservadorismo, autoritarismo, denotação, clareza, ritualização e apurada escolha lexical, características essas que não passam despercebidas no recurso sob análise. Desde o início é possível observar que houve um planejamento cuidadoso daquilo que seria apresentado aos julgadores, tanto do ponto de vista argumentativo quanto do ponto de vista linguístico, já que o nível de linguagem empregado foi harmonioso à norma padrão e os vocábulos utilizados coadunam-se com os empregados na prática forense.

Isso se afina à clareza exigida do apelante na apresentação de seu recurso aos órgãos julgadores, pois não lhe será possível responder a eventuais questionamentos dos magistrados de segundo grau, ou explicar-lhes melhor certa dúvida que remanesça. Por essa razão, a apelação é, em princípio, uma peça complexa e relativamente extensa. No recurso analisado, por exemplo, foram necessárias treze laudas para que o recorrente apresentasse as suas razões para persuadir os julgadores de que a sentença deveria ser reformada em sua totalidade.

A forma da apelação também é requisito observado pelos magistrados para compor seu julgamento. Embora o Código de Processo Civil apenas indique os elementos que devam estar presentes no recurso, sem nada prescrever sobre como deve ser elaborado, a prática forense há muito já fixou os moldes pelos quais a apelação deve ser elaborada, existindo inúmeros livros de prática jurídica consolidando as formas.

No discurso ora analisado, a forma foi atendida, de modo que a disposição textual se enquadra no que se espera de um recurso de apelação: há endereçamento, espaçamento, número do processo, nomeação das partes, primeira lauda destinada à apreciação do magistrado *a quo*, nas “RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO” os nomes do apelante e do apelado são indicados, os direcionamentos, com as devidas reverências feitas à câmara julgadora, ao tribunal e aos magistrados *ad*

²⁰⁷ TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 23-33.

quem, há seção para apresentar breve relato sobre a demanda, as razões pelas quais a sentença deve ser reformada, conclusão, data e assinatura.

Na primeira lauda do recurso, o parágrafo de abertura, consistente no exórdio, evidencia a adequação da peça aos métodos e costume jurídicos, como pode ser visto no excerto seguinte:

ITAU-UNIBANCO S/A, nova denominação do banco Itaú, já qualificado nos autos, por seus advogados e procuradores que esta subscrevem, nos autos da presente demanda que lhe move **A. F. N. E OUTRO**, em curso por este D. Juízo e respectivo Ofício de Justiça, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar seu **RECURSO DE APELAÇÃO**, com fundamento no art. 513 do Código de Processo Civil, contra a r. sentença de fls. requerendo seu regular processamento e recebimento no duplo efeito, com fundamento no art. 520 do mesmo diploma legal, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas. (ANEXO – A)

A indicação dos nomes das partes e da modalidade recursal aparece em destaque, como de costume na prática forense. Os pronomes e adjetivos de tratamento acompanham sempre as referências ao juízo, cartório e magistrado, construindo um *éthos* de respeitabilidade perante os órgãos e pessoas responsáveis pelo julgamento, ao mesmo tempo em que é noticiada a interposição de uma apelação, a qual constitui um descontentamento com o decidido pelo magistrado *a quo*. Nesse excerto a persuasão centra-se, portanto, na construção de um *éthos* discursivo.

Persuade-se pelo caráter [pelo *éthos*] quando o discurso é proferido de tal maneira que deixa a impressão de o orador ser digno de fé é, porém, necessário que esta confiança seja resultado do discurso e não de uma opinião prévia sobre o caráter do orador.²⁰⁸

Há no discurso analisado, desde o início, atendimento à linguagem jurídica e ao formato estabelecido pelo costume para a peça de apelação, compondo um valor retórico (argumentativo), afinal, como enunciou Ducrot²⁰⁹, a argumentação está enraizada na própria língua, é-lhe inerente, e isso não é diferente nos discursos jurídicos.

²⁰⁸ ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Manuel Alexandre Júnior; Paulo Farhouse Alberto; Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998. p 49.

²⁰⁹ DUCROT, O. *Provar e dizer*. Trad. Global Universitária. São Paulo, 1981.

Ademais, já nesse início é possível perceber que o apelante preocupa-se em imprimir estilo diferenciado ao seu discurso, ao empregar a perífrase, com a expressão “do mesmo diploma legal”, em vez de repetir o nome “Código de Processo Civil”, aumentando, com isso, o valor deste último, dando-lhe mais vivacidade ao alargar o seu significado.

O recurso de apelação é destinado a magistrados de segunda instância, ou seja, um auditório especializado, o qual não é receptível a discursos que fujam aos seus cânones. Isso porque, como explica Perelman,²¹⁰ há um núcleo de teses e metodologias admitido por determinados especialistas que “só excepcionalmente são postos em questão; não se pode contestá-los arbitrariamente sem manifestar a sua incompetência, pois isso iria contra a estabilidade das crenças científicas”.

O atendimento à linguagem jurídica e à forma pela qual a apelação deve ser apresentada são métodos e procedimentos reconhecidos pelo auditório especializado dos magistrados, os quais certamente apontariam como falta grave caso fossem transgredidos. Assim, as escolhas do recorrente contribuem para a construção de um *éthos* discursivo culto, experimentado nas ciências jurídicas e conhecedor dos costumes forense, isto é, na constituição de um “[...] corpo [discursivo], que provido de um tom, um caráter e uma corporalidade, garante a legitimidade do discurso, porque suas qualidades apoiam-se em estereótipos culturais valorizados positivamente ou negativamente por um dado grupo social.”²¹¹

No entanto, nem sempre a norma padrão é observada. Em várias passagens do recurso, a observância às regras gramaticais não são atendidas, havendo erros típicos de digitação, inclusive, como falta de espaçamento entre palavras. Não parece, contudo, que as profissionais desconheçam as regras da norma padrão, já que em outras ocasiões semelhantes usam-na corretamente. Parece configurar, na verdade, uma falta de revisão final e cuidadosa do texto. Mesmo que isso possa

²¹⁰ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 35.

²¹¹ PIRIS, Eduardo Lopes. A dimensão subjetiva da argumentação e do discurso: focalizando as noções de *éthos* e de *páthos*. *EID&A – Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação*, Ilhéus, n. 2, p. 52-62, mai. 2012. p. 55.

surtir efeito negativo para a argumentação, em face de outros métodos e recursos, não é suficiente para que haja depreciação do *éthos* discursivo.

O modo pelo qual a apelação foi construída atende, também, à subdivisão em exórdio, narração, argumentação e peroração proposta por Aristóteles, que formam a *dispositio* (uma das relevantes partes do discurso retórico que coloca em ordem a matéria a ser apresentada).

A primeira lauda da apelação analisada constitui toda ela o exórdio. Nesse momento, é estabelecido o contato entre o apelante e os magistrados, apresentando-lhes sucintamente a matéria do recurso. É indicado que se trata de interposição de apelação: “apresentar seu RECURSO DE APELAÇÃO contra a r. sentença de fls”, nos efeitos devolutivo e suspensivo: “requerendo seu regular processamento e recebimento no duplo efeito”, amparada pelo Código de Processo Civil, no art. 513 e 520: “com fundamento no art. 513 do Código de Processo Civil” e “no art. 520 do mesmo diploma legal” e com acompanhamento das inclusas razões: “pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas”.

Ainda no exórdio, para estabelecer o contato, o recorrente também procura despertar a benevolência (*eúnoia*) do auditório (magistrados), por essa razão emprega expressões, pronomes e adjetivos de tratamento, tais como: “respeitosamente”, “EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO”, “D. [douto] Juízo e Ofício de Justiça”, “Vossa Excelência” e “r. [respeitável] sentença”.

Do mesmo modo, para estabelecer o contato com a segunda instância, responsável pelo julgamento do recurso, o apelante emprega as expressões de tratamento “*Colenda Câmara*”, “*Egrégio Tribunal*” e “*Ilustres julgadores*”, utilizando a figura de linguagem da amplificação, dilatando seus cumprimentos aos julgadores por meio da enumeração, o que reforça a presença da polidez em seu auditório. Seria mais coerente, no entanto, o recorrente iniciar sua enumeração pelo elemento mais amplo até atingir o menor, nesse sentido, primeiro deveria dirigir-se ao tribunal, depois a câmara e, enfim, aos julgadores.

A parte intitulada de “SÍNTESE DA DEMANDA” corresponde à narração. Nessa seção o recorrente descreve sucinta e objetivamente, de forma sequencial, os fatos ocorridos na demanda. Assim, relata os acontecimentos desde a propositura da ação de indenização sofrida pelo banco, até a sentença condenando-o a ressarcir os clientes, suprimindo os trechos de menor relevância para sua argumentação.

É verificada também a correspondência entre o que é narrado e aquilo que consta nos autos, tornando o relato crível aos olhos dos julgadores, os quais, além das peças (apelação e contrarrazão²¹²), têm também acesso aos autos constituídos em primeira instância, podendo verificar se a narração trazida na apelação corresponde àquilo registrado nos autos.

Embora constituam narração de fatos, devendo guardar conexão com a realidade, ainda assim, não há que se falar em ausência de argumentação nessa seção, pois como elucida Koch e Travaglia²¹³:

Se aceitamos como verdade que não existem textos *neutros*, que há sempre alguma intenção ou objetivo da parte de quem produz um texto, e que este não é jamais uma “cópia” do mundo real, pois o mundo é *recriado* no texto através da *mediação* de nossas crenças, convicções, perspectivas e propósitos, então somos obrigados a admitir que existe sempre uma argumentatividade subjacente ao uso da linguagem.

Na narração o recorrente também orienta seu discurso, direcionando o caminho de seus argumentos. Assim, ao dizer que “Trata-se de ação indenizatória na qual insurge-se o Apelado em face do banco apelante em razão de suposta transação indevida em sua conta”, o verbo “insurgir” carrega a ideia de revolta, como se os clientes estivessem revoltosos com o banco, assim como a expressão “suposta” indica que as alegações dos autores na inicial são fictícias, hipotéticas. Isso indica aos magistrados que o recorrente entende que os autores não possuem razões em seu pleito.

²¹² Contrarrazões são as alegações destinadas a refutar as razões da apelação da parte contrária.

²¹³ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça; TRAVAGLIA, Luiz Carlos. *A coerência textual*. 16 ed. São Paulo: Contexto, 2004. p. 98.

Ao descrever a contestação apresentada no processo, o apelante diz ter comprovado os fatos que afastavam a culpa do banco e ainda assim o juiz *a quo* deferiu os pedidos dos autores:

O banco Apelante contestou o feito, comprovando que a transação havia sido realizada mediante a apresentação dos documentos pessoais, bem como do cartão e senhas pessoais do co-titular da conta, A. F. N., sendo que alheio às disposições da defesa entendeu por bem o r. Magistrado de primeiro grau julgar o feito procedente nos seguintes termos [...]. (ANEXO – A)

Com essa argumentação, o apelante direciona seu discurso no sentido de demonstrar aos magistrados de segunda instância que seus argumentos foram comprovados, mas o juiz *a quo* não se inteirou deles, pois, se assim o tivesse feito, seria outro o julgamento proferido. São trazidas para a segunda instância, então, aquilo que o juiz de primeira ignorou para formar sua convicção. Isso indica que não há alegação de fatos novos, serão repetidos os mesmo argumentos já apresentados no juízo *a quo*, ainda que em nova roupagem, para que agora possam ser apreciados novamente.

Tudo é feito de modo muito polido, como pode ser verificado pelo emprego da perífrase “o r. Magistrado de primeiro grau”, quando o apelante refere-se ao juiz que proferiu a sentença, contra a qual se insurge. Poderia ele simplesmente referir-se ao julgador, como juiz ou magistrado, mas não, o recorrente emprega uma série de adjetivos, alargando o significado deste substantivo. O mesmo recurso é empregado diversas vezes na apelação analisada, em que expressões como “Nobre Juiz Monocrático”, “r. Magistrado *a quo*”, “MM. Juiz de primeira instância” serão utilizadas para referir-se ao juízo contra cuja sentença se recorre.

A frase de fechamento dessa seção também caminha nessa vereda ao afirmar que: “Todavia, não agiu com costumeiro acerto o Nobre Juiz monocrático”. Ou seja, mais uma vez é reiterado que a decisão é equivocada. Mas para não desqualificar o *éthos* de quem a proferiu, na medida em que isso seria ofensivo, o apelante atenua com expressões elogiosas e constatações da competência do magistrado, a fim de abrandar o argumento *ad personam*. Isso demonstra emprego de eufemismo, em

que palavras com carga semântica de valor atenuante são usadas no lugar de outras que poderiam se mostrar desagradáveis ou ofensivas.

Enfim, a narração indica a linha pela qual o recorrente percorreu ao longo de seu discurso: de que as alegações dos autores não devem prosperar, já que o banco demonstrou ao juiz de primeiro grau não ter culpa, o qual ignorou essas comprovações, proferindo uma decisão injusta, razão pela qual deve ser reformada.

As seções de título “DAS RAZÕES DA REFORMA DA SENTENÇA”, “DO DEVER DE INDENIZAR”, “DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS” “DO QUANTUM INDENIZATÓRIO” são partes da subdivisão da *dispositio*, visando à adequada disposição dos argumentos. Nessas seções, o apelante traz ao plano textual seus argumentos contra os fatos apresentados pelos autores, bem como aqueles direcionados à sentença, a fim de refutá-los e confirmar os posicionamentos apresentados em primeira instância. Constitui a parte mais extensa do recurso, ao todo lhes são destinadas dez laudas, das treze que o compõem.

No recurso em questão, a narração e argumentação vêm formalmente separadas, mesmo que também haja na narração, em certa medida, orientação argumentativa.

A *peroratio* também se faz presente, na apelação analisada, sob o título de “CONCLUSÃO”. Nessa ocasião, retomam-se os principais pontos da tese sustentada, resumidamente, a fim de ratificar o apresentado no discurso, como pode ser visto no seguinte fragmento, da última lauda:

Diante de todo o exposto, reiterando a total isenção de responsabilidade do Apelante quanto aos danos narrados, requer seja o presente recurso **conhecido e provido para o fim de reformar integralmente a r. sentença de primeiro grau, a fim de que seja julgada improcedente a demanda**, com a condenação dos Apelados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no importe de 20%. (ANEXO – A)

Assim como no parágrafo acima citado, em que há vários grifos, no parágrafo seguinte também é possível perceber a amplificação característica da *peroratio*. Assim, ao dizer que “caso não seja este o entendimento de Vossas Excelências requer, outrossim, seja reduzido o valor da indenização fixada a título de danos

morais, em atendimento ao Princípio da Razoabilidade, por ser medida de direito e **Justiça!**”, o recorrente vale-se do *páthos*, clamando por justiça, para sensibilizar os juízes a reduzir o valor da indenização, ampliando seu apelo pela reforma da sentença. Utilizam-se, também, da razoabilidade como argumento, afirmando que a fixação do valor indenizatório pelo magistrado de primeira instância não está de acordo com o bom senso, pois haveria desequilíbrio entre o valor fixado e o dano experimentado.

[...] o *páthos* discursivo está vinculado a um conjunto de crenças compartilhadas e axiologizadas sócio-historicamente, ou seja, a um sistema de valores que determina o valor de cada paixão, conforme a circunstância em que ela é manifestada em uma dada sociedade e seu momento histórico. Projetam-se, assim, no discurso as imagens do sujeito – a de si e da outro – apoiadas nas paixões determinadas por um dado contexto sócio-histórico como possíveis ou não possíveis de manifestar.²¹⁴

Sob a perspectiva argumentativa, o reexame é a garantia legal dada ao recorrente de demonstrar suas razões a fim de persuadir novo corpo de jurados quanto à razão de seus argumentos. Por esse motivo, no recurso de apelação são tecidos argumentos com o intuito de contestar ou desqualificar as premissas e conclusões expostas pela parte contrária que levaram o juiz de primeira instância a sentenciar em desfavor do ora recorrente.

A interposição da apelação é apresentada ao juiz de primeira instância, o qual verifica se estão presentes os requisitos de admissibilidade exigidos pela norma processual, dando-lhe prosseguimento, com o consequente envio do recurso ao tribunal, ou negando-lhe conhecimento, por constatar alguma falta ou violação.

Assim, antes mesmo de adentrar as razões de mérito, o recorrente argumenta de forma objetiva no sentido de comprovar que os requisitos de admissibilidade foram verificados e atendidos. Inicialmente, deve o recorrente comprovar que seu recurso segue a forma prescrita pelo Código de Processo Civil, art. 514, segundo o qual a apelação deve ser interposta por petição escrita, com os nomes das partes e qualificação, os fundamentos de fato e de direito e pedido de nova decisão, assim

²¹⁴ PIRIS, Eduardo Lopes. A dimensão subjetiva da argumentação e do discurso: focalizando as noções de ethos e de pathos. *EID&A – Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação*, Ilhéus, n. 2, p. 52-62, mai. 2012. p. 58.

como deverá demonstrar ser o recurso tempestivo e com preparo devidamente recolhido.

No recurso de apelação em análise, antes de apresentar as razões de apelação, momento em que o recorrente expõe os fatos e os direitos na tentativa de persuadir os magistrados de segundo grau a modificar a sentença, é demonstrado que foram atendidos todos os requisitos de admissibilidade recursal.

A demonstração do atendimento aos requisitos de admissibilidade recursal se faz por meio de argumentação objetiva, uma vez que é apresentado ao destinatário um raciocínio pautado na lógica (*lógos*). Entretanto, trata-se de Lógica Material e não Lógica Formal, pois para atingir a persuasão do auditório é necessário argumentar e provar, além da validade do raciocínio, que os fatos que compõem as premissas são efetivamente verdadeiros, validando, assim, a conclusão sustentada, formal e materialmente.

Essa argumentação está presente no segundo parágrafo, da primeira lauda: “Requer, ainda, a juntada das inclusas guias, referentes ao recolhimento das custas de preparo e de porte de remessa e de retorno dos autos, protestando pela posterior complementação na hipótese de insuficiência” (ANEXO – A). Ou seja, nesse excerto a argumentação objetiva incide na comprovação do preparo. Uma vez provada a premissa menor (guias demonstrando o recolhimento das custas de preparo) e a previsão legal (art. 519, do CPC), determinando o preparo, (premissa maior), a conclusão é lógica e racional: o preparo foi efetuado, sem que haja necessidade de qualquer manifestação subjetiva.

A segunda parte da apelação sob análise traz as razões recursais. Diferentemente da primeira parte, a qual é direcionada ao juiz da causa, isto é, para aquele que proferiu a sentença, a segunda parte tem como destinatária a segunda instância. No caso em questão, é direcionada ao Tribunal de Justiça de São Paulo. A segunda parte da peça contém a narração dos fatos e a *peroratio* bem elaboradas, mas centra sua força persuasiva no desenvolvimento, como sói ocorrer.

Como as partes são opostas, isto é, apelante e apelado, e argumentam para o mesmo auditório (magistrados), aquele que melhor souber manejar os argumentos e as provas e melhor conhecer as técnicas discursivas tende a obter maior êxito na adesão de seu auditório. Na apelação analisada, é possível reconhecer as técnicas argumentativas utilizadas pelo apelante, como será demonstrado a seguir.

A princípio, o recorrente apresenta a tese de que o banco não pode ser responsabilizado pelos prejuízos sofridos pelos clientes, haja vista o fato de que tiveram dinheiro sacado de sua conta poupança por um estelionatário. Para isso, vale-se do argumento da incompatibilidade, já que por meio dele consegue evidenciar a contradição entre duas proposições que não se harmonizam, devendo uma ser rechaçada.

Essa técnica argumentativa presta-se bem às finalidades discursivas do recorrente, pois “mostrar a incompatibilidade de dois enunciados é mostrar a existência de circunstâncias que tornam inevitável a escolha entre as duas teses em presença.”²¹⁵

Assim, a tese sustentada pelos autores e reconhecida pelo juiz *a quo* de que por culpa do banco, os primeiros tiveram prejuízo de ordem moral e material, não se compatibiliza com a conduta do banco que, segundo sua tese, prestou adequadamente os serviços, devendo, pois, a primeira tese ser rechaçada, como pode ser visto no fragmento seguinte:

Alegaram os Apelados que sofreram prejuízos de ordem moral e material em razão dos fatos narrados.

Entretanto, ao contrário do que dispôs o r. Magistrado “a quo” o Banco Apelante não pode ser responsabilizado a reparar os danos alegados na exordial, haja vista que ausente qualquer falha na prestação dos seus serviços. (ANEXO – A)

A incompatibilidade fica evidenciada com a utilização do conector “entretanto”, pelo qual o contraste entre as orações, entre a tese dos autores e a tese do banco é estabelecido. Assim como, a locução “ao contrário” mostra a oposição, por

²¹⁵ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 228.

consequente, a incompatibilidade no sistema entre a tese do magistrado *a quo*, proferida na sentença e a tese do banco.

O argumento pragmático é recorrente no discurso analisado. Por esse argumento, os fatos são apreciados por sua consequência, facilitando a argumentação no caso em questão, já que a tese central do recurso recai na alegação de que ou foi um dos clientes que realizou a transferência bancária, ou foi outra pessoa que conseguiu cartão e senha em razão da negligência dos próprios clientes na preservação da segurança da conta bancária.

Assim, determinados fatos que expõem o relacionamento dos clientes com o banco são tomados como premissas para a conclusão de que não houve fraude, e se houve não é culpa do banco, mas sim dos clientes que foram negligentes. Argumenta-se que:

[...] a transação impugnada foi realizada mediante a apresentação do documento pessoal do titular da conta A., além da correta utilização do seu cartão e senha, pessoais e intransferíveis.

FRISA QUE FORAM EMITIDOS DOIS CARTÕES PARA A MOVIMENTAÇÃO DA REFERIDA CONTA, UM EM NOME DO PAI, J., E OUTRO EM NOME DO FILHO, A., ORA APELADOS, O QUE POR SI SÓ BASTA PARA A COMPROVAÇÃO DE QUE A CONTA ERA SIM POR AMBOS MOVIMENTADA.

SALIENTA-SE, OUTROSSIM, QUE O CARTÃO DO APELADO UTILIZADO PARA EFETIVAÇÃO DA TRANSAÇÃO IMPUGNADA, TRATA-SE DE CARTÃO COM CHIP, E, SE NÃO BASTESSE, CONTINUA EM POSSE DO MESMO, O QUE POR SI SÓ É APTO A AFASTAR QUAISQUER INDÍCIOS FRAUDULENTOS. (ANEXO – A)

Com isso mostra-se que somente alguém em posse dos documentos pessoais, do cartão e da senha do titular da conta, os quais são pessoais e intransferíveis, é que poderia realizar o saque, sendo assim, se outros os possuem não é culpa do banco, mas sim dos clientes que deram causa. Assim como, sendo ambos os clientes possuidores dos cartões bancários certo é que movimentavam a conta. Sendo os cartões com “chip”, a segurança nas operações bancárias seria máxima. Argumenta-se, ainda, que o fato de o apelado portar o cartão é indício de que não houve fraude, já que para o saque era imprescindível o uso do referido cartão, demonstrando a incompatibilidade dos argumentos dos autores da ação.

Esse efeito, em certa medida, é causado pelo emprego da hipérbole. Isso, porque, quando o apelante introduz em seu discurso a oração “O QUE POR SI SÓ É APTO A AFASTAR QUAISQUER INDÍCIOS FRAUDULENTOS”, fá-lo de modo exagerado, com a finalidade de impressionar o auditório, aumentando demasiadamente o valor dessa expressão, por consequência de seus próprios argumentos. Tanto é verdade que se trata de um exagero, que se fosse o contrário, não haveria necessidade de tantas laudas para convencer os desembargadores sobre a não ocorrência de fraude.

Ademais, embora tais argumentos sejam colocados como incontestáveis, mostram-se passíveis de falha, porque, como esclarece Perelman sobre o emprego do argumento pragmático, “a apreciação mediante a simples consideração das consequências redundante em rebaixar o que as produz à categoria de um meio que, seja qual for sua eficácia, já não possui o prestígio do que vale por si só.”²¹⁶

Dessarte, ainda que o cartão e a senha sejam pessoais e intransferíveis, não significa dizer, com exatidão, que apenas seu titular poderia ter acesso a eles, como pode ocorrer nos crimes de falsificação de documentos, por exemplo, em que terceiros forjam documentos de outras pessoas.

Também falacioso pode ser o argumento de que o fato de um cartão possuir “chip” leva à proteção máxima de todas as operações bancárias. Em realidade, o fato de o cliente ainda possuir o cartão não é capaz de comprovar que a transferência de seus valores foi realizada com seu consentimento. Entretanto, o apelante robustece essa linha argumentativa, tentando criar um *éthos* de confiabilidade e infalibilidade na prestação de seus serviços, porquanto, como elucida Piris²¹⁷, “a confiança no orador é, de fato, um dos principais elementos de persuasão”.

²¹⁶ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. 2. ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 21.

²¹⁷ PIRIS, Eduardo Lopes. A dimensão subjetiva da argumentação e do discurso: focalizando as noções de *ethos* e de *pathos*. *EID&A – Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação*, Ilhéus, n. 2, p. 52-62, mai. 2012. p. 61.

Para evidenciar que as condutas dos clientes após o fato eram incompatíveis com o senso comum, razão pela qual indicavam que eles possuíam culpa, o apelante vale-se do argumento do ridículo. Porque, como explicam Perelman e Tyteca²¹⁸:

Será ridículo não só quem se opõe à lógica ou à experiência, mas também quem enuncia princípios cujas conseqüências imprevistas o põem em oposição a concepções que são naturais numa dada sociedade e que ele próprio não se atreveria a contrariar. A oposição ao normal, ao razoável, pode ser considerada um caso particular de oposição a uma norma admitida.

Segundo o argumento constante na apelação, conforme fragmento citado a seguir, mostra-se ridículo alguém dizer ser vítima de golpe bancário e continuar com a mesma senha usada na fraude, pois o senso comum aconselha a troca de senha e até mesmo de cartão em casos semelhantes, a fim de que os riscos sejam diminuídos e os golpes evitados. O aspecto do ridículo, então, recai na premissa referente às condutas dos clientes, levando, por isso, à conclusão desejada pelo apelante: de que ou foram os clientes que realizaram a transferência, ou terceiro de confiança.

Colaciona-se R. Magistrado, não obstante todo exposto, que mesmo após o ocorrido, EM NENHUM MOMENTO AO APELADO PROCEDEU A TROCA DA SENHA DO REFERIDO CARTÃO SENHA PELO QUE NÃO PODE SER PRESUMIDA A OCORRENCIA DE FRAUDE, EVIDENCIANDO QUE O CARTÃO FOI UTILIZADO PELOS PROPRIOS TITULARES OU, NO MÍNIMO POR TERCEIRO CONHECIDO DOS MESMO. (ANEXO – A)

No parágrafo seguinte do recurso, abaixo transcrito, o argumento do ridículo também é constatado: se o cartão não foi roubado, nem furtado, mostra-se ridículo a afirmação dos autores de que terceiro tenha se valido dos dados para realizar a transferência, motivo pelo qual somente os clientes ou alguém próximo a estes poderiam realizar a transação.

EM NENHUM MOMENTO CONSTA DOS AUTOS QUE O CARTÃO TENHA SIDO ROUBADO OU FURTADO, PELO QUE OBVIAMENTE QUEM REALIZOU A TRANSAÇÃO IMPUGNADA TEVE FÁCIL ACESSO AO MESMO E, A SENHA NAQUELE CADASTRADA EXCLUSIVAMENTE PELOS TITULARES. (ANEXO – A)

²¹⁸ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 234.

O uso da anáfora, com a repetição da expressão “EM NENHUM MOMENTO”, tanto nesse parágrafo, como no anteriormente citado, reforça a ideia de que os apelados é que concorreram para o dano que sofreram, de modo que o banco deve ser inocentado.

Além disso, a palavra “obviamente” salienta o caráter do ridículo. Se quem realizou a transação teve fácil acesso, torna-se ridículo duvidar de que não sejam os próprios clientes ou outros que tenham acesso a cartão e a senha senão com a permissão de seus possuidores; fato emergido pela palavra “exclusivamente”, dando a ideia de que tão somente eles têm acesso ao cartão e às informações para movimentar a conta bancária. Com esse argumento, o recorrente reafirma a tese principal sustentada de que foram os próprios clientes que deram causa à transferência, devendo, assim, a responsabilidade do banco de indenizá-los ser afastada.

O apelante utiliza esse argumento não só para rebater os fatos alegados pelos autores, usa-o também para desqualificar a conduta dos clientes, por conseguinte, suas próprias imagens, apresentando aos julgadores um *anti-éthos*,²¹⁹ constituído pela relação de antagonismo entre o *éthos* discursivo da apelação. Com isso, cria-se uma presença no auditório julgador de que há *éthos* que inspira confiabilidade da parte recorrente, e desconfiança para com a parte recorrida.

Isso é evidenciado no parágrafo seguinte da apelação analisada, em que o apelante adota o argumento *ad hominem* com a finalidade de reforçar a tese de que as alegações dos clientes são frágeis, de modo que o magistrado não poderia ter se fiado nelas para proferir sua decisão. “O argumento *ad hominem* é essencialmente, um tipo negativo de argumentação – uma forma de ataque ou crítica de um participante do diálogo contra o argumento de outro participante”²²⁰, incidindo, assim, no suporte interno, subjetivo do discurso, fazendo com que as alegações sejam tachadas de não confiáveis, como ocorre no excerto abaixo.

²¹⁹ MAINGUENEAU, Dominique. *Novas tendências em análise do discurso*. Trad. Freda Indursky. 3. ed. Campinas: Pontes, 1997.

²²⁰ WALTON, Douglas N. *Lógica informal*. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 227.

NÃO PODE O R. MAGISTRADO “A QUO”, BASEADO EM FRÁGEIS ALEGAÇÕES, PRETENDER SEJA A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA COMPELIDA A INDENIZAR OS APELADOS PELOS PREJUÍZOS SOFRIDOS SENDO CERTO QUE, A TER QUE CONSIDERAR QUE A TRANSAÇÃO FINANCEIRA TAMBÉM DEVE SER CONSIDERADA VÍTIMA!!! (ANEXO - A)

Assim, se os argumentos são frágeis, o magistrado não poderia tê-los aceitado, mas para atenuar essa falha do magistrado em ter considerado esses argumentos para proferir sua decisão, a fim de não incorrer no desrespeito, na afronta, o apelante coloca um adjetivo antes de lhe fazer referência, atenuando a crítica que lhe é tecida, como pode ser visto na expressão “R. [respeitável] Magistrado ‘A QUO’”.

Na segunda parte do parágrafo anteriormente transcrito, o recorrente tece conclusão sobre o que se expôs no corpo da apelação. Para tanto, utiliza do argumento da regra da justiça (*a pari*), por protestar que a instituição financeira também foi vítima. Essa técnica argumentativa visa a chegar a conclusões semelhantes quando se parte de premissas assemelhadas, a fim de conferir tratamento igualitário, em situações que se aproximam. No caso concreto, não é diferente, a premissa de que um estelionatário prejudicou tanto os clientes como o banco leva à conclusão de que assim como os clientes o banco também é vítima.

Essas afirmações, no entanto, causam certa incompatibilidade no sistema discursivo da apelação analisada, pois até então o recorrente afirmava que a culpa era dos clientes, para afastar sua própria culpa. Ao introduzir um terceiro, atribuindo-lhe a culpa e responsabilidade pelos danos causados, gera-se certa incoerência no texto. Pelas teses apresentadas anteriormente, melhor seria se a conclusão reafirmasse a culpa dos clientes, mantendo a consistência do texto.

A condição de *consistência* exige que cada enunciado de um texto seja consistente com os enunciados anteriores, isto é, que todos os enunciados do texto possam ser verdadeiros (ou seja, não contraditórios) dentro de um mesmo mundo ou dentro dos mundos representados no texto.²²¹

Assim, ao dizer que o banco foi “também” vítima de estelionatário, o apelante reconhece e reforça, ou seja, toma como “certo” o fato de ter havido estelionato, que

²²¹ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça; TRAVAGLIA, Luiz Carlos. *A coerência textual*. 16 ed. São Paulo: Contexto, 2004. p. 99.

é justamente o que alega os autores da ação, afirmando que um terceiro desconhecido causou os prejuízos. Desse ponto em diante, as teses de que os clientes foram culpados e de que os prejuízos decorreram de ação de um estelionatário, ainda que incompatíveis, passam a dividir espaço dentro da apelação. A focalização do discurso do apelante passa a centrar-se, então, em duas perspectivas opostas, o que segundo Koch e Travaglia²²²: “podem causar problemas sérios de compreensão, impedindo, por vezes, o estabelecimento da coerência”.

Na sequência, o argumento da incompatibilidade é novamente utilizado pelo recorrente, a fim de persuadir os julgadores de que se não constam nos autos prova sobre a incapacidade absoluta de um dos autores, portanto não se poderia levar em consideração essa tese. A incompatibilidade é reforçada pelo uso de outra técnica argumentativa: a do argumento do desperdício, pelo qual não se deve desperdiçar o que já foi feito com esforço, pois, como explica Perelman, “para evitar o desperdício de esforços realizados para atingir um certo fim, continuar-se-á a trabalhar no mesmo sentido.”²²³

Assim, o valor das provas constantes dos autos formados na primeira instância faz-se presente na apelação, remetendo a elementos comprobatórios realizados em momento anterior do processo, como visto no fragmento subsequente.

IMPERIOSO REITERAR QUE NÃO OBSTANTE O APELADO A. A. N. APRESENTAR PROBLEMAS DECORRENTES DE UM ACIDENTE ANTERIORMENTE SOFRIDO, ENTRETANTO NÃO HÁ QUALQUER COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DE QUE O CO-TITULAR TRATA-SE DE PESSOA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ!!! (ANEXO – A)

Ainda sobre esse parágrafo transcrito, importante notar que o apelante introduz um fato até então não tratado no discurso, a de que um dos clientes, justamente aquele acusado de ter realizado o saque, ou de que um estelionatário tenha se passado por ele, possui problemas mentais por ter sofrido acidente de carro, embora, segundo o apelante, nos autos nada constasse sobre ser ele absolutamente incapaz.

²²² KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça; TRAVAGLIA, Luiz Carlos. *A coerência textual*. 16 ed. São Paulo: Contexto, 2004. p. 88.

²²³ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 102.

A disposição dos argumentos no discurso não deixa também de contribuir para a persuasão do destinatário, principalmente, pelo uso da hipérbole, ao dizer “NÃO HÁ QUALQUER COMPROVAÇÃO NOS AUTOS” de que um dos apelados seria incapaz. Como o argumento da incapacidade absoluta constitui tese forte, tanto dos autores quanto dos fundamentos da decisão do magistrado *a quo*, trazê-la no início do discurso propiciaria forte impacto aos magistrados *ad quem*, de modo que se os argumentos contra ela não se mostrassem efetivos acabaria comprometendo toda a apreciação dos demais argumentos. Sobre a ordem dos argumentos num discurso, Perelman²²⁴ explica que:

[...] não se deve perder de vista que o auditório, em função da eficácia do discurso, muda com o desenrolar deste. Os argumentos terão um peso diferente consoante se conheçam ou se ignorem certos factos ou uma determinada interpretação deles. Na medida em que a finalidade do discurso consiste em persuadir um auditório, a ordem dos argumentos será adaptada a esta finalidade: cada argumento deverá surgir no momento em que maior efeito exerça.

Com isso, o apelante consegue apresentar outros argumentos favoráveis à sua tese, desvinculados do argumento sobre a incapacidade absoluta, tirando-a da posição primeira do recurso e misturando-a a outras teses, dando-lhe, então, uma importância argumentativa menor. Tanto que, como pode ser visto no fragmento citado baixo, é retomada a tese do estelionatário e de que este possuía todos os documentos para efetuar a transferência, sendo que mais adiante a tese da incapacidade volta a ser rebatida.

FRISA-SE QUE QUANDO O SUPOSTO ESTELIONATÁRIO COMPARECEU À AGENCIA PARA SOLICITAR A TED IMPUGNADA, APRESENTOU TODA DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA EXIGIDA PELO BACEN DENTRE TANTOS, O DOCUMENTO PARA IDENTIFICAÇÃO PESSOAL, CUJA NUMERAÇÃO CONFERIA COM OS DADOS ANTERIORMENTE CADASTRADOS JUNTO AO BANCO, ALÉM DO CARTÃO E RESPECTIVA SENHA EXCLUSIVA, A FIM DE CADASTRAMENTO JUNTO AO PIN. (ANEXO - A)

Ainda sobre esse parágrafo, o apelante utiliza do argumento de autoridade, ao invocar que seguiu todas as normas prescritas pelo BACEN, órgão público direcionador das ações dos bancos nacionais, robustecendo a tese de que se valeu de todos os cuidados necessários na realização da operação bancária discutida no

²²⁴ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 161.

recurso de apelação, razão pela qual não deve ser culpado. Walton explica que o uso desse tipo de argumento “pode ser uma forma legítima e proveitosa de introduzir provas externas numa discussão crítica e transferir o ônus da prova quando o acesso direto ao conhecimento técnico ou especializado não é plausível por motivos práticos.”²²⁵

Essa técnica, no entanto, antes de comprovar, ela vem no sentido de reforçar²²⁶ o já afirmado pelo apelante: que os documentos exigidos para a operação foram verificados, conforme os padrões exigidos, valorizando, por conseguinte, a tese apresentada.

Assim como o argumento de incompatibilidade é utilizado mais de uma vez no desenvolvimento da apelação, o argumento pragmático também o é. No fragmento abaixo, pode-se ver que essa técnica foi utilizada para justificar a conduta da funcionária do banco que autorizou a transação, porque tinha razões necessárias para fazê-lo, já que a pessoa lhe apresentou os documentos e justificou o motivo pelo qual teria de realizar a operação, ou seja, as causas justificavam-se pelas suas consequências.

ADEMAIS DISSO, EM RAZÃO DOS VALORES E DA ATIPICIDADE DA OPERAÇÃO, O ATENDENTE CONSULTOU A GERENTE DA CONTA DOS APELADOS, A QUAL, MEDIANTE O ARGUMENTO DE QUE OS VALORES SERIAM UTILIZADOS PARA A COMPRA DE UMA VAN, BEM COMO, DIANTE DA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA, AUTORIZOU A REFERIDA TRANSFERENCIA ELETRÔNICA. (ANEXO – A)

No parágrafo seguinte da apelação, o recorrente retoma a tese segundo a qual a culpa pela realização da TED foi dos clientes. Isso foi feito de forma amplificada, já que no fragmento a fonte aparece em fonte de tamanho maior e numa tabela, destacando-o dos demais parágrafos do texto. Usando, ainda, de vocativo para chamar os julgadores ao plano textual pela expressão “EXCELENCIAS”, o que constitui recurso argumentativo frequentemente empregado quando o orador

²²⁵ WALTON, Douglas N. *Lógica informal*. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 276.

²²⁶ TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 115.

pretende chamar a atenção do destinatário para determinado excerto do seu discurso, por considerá-lo de suma importância.

REPISA-SE, EXCELÊNCIAS, QUE SEM A APRESENTAÇÃO DO CARTÃO DA CONTA DO APELADO A., BEM COMO, DA DIGITAÇÃO DA SENHA CORRETA PREVIAMENTE CADASTRADA PELO PRÓPRIO CORRENTISTA, A TED NÃO TERIA SIDO EFETUADA.

(ANEXO – A)

Com isso, o apelante evidencia as teses principais do recurso: de que a transação só ocorreu porque foram os próprios clientes que a realizaram, ou porque foi terceiro que possuía a senha e os cartões de um dos clientes, ou seja, por negligência ou conluio destes.

Nos próximos parágrafos, o apelante sintetiza uma série de fatos, tanto praticados pelo banco, como pelos clientes, demonstrando que a conduta daquele não poderia ser outra, já que quando possível, valeu-se de todos os recursos de segurança na operação discutida, sendo que a mesma argumentação não poderia ser usada a favor dos clientes, já que ou eles deram causa, ou mesmo realizaram a transferência, devendo, assim, suportar os prejuízos, como pode ser visto abaixo.

ORA, D. JULGADORES, O PREPOSTO DO BANCO APELANTE QUE ATENDEU O SUPOSTO ESTELIONATÁRIO NÃO TINHA COMO SABER, NAQUELE MOMENTO, QUE OS DOCUMENTOS APRESENTADOS, OS QUAIS CONFERIAM COM OS DOCUMENTOS CADASTRADOS PREVIAMENTE PELOS CORRENTISTAS, ERAM FRAUDULENTOS.

REITERA-SE, OUTROSSIM, QUE O FATO DE TER SIDO AUTORIZADA A TED PELOS PREPOSTOS DO BANCO NÃO FORAM DETERMINANTES PARA A EFETIVAÇÃO DO SUPOSTO GOLPE PROPALADO AOS APELADOS, SENDO QUE O FATOR DETERMINANTE CONSISTIU NA APRESENTAÇÃO DO CARTÃO E DIGITAÇÃO DA SENHA DE USO PESSOAL E EXCLUSIVO DO CO-TITULAR A., PELO QUE ABSURDA A CONDENAÇÃO EXARADA NA SENTENÇA.

Imperioso corroborar que quando da abertura da conta, os correntistas assumem a responsabilidade pela guarda do seu cartão e sigilo de suas senhas, sendo que os prejuízos advindos da DESIDIA do apelado ao possibilitar que 'suposto' fraudador tivesse acesso a seu cartão e senha deverá ser pelo menos EXCLUSIVAMENTE SUPORTADO. (ANEXO - A)

Com as premissas de que o banco tenha praticado todos esses atos, ao passo que os clientes foram negligentes, ou mesmo agiram com dolo para praticar a fraude, a ausência de responsabilidade da instituição deveria ser certa, razão pela qual a sentença condenando-a torna-se ridícula. Dessarte, ao tachar a decisão do magistrado *a quo* de absurda, a intenção é torná-la ridícula, aos olhos dos juízes *ad quem*. Trata-se, portanto, da tentativa de utilização do argumento do ridículo.

Isso é reforçado, no segundo parágrafo citado, pela figura de linguagem anadiplose, já que o apelante ao repetir a palavra “DETERMINANTE”, uma vez perto do final da primeira oração e depois no começo da frase subsequente, imprime expressividade e realce ao termo destacado, mostrando que a atitude do preposto do banco não foi determinante para a fraude ser realizada, mas sim as ações dos apelados.

No entanto, essa conclusão é também falaciosa, já que o apelante vale-se de argumentos aceitos apenas por ele próprio, como se fossem comuns a um senso social, ferindo, dessa maneira, o argumento do ridículo, que consiste em partir de argumentos considerados pelo senso comum, aceitáveis por um juízo médio, que se contradizem com determinado argumento, tornando-o ridículo.

[...] o ridículo está vinculado ao fato de uma regra ter sido transgredida ou combatida de um modo inconsciente, por ignorância seja da própria regra, seja das conseqüências desastrosas de uma tese ou de um comportamento. O ridículo se exerce em prol da conservação do que é admitido; uma simples mudança injustificada de opinião, ou seja, uma oposição ao que a própria pessoa havia enunciado, poderá expor a ele.²²⁷

Nota-se que a partir desse momento é iniciado um novo ponto da argumentação na apelação, já que o foco discursivo passa a centrar-se na sentença atacada, trazendo novamente o tema da incapacidade do cliente A., diferentemente da maioria dos parágrafos anteriores, centrados nos fatos e argumentos contra os clientes/apelados.

O R. MAGISTRADO “A QUO” FUNDAMENTOU O R. “DECISUM” RECORRIDO NO FRÁGIL ARGUMENTO DE QUE O CO-TITULAR A. NÃO É PESSOA PLENAMENTE CAPAZ, IGNORANDO TODA PROVA DOS

²²⁷ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 234.

AUTOS QUE POR SI SÓ DEMONSTRAM QUE A INCAPACIDADE NÃO É ABSOLUTA.

ORA, P. JULGADORES, A EXISTENCIA DE UM CARTÃO EM NOME DO FILHO A., CUJA EMISSÃO DA CONTA EM NOME DO FILHO FOI SOLICITADA PELO PROPRIO PAI, J., AO BANCO APELANTE NA ABERTURA DA CONTA, POR SI COMPROVA QUE A INCAPACIDADE DO FILHO NÃO ERA ABSOLUTA, PELO QUE NÃO PODE TAL ARGUMENTO UTILIZADO SER SUFICIENTE A SUBSIDIAR A CONDENAÇÃO ABSURDA FIXADA NA SENTENÇA. (ANEXO – A)

O primeiro parágrafo citado faz uso do argumento do desperdício para desqualificar a tese usada pelo julgador *a quo* em sua sentença, ao remeter aos magistrados *ad quem* as provas que foram produzidas nos autos em primeira instância, chamando estes últimos para cumprir seu ofício de realizar novo julgamento, analisando novamente as provas e, por isso, reformando a sentença.

No segundo, por sua vez, o argumento pragmático é usado de forma equivocada, pois às premissas foi dado o mesmo valor da conclusão, já que o fato de o cliente possuir um cartão em seu nome (premissa) não é suficiente para que sua incapacidade seja afastada, principalmente porque, como informado no próprio fragmento, quem solicitou os cartões foi o pai, que é o outro cliente, para ambos.

A derradeira objeção se refere ao emprego exclusivo do argumento pragmático para determinar todo o valor. Isto supõe, evidentemente, a redução de todo fato às consequências que permitem avaliá-lo. Se essas consequências são de uma espécie determinada, elas é que constituirão o denominador comum ao qual qualquer outro valor será reduzido em função das quais será avaliado.²²⁸

Nesses fragmentos, observa-se que os ataques à sentença e ao magistrado *a quo* são realizados de maneira diferente, embora constituam partes de um todo. Para referir-se ao magistrado são utilizados adjetivos elogiosos e pronome de tratamento, com expressões de valor menos depreciativos do que os usados para tratar a decisão por ele proferida, pois para se referir à sentença o apelante utiliza palavras com carga semântica mais depreciativa, desvalorizante²²⁹.

²²⁸ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. 2. ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 20.

²²⁹ TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16.

Percebe-se, pois, cautela no manejo do argumento *ad personam* e maior contundência ao empregar o argumento *ad hominem*. É dito, por exemplo, que o “R. [respeitável] Magistrado” baseou-se em “argumentos frágeis”; mas ao referir-se à sentença, qualifica-na de “absurda”. Isso pretende evitar a ofensa direta ao magistrado, preservando sua imagem, mas, ao mesmo tempo, atacar incisivamente a sua decisão. Não se pretendeu, pois, erigir ofensas à pessoa do magistrado de primeira instância, mas tão somente ao seu discurso decisório.

Esse efeito é obtido pela utilização de duas figuras de linguagem: o eufemismo e a hipérbole, respectivamente. Quando os argumentos são direcionados à pessoa do julgador, é verificado o empregado de expressões tênues, como “frágeis”, em vez de “fracas”, por exemplo, de modo a não ferir sua imagem com palavras ofensivas. Por outro lado, quando a intenção é atacar a decisão, a hipérbole é usada, sendo a decisão judicial recorrida denominada até mesmo de “absurda”.

O argumento da incompatibilidade novamente é utilizado pelo apelante para lançar mais uma tese a fim de afastar a decisão proferida pelo magistrado *a quo*. Assim, ao afirmar que o cartão com tecnologia de “chip” proporciona “toda segurança”, razão pela qual apenas os titulares da conta, ou alguém de sua confiança, poderiam efetuar transações junto ao banco, choca-se com aquilo que foi decidido pelo juiz, merecendo reforma a sentença proferida. Assim foram escritos tais parágrafos:

Faz-se mister frisar que o Apelado é possuidor de cartão magnético com **CHIP** fornecido pelo Banco.

Ora, i. Julgadores, considerando toda segurança proporcionada pelo cartão magnético com CHIP, é forçoso concluir, ao contrário do entendimento do r. Magistrado “a quo” que se não foi o Apelado quem realizou as transações foi alguém de sua confiança!!!

SALIENTA-SE QUE O FATO DO APELADO CONTINUAR EM POSSE DO SEU CARTÃO, BEM COMO DIANTE DO FATO DE QUE AS TRANSAÇÕES OCORRERAM MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DO CARTÃO E DIGITAÇÃO DA SENHA CORRETA, POR SI SÓ SÃO APTOS A CORROBORAR A TESE APRESENTADA EM DEFESA, A QUAL FOI IGNORADA PELO R. MAGISTRADO. (ANEXO – A)

No entanto, o argumento de que o cartão com chip possui “toda segurança” não pode ser verificado, cotejado, mesmo porque, na prática, é recorrente a fraude de cartões bancários mesmo com chip. O parágrafo construído pelo apelante, portanto,

vale-se da hipérbole, constante na expressão “é forçoso concluir”, com o objetivo de persuadir os magistrados que em razão da segurança dos cartões com chip, a fraude ou foi cometida pelos apelados ou por alguém da confiança deles.

A intenção de incompatibilizar os termos da sentença com esse argumento, então, fica comprometida, diminuindo, igualmente, sua força persuasória. Assim, mesmo tentando sacrificar uma das teses pela incompatibilidade, na verdade, o apelante o faz a custo de outra incompatibilidade.

A incompatibilidade é, assim, removida na ação, mas é evidentemente à custa de novas incompatibilidades, aquela entre uma conduta hipócrita e uma conduta franca e sincera, aquela entre um pensamento mais ou menos sistematizado e um pensamento que se exime de buscar soluções defensáveis.²³⁰

Importante ressaltar que a conclusão a que se chega com isso, embora refutável, não é necessariamente falsa. Entender que a conclusão seja falsa é cometer a falácia das falácias²³¹. Assim, a conclusão do apelante de que o banco não tem a responsabilidade pelos danos suportados pelos autores não se torna inválida somente pelo fato notório de que o cartão de “chip” não é totalmente seguro.

No terceiro parágrafo, o recorrente retoma argumentos que já foram várias vezes apresentados, em franca utilização da repetição. Com isso ele reforça a presença desses argumentos juntos aos julgadores, evitando que deles se esqueçam. No entanto, essa técnica pode ter efeito inverso, já que torna também o discurso repetitivo, cansando o auditório para o qual é destinado, o que por vezes pode fazer com que o leitor passe a ter menor grau de atenção, já que se trata de repetição.

Os diversos argumentos podem parecer, não incompatíveis, mas simplesmente supérfluos, porque o fato de admitir um deles tornaria os outros inúteis. [...]

Esse caráter supérfluo ficará ao mesmo tempo mais claro e menos surpreendente quando os argumentos limitam-se a repetir-se. Isso porque a amplitude argumentativa pode resultar não do emprego de argumentos diferentes que se sustentam, se completam, se dirigem a auditórios

²³⁰ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 226.

²³¹ CARNIELLI, Walter A.; EPSTEIN, Richard L. *Pensamento crítico: o poder da lógica e da argumentação*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 347.

variados, mas da simples reprodução, mais ou menos fiel, dos mesmos argumentos.²³²

Outra técnica argumentativa é trazida ao recurso analisado, qual seja, o argumento de definição, com o qual “se pretende estabelecer uma identidade entre o que é definido e o que define, de tal modo que se tenha o direito de substituir um pelo outro no discurso, sem mudar o sentido [...]”²³³. O apelante define o art. 333,²³⁴ do CPC, conferindo-lhe o alcance semântico que mais lhes interessa. *In verbis*:

Assim se o Autor alegar o fato e o Réu contestar, o ônus da prova é do Autor, se ele mesmo alega e o Réu não contesta, o fato se presume verídico, se o Autor alega e prova, ou não o provando, o Réu admite, e, admitindo o fato, outro lhe opõem, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Autor, o ônus probatório é do Réu.

As regras sobre o ônus da prova e sua distribuição constituem uma inerência do princípio dispositivo. Onde se tivesse um processo puramente inquisitivo, não se cogitaria em *ônus probandi*, nem das conseqüências de seu descumprimento, simplesmente por que ao Juiz incumbe a busca da verdade dos fatos e a cooperação das partes seria pelo menos dispensável e sequer haveria como sancioná-las pela omissão de provar.

O ônus da prova, reitera-se, recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do ato. Assim, segundo o disposto do art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao Autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao Réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Autor. (ANEXO -A)

Isso é possível porque uma norma é passível de inúmeras interpretações, em vários aspectos. Com o argumento da definição, o recorrente tenta determinar o alcance do artigo referido, tencionando os julgadores a seguir aquilo que é ressaltado em sua definição. O sentido do art. 333 que melhor se harmonizou aos interesses do recorrente foi o de que caberia aos autores comprovar a culpa do banco.

Essa interpretação conferida pelo apelante tem sua expressividade elevada, na medida em que se vale de mais de uma figura de linguagem para reforçá-la. Dessa

²³² PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 542.

²³³ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 172.

²³⁴ CPC: Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

forma, é notada a utilização de polissíndeto, com a repetição da conjunção “se”, assim como da anadiplose, em que o verbo “admitir” é empregado no final da frase e em seguida no começo de outra, bem como a simples repetição dos termos Autor e Réu, como pode ser visto no primeiro dos parágrafos acima citados.

Ademais, ao introduzir esse argumento no discurso, o apelante tenta esquivar-se do dever de demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. A partir desse momento, tal argumento passa a ser central no discurso, em vários momentos será retomado, “repisado”, como o próprio apelante costuma dizer. Isso porque com ele é passada a ideia de que o banco não é responsável até que se prove o contrário.

Outro argumento que recai sobre a produção de provas, a fim de indicar aos julgadores de segunda instância a fundamentação da decisão do juiz *a quo* e os motivos pelos quais essa sentença deve ser reformada, aparece no parágrafo abaixo transcrito, que é verificada na técnica do argumento pela incompatibilidade:

ORA, PRECLAROS DESEMBARGADORES, AO CONTRÁRIO DO DISPOSTO EM SENTENÇA, O APELANTE NÃO SE MANTEVE INERTE QUANTO À COMPROVAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DO DIREITO SUSCITADO PELOS APELADOS, SENDO CERTO QUE TROUXE AO CRIVO DO JUDICIÁRIO ESCLARECIMENTOS SUFICIENTES A ENSEJAR A IMPROCEDENCIA DA DEMANDA. (ANEXO – A)

No excerto, o apelante cita os argumentos proferidos pelo magistrado *a quo*, ressaltando a contradição de suas afirmações com o que consta nos autos, ou seja, embora o juiz tenha dito que o banco quedou-se inerte, o apelante inverte os argumentos da sentença, mostrando que padecem de vícios, já que nos autos há provas que deveriam levar à improcedência da demanda. Assim, o argumento que era desfavorável ao banco passa a ser-lhe favorável. Assemelha-se à técnica da retorsão, embora, nesse caso, trate-se de retorquir os argumentos proferidos pela primeira instância do Judiciário a fim de persuadir a segunda instância.

Tanto o argumento da definição, da retorsão e da incompatibilidade foram empregados pelo apelante para afastar a sustentação do magistrado *a quo* quanto à falta de produção de provas que comprovassem a ausência de culpa do banco. Isso

é feito tendo como base dois enfoques, o primeiro de que não caberia ao banco apresentar as provas, mas sim aos clientes, e o fazem pelo argumento da definição; o segundo, de que houve a produção de provas suficientes pelo banco, afastando sua culpa, feito por meio do argumento da incompatibilidade e da retorsão.

Esses argumentos, juntos, apresentam-se como outra técnica argumentativa, consistente no argumento pelo dilema. Por este não importa qual a tese a ser seguida, já que levará sempre à mesma conclusão. Para Reboul, “na divisão repousa o dilema, raciocínio que prova que os dois termos de uma alternativa levam à mesma consequência, sendo esta a tese.”²³⁵

O argumento de que cabia aos clientes apresentarem prova da existência do dano, assim como o argumento de que o banco apresentou provas suficientes para eximir sua culpa levam sempre à mesma conclusão, a de que o banco não pode ser responsabilizado, ou seja, não importa qual caminho seguido pelos julgadores, já que as teses levarão à mesma conclusão.

Por meio de outra técnica, a do argumento de comparação, o recorrente intenciona desqualificar a sentença produzida pelo juiz, comparando-a a outras decisões de condenação de bancos pelos mesmos motivos, pois, como ensinam Perelman e Tyteca, “toda comparação é, por algum ângulo, desqualificadora, porque faz pouco caso dessa unicidade dos objetos incomparáveis”.²³⁶ Fato que pode ser verificado a seguir:

Repisa-se que a condenação das Instituições Financeiras nestes casos tornou-se fato corriqueiro, pelo que tem entendido os Magistrados que o Banco deve ser responsabilizado pelo risco de suas atividades. Entretanto, conforme documentalmente comprovado nos autos, o cartão com CHIP não oferece risco aos seus usuários, sendo que as eventuais fraudes alegadas têm ocorrido mediante a conduta negligente dos usuários quanto à guarda e conservação do cartão e de suas respectivas senhas, repisa-se, cadastradas EXCLUSIVAMENTE PELOS CORRENTISTAS!!! (ANEXO – A)

²³⁵ REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 171.

²³⁶ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 280.

Pelo argumento de comparação, a ideia que se cria é de homogeneidade, já que são congregados dois fatos numa mesma classe. Estabelece-se, assim, um vínculo de realidade, impressionando os julgadores a fim de persuadi-los. A conclusão a que se chega por esse argumento é a de que não importa as provas produzidas, os argumentos lançados, pois os bancos estão sendo sempre injustamente responsabilizados pelos riscos de suas atividades.

A força desse argumento relaciona-se diretamente com o uso da hipérbole, como se em todas as causas em que são discutidos assuntos assemelhados, os bancos, inexoravelmente, fossem condenados, sendo isso um profundo exagero.

Em seguida, há uma sequência de parágrafos exemplificando as condutas de segurança adotadas pelo banco para demonstrar aos julgadores de segunda instância que o juiz *a quo* não acertou em sua decisão, na medida em que o banco pratica vários procedimentos protetivos, assim como também orienta seus clientes a praticarem.

Resta evidente que o Apelante adota inúmeras medidas que visam garantir na segurança na prestação de serviços de auto-atendimento em seus caixas eletrônicos (ATM's) e terminais de débito automático localizados em estabelecimentos comerciais (POS ou PDV) afastando qualquer risco para o correntista.

Inobstante as medidas de segurança o Apelante também orienta constantemente os consumidores acerca da necessidade de troca das senhas, bem como da importância do sigilo das mesmas, o que exclui a responsabilidade objetiva e subjetiva do prestador de serviço aludidas nos arts. 14 do CDC e 927, caput, e § 1º, do CC.

Frisa-se que inúmeras perícias realizadas em processos judiciais dessa natureza já atestaram a segurança dos serviços prestados pelo Banco Apelante em seus terminais eletrônicos sendo certo, ainda, que tais laudos concluíram pela culpa exclusiva do consumidor afastado por completa a responsabilidade do Banco.

Por esta razão, tem-se que o M.M. Juiz de primeira instância não julgou com o costumeiro acerto no presente caso, razão pela a r. sentença ora recorrida, merece ser integralmente reformada. (ANEXO - A)

A técnica usada nesses parágrafos foi o argumento pelo exemplo, cuja função coaduna-se com o pretendido pelo apelante, porque, por esse argumento, a intenção é a de solidificar a tese sustentada com base em vários casos particulares.

[...] a argumentação pelo exemplo recusa-se a considerar o que é evocado como sendo único, ligado de forma indissolúvel ao contexto no qual o acontecimento descrito se produziu. É, pelo contrário, procurar, a partir do caso particular, a lei ou estrutura que se revela.

Assim, ao indicar as inúmeras medidas adotadas pelo banco junto aos seus terminais e clientes, bem como trazer a notícia de que várias perícias já atestaram a segurança de seus procedimentos, apontando que a culpa sempre é dos clientes, o apelante quer fixar regra geral, segundo a qual não é possível haver falha na prestação de seu serviço. Admitindo essa regra, deve-se concluir pela impossibilidade de sua culpa no caso presente, devendo a responsabilidade, então, recair sobre os clientes.

Três exemplos foram trazidos pelo recorrente para fundamentar a argumentação, procedimento comum nesse tipo de argumento, pois se um dos exemplos for contestado pelo auditório ainda haverá outros sustentando a conclusão. Sobre isso, Perelman esclarece que “é útil partir de exemplos suficientemente variados para que o risco de se desviar da generalização seja menor.”²³⁷ Assim, a variedade de exemplos vem no sentido de minimizar os efeitos da refutação. Portanto, se os julgadores *ad quem* entenderem que o banco não adota todas as medidas de segurança nos seus terminais, poderá ainda acatar a conclusão pelo segundo argumento, de que os bancos dão todas as orientações a seus clientes.

Ademais, esse argumento visa a clarificar possíveis dúvidas que o auditório possa ter sobre determinado caso particular, pois por meio de exemplos o que se quer mostrar é uma regra tomada para todos os casos, para aquele *sub judice*, inclusive. Assim, se o banco age com segurança em todas as outras transações que realiza, por que não agiria em relação aos valores do cliente?

Isso traz concretude para os argumentos apresentados pelo apelante, já que é demonstrada aos magistrados a regularidade com que as operações do banco são habitualmente realizadas. Assim, é conferido um contexto comum à transação bancária discutida na apelação, demonstrando que em relação a ela não houve

²³⁷ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 120.

nada de diferente, tudo foi feito conforme o habitual, não existindo motivo, portanto, para que o banco seja condenado.

Esse efeito é obtido, sobretudo, porque o apelante emprega a figura de linguagem da amplificação, ao desenvolver uma ideia inicial, qual seja, a segurança dos serviços prestados pelo banco, dilatando-a, amplificando-a ao enumerar uma série de ações e procedimentos adotados pelo apelante.

Além disso, o recorrente apresenta o argumento pelo exemplo também para aproximar o discurso da realidade, chegando a uma conclusão necessária à argumentação, realizada no último parágrafo citado acima, de que a sentença deve ser reformada, uma vez que “MM Juiz de primeira instância não agiu com o costumeiro acerto”. Novamente, o apelante vale-se de eufemismo a fim de atenuar seu ataque ao magistrado, mostrando que mesmo insatisfeito com a decisão ainda mantém a polidez e, conseqüentemente, o respeito pelo juiz ao pleitear a reforma da sentença.

As próximas seções da parte argumentativa do recurso trazem argumentos quanto ao direito que deve ser aplicado ao caso concreto. Diferentemente da primeira seção, em que a maior parte dos argumentos foi no sentido de rebater os fatos da parte contrária e da sentença, agora o apelante direciona-os às questões de direito, para afastar a pretensão da outra parte, com a conseqüente reforma da sentença.

Por essa razão algumas técnicas argumentativas mostram-se mais eficientes a produzir a persuasão do que outras, pois os conteúdos debatidos, nessa parte, recaem sobre temas técnicos. O ponto de partida da argumentação, quando se trata de matéria de direito, são as leis, as doutrinas e a jurisprudência, porquanto a intenção do argumentador é a de demonstrar o cabimento da norma, ou determinada interpretação dada a ela ao caso concreto.

Essa escolha das premissas se confunde com sua apresentação. Uma apresentação eficaz, que impressiona a consciência dos ouvintes, é essencial não só em toda argumentação visando à ação imediata, mas também naquela que visa a orientar o espírito de uma certa forma, a fazer que prevaleçam certos esquemas interpretativos, a inserir os elementos de

acordo num contexto que os torne significativos e lhes confira o lugar que lhes compete num conjunto.²³⁸

O recorrente na apelação analisada usa o argumento da definição para indicar aos julgadores a melhor interpretação da norma aplicada ao caso, já que por esse argumento é possível ampliar o sentido dos argumentos lançados no discurso na direção defendida por quem argumenta. Por tratar-se de uma ação pleiteando indenização, as normas e suas possíveis interpretações, chamadas ao discurso pelo apelante, dizem respeito a esse tema, como pode ser visto a seguir:

DO DEVER DE INDENIZAR

O dever de indenizar é gerado quando há responsabilidade civil, que consiste na obrigação de uma pessoa reparar o prejuízo causado por fato próprio, de pessoas ou coisas que dela dependam.

Tem o instituto da responsabilidade civil a finalidade de ressarcir eventuais danos sofridos tendo como causa o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado pela suposta lesão.

São duas as teorias que definem a responsabilidade civil:

- a) Responsabilidade subjetiva, que pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil e em não havendo culpa não há responsabilidade.
- b) Responsabilidade objetiva, em que a lei impõe a certas pessoas em determinadas situações à reparação de um dano cometido sem culpa.

Essa responsabilidade (objetiva), adotada pelo art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, baseia-se na teoria do risco, não se exigindo a prova da culpa do agente para que a outra parte seja obrigada a reparar o dano. **Temos assim a culpa presumida, bastando que seja comprovado o ato lesivo, o dano e o nexa causal, para que a parte tenha direito ao ressarcimento.**

Para a ação de responsabilidade civil, de indenização por ato ilícito, necessário e indispensável à existência e a comprovação do dano efetivo, bem como da relação de causalidade entre o fato e o dano, além da má-fé do agente, o que efetivamente não existiu no caso, bem como não restou sequer demonstrada pelos Apelados.

Entretanto, sem a existência esses três elementos, não há que se falar em indenização a qualquer título. (ANEXO – A)

O apelante faz definição da definição, ou seja, partindo de uma primeira definição tantas outras são feitas até atingir a conclusão desejada. Assim, a primeira expressão explicada foi “DO DEVER DE INDENIZAR”, a qual trouxe em seu conceito o termo “responsabilidade civil” e, uma vez esta definida, trouxe outra duas

²³⁸ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 161.

expressões “responsabilidade subjetiva” e “responsabilidade objetiva”, também com seus sentidos amplificados.

[...] o uso argumentativo das definições pressupõe a possibilidade de definições múltiplas, extraídas do uso ou criadas pelo autor, entre as quais é indispensável fazer uma escolha. Mostram também que os termos correlacionados estão, por sua vez, em constante interação, não só com um conjunto de outros termos da mesma linguagem ou de outras linguagens que podem ser relacionados com o primeiro, mas também com o conjunto das outras definições possíveis do mesmo termo.²³⁹

Pelo cotejo entre os elementos essenciais da responsabilidade civil objetiva, determinados pelo argumento da definição, e as condutas e os procedimentos do banco, o apelante chega à conclusão desejada, qual seja: a de que não há elementos fundados na legislação para compelir o banco ao pagamento da indenização. Essa conclusão vem expressa nos parágrafos seguintes, abaixo transcritos:

Das considerações formuladas abstrai-se que não há ilícito imputável ao Banco Apelante, pois eventuais danos reclamados não podem ter como causa sua esfera de ação.

Para que surgisse o dever de indenizar eventual prejuízo, primordial seria o estabelecimento do nexo causal entre o alegado dano e a conduta do Banco e, ainda, a prova do procedimento ilícito deste, que nem de longe lograram os Apelados demonstrar.

Repisa-se que a inversão do ônus da prova não isenta os apelados da comprovação mínima do direito pleiteado. (ANEXO – A)

Ainda nas conclusões, no último parágrafo, é retomado o argumento visto na primeira seção argumentativa da peça, pelo qual cabe aos autores o ônus de provar os prejuízos causados pelo banco. Assim, reforçam o argumento anteriormente explorado, como pode ser visto com a expressão “repisa-se”, significando “trazer de novo”, “apresentar novamente”. No entanto, pode ocorrer de essa estratégia trazer prejuízos ao discurso por torná-lo longo e enfadonho com as repetições.

No parágrafo seguinte, o recorrente utiliza o argumento *ad personam*, retomando a tese segundo a qual os correntistas que seriam os verdadeiros culpados pela realização da transação e o banco a verdadeira vítima. Com esse argumento, ele

²³⁹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 242-243.

desqualifica as pessoas dos autores, consequentemente desqualificando seus argumentos, como pode ser visto na citação seguinte:

Ora, P. Julgadores, é muito simples vir a Juízo negar uma transação efetuada adequadamente mediante a utilização do próprio cartão e senha pessoais e exclusivos do correntista alegando ter sido vítima de fraude e requerer a responsabilização da Instituição Financeira sem qualquer comprovação fática!

Repisa-se que consoante fartamente demonstrado que os danos sofridos pelo apelado ocorreram exclusivamente em face de sua desídia, negligência e imprudência, o que por si só exclui a responsabilidade objetiva e subjetiva do prestador do serviço, aludidas nos arts. 14, §3º, I e II do CPC e 927, caput, e § 1º, do CC, e fulmina a pretensão indenizatória exarada pelos apelados, que não se desincumbiram do ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, CPDC), qual seja, a prática de ato ilícito por parte do Apelante. (ANEXO – A)

O apelante, ao qualificar a conduta dos clientes de procurar o judiciário como simples, já que não provaram nada do que alegaram, acaba mais do que refutando os argumentos dos autores, atinge as próprias pessoas, por colocar em questão a honestidade com que procuraram o judiciário.

Isso é reforçado pelo uso da ironia, figura de linguagem que visa a demonstrar o oposto daquilo que se afirmou, pois qualquer busca de direito perante o Poder Judiciário, a fim de solucionar uma contenda, não é de modo algum simples.

Ademais, o recorrente qualifica os clientes como desidiosos, negligentes e imprudentes, ferindo o *éthos* desses adversários, os quais, em razão de sentença favorável, chegam aos julgadores de segunda instância, em certa medida, com um *éthos* positivo, assim, a intenção do apelante é também de desconstrução dessa imagem.

A essa altura da apelação, esse argumento serve bem aos propósitos do recorrente, que já lança vários argumentos na peça, estando cada vez mais escassa a apresentação de novas teses e conteúdos contrários, tendo de partir, então, para aqueles que atingem também aspectos do próprio adversário e não só de seus argumentos.

Neste mister, restando patente a ausência de comprovação do nexo casual e da conduta ilícita do Apelante, não há que se falar em dever de reparação por responsabilidade civil. (ANEXO – A)

A terceira seção argumentativa versa sobre a matéria de direito acerca dos danos materiais e morais. No primeiro parágrafo, são retomadas as definições feitas na seção anterior sobre responsabilidade objetiva, indicando o caminho pelo qual serão trilhados os argumentos nesta seção.

DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS

Indispensável à responsabilidade objetiva, para fins de indenização por ato ilícito, a ação ou omissão voluntária, bem como, negligência ou imprudência, além do nexo de causalidade. (ANEXO – A)

Nos parágrafos que se seguem, o apelante passa a atacar a decisão do magistrado, usando, no entanto, os mesmos fatos já tecidos anteriormente, quais sejam: de que a culpa foi exclusivamente dos clientes, ou de terceiro, por isso, a sentença é absurda, não pauta-se nas provas dos autos e se afasta da realidade. Há, assim, repetição do que já foi falado, sendo que mais adiante será novamente retomado. Antes de propiciar efeito persuasório no auditório, o excesso de repetição torna, no mais das vezes, o discurso longo e repetitivo.

No caso em epigrafe entendeu por bem o MM Juiz “a quo” deferir o pedido de indenização por danos materiais e morais, abusivamente pleiteados pelos Apelados, sem quaisquer fundamentos fáticos e de direito.

Em nenhum momento restou comprovado que o Apelante deu causa aos prejuízos alegados, pelo contrário, sendo certo que os danos ocorreram por culpa exclusiva dos Apelados que permitiram que terceiro tivesse acesso ao cartão e senha pessoal e exclusiva da conta utilizada para efetivação da transação. (ANEXO – A)

Entender que a repetição demasiada pode levar ao convencimento é incorrer no *argumentum ad nauseam*,²⁴⁰ consistente numa falácia, pelo qual se afirma tanto algo até que o auditório esteja cansado de ouvir. Em algumas passagens, a apelação sob análise parece tentar persuadir os julgadores mais pelo cansaço da repetição do argumento do que pela sua força.

²⁴⁰ CARNIELLI, Walter A.; EPSTEIN, Richard L. *Pensamento crítico: o poder da lógica e da argumentação*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 348.

No parágrafo seguinte, o apelante introduz nova linha argumentativa, segundo a qual os valores teriam sido transferidos para conta de terceiro, cabendo aos autores cobrar diretamente de tal pessoa o montante indevidamente apropriado. Essa nova abordagem, com o intuito de eximir-se da responsabilidade pela guarda do dinheiro dos clientes, gera certa incoerência no discurso como um todo, uma vez que traz como premissa a existência de um estelionatário, o que não é admitido em outras passagens do texto.

Ora, r. Magistrados, se os valores foram transferidos para a conta de terceiro, os Apelados deverão cobrar deste terceiro os valores apropriados indevidamente pelo que não pode esta Instituição Financeira ser compelida a restituir os referidos valores, que, reitera-se, NÃO ESTÃO EM SEU PODER!

SALIENTA-SE QUE O BANCO APELANTE SOLICITOU QUE O R. MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU EMITISSE OFÍCIOS À C.E.F. A FIM DE QUE INFORMASSE OS DADOS DA CONTA PARA QUAL FOI TRANSFERIDA A TED SENDO QUE O MESMO SEQUER FOI APRECIADO O QUE DESDE JÁ , IMPUGNA! (ANEXO – A)

Os fragmentos citados adiante são destinados à retomada dos argumentos lançados na segunda seção argumentativa do discurso. Cumprem a função de preparar o auditório para os argumentos da próxima seção, ainda essencialmente argumentativa, que recairão na tese do valor da indenização, como visto nos parágrafos abaixo descritos.

Ademais, restou mais que comprovado que Banco agiu estritamente dentro das normas do BACEN, tomando todas as preocupações antes da efetivação da TED, sendo certo que a mesma será faturada, foi concretizada após a apresentação do cartão da conta e digitação correta da senha previamente cadastrada por aquele pelo correntista, no caso, A. A. F. N., sendo que somente este deve ser responsabilizado por sua flagrante desídia.

Resta, neste mister, claramente aplicável à hipótese o ter do artigo 14, § 3º, I e II do CDC, que afasta a responsabilidade do fornecedor de serviços de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Evidente que a pretensão a indenização por danos morais dos Apelados, em quantias TÃO EXORBITANTES, deflagra única e exclusivamente o interesse em auferir renda sentença ser integralmente Reformada para afastar a condenação por danos morais e materiais por ser justo e de Direito. (ANEXO – A)

Na quarta seção da parte argumentativa do discurso, o recorrente argumenta no sentido de que o valor pleiteado a título de indenização, bem como o valor

concedido pela sentença, são exorbitantes se comparados aos danos supostamente sofridos. Essa parte do discurso admite, ainda que implicitamente, a possibilidade de condenação do banco, já que o conteúdo dos argumentos versa sobre o *quantum* indenizatório, em caso de se manter a condenação.

DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

Em primeiro lugar, temos que as alegações que foram carreadas aos autos não demonstram cabalmente que houve ofensa à moral dos Apelados, e muito menos, que os dissabores experimentados foram causados pelo Banco Apelante e justificam os valores fixados em sentença, pelo que esta certo o Apelante que Vossas Excelências irão rechaçar a condenação fixada em sentença.

Entretanto, apenas por hipótese, imperioso trazer à baila que à luz do que reza o **artigo 944 do Código Civil Pátrio**, a indenização, quando fixada, deve ser pautada na extensão do dano, o que, data maxima venia, não ocorreu nos autos.

Não obstante a flagrante negligencia e imprudência do Apelado ao permitir que terceiro tivesse acesso a seu cartão e senha, o r. Magistardo “a quo” entendeu por bem ainda condenar o Apelante a indenizá-lo pelos danos morais no valor absurdo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). (ANEXO – A)

A tese da inversão do ônus da prova é usada novamente nesse trecho. No entanto, a argumentação mostra-se rasa, já que se limita em indicar a incompatibilidade entre as provas dos autos e as alegações dos clientes.

No último parágrafo acima transcrito, novamente o argumento *ad personam* é utilizado, com o mesmo objetivo de desqualificar o próprio apelado, por consequência, seus argumentos. Apenas a conclusão é diferente, já que nesse caso as críticas estão direcionadas ao valor concedido pelo juiz a título de indenização, o qual, para o apelante, diante das teses presentes nos argumentos anteriores, mostra-se “absurdo”.

Por fim, o apelante utiliza duas técnicas argumentativas, quais sejam, o argumento de autoridade e o argumento pelo modelo, conforme se depreende do excerto abaixo:

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já tem por sedimentado o entendimento de que os danos morais devem ser arbitrados de forma moderada, de modo a não ensejar enriquecimento sem causa. (ANEXO – A)

O argumento de autoridade reforça a tese sustentada pela apelante de que a quantia deve ser arbitrada tendo em vista um parâmetro razoável, já que se baseia numa opinião “sedimentada” pelo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, opinião consolidada pelo tribunal superior do país, reconhecidamente de grande autoridade e prestígio. Cria-se, assim, uma oposição entre o argumento que goza de autoridade e o argumento da sentença recorrida, a qual, segundo a apelante, não seguiu os critérios de razoabilidade. Sobre a importância do argumento de autoridade para a argumentação jurídica Perelman e Tyteca²⁴¹ explicam que:

[...] a busca da justiça, a manutenção de uma ordem eqüitativa, da confiança social, não podem deixar de lado as considerações fundamentais na existência de uma tradição jurídica, a qual se manifesta tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Para atestar a existência de semelhante tradição, o recurso ao argumento de autoridade é inevitável.

Invocar a autoridade de um tribunal superior para combater decisão de um magistrado de primeira instância, em certa medida, é mostrar que este possui menos autoridade sobre o assunto, devendo, pois, ser reformada a sua decisão para que passe a coadunar-se com o que é proferido por aquele que possui mais autoridade.

Por seu turno, o argumento pelo modelo tem a função de estimular em auditórios específicos a utilização de determinado modelo. Mas, Perelman adverte que: “[...] não é qualquer acção que é digna de ser imitada: só se imitam aqueles que se admiram, que têm autoridade, prestígio social, devidos à sua competência, às suas funções ou ao extracto social a que pertencem.”²⁴²

Assim, ao apresentar aos magistrados a posição “sedimentada” de que o valor da condenação deve ser pautado pela razoabilidade, com a consequente diminuição do valor ao qual o banco foi condenado, pretende-se que os julgadores tomem-no como modelo e reformem a decisão.

²⁴¹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 349.

²⁴² PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 123.

Ademais, além das técnicas argumentativas usadas pelo apelante ao longo do discurso, empregaram-se outros recursos gráficos para amplificar e enfatizar certos argumentos, considerados pelo apelante de maior relevância para a persuasão dos julgadores. Foram usados, então, parágrafos inteiros escritos com letra maiúscula e em negrito, outros grifados e em negrito, outros apenas em negrito, outros apenas grifados, outros apenas em maiúscula e até mesmo argumento separado do resto do texto por tabela.

No entanto, muitas passagens foram ressaltadas, fazendo com que o efeito de amplificação fosse banalizado, como se tudo que houvesse no discurso fosse importante, misturando, assim, os argumentos mais fortes com outros de menor importância ou repetidos. No mais, parece não existir coerência nem na escolha dos recursos gráficos, tampouco na metodologia de sua utilização, deixando o texto esteticamente pouco organizado.

Além disso, outro recurso muito utilizado pelo apelante consiste no uso de anáforas durante todo o discurso. As expressões “Repisa-se”, “Salienta-se”, “Frisa-se” e “Imperioso trazer” são empregadas diversas vezes no início de períodos distintos, com a intenção de reforçar os argumentos que são lançados. O próprio significado desses termos carrega a ideia de repetição, e quando introduzidos no texto pelo recurso linguístico da anáfora ganham mais expressividade, intensificando a presença dos argumentos na consciência do auditório.

Por fim, a última seção do recurso analisado consiste na conclusão, ou seja, a *peroratio*. Nesse momento, o apelante requer que o recurso seja conhecido e provido, isto é, que seja recepcionado em razão de preencher os requisitos de admissibilidade, conforme objetivamente comprovado, e que seja acolhida no mérito, conforme os argumentos expostos, sendo totalmente reformada a sentença de primeira instância.

No parágrafo, seguinte, no entanto, subsidiariamente, é pedido para que o *quantum* da indenização seja diminuído, caso os julgadores entendam pela culpabilidade do banco. O pedido subsidiário constitui prática comum no âmbito forense e, por si só, não desqualifica o potencial argumentativo do pedido principal.

No segundo parágrafo da conclusão, a parte recorrente apela para o *páthos*, a fim de despertar o sentimento de justiça dos magistrados, ao clamar pela aplicação do princípio da razoabilidade a fim de que a justiça fosse feita. Para cumprir essa função, encerra-se a peça com a expressão “por ser medida de direito e **Justiça!**”.

A essa parte seguem elementos comuns e necessários de uma peça judicial, quais sejam, o local, a data e as assinaturas.

12.3 TABELAS DE INCIDÊNCIA DOS RECURSOS RETÓRICOS

TABELA 1- PARTES DO DISCURSO

<i>DISPOSITIO</i>	PÁGINA	PARÁGRAFO
Exórdio (apresentação)	1	1-7
Exórdio (benevolência)	2	8-10
Narração	2-3	11-16
Argumentação	3-12	17-83
<i>Peroratio</i>	13	85-88

TABELA 2 - PROVAS ARTÍSTICAS DO DISCURSO

TIPOS DE PROVAS	PÁGINA	PARÁGRAFO
<i>Lógos</i>	1	4
<i>Éthos</i> discursivo culto	1-13	1-90
Depreciação do <i>éthos</i>	1-8	3, 15, 24, 33, 38, 43, 47, 78
Proteção do <i>éthos</i>	3	17
<i>Éthos</i> de confiabilidade	3	21-23
<i>Anti-éthos</i> (dos cliente)	3-4	22-25
<i>Éthos</i> negativo (dos clientes)	9	63-65
<i>Páthos</i>	13	87

TABELA 3 - TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS

ARGUMENTO	PÁGINA	PARÁGRAFO
Da polidez	2	15
<i>Ad personam</i>	3	17
Da incompatibilidade	3	19-20
Pragmático	3	21-22
Da incompatibilidade	3	23
Do ridículo	4	25
<i>Ad hominem</i>	4	26
<i>A pari</i>	4	26
Do desperdício	4	27
Da incompatibilidade	4	27
De autoridade	4	28
Pragmático	4	29
Do ridículo	5	32-33
Do desperdício	5-6	35
Pragmático	6	36
<i>Ad hominem</i>	6	35
<i>Ad personam</i>	6	36
Da incompatibilidade	6	38
Da incompatibilidade	6	38
Da incompatibilidade	6	39
Da definição	7	42-43
Da definição	7	44
De incompatibilidade	7	45
Da retorsão	7	45
Do desperdício	7	45

Do dilema	7	37-45
Da comparação	7	46
Da retorsão	7	46
Do exemplo	7-8	47-50
Da definição	8	51-57
<i>Ad personam</i>	9	63-64
Da definição	10	66-67
<i>Ad personam</i>	11	75-78
Da incompatibilidade	11	75-78
De autoridade	11	79
Pelo modelo	11	79

TABELA 4 - FIGURAS DE LINGUAGEM

FIGURA	PÁGINA	PARÁGRAFO
Amplificação	2	10
Eufemismo	3	17
Hipérbole	3	23
Anáfora	3-4	24-25
Hipérbole	4	27
Eufemismo	5-6	35
Hipérbole	6	36
Hipérbole	6	38
Polissíndeto	7	42
Anadiplose	7	42
Repetição	7	42
Hipérbole	7	46
Ironia	9	63-64
Anáfora	13	86

CAPÍTULO 13. AGRAVO DE INSTRUMENTO

13.1 TRANSCRIÇÃO

PÁGINA 1

1 EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2 VALDENEI FIGUEIREDO ORFÃO, brasileiro, divorciado, advogado, em causa própria, inscrito na OAB-SP sob o nº 41.732 e no CPF sob o nº 659.404.408-78, com escritório em São Paulo – SP na Rua José de Camargo, nº 113, CEP 04139-010, telefone (11) 5071-0094, onde receberá as intimações, vem, com fundamento nos artigos 522, 524 e seguintes do Código de Processo Civil, interpor

3 AGRAVO DE INSTRUMENTO

4 contra a r. decisão a fls. 150, disponibilizada no Diário Oficial de 16.2.2011, proferida pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA CAPITAL, nos autos da ação de cobrança de honorários advocatícios proposta contra POLIPOLYMER COMERCIAL

LTDA., processo nº 05.006614-0, a qual rejeitou a impugnação apresentada pelo agravante e, ainda o condenou no pagamento de honorários advocatícios de 10%.

5 Instruiu o presente agravo com cópias, que declara autênticas, das peças obrigatórias e necessárias constantes do processo, consoante relação ao final.

6 A agravada está representada pelos advogados Dr. Nelson Alberto Carmona e Dr. Adilson Santana, inscritos na OAB-SP sob os nº 92.621 e 30.156, respectivamente, ambos na Alameda Barros, nº 101, sala 21, bairro Santa Cecília, em São Paulo - SP.

7 Requer a juntada do incluso comprovante de pagamento da taxa judiciária, bem como da guia do porte de retorno.

PÁGINA 2

8 DA IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO
DO PRESENTE AGRAVO EM RETIDO

9 Trata-se de decisão que resolveu a impugnação apresentada pelo agravante, rejeitando-a, sem extinguir a execução.

10 Na forma do art. 475-M, §3º, do Código de Processo Civil, “A *decisão que resolver impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação*”. Portanto, não há possibilidade, evidentemente, da conversão deste recurso em agravo retido.

11

DOS FATOS

12 1 – Trata-se de ação objetivando a cobrança de honorários
advocatícios no valor de R\$12.993,30.

13 2 – A ação foi julgada improcedente, tendo o agravante sido
condenado a pagar custas e honorários advocatícios de sucumbência,
fixados em R\$1.000,00.

14 3 – Em fase de cumprimento de sentença, a agravada requereu
intimação do agravante para efetuar o pagamento das verbas de
condenação, no valor de R\$1.063,90.

15 4 – Para cumprir sua obrigação, o agravante ofereceu à penhora
crédito (dinheiro) de R\$1.980,88, decorrente de honorários advocatícios de
ação patrocinada em nome da própria agravada (fls. 108/120).

16 5 – A agravada manifestou-se a fls. 122/128 impugnando o crédito
oferecido pelo agravante requerendo, ao final, a penhora *on line*, via Bacen-
Jud, da quantia de R\$1.459,58, já acrescidas da multa de 10% prevista no
art. 475-J do CPC.

17 6 – Conforme se verifica a fls. 135/136, houve penhora parcial do
crédito exequendo; o agravante ofereceu impugnação à penhora sob o
fundamento de excesso de execução e, também, em razão de a obrigação
estar extinta por força da compensação. Declarou, ainda, que o valor correto
da execução é de R\$1.095,77.

18 7 – O MM. Juízo *a quo* rejeitou a impugnação do agravante (fls.
150):

19 “Reitero decisão de fls. 130. Não se trata de compensação, posto
que o devedor dos honorários oferecidos em garantia é terceiro,

que sucumbiu na ação patrocinada pelo executado em favor da exequente, segundo consta.

Determino a transferência do valor bloqueado para conta à disposição do juízo e posterior expedição de mandado de levantamento em favor do advogado da exequente, visto que se trata de verba de sucumbência.

No tocante aos juros, são devidos a partir do trânsito em julgado, oportunidade em que teve início a mora. Portanto, correto o cálculo apresentando pelo exequente.

Correta a utilização do índice de junho de 2008, pois nesse mês que a sentença foi proferida.

PÁGINA 3

20 *Diante do exposto, REJEITO a impugnação apresentada. Deixo de condenar as partes nas penas da litigância de má-fé, uma vez que ausentes os pressupostos dos arts. 17 e 600, do CPC.*

Requisitem-se informações via sistema Infojud e quanto ao DETRAN, pode ser diligenciado diretamente pelo interessado.

Por fim, fixo os honorários para fase de cumprimento de sentença em 10% do valor devido.

Ciência ao Ministério Público.

l.”

21 8 – *Data venia*, merece reforma a r. decisão agravada, como se
demonstrará.

22 DO DIREITO

23 DA VIOLAÇÃO AO ART. 2º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

24 9 – O MM. Juízo *a quo* rejeitou a impugnação sob o fundamento de que “*Não se trata de compensação, posto que o devedor dos honorários advocatícios oferecidas em garantia é terceiro*”.

25 10 – *Data venia*, a agravada, em momento algum, alegou que os honorários advocatícios oferecidos pelo agravante são devidos por terceiro; a r. decisão agravada fere o princípio “*ne procedat iudex ex officio*”.

26 11 – O aludido princípio está insculpido no art. 2º do Código de
Processo Civil, que dispõe:

27 “Nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.”

28 12 – Ora, a agravante não aduziu que a compensação não poderia ser efetivada em razão de o débito ser, supostamente, de terceiro. Note-se que a agravada apenas afirmou que o crédito oferecido à penhora é impenhorável.

29 13 – Assim, *data* venia, não poderia ter o MM. Juízo *a quo*, de
ofício, decidir que não se aplica ao caso a compensação com base em
premissa sequer invocada pela agravada.

30 14 – O C. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido
de que a questão referente à compensação não é matéria de ordem pública

e, evidentemente, não pode ser conhecida de ofício:

31 DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RITO SUMÁRIO. DEFESA DO RÉU. PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA E CONTESTAÇÃO. APRESENTAÇÃO CONCOMITANTE. NECESSIDADE. REQUISITO NÃO ATENDIDO. RÉU CONSIDERADO REVEL. DIREITO CIVIL. COMPENSAÇÃO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. No procedimento sumário, vige o princípio da concentração dos atos processuais. A exceção de incompetência e a contestação devem ser oferecidos concomitantemente, não sendo possível, como na hipótese dos autos, a apresentação da exceção de foro e, posteriormente à aludida audiência, o oferecimento de peça contestativa.

PÁGINA 4

32 2. A ausência de contestação na audiência de conciliação do procedimento sumário acarreta, inequivocamente, a revelia do réu.

3. O exercício do direito à compensação gravita na esfera dispositiva do seu detentor. O reclamar crédito é ato voluntário que pode ser executado, segundo a conveniência de seu titular, no tempo que o considerar mais aprazível, sendo impossível o seu exercício compulsório.

4. A alegação do direito de crédito a compensar, como realizada na

hipótese dos autos, se insere no conceito de defesa substantiva ou defesa de mérito, motivo pelo qual o seu reconhecimento pelo órgão julgante demanda provocação, não se admitindo, portanto seu reconhecimento ex officio, sob pena de malferir o princípio da demanda.

5. Destarte, ocorrendo os efeitos da revelia, em face da ausência de contestação, não é possível se reconhecer o direito à compensação, como reclamado na hipótese em tela.

6. Recurso especial improvido.

(STJ; RESP 657002-SP, 3ª Turma: Min. Relator Vasco Della Giustina; julgado 11.5.10; Dje: 24.5.10) (destaques do agravante) .

33 DA POSSIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO E DA MÁ-FÉ DA AGRAVADA

34 15 – No caso em tela, o agravante ofereceu à penhora (fls. 108) parte do crédito de R\$1.980,00, decorrente de honorários advocatícios de ação patrocinada em nome da própria agravada, quando era seu advogado, conforme documentos comprobatórios desse crédito a fls. 109/120.

35 16 – Como dispõe o art. 368 do Código Civil “*Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.*”

36 17 – Portanto, o crédito oferecido à penhora pelo agravante tem fundamento legal, não podendo ser recusado pelo agravado.

37 18 – Maliciosamente, a agravada alegou a fls. 122/127 que o crédito oferecido à penhora viola ordem legal de preferência na penhora, *data venia*, essa alegação é absurda e não possui fundamento jurídico, haja vista que o inciso I do art. 655 do CPC prevê dinheiro como preferência na penhora e, logicamente, o crédito do agravante junto à agravada é DINHEIRO.

38 19 – A agravada agiu com má-fé nestes autos, haja vista que afirmou desconhecer o crédito do agravante junto a ela, em valor maior. Não reconhecer a exigibilidade do referido crédito e o trânsito em julgado da decisão judicial de que decorreu significa deslealdade e má-fé, defesa ciente de ser destituída de fundamento, contra fato incontroverso, sendo mesmo incidente manifestamente infundado. Se representa a massa falida da agravada, tem obrigação legal de conhecer não apenas seus créditos, mas também seus débitos!

39 20 – Como já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça (REsp 829.583 – citado por Theotonio Negrão e outros – Código de Processo Civil e leg. proc. em vigor, 42ª Ed., Saraiva, em nota ao art. 655 do CPC), é perfeitamente válida a compensação feita pelo agravante:

PÁGINA 5

40 *“Embora a lei não trate expressamente da penhora de mão própria, consistente na possibilidade de a constrição recair sobre crédito que o executado possui frente ao próximo exequente, tal modalidade de penhora encontra viabilidade na dicção do art. 671, II, do CPC, apenas com a peculiaridade de que o terceiro devedor, nesta hipótese, é o próprio exequente. A penhora de mão própria só é possível se ambos os créditos forem certos, líquidos e exigíveis, hipótese em que, mais do que a garantia do juízo, haverá a compensação ope legis, até o limite do crédito do executado frente ao exequente. Considerando que o crédito objeto da penhora de mão própria terá como resultado final sua compensação automática com o débito em execução, não como deixar de incluí-lo em primeiro lugar, juntamente com o depósito em dinheiro na ordem de*

gradação do art. 655 do CPC, visto que esta segue o critério da liquidez, isto é, da maior facilidade de o bem ser utilizado para quitação da dívida” (STJ-3ª T., REsp. 829.583, Min. Nancy Andrighi, j. Dj. 30.9.09).

41 21 – Como se verifica, o próprio C. Superior Tribunal de Justiça reconhece que o crédito do executado perante seu credor é dinheiro, e se situa em primeiro lugar na lista do art. 655 do Código de Processo Civil.

42 22 – De todas as absurdas e desleais alegações da agravada, a maior reside na sua pretensão de impedir que o agravante disponha livremente de seus bens.

43 23 – Assim é que, a fls. 125/126, quis proibir o agravante de utilizar o crédito, em dinheiro, que possui junto a ela própria para quitar o débito decorrente deste processo, na modalidade de compensação, afirmando ser esse crédito impenhorável. Essa afirmação demonstra ainda total desconhecimento, quicá proposital, da jurisprudência que trata do oferecimento de bens impenhoráveis pelo próprio titular do direito, uma vez que é válida a indicação à penhora, pelo devedor, de bens que a lei considera impenhoráveis em seu exclusivo interesse.

44 24 – É o próprio C. Superior Tribunal de Justiça que já decidiu esta questão, como anota o mesmo autor (na mesma obra), ao art. 655 do CPC:

45 *“Em se tratando de bem absolutamente impenhorável, por força do art. 649 do CPC, o seu oferecimento à penhora, pelo devedor, acarreta renúncia do direito de impenhorabilidade” (STJ – 2ª Seção, REsp 470.935, Min. Nancy Andrighi, j. 10.12.03, DJU 1.3.04). No mesmo sentido: STJ-3ª T.: RJ 314/92 e RSTJ 180/356, dois votos vencidos; JTAERGS 83/180.*

46 25 – Verifica-se, pois, a deslealdade processual e má-fé da

agravada, fingindo desconhecer o crédito que o agravante possui junto a ela. chegando ao cúmulo de taxá-lo de “supostamente idôneo”, como se não existissem e de nada valessem a sentença, o acórdão e demais peças processuais a fls. 109/120.

47 26 – Faz ele de conta que não sabe que tramitou o processo 99.880670-6 perante a MM. 30ª Vara Cível desse Foro Central, na qual foi a parte autora; finge desconhecer o crédito – de maior valor – do agravante junto a ela; e assim age, mesmo após ter ciência expressa dessas peças processuais (r. despacho publicado em 12.5.2010).

PÁGINA 6

27 – Chamar de “duvidosa idoneidade” (fls. 123) a sentença e o acórdão é, sem dúvida, desprezo total para com as decisões do Judiciário!

49 28 – Se agisse de boa-fé – mormente porque tem o dever legal de administrar a massa falida e, por isto mesmo, o dever de conhecer os créditos e débitos dela -, sequer deveria executar o valor desta ação – afinal, o crédito do agravante, líquido e certo, supera o que deve à agravada!

50 DO EXCESSO DE EXECUÇÃO

51 29 – A r. sentença condenou o agravante no pagamento de honorários advocatícios no importe de R\$1.000.00.

30 – A agravada apresentou os cálculos no valor de R\$1.326,89 (fls. 128), com correção monetária e juros de 1% ao mês.

53 31 – Não há incidência de juros: a r. sentença nada dispôs a esse

respeito.

54 32 – O objeto da execução é exclusivamente de verba honorária sucumbencial, sobre a qual não incidem juros, pela própria natureza da verba condenatória.

55 33 – No entanto, a r. decisão agravada decidiu que, “*No tocante aos juros, são devidos a partir do trânsito em julgado, oportunidade em que teve início a mora. Portanto, correto o cálculo apresentado pelo exequente.*”

56 34 – Esse E. Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de não ser possível a incidência de juros de mora sobre honorários advocatícios:

57 *Apelação Cível – Ação Ordinária – Possibilidade de determinar à Administração Pública o fornecimento de medicamento prescrito por Médico – Incidência dos juros de mora sobre os honorários – Impossibilidade – Apelo provido em parte.*

...

Com relação aos juros de mora, acredito que devem ser eles afastados, pois creio não incidir a verba honorária.

(TJ-SP; Apelação nº 726.672/8-00; Des. Relator Almeida Sampaio; julgado 9.4.08; publicado: 5.5.08)

58 35 – No mesmo sentido:

59 “*Cumprimento de sentença - Sucumbência - Juros de mora sobre honorários advocatícios. Impossibilidade - Não há mora a justificar a inclusão - Verba fixada em percentual sobre o valor da causa atualizado desde a data da distribuição da ação - Cálculos corretos - Recurso improvido.*

A questão a ser dirimida é se há, ou não, inclusão de juros de mora na espécie, que não foram expressamente referidos na sentença

que ora se cumpre.

Embora o art. 293, do Código de Processo Civil determine que os juros de mora entendem-se compreendidos no principal, o caso em análise é diverso. A ação foi julgada improcedente e a condenação inclui apenas a sucumbência,

PÁGINA 7

que foi fixada em percentual incidente sobre o valor dado à causa devidamente atualizado.

Não há que se falar, portanto, em juros de mora incluídos no pedido principal, que era o de condenar o Agravante a pagar ao Agravado indenização por dano moral, e que foi afastado pela sentença.

A condenação in casu decorre da sucumbência, consoante previsão do art. 20 do Código de Processo Civil, que só ocorre no momento da sentença, de forma que não há que se falar em mora do vencido a justificar a inclusão dos juros.

(TJ-SP; AI nº 615.792-4/7-00; Des. Relator Luiz Antonio Costa; julgado: 4.2.09; Dje: 13.2.09) (destaques do agravante)

60 36 – Portanto, ao contrário da r. decisão agravada, *data venia*, não há que se falar em juros de mora incidentes sobre honorários advocatícios, motivo pelo qual impõe-se sua reforma.

61 37 – Em suma:

62 a) o MM. Juízo *a quo* não pode, de ofício, decidir que não se aplica ao caso a compensação com base em premissa

sequer invocada pela agravada, uma vez que essa matéria não é de ordem pública;

- 63 b) é perfeitamente legal o oferecimento de seu crédito de honorários advocatícios, na modalidade da compensação, para extinguir seu débito junto à agravada, como disposto expressamente no art. 368 do Código Civil;
- 64 c) o crédito é representado por dinheiro, obedecendo assim a ordem prevista no art. 655, I, do Código de Processo Civil;
- 65 d) esse crédito é da mesma natureza do que a agravada está executando;
- 66 e) a compensação, como causa extintiva da obrigação, está prevista como fundamento da impugnação (CPC – art. 475-L, VI);
- 67 f) a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é tranqüila quanto a ser possível oferecer crédito do devedor a seu credor, para a extinção da obrigação, classificando-o em primeiro lugar na gradação do art. 655 do CPC;
- 68 g) a agravada tem o dever legal de saber que o agravante é seu credor; e mesmo que desconhecesse esse fato, não pode chamar de “duvidosa idoneidade” a sentença, o acórdão e demais peças processuais comprobatórias do crédito do agravante;
- 69 h) há excesso de execução, porque a agravada incluiu juros de mora (20%) em seus cálculos, o que não está de acordo com a r. sentença (fls. 94), que só previu correção monetária, e também com a jurisprudência pacífica desse E. Tribunal;

- 70 i) há excesso de execução, porque a agravada usou índice inicial dos seus cálculos (fls. 128) o de junho/2008, sendo correto pp de julho/2008 (39,025474) – não pode haver correção a partir de junho/2008, porque a data da sentença é de 30 de junho de 2008 (último dia do mês) e, em seus exatos termos, “*correção monetária a partir da presente data*”.

PÁGINA 8

- 71 Do Pedido De Antecipação dos Efeitos da Tutela Recursal
- 72 38 – Tendo em vista que já houve bloqueio de contas bancárias do agravante e a fim de se evitar novas constrições judiciais de seus bens, pede a atribuição de efeito suspensivo, na forma do art. 527, III, do CPC.
- 73 39 – Note-se que o autor está na iminência de sofrer dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que a agravada requereu a fls. 141, evidentemente para fins de expropriação, a expedição de ofício ao DETRAN e à Receita Federal do Brasil, a fim de que informem a existência de bens em nome do agravante.
- 74 40 – Ressalta-se que a própria r. decisão agravada já determinou a requisição das referidas informações através do sistema INFOJUD e, que ao DETRAN, cientificou a agravada de que esta pode diligenciar diretamente em busca de informações, sem necessidade da expedição de ofício.
- 75 41 – Demonstrados, assim, os requisitos para a sua concessão, requer a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso.

76

DO PEDIDO

77

Requer o provimento do presente agravo a fim de reformar a r. decisão agravada, para os seguintes fins:

78

a) acolher a impugnação apresentada pelo agravante, extinguindo-se a obrigação em razão da compensação, considerando que o crédito oferecido à agravada é dinheiro e, na forma do art. 655 do CPC, tem preferência na penhora, invertendo-se, conseqüentemente, os ônus de sucumbência;

79

b) cancelar as penhoras feitas *on line*, pelo convênio Bacen-Jud, comunicando os bancos correspondentes para a imediata suspensão dos bloqueios realizados;

80

b) condenar a agravada nas penas máximas de litigância de má-fé por fingir desconhecer a exigibilidade do crédito oferecido em penhora; por não reconhecer sentença, acórdão e o trânsito julgado da decisão judicial que originou o crédito objeto da compensação; por apresentar manifestação ciente de ser destituída de fundamento, contra fato incontroverso; por ter obrigação legal de conhecer os débitos da massa falida que representa, e por cobrar valor de juros inexistentes no título judicial que executou.

81

c) subsidiariamente, se não acolhida a impugnação do agravante, que seja determinada a exclusão dos juros de mora dos cálculos feitos pela agravada, uma vez que estes não incidem sobre honorários advocatícios, consoante jurisprudência sedimentada desse E. Tribunal.

82

São Paulo, 28 de fevereiro de 2.011

83

Valdenei Figueiredo Orfão

OAB/SP 41.732

Maurício de Farias Castro

13.2 ANÁLISE

O recurso analisado é um agravo de instrumento cuja interposição foi feita por advogado com mais de trinta e seis anos de experiência na profissão, no presente caso atuando em causa própria, para o fim de reverter decisão interlocutória, ou seja, aquela que resolve questão incidental surgida no curso do processo, *in casu* proferida em fase de cumprimento de sentença pelo juízo de primeira instância.

O agravante, advogando em causa própria, propôs ação de cobrança de honorários advocatícios, no valor de R\$12.993,30, contra a agravada POLIPOLYMER COMERCIAL LTDA. A ação foi processada e julgada improcedente, sucumbindo o agravante quanto aos seus pedidos, sendo, pois, condenado ao pagamento de custas e honorários de sucumbência no importe de R\$1.000,00.

Na fase de cumprimento de sentença, a agravada apresentou cálculos atualizados e requereu a intimação do agravante para efetuar o pagamento no valor de R\$1.063,90. A fim de saldar o débito, o agravante ofereceu compensação entre um crédito que possuía junto à agravada na quantia de R\$1.980,88.

A agravada, no entanto, impugnou o pedido de compensação e requereu a penhora *on line* da quantia de R\$1.459,58, correspondente à condenação, acrescida de juros e multa. Atendendo a esse pedido, houve penhora parcial do crédito do agravante, o qual, por sua vez, impugnou a penhora entendendo haver excesso de execução, apontando como valor correto a quantia de R\$1.095,77 e reiterando a extinção da obrigação por força da compensação.

No entanto, o juízo *a quo* rejeitou a impugnação do agravante, por não caber, segundo seu entendimento, compensação ao caso *sub judice*, bem como considerou correta a aplicação dos juros e determinou o pagamento de honorários em dez por cento sobre o valor da causa para o cumprimento de sentença. Contra

essa decisão o agravante interpôs agravo de instrumento, ora analisado em sua perspectiva argumentativa.

Como já mencionado, é importante notar que a peça foi redigida por profissional habilitado há mais de trinta e seis anos para o exercício da advocacia e versa sobre matéria corriqueira no âmbito forense, consistente na discussão de honorário advocatício em razão da sucumbência, cuja importância é reconhecida legalmente, como demonstra Humberto Theodor Júnior.²⁴³

Ainda que não haja pedido expresso ao vencedor é devido o ressarcimento dos honorários de seu advogado. E, mesmo funcionando o advogado em causa própria, terá direito, se vencedor, à indenização de seus honorários.

É que o pagamento dessa verba não é o resultado de uma questão submetida ao juiz. Ao contrário, é uma obrigação legal, que decorre automaticamente da sucumbência, de sorte que nem mesmo ao juiz é permitido omitir-se frente a sua incidência.

O art. 20 [do Código de Processo Civil] é taxativo ao dispor, de forma imperativa, que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor os honorários advocatícios.

De tal sorte, essa condenação é parte integrante e essencial de toda sentença. E se, por lapso, o juiz deixar de se pronunciar a respeito, sempre será lícito à parte liquidar essa verba por arbitramento posterior para exigi-la do vencido.

Trata-se de matéria cotidiana do advogado, sendo-lhe, portanto, possível discorrer com maior segurança na construção de um discurso persuasivo. Em regra, a defesa de direitos pelo advogado é feita em favor de terceiros, isto é, recai sobre lide de outras pessoas. Mas, no caso, o litígio envolve direitos inerentes à própria carreira de advogado, fazendo com que autor e advogado confundam-se numa só pessoa, plenamente conhecedora dos fatos no estado em que originariamente ocorreram.

Ainda sobre a sua forma, o art. 524 do Código de Processo Civil dispõe que o agravo de instrumento deve ser interposto por meio de petição escrita, endereçada diretamente ao presidente do Tribunal responsável por decidir a matéria devolvida à sua apreciação. Deverá, ainda, conter a exposição do fato e do direito, as razões do

²⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral processual civil e processo de conhecimento*. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 106.

pedido da reforma da decisão e o nome e endereço completo dos advogados constantes no processo.

Também cabe ao agravante instruir o recurso com cópia da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado, sob pena de não ser nem mesmo conhecido o recurso, sendo permitido ao recorrente juntar outros documentos de igual importância para a comprovação dos fatos e direitos alegados.

Faculta-se ainda ao agravante promover a juntada de outras peças que entender *úteis, necessárias* ou *convenientes* à compreensão do litígio (CPC, art. 525, II). Como peças *úteis* ou *necessárias*, poder-se-ia cogitar da petição inicial (que serviria, inclusive, para fins de verificação da competência recursal do tribunal) e da contestação, que permitiriam ao órgão *ad quem* a compreensão da causa de pedir e dos fundamentos de defesa versados na lide. Além disso, na esteira das *peças facultativas*, poder-se-ia cogitar da apresentação de *documentos inéditos*, observada a exigência posterior *traslado* dos mesmos aos autos principais, por ocasião do cumprimento da exigência do art. 526 do CPC.²⁴⁴

Os documentos, portanto, são essenciais para o agravo de instrumento, uma vez que a interposição do recurso não é feita no órgão *a quo*, mas diretamente ao órgão *ad quem*, sendo, pois, processado fora dos autos da causa em que a decisão foi proferida. Os julgadores do agravo de instrumento, portanto, só terão acesso aos documentos que lhes forem encaminhados, e não a todo o teor do processo.

Além dessas imposições legais, o agravo de instrumento, como muitas outras peças processuais, adquiriu, com o passar dos anos, forma própria a ser observada em sua confecção. Assim, mesmo não prescrita em lei, as doutrinas de prática jurídica, bem como a praxe forense, esperam do manejador desse recurso o atendimento a determinados parâmetros de apresentação.

Primeiramente, cumpre dizer que os recursos, de modo geral, têm duas partes bem definidas quanto à forma, a primeira denominada “peça de interposição”, e a outra “razões recursais” para apelação, e “minuta” para agravo de instrumento. Isso porque os recursos antes de terem seus méritos apreciados, devem ser conhecidos,

²⁴⁴ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos e espécie. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.

devem ter seus pressupostos de admissibilidade analisados. Informações importantes como endereçamento, qualificação das partes, dos advogados, descrição dos documentos etc., vem exposta no início do recurso, na peça de interposição.

No agravo de instrumento, especificamente, a peça de interposição mostra-se especialmente importante, haja vista ser este recurso interposto diretamente ao Tribunal, endereçado ao presidente, formando novos autos, necessitando, assim, da qualificação completa das partes, dos seus advogados, da intitulação da peça, da referência ao juízo inferior no qual a ação tramita, a modalidade de ação, ciência de quais documentos serão juntados, declaração do advogado do agravante confirmando a autenticidade desses documentos, pedido para que o recurso seja recebido e processado, dentre outras informações preliminares para conhecimento do agravo.

Apenas depois de descritas essas informações, geralmente em nova lauda, inicia-se a exposição das razões recursais, amiúde designada “minuta de agravo de instrumento”, que consiste na parte argumentativa do recurso, em que haverá tanto a exposição da matéria de fato como a de direito, para persuadir os magistrados de segundo grau de que devem reformar da decisão proferida pelo juízo *a quo*.

No recurso ora analisado, o agravante não delimita, sob o ponto de vista da forma, o discurso em “peça de interposição” e “minuta de agravo de instrumento”, embora constem no texto as informações necessárias, não havendo demarcação, tampouco elementos linguísticos ou recursos gráficos que possam indicar e distinguir a interposição das razões.

Isso, além de causar estranheza ao auditório, pode prejudicar o agravante em sua defesa, porque demonstra certa inabilidade na confecção do recurso e desconhecimento da forma preconizada e valorizada por esse auditório específico de magistrados, já que é, juntamente com outros elementos argumentativos, um fator de persuasão, como explica Perelman e Tyteca²⁴⁵: “Se a argumentação é,

²⁴⁵ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 556.

essencialmente, adaptação ao auditório, a ordem dos argumentos de um discurso persuasivo deveria levar em conta todos os fatores suscetíveis de favorecer-lhes a acolhida pelos ouvintes.”

No entanto, tal desvio de forma, no caso concreto, não chega a prejudicar decisivamente a finalidade do discurso, uma vez que o recurso foi conhecido e julgado. Essa imprecisão formal parece ser compensada por outros elementos discursivos materiais, em especial o fato de os requisitos de admissibilidade estarem presentes, bem como o adequado manejo de determinadas técnicas argumentativas, como se verá adiante.

Quanto à ordem das questões tratadas na peça ora analisada, ou seja, a ordem em que os argumentos são desenvolvidos, ela segue a estrutura da *dispositio*, uma das quatro partes do sistema retórico proposto por Aristóteles²⁴⁶ para compor o discurso. A *dispositio* diz respeito à ordenação dos argumentos, como o discurso é organizado internamente, sendo subdividida em exórdio, narração, argumentação e peroração.

O exórdio prepara o auditório para recepcionar a matéria a ser proposta ao longo do discurso, despertando sua benevolência e atenção. No agravo de instrumento, essa função é cumprida pela peça de interposição, na medida em que o agravante apresenta seu inconformismo e requer ao presidente do Tribunal que seu recurso seja devidamente conhecido e julgado.

Na peça analisada, o exórdio ficou prejudicado em razão de o agravante não compor a peça de interposição separadamente das razões recursais. Apenas o endereçamento parece estabelecer proximidade entre os magistrados e o agravante. As partes seguintes, que comporiam a peça de interposição, misturam-se à narração dos fatos e à argumentação objetiva do agravante na defesa de sua tese.

²⁴⁶ ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, [s/d].

Perelman e Tyteca²⁴⁷ explicam que em determinadas situações o exórdio é indispensável para a persuasão do auditório, já que as condições prévias para a argumentação são por ele garantidas. Mas, os mesmos autores ressaltam que o exórdio “pode ser encurtado e até suprimido, quando essas condições prévias estão completamente asseguradas [...]”.

No agravo de instrumento analisado, o agravante deixa de valer-se do exórdio para compor diretamente sua narração e a argumentação, expondo todos os elementos necessários para que o recurso possa ser julgado. Com isso ele expõe as condições prévias mínimas para estabelecer contato com seu auditório.

São mínimas, porque o agravante perde a oportunidade de lançar elementos discursivos a inspirar a confiança de seu auditório, sobre a sua competência, imparcialidade, honestidade, sensatez. A ausência de exórdio, portanto, prejudica a construção do *éthos* discursivo do agravante, relevante para a persuasão do auditório. Reboul²⁴⁸ explica que “O *etos* é o caráter que o orador deve assumir para inspirar confiança no auditório, pois, sejam quais forem seus argumentos lógicos, eles nada obtêm sem confiança”.

As condições prévias do discurso do agravante são elaboradas, então, por um misto de narração e argumentação objetiva, presentes na primeira lauda e no primeiro parágrafo da segunda lauda. Primeiramente, são feitas a qualificação do agravante, a denominação da peça, e antes mesmo de qualificar a parte agravada, o recorrente faz breve resumo dos acontecimentos processuais a justificar a interposição do recurso:

VALDENEI FIGUEIREDO ORFÃO, brasileiro, divorciado, advogado, em causa própria, inscrito na OAB-SP sob o nº 41.732 e no CPF sob o nº 659.404.408-78, com escritório em São Paulo – SP na Rua José de Camargo, nº 113, CEP 04139-010, telefone (11) 5071-0094, onde receberá as intimações, vem, com fundamento nos artigos 522, 524 e seguintes do Código de Processo Civil, interpor

AGRAVO DE INSTRUMENTO

²⁴⁷ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 561.

²⁴⁸ REBOUL, Olivier. *Introdução à Retórica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti, São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 48.

contra a r. decisão a fls. 150, disponibilizada no Diário Oficial de 16.2.2011, proferida pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA CAPITAL, nos autos da ação de cobrança de honorários advocatícios proposta contra POLIPOLYMER COMERCIAL LTDA., processo nº 05.006614-0, a qual rejeitou a impugnação apresentada pelo agravante e, ainda o condenou no pagamento de honorários advocatícios de 10%.

O agravante ainda na apresentação das partes adentra diretamente a tese, indo direto ao ponto de que combaterá decisão que rejeitou a impugnação apresentada por ele, condenando ao pagamento de honorários advocatícios. Embora seja fonte de informação importante no agravo de instrumento, tendo em vista que os autos da ação original não são remetidos ao Tribunal, esse fragmento também tem função argumentativa, pois como explica Reboul²⁴⁹, a supressão do exórdio, muitas vezes, com a finalidade de apresentar abruptamente o assunto, é também retórica do próprio exórdio.

Em seguida, como visto nos parágrafos abaixo transcritos, são lançados argumentos do tipo objetivo, ligados à lógica material, envolvendo a suposta verdade dos fatos e a validade do raciocínio empregado, a fim de cumprir uma série de exigências impostas pela lei processual para a interposição do agravo de instrumento. Com isso, o agravante centra suas forças em conceitos, provas e associações racionais, no intuito de que o seu argumento seja válido perante qualquer auditório, independentemente das subjetividades e emoções de cada um, conforme se vê abaixo:

Instruiu o presente agravo com cópias, que declara autênticas, das peças obrigatórias e necessárias constantes do processo, consoante relação ao final.

A agravada está representada pelos advogados Dr. Nelson Alberto Carmona e Dr. Adilson Santana, inscritos na OAB-SP sob os nº 92.621 e 30.156, respectivamente, ambos na Alameda Barros, nº 101, sala 21, bairro Santa Cecília, em São Paulo - SP.

Requer a juntada do incluso comprovante de pagamento da taxa judiciária, bem como da guia do porte de retorno.

²⁴⁹ REBOUL, Olivier. *Introdução à Retórica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti, São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 55.

Nos três parágrafos supratranscritos há incidência da argumentação objetiva, a primeira delas diz respeito à juntada de documentos aos autos. Uma vez provada a premissa menor (os documentos trazidos aos autos, conforme a descrição feita na nona lauda pelo agravante) e a prescrição legal, contida no art. 525²⁵⁰ do Código de Processo Civil (premissa maior), a conclusão deverá ser lógica e racional, de que o agravante juntou aos autos as peças obrigatórias exigidas pela norma, bem como outras que lhes são facultadas.

O segundo parágrafo, por seu turno, traz a premissa menor (nome dos advogados atuantes da causa) e como premissa maior, a exigência contida no artigo 524, inc. III,²⁵¹ dos nomes e endereços dos advogados atuantes no caso, podendo concluir, sem qualquer dúvida ter o agravante transcrito em sua peça os nomes dos advogados participantes da causa, cumprindo, assim, a exigência legal.

No último parágrafo citado, o argumento objetivo está relacionado à comprovação do preparo. Uma vez provada a premissa menor (“comprovante de pagamento da taxa judiciária demonstrando o recolhimento das custas de preparo, bem como da guia do porte de retorno) e a previsão legal (art. 525, §1º, do CPC)²⁵², determinando o preparo (premissa maior), a conclusão é lógica e racional: o preparo foi efetuado, sem que haja necessidade de qualquer manifestação subjetiva.

Por fim, o agravante dedica uma seção para argumentar, também de forma objetiva, a interposição do agravo na forma de instrumento e a sua impossibilidade de conversão em agravo retido, o qual constitui a regra na forma de interposição de agravo. Abaixo, *in verbis*, a argumentação tecida:

DA IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DO PRESENTE AGRAVO EM RETIDO

²⁵⁰ “Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída:

I - obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

II - facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis.

²⁵¹ “Art. 524. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos: [...]

III - o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo.”

²⁵² Art. 525, do CPC: “§ 1º Acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela que será publicada pelos tribunais”.

Trata-se de decisão que resolveu a impugnação apresentada pelo agravante, rejeitando-a, sem extinguir a execução.

Na forma do art. 475-M, §3º, do Código de Processo Civil, “A *decisão que resolver impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação*”. Portanto, não há possibilidade, evidentemente, da conversão deste recurso em agravo retido.

Com a *premissa menor* de que a decisão da qual se recorre resolve impugnação apresentada pelo agravante, sem extinguir a execução, juntamente com a *premissa maior* contida no art. 475-M, determinando o agravo de instrumento como meio cabível para se recorrer de decisão que resolve impugnação sem por fim a execução, a conclusão a que se chega é a de que o recurso não poderia ser outro, senão o agravo de instrumento.

Assim, vê-se que a própria denominação da seção já está imbuída de teor argumentativo na medida em que o título constitui uma consequência da conclusão a que se chega com a análise das premissas. Se somente é possível a interposição de agravo de instrumento, a regra de interposição do agravo retido, como prescreve o art. 522²⁵³ do CPC, não é possível ao caso do agravante.

Dessarte, o agravante, mais do que justificar a interposição do recurso por meio de agravo de instrumento, tem a intenção de afastar possível pronunciamento judicial que possa converter seu recurso em agravo retido, haja vista existir diferenças formais, procedimentais e conceituais quanto às duas modalidades recursais, como Kozikoski²⁵⁴ explana:

[...] ao contrário do que ocorre com o *agravo de instrumento*, o *retido* é dirigido ao próprio órgão jurisdicional *a quo*. Trata-se, desta forma, de mecanismo recursal voltado a evitar a *preclusão*. Ora, poderá ocorrer que, após a prolação da decisão interlocutória desfavorável, o agravante tenha êxito no processo, de sorte a não mais haver conveniência na impugnação da decisão agravada.

²⁵³ Art. 522, Código de Processo Civil: “Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”.

²⁵⁴ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Manual dos recursos cíveis*: teoria geral e recursos e espécie. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 248.

Por isso, no título da seção ao invés de usar “Do Cabimento do Agravo de Instrumento”, ele vale-se do substantivo “impossibilidade”, de carga semântica acentuada, para persuadir os julgadores pela não conversão do recurso em agravo retido. Nesse sentido, evidencia-se que a escolha semântica contribui para a adesão do auditório, conforme assevera Rodríguez:

Variar as palavras de mesmo significado (ou, mais tecnicamente, de significados parecidos) não implica apenas questão estilística. A carga de significado de cada termo tem sua importância argumentativa, da qual o discursante não pode descuidar.²⁵⁵

Nesses parágrafos anteriormente transcritos, pautados pela argumentação objetiva, o agravante adentra na concretude dos fatos, comprovando que as premissas apresentadas são verdadeiras do ponto de vista material. Assim, seu raciocínio firma-se na lógica (*lógos*), atingindo a persuasão do auditório tanto pela validade do raciocínio quanto pela verdade dos fatos que compõe as premissas, tanto do ponto de vista formal quanto material.

Com esses argumentos, o agravante não persuade nem pelo seu caráter moral, tampouco pelo modo como se dispõe emocionalmente o ouvinte, mas sim pelo próprio discurso, pelo o que este demonstra ou parece demonstrar. Segundo Aristóteles²⁵⁶: “é pelo discurso que persuadimos, sempre que demonstramos a verdade ou que parece ser a verdade, de acordo com o que, sobre cada assunto, é suscetível de persuadir”.

A seção seguinte do agravo de instrumento analisado, intitulada “Dos Fatos”, corresponde à segunda parte de *dispositio*: a narração. É o momento em que o agravante relata os fatos processuais até a propositura do recurso, fixando, com isso, as premissas e os limites da argumentação a serem apresentados ao auditório. Por essa razão, a narrativa dos fatos é anterior à parte argumentativa, nos moldes do sistema retórico aristotélico.

²⁵⁵ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 232.

²⁵⁶ ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, [s/d]. p. 33-34

Embora de conteúdo predominantemente informativo, a parte narrativa do agravo de instrumento analisado não é isenta de argumentação, uma vez que os elementos narrados comungam-se para auxiliar na persuasão dos magistrados. Desde a forma com que as personagens (agravante, agravado e juiz) agem até a ordem (tempo cronológico) com que os fatos são apresentados revelam, em certa medida, a defesa do ponto de vista do narrador.

Dentro de uma visão simplista, dir-se-ia que a narrativa dos fatos tem um conteúdo meramente *informativo* porque assume apenas essa função de esclarecer uma situação sobre a qual ainda se vai tirar o processo argumentativo. Mas é claro que esse conteúdo informativo não é puro, porque contaminado pela constante vontade do argumentante de persuadir, ainda que, em tese, o momento seja apenas de informar.²⁵⁷

Assim, ainda na narração dos fatos é possível verificar a direção argumentativa conferida pelo agravante ao seu discurso, seu inconformismo com a decisão interlocutória proferida pelo juízo *a quo*, como pode ser visto nos fragmentos abaixo transcritos:

DOS FATOS

1 – Trata-se de ação objetivando a cobrança de honorários advocatícios no valor de R\$12.993,30.

2 – A ação foi julgada improcedente, tendo o agravante sido condenado a pagar custas e honorários advocatícios de sucumbência, fixados em R\$1.000,00.

3 – Em fase de cumprimento de sentença, a agravada requereu intimação do agravante para efetuar o pagamento das verbas de condenação, no valor de R\$1.063,90.

Nos parágrafos 1, 2 e 3, o agravante descreve sucintamente os fatos desde a propositura da ação, da qual saiu vencido, até a fase de cumprimento da sentença, momento em que a agravada requereu sua intimação para realizar o pagamento dos honorários de sucumbência. Esses parágrafos retratam, de certa forma, a sucumbência do agravante e a sua condenação na ação em que pleiteava cobrança de honorários.

²⁵⁷ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 89.

Essa pode ser uma das razões de o agravante haver tecido poucas particularidades para descrever os fatos, pois caso o agravante colocasse em primeiro plano a ideia de que já saíra vencido quanto à cobrança de honorários em momento processual anterior, acabaria reforçando um *éthos* pré-discursivo negativo aos magistrados da instância superior.

Nos parágrafos 4, 5 e 6, abaixo transcritos, o agravante narra os fatos verificados na ocasião do cumprimento de sentença. São os parágrafos narrativos com mais força argumentativa. Neles, estão os indícios da tese central do agravante, segundo a qual os honorários por ele devidos devem ser compensados pelo crédito que possui perante a agravada em razão dos serviços advocatícios prestados em outra ocasião, os quais seriam passíveis de compensação por terem a mesma natureza, qual seja, certa quantia em dinheiro.

4 – Para cumprir sua obrigação, o agravante ofereceu à penhora crédito (dinheiro) de R\$1.980,88, decorrente de honorários advocatícios de ação patrocinada em nome da própria agravada (fls. 108/120).

5 – A agravada manifestou-se a fls. 122/128 impugnando o crédito oferecido pelo agravante requerendo, ao final, a penhora *on line*, via Bacen-Jud, da quantia de R\$1.459,58, já acrescidas da multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC.

6 – Conforme se verifica a fls. 135/136, houve penhora parcial do crédito exequendo; o agravante ofereceu impugnação à penhora sob o fundamento de excesso de execução e, também, em razão de a obrigação estar extinta por força da compensação. Declarou, ainda, que o valor correto da execução é de R\$1.095,77.

Nesses parágrafos, o agravante alega ter oferecido à penhora crédito em dinheiro e não se estende sobre o instituto da compensação, apenas sustenta existir um crédito em face da agravada, como se fosse certo e incontroverso. Todavia, é justamente esse ponto o objeto da decisão interlocutória, razão do agravo analisado, consequentemente, é também tema central do próprio agravo.

Com isso, o agravante cria para os fatos narrados um efeito de naturalidade, cunhando um campo discursivo em que suas premissas são aceitáveis, além de limitar o conteúdo da sua argumentação. Narrar fatos relaciona-se diretamente com a noção de verdade apresentada ao interlocutor, no intento de que este perceba a autenticidade dos acontecimentos relatados.

Não é sem razão que Rodríguez²⁵⁸ diz que: “se o enunciador, no relato, deixar transparecer o comprometimento de seu ponto de vista com a tese que posteriormente irá defender, sua versão na mesma medida perderá credibilidade”.

Nesse passo, o recorrente ao introduzir o parágrafo com a oração “Para cumprir sua obrigação”, apresenta aos magistrados a imagem de alguém responsável, cumpridor de seus deveres. Busca o orador, com isso, a formação de um *éthos* discursivo positivo, conferindo credibilidade ao segmento da frase quanto ao oferecimento do crédito à penhora, tendo em vista partir de alguém preocupado em cumprir com suas obrigações.

No parágrafo seguinte, ainda que não haja nenhum conector denotando oposição, o agravante relata a atitude da agravada contrária ao oferecimento do crédito à penhora, gerando em seu relato a impressão de harmonia com a realidade. A relação estabelecida entre os parágrafos 4 e 5 carrega a ideia de alguém que quer cumprir com sua obrigação e outro se opondo ao modo pelo qual essa obrigação é cumprida, introduzindo, com isso, uma orientação argumentativa no enunciado.

A opção do agravante de não descrever os motivos que levaram a agravada a impugnar o crédito que lhe foi oferecido é também argumentativa, porquanto são as mesmas razões presentes na fundamentação da decisão interlocutória da qual o agravante recorreu. Trazer no relato esse tipo de informação poderia criar pela repetição a presença dos argumentos constantes na impugnação aos novos julgadores, prejudicando o foco dado pelo agravante ao oferecimento de crédito para o cumprimento da obrigação, tese do agravo de instrumento. Perelman e Tyteca²⁵⁹ explicam que:

[...] todo argumento, por sua presença, chama a atenção do auditório sobre certos fatos, o introduz à força em certas áreas em que talvez ele não houvesse pensado antes e, desse modo, suscita objeções contra o que talvez já estivesse adquirido pelo orador [...].

²⁵⁸ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 96.

²⁵⁹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 545.

No parágrafo 6, o agravante apresenta a consequência do pedido feito pela agravada, referente à penhora, embora não apresente nenhum conector linguístico para apontar a relação de consequência entre os parágrafos 5 e 6. Justamente sobre essa consequência, consistente no modo de execução e no valor objeto da penhora, é que o agravante interpõe agravo de instrumento.

Nesse momento, o agravante apresenta explicitamente os argumentos da sua tese: o primeiro de que houve na execução excesso, apresentando como valor correto a quantia de R\$1.095,77; o segundo, de que a obrigação deveria ser extinta por força de compensação. Esses dois argumentos serão os pilares do discurso do agravante, quando adentrar a sua argumentação propriamente dita.

Ainda que o embate discursivo e jurídico se realize entre agravante e agravada, na verdade o pedido de reforma, a princípio, não é interposto contra o agravado, mas sim contra a decisão proferida, em razão do inconformismo e necessidade do agravante em obter a reforma da decisão que lhe foi desfavorável. Tanto o é que a cópia da decisão agravada constitui peça obrigatória na formação do instrumento do agravo, e é comumente tratada, no meio forense, como “decisão atacada”.

A decisão interlocutória delimita os assuntos do agravo de instrumento, pois ao agravante cabe pedir reforma somente do que sucumbiu. Ao transcrever a fundamentação da decisão na qual saiu vencido, como pode ser visto no trecho seguinte, o agravante do recurso analisado mostra aos julgadores de segundo grau contra quais teses seus argumentos serão lançados.

7 – O MM. Juízo *a quo* rejeitou a impugnação do agravante (fls. 150):

“Reitero decisão de fls. 130. Não se trata de compensação, posto que o devedor dos honorários oferecidos em garantia é terceiro, que sucumbiu na ação patrocinada pelo executado em favor da exequente, segundo consta.

Determino a transferência do valor bloqueado para conta à disposição do juízo e posterior expedição de mandado de levantamento em favor do advogado da exequente, visto que se trata de verba de sucumbência.

No tocante aos juros, são devidos a partir do trânsito em julgado, oportunidade em que teve início a mora. Portanto, correto o cálculo apresentando pelo exequente.

Correta a utilização do índice de junho de 2008, pois nesse mês que a sentença foi proferida.

Diante do exposto, REJEITO a impugnação apresentada. Deixo de condenar as partes nas penas da litigância de má-fé, uma vez que ausentes os pressupostos dos arts. 17 e 600, do CPC.

Requisitem-se informações via sistema Infojud e quanto ao DETRAN, pode ser diligenciado diretamente pelo interessado.

Por fim, fixo os honorários para fase de cumprimento de sentença em 10% do valor devido.

Ciência ao Ministério Público.

I.”

8 – *Data venia*, merece reforma a r. decisão agravada, como se demonstrará.

A transcrição traz ideia de realidade e, conseqüentemente, da demonstração da verdade, contribuindo para a construção de uma narração amparada em critérios fidedignos e materiais. Além disso, permite aos julgadores, sem que haja necessidade de consultar documentos anexos, ter no próprio texto discursivo informações necessárias para seu julgamento, qual seja, o inteiro teor da decisão atacada.

A transcrição da decisão recorrida é o ultimo elemento fático apresentado pelo agravante, encerrando, assim, a parte narrativa de seu discurso. A partir de então, o recorrente passa a centrar-se nas questões de direito e na sustentação de seus argumentos, a fim de persuadir os julgadores da instância superior a reformar a decisão do juízo *a quo*.

No parágrafo 8, o agravante, de modo respeitoso, expressa não concordar com o conteúdo da decisão, renunciando a apresentação de suas razões. Essa frase tem função conectiva, já que estabelece, no agravo analisado, uma coesão sequencial entre narração e argumentação. Com ela, os julgadores compreendem ter chegado ao final a narração e iniciada a argumentação propriamente dita.

Os elementos lexicais desse parágrafo também contribuem para essa função argumentativa, como se vê, por exemplo, na escolha da expressão latina “*Data venia*”, de modo que o agravante mostra discordar da posição do juiz *a quo*, mas o

faz de modo cortês, visando à construção de uma crítica eufemística, pois não há ataque direto nem à pessoa nem ao discurso do magistrado *a quo*.

O verbo “merece” vem nesse mesmo sentido. Com carga semântica atenuada em relação, por exemplo, ao verbo “deve”, que poderia indicar uma obrigação, “merece” relaciona-se a ideia de “ter direito a”, “estar em condições de receber”. Assim, o agravante pleiteia a reforma da sentença, sem a intenção de desqualificar quem a proferiu, ao menos, nesse momento.

Além disso, essa modalidade de construção frásica é típica da linguagem jurídica. Como se fosse uma fórmula sacralizada, ritualizada, sendo constantemente empregada em situações discursivas em que se queira combater uma decisão proferida e, em seguida, apresentar os argumentos pelos quais se discorda. No próprio agravo analisado, a expressão “*data venia*” aparece mais de uma vez. Trubilhano e Henriques²⁶⁰ explicam ser a ritualização uma das características não só do discurso jurídico, mas também do próprio direito: “Há um conjunto de fórmulas a marcar a estrutura burocrática do Direito e o discurso jurídico, este crivado de expressões e termos que se repetem [...]”.

A próxima seção intitulada de “DO DIREITO” corresponde à argumentação, outra parte componente da *dispositio*. Nesse momento, o agravante exporá todas as teses para combater os argumentos contrários à sua defesa, empreendendo em seu discurso refutação dos argumentos contrários e confirmação de sua tese. Para isso, vale-se de várias técnicas argumentativas para tentar obter a persuasão dos magistrados.

Ao nomear a parte argumentativa de seu discurso como “DO DIREITO”, o agravante dá indício do conteúdo a ser apresentada nessa seção. Normalmente, a parte argumentativa do agravo de instrumento é denominada de “Minuta de Agravo de Instrumento”, ou de “Razões”, títulos mais abrangentes, para designar uma possível argumentação tanto sobre matéria de fato como matéria de direito. Porém, ao

²⁶⁰ TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 34.

denominar sua seção de “DO DIREITO”, o agravante dá indícios de que sua argumentação versará sobre matéria de direito.

No mais, essa seção é subdividida em outras três subseções: “DA VIOLAÇÃO AO ART. 2º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL”, “DA POSSIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO E DA MÁ-FÉ DA AGRAVADA” e “DO EXCESSO DE EXECUÇÃO”, as quais trazem as teses principais do discurso para a persuasão dos magistrados e a consequente reforma da decisão agravada. Constitui, por isso, a parte mais extensa do discurso, ocupando no agravo analisado cerca de cinco laudas e meia, das nove que compõem o recurso.

A primeira tese do recurso na parte argumentativa diz respeito à recusa pelo juiz *a quo* da compensação do crédito oferecido pelo agravante e impugnado pela agravada. Segundo o trecho transcrito da decisão interlocutória, o magistrado entendeu não ser possível a compensação porque o crédito era devido não pela agravada, mas sim pela outra parte, sucumbente no processo patrocinado pelo recorrente.

Para o agravante, no entanto, o juiz não poderia julgar a matéria de quem era a titularidade do crédito oferecido para compensação, tendo em vista não ter sido aventada em sede de defesa pela agravada. Para tanto, o recorrente firma-se no princípio processual de que o magistrado só pode decidir quanto àquilo que é requerido pela parte, como pode ser visto no trecho transcrito a seguir:

DO DIREITO

DA VIOLAÇÃO AO ART. 2º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

9 – O MM. Juízo *a quo* rejeitou a impugnação sob o fundamento de que “*Não se trata de compensação, posto que o devedor dos honorários advocatícios oferecidas em garantia é terceiro*”.

10 – *Data venia*, a agravada, em momento algum, alegou que os honorários advocatícios oferecidos pelo agravante são devidos por terceiro; a r. decisão agravada fere o princípio “*ne procedat iudex ex officio*”.

11 – O aludido princípio está insculpido no art. 2º do Código de Processo Civil, que dispõe:

“Nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.”

12 – Ora, a agravante não aduziu que a compensação não poderia ser efetivada em razão de o débito ser, supostamente, de terceiro. Note-se que a agravada apenas afirmou que o crédito oferecido à penhora é impenhorável.

Desde o título, o agravante traz a tese central dessa subseção, qual seja: a violação pelo juiz *a quo* do art. 2º do Código de Processo Civil. Isso porque esse artigo, como o próprio agravante demonstrará, é direcionado ao magistrado, à prestação jurisdicional. Assim, já é apresentada no início da argumentação a conclusão a que os magistrados *ad quem* devem chegar.

Para cumprir essa finalidade, o agravante empregou algumas técnicas argumentativas. A primeira delas diz respeito ao argumento *a fortiori*, pelo qual é possível estender o sentido de uma determinada norma, aplicando-a a outro caso que a recepciona pelas mesmas razões e ainda outras. Valendo-se de tal argumento, na modalidade *a minori ad maius*, o agravante apresenta aos magistrados de segunda instância, nos parágrafos 10 e 11, a regra processual pela qual nenhum juiz pode prestar tutela jurisdicional além do pedido da parte (art. 2º, CPC), concluindo, por maior razão, não ser possível ao magistrado do caso em tela analisar a titularidade de crédito no oferecimento de compensação, como matéria de defesa, quando não arguida pela parte interessada, como explicada nos parágrafos 9, 11 e 13.

Essa relação pode ser sintetizada pelo axioma de quem não pode o menos não pode o mais, pois como o juiz não pode prestar a tutela jurisdicional sem requerimento da parte, por maior razão não poderia o juiz rejeitar a compensação, pelo argumento de que a parte contrária não é titular do crédito, quando esta em sua defesa não alega tal fundamento.

Além disso, alguns elementos são usados para destacar ou atenuar os efeitos desse argumento *a fortiori*. São eles: o adjetivo encomiástico abreviado “MM.”, as expressões latinas “*a quo*” e “*data venia*”, o brocardo jurídico latino “*ne procedat iudex ex officio*” e a citação do artigo 2º, do CPC.

No parágrafo 9, por exemplo, o agravante apresenta o fundamento sustentado pelo juiz *a quo*, a fim de refutá-lo, assim, a expressão “MM. Juízo *a quo*”, para designar, “meritíssimo juiz de primeira instância”, além de ser forma cultuada pelos escritores jurídicos, constituindo seu uso num rito da linguagem jurídica, no presente caso, tem também o efeito de amenizar o ataque que será feito à decisão proferida pelo juiz, efeito complementado pela expressão latina “*Data venia*”, presente no início do parágrafo 10.

Com isso, mesmo o agravante apontando estar equivocada a decisão do magistrado de primeira instância, ele o faz sem perder de vista a polidez e sem atingir a imagem do julgador e seu discurso. Há, pois, abrandamento, por esses elementos, na refutação feita pelo argumento *a fortiori* dos fundamentos da decisão.

Outros elementos, no entanto, vêm no sentido de reforçar a tese defendida no argumento *a fortiori*, como, por exemplo, o brocardo jurídico latino “*ne procedat iudex ex officio*”. Em geral, os brocardos são espécies de argumento de autoridade, pois, como explica Trubilhano e Henriques²⁶¹: “[...] ao deparar-se com um brocardo jurídico latino, percebe-se que tal brocardo representa um valor abstrato, uma norma de conduta, um princípio que há muitos e muitos anos já havia sido trazido para uma língua”. Assim, possuem um caráter mais confirmatório que comprobatório.

O brocardo citado pelo agravante, cujo significado é “o juiz não deve proceder por iniciativa própria, mas a requerimento da parte”, expressa o princípio da inércia jurisdicional, ou princípio da demanda, como explica Humberto Theodoro Júnior:²⁶² “Como o juiz não pode prestar a tutela jurisdicional senão quando requerida pela parte (art. 2º), conclui-se que o pedido formulado pelo autor na petição inicial é a condição sem a qual o exercício da jurisdição não se legitima”.

Isso vem confirmar a tese do agravante, segundo a qual o juiz *a quo* não poderia ter se manifestado sobre matéria não apontada pela agravada em sua defesa, pois adstrito ao princípio processual da demanda, em que somente é possível a

²⁶¹ TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação*: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2010. p. 100.

²⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral processual civil e processo de conhecimento*. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 574.

manifestação do juiz quando requerida pela parte. Dessa maneira, o recorrente com o brocardo transcrito reforça o poder de adesão ao argumento já enunciado.

Reforçando ainda o argumento *a fortiori*, o agravante transcreve o art. 2º do Código de Processo Civil, no qual está contido o princípio da inércia jurisdicional. Com isso, o recorrente além de definir o brocardo jurídico com as letras da lei, também fixa o alcance do referido princípio, demonstrando existir na lei processual normatização dos valores contidos no brocardo.

Ademais, para compor uma das premissas, o agravante ainda se vale do argumento de incompatibilidade, ao apontar, no parágrafo 12, a desarmonia entre aquilo que a agravada alegou e os fundamentos apresentados pelo juiz na sua decisão. Como a agravada impugna a compensação sob o fundamento da impenhorabilidade, não seria possível, segundo o agravante, o juiz atender à defesa da agravada, fundamentando seu decisório em questões não alegadas, ou seja, na titularidade do crédito, pois, assim, estaria agindo de ofício, sem ser provocado pela parte interessada.

No parágrafo 13, está contida a conclusão das proposições apresentadas pelo agravante: “Assim, *data venia*, não poderia ter o MM. Juízo *a quo*, de ofício, decidir que não se aplica ao caso a compensação com base em premissa sequer invocada pela agravada”. Como a conclusão atinge diretamente a decisão do magistrado, novamente as expressões, como “*data venia*” e “MM. Juízo *a quo*” atenuam os efeitos da refutação.

No último parágrafo dessa subseção, abaixo citado, o agravante transcreve trecho de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, para lançar a premissa de que o juiz não pode conhecer da compensação de ofício, ratificando, assim, a conclusão apresentada no parágrafo anterior.

14 – O C. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que a questão referente à compensação não é matéria de ordem pública e, evidentemente, não pode ser conhecida de ofício:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RITO SUMÁRIO. DEFESA DO RÉU. PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS.

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA E CONTESTAÇÃO. APRESENTAÇÃO CONCOMITANTE. NECESSIDADE. REQUISITO NÃO ATENDIDO. RÉU CONSIDERADO REVEL. DIREITO CIVIL. COMPENSAÇÃO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. No procedimento sumário, vige o princípio da concentração dos atos processuais. A exceção de incompetência e a contestação devem ser oferecidos concomitantemente, não sendo possível, como na hipótese dos autos, a apresentação da exceção de foro e, posteriormente à aludida audiência, o oferecimento de peça contestativa.

2. A ausência de contestação na audiência de conciliação do procedimento sumário acarreta, inequivocamente, a revelia do réu.

3. O exercício do direito à compensação gravita na esfera dispositiva do seu detentor. O reclamar crédito é ato voluntário que pode ser executado, segundo a conveniência de seu titular, no tempo que o considerar mais aprazível, sendo impossível o seu exercício compulsório.

4. A alegação do direito de crédito a compensar, como realizada na hipótese dos autos, se insere no conceito de defesa substantiva ou defesa de mérito, motivo pelo qual o seu reconhecimento pelo órgão julgante demanda provocação, não se admitindo, portanto seu reconhecimento ex officio, sob pena de malferir o princípio da demanda.

5. Destarte, ocorrendo os efeitos da revelia, em face da ausência de contestação, não é possível se reconhecer o direito à compensação, como reclamado na hipótese em tela.

6. Recurso especial improvido.
(STJ; RESP 657002-SP, 3ª Turma: Min. Relator Vasco Della Giustina; julgado 11.5.10; Dje: 24.5.10) (destaques do agravante)

Da forma pela qual o agravante redige o parágrafo para apresentar o trecho do acórdão, fica a impressão de que todo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se posiciona conforme apresentado por parte do acórdão. No entanto, o STJ é formado por turmas, independentes entre si, que podem ter decisões divergentes, baseadas em argumentos distintos.

Nesse caso, a decisão foi proferida pela terceira turma do STJ, todavia, a autoridade invocada pelo agravante é feita em relação à instituição como um todo, ou seja, ao próprio STJ, empregando técnica indutiva, a fim de tomar a parte como se fosse o todo, conferindo a seu argumento não só a credibilidade daquela turma, mas sim de todo o órgão judicial.

Essa estratégia pode não funcionar, caso os julgadores de segunda instância tomem conhecimento de posição divergente de alguma turma do STJ em relação à mesma matéria. Nessa hipótese, o argumento do agravante poderia ser fragilizado, por generalizar, segunda a sua conveniência, uma decisão que comporta divergências dentro do próprio órgão. Douglas Walton²⁶³ esclarece a problemática em situações em que há incoerências entre especialistas:

Se há incoerência entre especialistas qualificados cujo parecer foi requisitado, então o *ad verecundiam* tem que ser questionado. Mas tal caso de incoerência nem sempre é uma indicação de falácia, já que às vezes a incoerência pode ser resolvida através de esclarecimentos e discussões críticas posteriores. Mas, para que um apelo à autoridade seja eficaz, é preciso que os pronunciamentos conhecidos de outras autoridades qualificadas sejam coerentes com a proposição citada, como foi defendida por especialista a quem se recorreu. Se não, a incoerência tem que ser resolvida ou outras questões têm que ser levantadas.

Sem desconsiderar essas ressalvas, é possível dizer que, no referido trecho, o agravante usa, ao mesmo tempo, duas técnicas argumentativas: o *argumento de autoridade* e o *argumento pelo modelo*, fazendo com que sua argumentação goze de maior crédito e confiabilidade, porque firmado na posição de uma instituição imparcial, hierarquicamente superior, formada por magistrados de notório conhecimento jurídico, que devem, por isso, ser seguidos.

O recorrente utiliza o argumento de autoridade ao introduzir a voz do STJ em seu discurso, valendo-se de uma posição de uma instituição conhecida e reconhecida no cenário jurídico nacional. A intenção é, pois, de corroborar a tese defendida, segundo a qual a compensação não pode ser reconhecida de ofício pelo juiz. Com isso, o agravante intenciona evidenciar o equívoco existente na decisão do juiz de primeiro grau, que se mostra contrária ao provimento da corte superior.

Como os Tribunais Superiores compõem órgãos de altíssima hierarquia no plano jurídico, presume-se que seus julgadores possuem conhecimento aprofundado em relação às matérias decididas, de modo que a citação dos seus argumentos tende a ser potencialmente suasória para os magistrados de primeira e segunda instâncias.

²⁶³ WALTON, Douglas N. *Lógica informal*. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 274.

Por essa razão é que o agravante transcreve uma manifestação do órgão próxima à sua tese, para que possa prevalecer seu posicionamento.

Isso cria um efeito de imparcialidade em relação à sua tese. Como o agravante coloca-se no discurso como parte interessada em determinado desfecho da lide, qual seja, a aceitação da compensação e a redução dos juros da condenação, seus argumentos são tomados sob seu ponto de vista. Ao introduzir a voz do STJ, cuja função como órgão jurisdicional é o julgamento com imparcialidade, o recorrente desfaz essa impressão de parcialidade e atribui credibilidade ao seu posicionamento.

Igualmente, é possível perceber nesse fragmento o uso do argumento pelo modelo, já que ao trazer uma decisão do STJ no mesmo sentido da tese sustentada, o agravante não só fundamenta seu discurso, como também tenciona estimular o acolhimento pelos juízes de segunda instância da decisão daquele órgão citada no agravo. Como explicam Perelman e Tyteca²⁶⁴:

Podem servir de modelo pessoas ou grupos cujo prestígio valoriza os atos. O valor da pessoa, reconhecido previamente, constitui premissa da qual se tirará uma conclusão preconizando um comportamento particular. Não se imita qualquer um; para servir de modelo, é preciso um mínimo de prestígio.

Com esse argumento, o recorrente demonstra também aos magistrados que segue um modelo reconhecido, do STJ, garantindo, assim valor ao seu comportamento, porquanto age consoante o já decidido pela corte superior. O efeito pretendido é de que os juízes *ad quem* reconheçam seu entendimento jurídico sobre o caso como certo e correto, porque imita um padrão prestigiado na seara dos tribunais.

O recorrente utiliza essas técnicas na tentativa de afastar a decisão que rejeitou a compensação por ele oferecida, sob o fundamento de que o juiz a indeferiu em razões diferentes das apresentadas pela parte adversa, agindo, por esse motivo, *ex officio*, o que só é permitido diante de matéria de ordem pública, não o sendo a compensação. O agravante sustenta, portanto, que os fundamentos usados na

²⁶⁴ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 414.

decisão do magistrado *a quo*, por não estarem compreendidos nos argumentos da defesa, não poderiam ser considerados.

Na seção seguinte, intitulada de “DA POSSIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO E DA MÁ-FÉ DA AGRAVADA”, o agravante continua a discorrer sobre o cabimento da compensação conforme seu pedido de reforma, assim como aproveita para rebater as teses da agravada apresentadas ao juízo *a quo*. Nos primeiros parágrafos, os argumentos do agravante vão no sentido de convencer os julgadores da possibilidade da compensação.

DA POSSIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO E DA MÁ-FÉ DA AGRAVADA

15 – No caso em tela, o agravante ofereceu à penhora (fls. 108) parte do crédito de R\$1.980,00, decorrente de honorários advocatícios de ação patrocinada em nome da própria agravada, quando era seu advogado, conforme documentos comprobatórios desse crédito a fls. 109/120.

16 – Como dispõe o art. 368 do Código Civil “*Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.*”

17 – Portanto, o crédito oferecido à penhora pelo agravante tem fundamento legal, não podendo ser recusado pelo agravado.

Nesses parágrafos, o recorrente formula seu raciocínio utilizando-se novamente do argumento *a fortiori*, mas dessa vez o faz na modalidade *a maiori ad minus*, usada em casos de norma permissiva. Assim, se a lei prevê o instituto da compensação no art. 368 do Código Civil, concedendo extinção obrigacional nos casos em que duas pessoas são credoras e devedoras entre si e ao mesmo tempo, por maior razão, essa mesma lei conferirá um benefício menor, nela contido: a compensação entre a quantia devida pelo agravante em decorrência da condenação em juízo e àquela devida pela agravada ao agravante referente a honorários advocatícios em que este atuou em defesa da recorrida.

Nos parágrafos seguintes desta seção (parágrafos 18/28), o recorrente direciona seus argumentos para a desqualificação das teses da agravada sobre a impossibilidade da compensação. Diferentemente, então, da seção antecedente, em que quase a totalidade dos argumentos era direcionada ao magistrado e à sentença, nesse trecho o recorrente centra seu discurso na refutação aos argumentos

apresentados pela agravada, retomando conteúdos já apresentados anteriormente, bem como apresentando novos argumentos, por meio de outras técnicas, como pode ser visto no fragmento seguinte:

18 – Maliciosamente, a agravada alegou a fls. 122/127 que o crédito oferecido à penhora viola ordem legal de preferência na penhora, *data venia*, essa alegação é absurda e não possui fundamento jurídico, haja vista que o inciso I do art. 655 do CPC prevê dinheiro como preferência na penhora e, logicamente, o crédito do agravante junto à agravada é DINHEIRO.

A intenção do agravante nesses parágrafos foi a de desqualificar tanto as teses da agravada quanto ela própria. Por esse motivo, os argumentos presentes são aqueles que cumprem adequadamente essa função, como o argumento *ad hominem*, *ad personam*, de incompatibilidade e de retorsão.

Tanto o é que o recorrente inicia seu discurso com o advérbio “Maliciosamente”, para tipificar as alegações da agravada. Com isso, a imagem da recorrida ganha corporalidade no discurso, ficando indissociável dos seus argumentos, efeito obtido pelo uso do argumento *ad personam*, haja vista que por este argumento a credibilidade do orador é posta em dúvida e, conseqüentemente, a sua capacidade de argumentar de modo racional.

O recorrente tenta estabelecer, portanto, coerência entre a imagem criada e o discurso da agravada, ou seja, confere-lhe características e ações de baixo valor para desqualificar todo o discurso por ela proferido. Assim, a agravada não só alega em sua defesa a violação da ordem legal da penhora para afastar a compensação proposta pelo agravante, como o faz de modo malicioso, com má índole, com interpretação errônea, com perfídia, de modo que seus argumentos não merecem atenção.

No entanto, esse é um argumento passível de críticas, pois embora possa a agravada estar agindo maliciosamente, isso não significa que o argumento por ela

defendido seja falso ou incorreto, pois, como explica Walton²⁶⁵, não são essas críticas direcionadas ao argumentante que definem sua validade ou não:

A partir de alegações ou suposições a respeito do caráter de alguém, mesmo que sejam justificáveis, não nos é permitido concluir que certas declarações de tal pessoa sejam falsas. Essas declarações podem, em certos casos, se mostrar verdadeiras, baseadas em provas sólidas e argumentos razoáveis, a despeito das falhas de conduta do argumentador.

Como o agravante pleiteia também a condenação da agravada por má-fé, as questões relativas ao caráter da recorrida tornam-se robustecidas do discurso. Assim, evidenciar as condutas da agravada como típicos comportamentos de má-fé é um dos principais temas do argumento do agravante nessa seção, pois as características pessoais e comportamentais da agravada são pertinentes à questão em debate.

Mesmo constituindo ataque pessoal à agravada, os argumentos do agravante podem ser considerados pertinentes, já que busca provar a má-fé da parte processual adversa.

Além disso, ainda no parágrafo 18, a fim de corroborar o argumento *ad personam*, o agravante vale-se do argumento do ridículo, ao arguir de absurda, por não possuir fundamento jurídico, a alegação da agravada a respeito da violação da ordem da penhora no oferecimento da compensação pelo recorrente.

Sob o ponto de vista do agravante, que considera a compensação forma de extinção do crédito com a mesma natureza de pagamento em dinheiro, a afirmação da agravada de que ele estaria violando a ordem da penhora ao oferecer a compensação mostra-se absurda, ridícula. Perelman e Tyteca²⁶⁶ explicam ser comum a elaboração de um discurso engenhoso destinado a ridicularizar o argumento do adversário com o afã de criticá-lo:

Muitas vezes essa ridiculização é obtida por engenhosas construções baseadas no que se esforça em criticar. Assim como, em geometria, o

²⁶⁵ WALTON, Douglas N. *Lógica informal*. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 191.

²⁶⁶ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 235.

raciocínio pelo absurdo começa supondo-se verdadeira uma proposição A, para mostrar que suas conseqüências são contraditórias com o que se admitiu por outro lado e passar daí à verdade de não-A, assim também a mais caracterizada argumentação quase-lógica pelo ridículo consistirá em admitir momentaneamente uma tese oposta àquela que se quer defender, em desenvolver-lhe as conseqüências, em mostrar a incompatibilidade destas com o que se crê por outro lado e em pretender passar daí à verdade da tese que se sustenta.

Assim age o agravante que toma a tese da agravada como ridícula ao apresentar o conflito existente entre aquilo que é defendido por ela e o que está prescrito pela norma, ou seja, ele a expõe como se ela tivesse transgredido uma regra, sem perceber seu ato falho, por ignorância. Com isso, quer conservar aquilo que admite como correto, a tese a qual sustenta: de que o crédito oferecido para a penhora não viola a ordem prescrita no artigo 655 do Código de Processo Civil.

Ademais, os recursos gráficos e semânticos vão ao encontro desse argumento, reforçando a construção de um *éthos* negativo da agravada e corroborando a tese do agravante quanto à má-fé da recorrida. Assim, têm-se a expressão “*data venia*” ratificando a ideia de oposição entre o argumento apresentado pela agravada e aquele defendido pelo agravante; o adjetivo “absurda”, de carga semântica fortemente pejorativa, qualificando as alegações da agravada, acompanhado da frase “não possui fundamento jurídico”, com a intenção de despir as alegações de qualquer conteúdo de direito; o advérbio “logicamente” com o qual o agravante tenciona demonstrar que sua conclusão é firmada sobre os princípios da lógica; e por fim a palavra “dinheiro”, uma vez grifada e a outra escrita em caixa alta para reforçar a tese de que o crédito oferecido para a penhora é dinheiro.

No entanto, a tese sustentada pelo agravante não é pacífica no ordenamento jurídico, sendo contestável não só no agravo analisado, mas também em outros acórdãos, um deles trazidos pelo próprio agravante no parágrafo 20. Em razão disso, o efeito causado pelo argumento do ridículo fica atenuado, pois a oposição àquilo que é normal, ao razoável, não é verificada em sua completude, haja vista tratar-se de tema controvertido.

No parágrafo seguinte, o agravante prossegue com a tese da má-fé da agravada, sustentando que teria a recorrida agido com deslealdade ao não reconhecer como

devido o crédito oferecido à penhora, mesmo que o valor, conforme descrito pelo recorrente, tenha decorrido de decisão judicial transitada em julgado, como pode ser visto no trecho transcrito a seguir:

19 – A agravada agiu com má-fé nestes autos, haja vista que afirmou desconhecer o crédito do agravante junto a ela, em valor maior. Não reconhecer a exigibilidade do referido crédito e o trânsito em julgado da decisão judicial de que decorreu significa deslealdade e má-fé, defesa ciente de ser destituída de fundamento, contra fato incontroverso, sendo mesmo incidente manifestamente infundado. Se representa a massa falida da agravada, tem obrigação legal de conhecer não apenas seus créditos, mas também seus débitos!

Na confecção desse parágrafo, o agravante conjuga os argumentos de incompatibilidade e argumento *ad hominem* para continuar a construir uma imagem negativa da agravada e, conseqüentemente, reforçar o pleito para condenar-lhe por má-fé. Esses argumentos estão estritamente ligados na formação da tese, pois a incompatibilidade aventada entre a afirmação da agravada de não reconhecer a existência do crédito e a alusão aos documentos juntados supondo a existência do crédito é a razão de o recorrente qualificar a recorrida de desleal e de ter agido com má fé, uma vez que esses dois argumentos (desconhecimento do crédito e os documentos juntados ao processo referentes ao crédito) são incompatíveis.

Especificamente sobre o argumento de incompatibilidade, Perelman²⁶⁷ explica que: “Segundo a maneira como as regras são apresentadas e as situações descritas, elas podem parecer compatíveis ou incompatíveis. Se, de duas regras que se excluem, uma é sistematicamente aplicada, o conflito é inevitável”. É possível por esse argumento, portanto, defender uma proposição que lhe seja favorável e concomitantemente afastar aquela inadequada ao ponto de vista sustentado.

Exatamente como ocorrido no parágrafo analisado, em que o argumento de incompatibilidade fica evidenciado quando o agravante apresenta as duas teses antagônicas, a primeira baseada na afirmação da agravada desconhecendo o crédito e a segunda fundada na referência do agravante aos documentos juntados comprovando a existência desse crédito, para que, ao final, apenas uma dessas

²⁶⁷ PERELMAN, Chaïm. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d]. p. 76.

teses seja acolhida pelo auditório: a de que a recorrida tinha conhecimento do crédito, por seu fundamento lógico, isto é, as provas documentais juntadas aos autos.

Partindo dessa incompatibilidade, o agravante desenvolve o argumento *ad hominem*, desqualificando os argumentos contrários, e também desenvolve o argumento *ad personam*, desqualificando a própria pessoa da recorrida, uma vez que sustenta a conduta maliciosa e requer, em razão disso, condenação da recorrida por causa da má-fé que lhe atribui.

Diferentemente do parágrafo 18 em que os ataques, em certa medida, eram vazios de crítica razoável, nesse momento os argumentos se debruçam no exame de provas externas ao discurso, usadas para balizar as alegações da agravada, chegando à conclusão pretendida diante dos documentos analisados. Walton²⁶⁸ explica que: “[...] as provas externas devem ter prioridade, e, quando nos afastamos delas para nos ater a considerações puramente pessoais (internas), entramos na área em que o ataque pessoal causa seus maiores prejuízos à argumentação”.

Se existem documentos comprovando a existência de crédito do agravante junto à agravada e esta, mesmo sabendo da existência desses documentos, porque já juntados aos autos de primeira instância, em sede de pedido de compensação, nega sua existência, a conduta da recorrida não poderia ser tachada senão de desleal e imbuída de má-fé. Os argumentos *ad hominem* e *ad personam* ganham força por meio das provas documentais.

Os documentos, no entanto, parecem não comprovar a tese sustentada pelo agravante, tendo em vista a parte transcrita da sentença na seção passada, indicando que o crédito não é devido pela agravada, e sim pela parte adversa que sucumbiu em ação promovida pela recorrida sob o patrocínio do agravante.

Por esse motivo, ainda que invoque os documentos juntados para rebater a tese da agravada quanto à existência ou não do crédito, a argumentação objetiva do

²⁶⁸ WALTON, Douglas N. *Lógica informal*. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 217.

agravante padece de falta de lógica material, pois suas afirmações não podem ser verificadas, embora seu raciocínio formal seja válido. Por lhe ser desfavorável, o agravante não adentra esse mérito em seu discurso, qual seja, o de que o crédito a que faz jus não é oponível à agravada, restringindo sua argumentação à pura existência de crédito e à legitimidade de oferecê-lo como penhora, a fim de não tecer argumento de réplica fácil, pois como explicam Perelman e Tyteca:²⁶⁹

Perigoso também será todo argumento que permite uma réplica fácil; no final das contas ele redundará em proveito daquele que não o introduziu no debate. Ou ainda, mais simplesmente, o argumento que pode ocasionar no ouvinte uma interpretação desfavorável.

Ao encerrar o parágrafo, o agravante afirma que caberia à massa falida, na qualidade de representante da agravada, conhecer e responder não apenas pelos créditos da empresa, mas também pelos seus débitos, na tentativa de impelir o síndico da massa falida ao reconhecimento do crédito. Assim, introduz ao juízo recursal informação até então não apresentada: o fato de a agravada estar sendo representada pela massa falida.

Valendo-se, portanto, do argumento pragmático, o agravante estabelece relação de causa entre os deveres do representante legal da massa falida e o reconhecimento dos débitos contraídos por ela, para justificar tratar-se de comportamento praticado com má-fé, porque contrário à imposição legal. Isso traz racionalidade ao discurso, pois, como explica Perelman, pelo argumento pragmático é possível passar “da utilidade de uma conduta para a da regra que a inspira. Possibilita ainda, sendo então que parece filosoficamente mais interessante, ver nas boas conseqüências de uma tese a prova de sua verdade”.²⁷⁰

Nos parágrafos seguintes (20/21), o agravante apresenta novo decisório do Superior Tribunal de Justiça, citado em livro de reconhecido doutrinador processualista, para retomar a tese sobre a possibilidade da compensação. Esses parágrafos são, ao mesmo tempo, conclusão à qual o recorrente pretendeu chegar com os parágrafos

²⁶⁹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 549.

²⁷⁰ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 14-15.

anteriores, bem como justificativa para os próximos parágrafos da mesma seção, como pode ser visto pelo trecho transcrito:

20 – Como já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça (REsp 829.583 – citado por Theotonio Negrão e outros – Código de Processo Civil e leg. proc. em vigor, 42ª Ed., Saraiva, em nota ao art. 655 do CPC), é perfeitamente válida a compensação feita pelo agravante:

“Embora a lei não trate expressamente da penhora de mão própria, consistente na possibilidade de a constrição recair sobre crédito que o executado possui frente ao próximo exequente, tal modalidade de penhora encontra viabilidade na dicção do art. 671, II, do CPC, apenas com a peculiaridade de que o terceiro devedor, nesta hipótese, é o próprio exequente. A penhora de mão própria só é possível se ambos os créditos forem certos, líquidos e exigíveis, hipótese em que, mais do que a garantia do juízo, haverá a compensação ope legis, até o limite do crédito do executado frente ao exequente. Considerando que o crédito objeto da penhora de mão própria terá como resultado final sua compensação automática com o débito em execução, não como deixar de incluí-lo em primeiro lugar, juntamente com o depósito em dinheiro na ordem de gradação do art. 655 do CPC, visto que esta segue o critério da liquidez, isto é, da maior facilidade de o bem ser utilizado para quitação da dívida” (STJ-3ª T., REsp. 829.583, Min. Nancy Andrighi, j. Dj. 30.9.09).

21 – Como se verifica, o próprio C. Superior Tribunal de Justiça reconhece que o crédito do executado perante seu credor é dinheiro, e se situa em primeiro lugar na lista do art. 655 do Código de Processo Civil.

Partindo de premissa diversa, apresentada no acórdão citado, segundo a qual é possível ao exequente e executado, quando mutuamente credores e devedores, efetuar a compensação, o recorrente chega à mesma conclusão: da possibilidade da compensação de seu crédito junto à agravada, chegando até mesmo a considerar como “perfeitamente válida a compensação” por ela realizada, demonstrando intencional exagero em sua argumentação, propiciado pela hipérbole, uma vez que se fosse perfeitamente válida não haveria necessidade de se discutir sobre seu cabimento ou não. A intenção do agravante, portanto, é dar vivacidade ao seu argumento, objetivando criar na consciência de seu auditório efeito de irrefutabilidade de sua tese.

Assim, tanto o argumento presente no primeiro acórdão citado, dizendo não ser possível o reconhecimento da compensação de ofício, como o argumento presente nesse acórdão, em que exequente e executado podem ser partes numa compensação, almejam o mesmo grau de convicção, sendo igualmente satisfatórias para obter a conclusão pretendida pelo agravante quanto à possibilidade de seu

crédito. São, portanto, premissas solidárias, convergentes agindo para reforçar a tese central. Sobre isso, Perelman e Tyteca²⁷¹ explicam que:

Se vários argumentos distintos redundarem numa mesma conclusão, seja ela geral ou parcial, definitiva ou provisória, o valor conferido à conclusão e a cada argumento será com isso acrescido, pois parece pouco verossímil que vários raciocínios inteiramente errôneos conduzam a um mesmo resultado. Essa interação entre argumentos isolados convergentes pode resultar de uma simples enumeração, de sua exposição sistematizada, ou ainda de um “argumento de convergência” explicitamente alegado.

A repetição dessa espécie de argumento, bem como do conteúdo defendido amplifica a tese sustentada, assegurando o discurso com premissas ainda mais firmes. Parece ser esta a finalidade principal das escolhas dos argumentos pelo recorrente, já que, com isso, consegue prolongar seu discurso, indo além do tema posto em debate, tendo em vista que na argumentação os limites das discussões não estão predefinidos, sendo permitida, assim, tanto a enunciação de todas as premissas consideradas úteis, como a não apresentação daquelas aparentemente prejudiciais ao discurso.

Se a citação de jurisprudência na seção anterior tinha a intenção de servir de modelo para os magistrados de segunda instância, com o trecho do acórdão agora transcrito esta intenção não parece se repetir, haja vista o conteúdo do excerto citado apontar para uma definição do termo “penhora de mão própria”, a fim de estender a aplicação dos arts. 655 e 671, II, do CPC. A preocupação, portanto, foi mais em esclarecer o alcance da norma do que em apontar a decisão tomada no acórdão citado para de incutir nos magistrados determinado comportamento.

Assim, antes de ser argumento pelo modelo, é argumento pela definição e por analogia, porque ao trazer o instituto da “penhora de mão própria”, fixando seu sentido como compensação entre créditos e débitos de exequente e executado (671, II, CPC), considerada como depósito em dinheiro na ordem de gradação da penhora (art. 655, I, CPC), em razão da sua liquidez e facilidade no pagamento da dívida, o agravante apresenta com precisão o alcance desse instituto e os limites de sua fundamentação legal, chegando à conclusão presente do parágrafo 21: de que seu

²⁷¹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 535.

crédito junto à agravada é similar ao depósito em dinheiro, motivo pelo qual o oferecimento do crédito para a compensação não fere a ordem legal da penhora.

Ao citar a definição de “penhora de mão própria”, o agravante pretendeu explicar com precisão seu sentido da forma como lhe é vantajosa, bem como, por analogia, mostrar a pertinência da aplicabilidade de tal entendimento ao seu caso concreto. Assim, dentre vários aspectos possíveis da “penhora de mão própria”, o agravante escolheu o mais conveniente ao seu caso, conferindo interpretação conforme seu posicionamento no discurso, pois como enunciam Trubilhano e Henriques²⁷²: “Em juízo, ao realizar ou citar uma definição, deve o orador buscar a definição que melhor se harmonize com a tese sustentada, colaborando assim com a construção retórica do discurso”.

Por esse argumento, portanto, os aspectos mais relevantes da tese são ressaltados, mostrando o posicionamento não só do agravante, mas daqueles do qual ele demonstra seguir: primeiramente, o doutrinador processualista Theotônio Negrão, autor da obra em que o acórdão foi encontrado,; em segundo, o Superior Tribunal de Justiça. Vê-se, pois, que esse trecho do agravo de instrumento encerra várias estratégias argumentativas: da definição, por analogia, de autoridade e pelo modelo, todas elas em convergência à tese de que a compensação oferecida não fere a ordem de gradação da penhora, já que seu crédito é em dinheiro.

Nos parágrafos 22 e 23, abaixo transcritos, o agravante emprega a técnica argumentativa do ridículo combinada com o argumento *ad hominem*, a fim de demonstrar, segundo seu ponto de vista, o quão censurável são os argumentos da agravada, devendo, por isso, ser reprimidos, chegando à conclusão de que a única tese a ser aceita é a do agravante, consistente na possibilidade da compensação.

22 – De todas as absurdas e desleais alegações da agravada, a maior reside na sua pretensão de impedir que o agravante disponha livremente de seus bens.

23 – Assim é que, a fls. 125/126, quis proibir o agravante de utilizar o crédito, em dinheiro, que possui junto a ela própria para quitar o débito decorrente deste processo, na modalidade de compensação, afirmando ser

²⁷² TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 120.

esse crédito impenhorável. Essa afirmação demonstra ainda total desconhecimento, quiçá proposital, da jurisprudência que trata do oferecimento de bens impenhoráveis pelo próprio titular do direito, uma vez que é válida a indicação à penhora, pelo devedor, de bens que a lei considera impenhoráveis em seu exclusivo interesse. (ANEXO – B)

Em razão do ridículo, no parágrafo 22, fica estabelecido o conflito entre aquilo que é comumente aceito, como a livre disposição de crédito pelo legítimo possuidor, e aquilo que é condenável, como alguém pretender determinar a maneira pela qual um possuidor de crédito deve dele dispor. A primeira postura, aceita pelo senso comum, é justamente a pleiteada pelo agravante, em oposição à segunda, imputada à agravada.

A fim de reforçar a ideia de que o comportamento da recorrida é contrário aos valores aceitos socialmente, portanto, condenável, o agravante utiliza ainda nesse parágrafo o argumento *ad hominem* e *ad personam*, na medida em que o enunciado proferido pelo recorrente de que são “absurdas e desleais as alegações da agravada” constituem, em certa medida, ofensas dirigidas à recorrida.

O agravante, no parágrafo 23, continua sua exposição apresentando os argumentos da agravada, com a intenção de desqualificá-los, e, conseqüentemente, reforçar a tese do período anterior. Para isso, mostra que a opinião da recorrida não pode ser admitida, porque levaria a uma conseqüência ridícula, conseqüência esta apresentada no parágrafo 22, que diz respeito ao titular de um crédito poder dispor livremente de seu patrimônio.

Assim, ao trazer a opinião da agravada segundo a qual o crédito em discussão era impenhorável, o agravante tem por objetivo demonstrar que essa tese não pode ser acatada, pois a conseqüência a que se chega ao admiti-la é ridícula, por tentar impedir o titular de um crédito de usá-lo como bem entender, até mesmo oferecendo-o à penhora.

Ainda no mesmo parágrafo, reforçando a tese da seção quanto à má-fé da agravada, o recorrente alega que a afirmação da recorrida no sentido de que o crédito é impenhorável constitui desconhecimento jurídico, empregando, pois, o argumento *ad hominem*, o qual é extrapolado para o argumento *ad personam* a

quando o agravante complementa, em grifo, que o desconhecimento jurídico da agravada é “quição proposital”.

Essa afirmação, de tonalidade irônica, leva a um argumento do dilema: ou a recorrida não tem conhecimento jurídico; ou o tem, mas maliciosamente sustenta tese juridicamente equivocada. Pelo contexto do discurso, percebe-se com clareza que o agravante entende existir má-fé da recorrida, daí porque sua afirmação consiste em ironia, empregada para sustentar o dilema e desqualificar o *éthos* da parte contrária.

Além disso, o agravante questiona a coerência da posição da agravada em relação à jurisprudência para evidenciar incompatibilidade entre o posicionamento defendido pela parte adversa e aquele expressado pelos tribunais, sobre a possibilidade de crédito listado como impenhorável ser oferecido à penhora pelo próprio titular, como ato de livre disposição do patrimônio.

O agravante, em tal parágrafo, vale-se do que Walton²⁷³ denomina *refutação circunstancial*, que “ocorre quando, por meio de argumentos válidos, uma crítica circunstancial é corroborada pela evidência de que o conjunto de proposições em questão faz parte do conjunto de comprometimentos do outro argumentador e implica uma contradição lógica”.

Os últimos parágrafos (25/28) que encerram a subseção ora analisada retomam o argumento desenvolvido no início dessa mesma parte sobre o fato de a agravada estar agindo com deslealdade e da má-fé por não reconhecer o crédito que o agravante possui junto a ela. Novamente, menciona as provas que formam o instrumento do agravo, recolhidas dos autos de primeira instância, a fim de demonstrar a incompatibilidade entre aquilo alegado pela recorrida e os fatos descritos, desestruturando o sistema, ao mostrar que as alegações da agravada colidem com a lógica dos fatos, sendo, por isso, ridículas.

²⁷³ WALTON, Douglas N. *Lógica informal*. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 220.

25 – Verifica-se, pois, a deslealdade processual e má-fé da agravada, fingindo desconhecer o crédito que o agravante possui junto a ela, chegando ao cúmulo de taxá-lo de “supostamente idôneo”, como se não existissem e de nada valessem a sentença, o acórdão e demais peças processuais a fls. 109/120.

26 – Faz ele de conta que não sabe que tramitou o processo 99.880670-6 perante a MM. 30ª Vara Cível desse Foro Central, na qual foi a parte autora; finge desconhecer o crédito – de maior valor – do agravante junto a ela; e assim age, mesmo após ter ciência expressa dessas peças processuais (r. despacho publicado em 12.5.2010).

27 – Chamar de “duvidosa idoneidade” (fls. 123) a sentença e o acórdão é, sem dúvida, desprezo total para com as decisões do Judiciário!

28 – Se agisse de boa-fé – mormente porque tem o dever legal de administrar a massa falida e, por isto mesmo, o dever de conhecer os créditos e débitos dela -, sequer deveria executar o valor desta ação – afinal, o crédito do agravante, líquido e certo, supera o que deve à agravada!

Assim, no parágrafo 25, ao explorar o argumento da agravada sob o ponto de vista do ridículo, o agravante aponta o aspecto estapafúrdio das considerações sustentadas pela parte adversa. Com isso, a intenção do agravante, em toda essa subseção, é a de persuadir os magistrados sobre a má-fé e deslealdade da agravada, tencionando a condenação dela por litigância de má-fé, inclusive, como pode ser visto na segunda *alínea* “b”, da seção “DO PEDIDO”. Por isso, os argumentos direcionados a desqualificar a agravada servem bem aos propósitos do agravante.

Nesse passo, o agravante vai construindo um *éthos* negativo da agravada, despido de credibilidade, a fim de excluir a legitimidade de sua opinião perante o auditório de magistrados em razão do esfacelamento de sua imagem. Ao enunciar os parágrafos 26 e 27, o agravante lhe imputa comportamentos processualmente condenáveis, como desobediência a decisões judiciais, fato que atinge diretamente o auditório, uma vez que este é formado por juízes, aplicadores da lei e responsáveis pelo seu cumprimento.

O uso da ironia nesses parágrafos, em especial na oração “Faz ele de conta que não sabe”, reforça essa construção negativa da imagem da agravada, na medida em que estabelece uma oposição entre aquilo que o agravante afirmar ser verdade e os argumentos da recorrida. Essa figura de linguagem se adéqua bem a esse momento

discursivo, principalmente porque a sua função é bivalente, haja vista ser possível, por meio dela, ao mesmo tempo defender-se e atacar os argumentos do adversário.

O agravante, com isso, elabora um cenário de incompatibilidade entre o comportamento imputado à agravada e aquele esperado pelos órgãos judiciais, com a finalidade de estabelecer uma indisposição do auditório para com a recorrida. Indisposição essa amplificada pelo medo com o qual agravante redige seu discurso, valendo-se de expressões irônicas como, por exemplo, “Faz ela de conta que não sabe”, ou “finge que desconhece o crédito”. Nessas frases, a figura de linguagem da ironia é empregada para evidenciar o dolo existente na conduta da recorrida, eivada de intenções desleais, sendo inviável sustentar o contrário.

A intenção, assim, é de persuadir os juízes de segunda instância, que decidirão o recurso, de que alegações como aquelas enunciadas pela recorrida são razões mais que suficientes para serem repreendidas pelo judiciário, por atentar contra o relevante interesse público do processo. Mesmo porque o juiz tem o dever de zelar por esse instrumento de pacificação social, como explica Humberto Theodoro Júnior²⁷⁴: “Para coibir a má-fé e velar pela lealdade processual, o juiz deve agir com poderes inquisitoriais, deixando de lado o caráter dispositivo do processo civil.”

Por fim, o parágrafo 28 encerra a subseção mediante o emprego do mesmo argumento presente no parágrafo 19, repetindo tanto o conteúdo como a técnica, isto é, o argumento da incompatibilidade, evidenciado a contradição existente entre a conduta da recorrida e o não reconhecimento do crédito do recorrente.

Nesse parágrafo, no entanto, o recorrente deixa de utilizar o termo “má-fé”, trazendo a presença do auditório o termo “boa-fé”. Assim, passa da acusação para o campo da hipótese, para mostrar que se a recorrida agisse de boa-fé, nem mesmo cobraria o recorrente, em razão da compensação dos créditos.

Nessa subseção, portanto, fica evidente a argumentação do recorrente no sentido de desqualificar tanto a recorrida quanto seus argumentos, com a finalidade de

²⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral processual civil e processo de conhecimento*. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 33.

persuadir os magistrados de que as alegações são ridículas e não devem ser levadas em consideração, porque são reflexos de má-fé e deslealdade processual.

Ainda na parte essencialmente argumentativa do recurso, o agravante passa a questionar, na subseção intitulada “DO EXCESSO DE EXECUÇÃO”, os cálculos apresentados pela agravada para executar o valor da condenação, bem como argumentar contra a decisão do juiz de primeira instância que deferiu os cálculos apresentados. Nesse momento, portanto, o agravante deixa de lado a tese de que seu crédito junto à agravada é legítimo, logo, passível de compensação, para sustentar seu entendimento sobre o valor correto do débito.

Ele inicia seu discurso narrando brevemente os fatos que subsidiam seu pedido de reforma sobre o valor da execução, conforme os parágrafos abaixo transcritos. Assim, mesmo que seja uma parte predominantemente argumentativa, o recorrente busca na narração retomar o tema apresentado no início do recurso, contextualizando a matéria para seu auditório, com referências temporais, a fim facilitar aos magistrados a busca na memória do assunto ora debatido.

DO EXCESSO DE EXECUÇÃO

29 – A r. sentença condenou o agravante no pagamento de honorários advocatícios no importe de R\$1.000,00.

30 – A agravada apresentou os cálculos no valor de R\$1.326,89 (fls. 128), com correção monetária e juros de 1% ao mês.

31 – Não há incidência de juros: a r. sentença nada dispôs a esse respeito.

Os parágrafos transcritos destinados à função narrativa são curtos, como visto anteriormente, mas nem por isso estão despidos de conteúdo e certa argumentação. São resultados de uma seleção feita pelo enunciador daquilo que considera mais importante para informar e esclarecer seu auditório. Mesmo porque, como explica Rodríguez²⁷⁵, “a narrativa que muito informa sobre aquilo que não é o cerne do conflito estabelecido também desconta a compreensão e o interesse do ouvinte.”

²⁷⁵ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 101.

Nesse relato só estão compreendidos os fatos juridicamente relevantes para o agravante, sendo eles: a sua condenação em honorários de sucumbência; o valor apresentado pela agravada para a execução da condenação; e a ausência de previsão na sentença sobre pagamento de juros. Por meio da narração, o orador constrói um silogismo que infere não ser possível a incidência de juros na sua condenação, visto que não há nada na sentença dispondo a respeito. Obviamente, por lhe ser argumento desfavorável, o agravante não cita entendimento jurisprudencial de que os juros são devidos independentemente de menção expressa na sentença.

Os próximos períodos dessa subseção almejam a persuasão dos magistrados sobre o excesso da execução no tocando aos juros. Para tal, utiliza-se de técnicas argumentativas específicas. Nos parágrafos 32 e 33, por exemplo, abaixo transcritos, há o uso do argumento da definição e da incompatibilidade, a fim de evidenciar o que o agravante já enunciara anteriormente: a contradição entre a sentença e o cálculo apresentado para execução.

32 – O objeto da execução é exclusivamente de verba honorária sucumbencial, sobre a qual não incidem juros, pela própria natureza da verba condenatória.

33 – No entanto, a r. decisão agravada decidiu que, *“No tocante aos juros, são devidos a partir do trânsito em julgado, oportunidade em que teve início a mora. Portanto, correto o cálculo apresentado pelo exequente.”*

O orador define a verba honorária como não passível de incidência de juros, conforme seus interesses no discurso. Com base em tal definição, mostra a incompatibilidade da decisão do magistrado que condena ao seu pagamento, o que não se harmonizaria com a essência desse instituto.

Ao rebater o argumento da decisão do juiz de primeira instância, sobre a aplicabilidade de juros na condenação de honorários de sucumbência, o agravante apresenta trechos de dois acórdãos retirados do Tribunal de Justiça de São Paulo, mesmo órgão responsável pelo julgamento do recurso ora analisado. Abaixo, seguem transcritos os parágrafos correspondentes:

34 – Esse E. Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de não ser possível a incidência de juros de mora sobre honorários advocatícios:

Apelação Cível – Ação Ordinária – Possibilidade de determinar à Administração Pública o fornecimento de medicamento prescrito por Médico – Incidência dos juros de mora sobre os honorários – Impossibilidade – Apelo provido em parte.

...

Com relação aos juros de mora, acredito que devem ser eles afastados, pois creio não incidir a verba honorária.

(TJ-SP; Apelação nº 726.672/8-00; Des. Relator Almeida Sampaio; julgado 9.4.08; publicado: 5.5.08)

35 – No mesmo sentido:

“Cumprimento de sentença - Sucumbência - Juros de mora sobre honorários advocatícios. Impossibilidade - Não há mora a justificar a inclusão - Verba fixada em percentual sobre o valor da causa atualizado desde a data da distribuição da ação - Cálculos corretos - Recurso improvido.

A questão a ser dirimida é se há, ou não, inclusão de juros de mora na espécie, que não foram expressamente referidos na sentença que ora se cumpre.

Embora o art. 293, do Código de Processo Civil determine que os juros de mora entendem-se compreendidos no principal, o caso em análise é diverso. A ação foi julgada improcedente e a condenação inclui apenas a sucumbência, que foi fixada em percentual incidente sobre o valor dado à causa devidamente atualizado.

Não há que se falar, portanto, em juros de mora incluídos no pedido principal, que era o de condenar o Agravante a pagar ao Agravado indenização por dano moral, e que foi afastado pela sentença.

A condenação in casu decorre da sucumbência, consoante previsão do art. 20 do Código de Processo Civil, que só ocorre no momento da sentença, de forma que não há que se falar em mora do vencido a justificar a inclusão dos juros.”

(TJ-SP; AI nº 615.792-4/7-00; Des. Relator Luiz Antonio Costa; julgado: 4.2.09; Dje: 13.2.09) (destaques do agravante)

36 – Portanto, ao contrário da r. decisão agravada, *data venia*, não há que se falar em juros de mora incidentes sobre honorários advocatícios, motivo pelo qual impõe-se sua reforma.

Nas supracitadas decisões judiciais, verifica-se a presença do argumento de autoridade e pelo modelo. A citação de jurisprudência configura intertextualidade, a voz do outro no discurso, a polifonia, características inerentes ao argumento de autoridade. Ademais, por se tratar de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, funciona como modelo.

Assim, ao trazer ao texto decisões provenientes do órgão responsável pelo próprio julgamento da sua causa, favoráveis à tese defendida, pretende o agravante que

aquele mesmo tratamento lhe seja também deferido. O parágrafo 36, em que o recorrente pleiteia a reforma da decisão do juiz de primeira instância em face dos trechos citados, evidencia tal posicionamento. A técnica utilizada nesses períodos, portanto, aproxima-se ao argumento da regra de justiça (*a pari*), porque, como explicam Perelman e Tyteca, a regra de justiça exige tratamento igualitário a situações que estão numa mesma categoria²⁷⁶.

A primeira citação (parágrafo 34) se coaduna com a tese do agravante, entretanto o mesmo não ocorre com a segunda decisão judicial citada (parágrafo 35). Isso porque, embora o recorrente afirme que ambas as citações possuem o mesmo sentido, fato é que a do parágrafo 35 apresenta uma posição diferente tanto daquela defendida pelo agravante como daquela apresentada pela decisão anterior.

A segunda citação não decide sobre a pertinência ou impertinência de os juros incidirem sobre honorários de sucumbência, mas sim se houve atraso para cumprimento da condenação. Por isso, antes de reforçar a tese do agravante, a passagem mostra-se como um argumento contrário, já que os juros só são afastados porque não se verificou, naquele caso, o atraso em seu pagamento. Isso não significa, como defendido pelo recorrente, a impossibilidade de aplicação de juros por ser condenação a honorários advocatícios, mas sim que não houve mora a ensejá-lo. Caso o relator tivesse verificado a mora naquele julgamento, teria decidido pela aplicação dos juros ao cálculo.

A citação desse trecho, portanto, compromete a sua argumentação, mas, principalmente, a coerência da sua tese sobre a impossibilidade de incidir juros em honorários de sucumbência. Ao colocar disposições contraditórias, desafinadas entre si, o agravante fere os princípios do raciocínio lógico, em que as proposições não podem se colidir.

Tal incoerência, embora debilite o potencial persuasivo, não chega a comprometer a essência da tese sustentada. Trubilhano e Henriques anotam que “incoerências há

²⁷⁶ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 248.

que por serem pequenas não viciam o texto por completo, sendo possível extrair-lhe o teor significativo, ainda que parcialmente prejudicado.”²⁷⁷

Na sequência, o recorrente redigiu o parágrafo 37, abaixo transcrito, fazendo um resumo das teses expostas na seção “DO DIREITO”. O efeito obtido pelo resumo está diretamente relacionado à valorização das ideias centrais do discurso, compondo adequadamente a peroração, nos termos apregoados pelo sistema retórico clássico.

Com isso, o agravante consegue fazer com que seus argumentos sejam revisitados, lidos novamente e até mesmo compreendidos sob outro ângulo.

37 – Em suma:

- a) o MM. Juízo *a quo* não pode, de ofício, decidir que não se aplica ao caso a compensação com base em premissa sequer invocada pela agravada, uma vez que essa matéria não é de ordem pública;
- b) é perfeitamente legal o oferecimento de seu crédito de honorários advocatícios, na modalidade da compensação, para extinguir seu débito junto à agravada, como disposto expressamente no art. 368 do Código Civil;
- c) o crédito é representado por dinheiro, obedecendo assim a ordem prevista no art. 655, I, do Código de Processo Civil;
- d) esse crédito é da mesma natureza do que a agravada está executando;
- e) a compensação, como causa extintiva da obrigação, está prevista como fundamento da impugnação (CPC – art. 475-L, VI);
- f) a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é tranqüila quanto a ser possível oferecer crédito do devedor a seu credor, para a extinção da obrigação, classificando-o em primeiro lugar na gradação do art. 655 do CPC;
- g) a agravada tem o dever legal de saber que o agravante é seu credor; e mesmo que desconhecesse esse fato, não pode chamar de “duvidosa idoneidade” a sentença, o acórdão e demais peças processuais comprobatórias do crédito do agravante;
- h) há excesso de execução, porque a agravada incluiu juros de mora (20%) em seus cálculos, o que não está de acordo com a r. sentença (fls. 94), que só previu correção monetária, e também com a jurisprudência pacífica desse E. Tribunal;
- i) há excesso de execução, porque a agravada usou índice inicial dos seus cálculos (fls. 128) o de junho/2008, sendo correto pp de julho/2008 (39,025474) – não pode haver correção a partir de junho/2008, porque a

²⁷⁷ TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação*: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 222.

data da sentença é de 30 de junho de 2008 (último dia do mês) e, em seus exatos termos, “*correção monetária a partir da presente data*”.

A expressão “Em suma”, posta anteriormente às alíneas, demonstra ao auditório que se trata de peroração. Essa técnica se mostra ainda mais adequada por se tratar de um recurso judicial complexo, constituído por várias laudas, de modo que a retomada dos principais argumentos desenvolvidos durante o texto possibilita ao receptor lembrar os pontos essenciais da tese. O resumo “consiste em sintetizar uma noção desenvolvida, para torná-la mais identificável, compreensível, memorizável”²⁷⁸.

Sendo, então, o resumo uma reiteração de argumentos já desenvolvidos, há de se presumir que todas as alíneas remetam a importantes momentos discursivos. Porém, a alínea “i” aparece como argumento novo, ainda não tratado pelo agravante nas subseções anteriores. Como discorre também sobre excesso de execução, melhor seria se o prazo em que ocorre a aplicação de juros fosse discutido no mesmo instante em que discutia a impossibilidade da incidência dessa condenação aos honorários de sucumbência.

A próxima seção, denominada “Do Pedido De Antecipação dos Efeitos da Tutela Recursal”, ainda encontra-se na parte argumentativa do agravo de instrumento e diz respeito à liminar pleiteada pelo agravante requerendo o efeito suspensivo ao recurso interposto. Melhor explicando, a interposição do agravado de instrumento não possui o efeito de suspender o andamento do processo, no entanto, o legislador conferiu ao relator a faculdade de atribuir-lhe esse efeito quando a parte interessada demonstrar relevante fundamentação de que a manutenção da decisão de primeira instância poderia acarretar dano irreparável ou de difícil reparação, como elucida Humberto Theodoro Júnior²⁷⁹:

A pretensão deverá, desde logo, manifestar-se como escorada em motivos reveladores de fundamentos convincentes e relevantes, capazes de evidenciar a verossimilhança do direito da parte e a intensidade do risco de lesão séria (isto é, de ‘dano grave e de difícil reparação’).

²⁷⁸ MEYER, Bernard. *A arte de argumentar*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

²⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral processual civil e processo de conhecimento*. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 552.

Os argumentos nessa seção são construídos no sentido de persuadir o magistrado relator, cuja função também é a decidir preliminarmente sobre o efeito do recurso, de que mantida a decisão de primeira instância, que julgou improcedente a compensação e pronunciou-se favorável a expedição e expropriação pela penhora dos bens do executado, ora recorrente, haverá perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Trata-se de uma tese analisada ainda na ocasião do recebimento do recurso e, se acatada, tem o condão de suspender a decisão do juiz de primeira instância até o julgamento final do recurso pelos desembargadores. Por isso, os argumentos que a sustentam além de relevância devem ser construídos com acuidade. No entanto, o agravante não empregou relevantes esforços discursivos para persuadir o relator, fazendo seu pedido de antecipação parcial dos efeitos da tutela de modo superficial e com argumentos pouco desenvolvidos. Abaixo segue o trecho da seção analisada:

Do Pedido De Antecipação dos Efeitos da Tutela Recursal

38 – Tendo em vista que já houve bloqueio de contas bancárias do agravante e a fim de se evitar novas constrições judiciais de seus bens, pede a atribuição de efeito suspensivo, na forma do art. 527, III, do CPC.

39 – Note-se que o autor está na iminência de sofrer dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que a agravada requereu a fls. 141, evidentemente para fins de expropriação, a expedição de ofício ao DETRAN e à Receita Federal do Brasil, a fim de que informem a existência de bens em nome do agravante.

40 – Ressalta-se que a própria r. decisão agravada já determinou a requisição das referidas informações através do sistema INFOJUD e, que ao DETRAN, cientificou a agravada de que esta pode diligenciar diretamente em busca de informações, sem necessidade da expedição de ofício.

41 – Demonstrados, assim, os requisitos para a sua concessão, requer a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso.

Acerca do pedido de antecipação de tutela recursal, ou mesmo dos seus efeitos, consoante seção ora analisada, em que há a necessidade de demonstrar risco de dano irreparável ou de difícil reparação caso seja mantida a decisão de primeira instância até julgamento final do recurso, o argumento pragmático costuma mostrar-se adequado para cumprir com eficiência os propósitos discursivos, já que por essa técnica é possível analisar um fato ou ação segundo as suas consequências.

Isso porque o argumento pragmático leva à apreciação do relator uma causa, consistente na decisão do juiz de primeira instância, e a sua consequência, correspondente ao dano irreparável ou de difícil reparação que a parte sofrerá em razão desta decisão. Significa dizer que o relator aprecia a tese de antecipação de tutela e de seus efeitos considerando as consequências desfavoráveis que a parte terá de suportar se mantida a decisão de primeiro grau até o julgamento final do recurso.

Na seção ora analisada, embora não o explore profundamente, o agravante vale-se do argumento pragmático, transferindo para a sua causa de pedir o valor da consequência de sua tese. Como causa ele menciona a decisão que determinou o bloqueio e constrição de parte de seu patrimônio, bem como expedição de mandado junto a órgãos públicos para levantamento de bens para satisfazer a penhora; como consequência, argumenta pelo dano irreparável ou de difícil reparação que sofrerá caso a decisão continue a produzir efeitos até o julgamento final do recurso.

Porém, como mencionado, para que haja a concessão desse tipo de pedido, há necessidade de se demonstrar fundamentação relevante quanto ao dano. Embora enuncie no parágrafo 41 ter demonstrado cumprir todos os requisitos impostos para concessão do efeito suspensivo, o agravante parece não ter alcançado isso, pois o fato de apenas mencionar a existência de “dano irreparável e de difícil reparação” não constitui fundamentação relevante.

Da forma como enunciado no parágrafo 39, a consequência do dano se caracterizaria pelo requerimento para expedição de ofício para que se possa efetivar a penhora, enquanto, na verdade, essa nada mais é do que a causa do dano e não a sua consequência. Desse modo, falta ao argumento do agravante fundamentação relevante para compor a sua tese, requisito imprescindível para formar sua argumentação e cumprir as exigências jurídicas. Nesse sentido, mostra-se frágil a argumentação realizada para persuadir o relator a conceder o pleito de antecipação parcial dos efeitos da tutela.

A próxima e derradeira parte, intitulada “DO PEDIDO”, desempenha papel conclusivo para o discurso, pois encerra um raciocínio final, apresentando aos magistrados de modo direto quais os pedidos do agravante ao interpor o recurso, já que contém as causas de pedir apresentadas na parte argumentativa. Cabe dizer que a existência de pedidos explícitos, além da função discursiva, é exigência da lei, de modo que tais pedidos devem necessariamente decorrer, de modo lógico e coerente, dos fatos e das causas de pedir anteriormente apresentadas. Abaixo segue o trecho transcrito:

DO PEDIDO

Requer o provimento do presente agravo a fim de reformar a r. decisão agravada, para os seguintes fins:

- a) acolher a impugnação apresentada pelo agravante, extinguindo-se a obrigação em razão da compensação, considerando que o crédito oferecido à agravada é dinheiro e, na forma do art. 655 do CPC, tem preferência na penhora, invertendo-se, conseqüentemente, os ônus de sucumbência;
- b) cancelar as penhoras feitas *on line*, pelo convênio Bacen-Jud, comunicando os bancos correspondentes para a imediata suspensão dos bloqueios realizados;
- b) condenar a agravada nas penas máximas de litigância de má-fé por fingir desconhecer a exigibilidade do crédito oferecido em penhora; por não reconhecer sentença, acórdão e o trânsito julgado da decisão judicial que originou o crédito objeto da compensação; por apresentar manifestação ciente de ser destituída de fundamento, contra fato incontroverso; por ter obrigação legal de conhecer os débitos da massa falida que representa, e por cobrar valor de juros inexistentes no título judicial que executou.
- c) subsidiariamente, se não acolhida a impugnação do agravante, que seja determinada a exclusão dos juros de mora dos cálculos feitos pela agravada, uma vez que estes não incidem sobre honorários advocatícios, consoante jurisprudência sedimentada desse E. Tribunal.

Como se vê nas alíneas acima transcritas, os pedidos constituem corolário dos fatos, teses e causas de pedir expostos no corpo do discurso. Não são, pois, pedidos novos, mas sim reiteração das vontades já apontadas nas seções anteriores.

Assim, nas duas primeiras alíneas (“a” e “b”), o agravante traz à luz o pedido para que seja a compensação aceita e, conseqüentemente, para que haja o cancelamento da penhora e a inversão da sucumbência. Na terceira alínea, é realizado o pedido para condenação da agravada em litigância de má-fé.

Por fim, a última alínea diz respeito à tese que questiona os juros no cálculo da execução. É subsidiária, como o próprio agravante coloca em seu discurso, porque só será apreciada caso os pedidos feitos nas duas primeiras alíneas sejam rejeitados, ou seja, caso não haja a reforma da decisão no sentido de aceitar a compensação.

Embora haja equívocos na enumeração das alíneas, com repetição da letra “b”, o agravante encerra seu discurso de acordo com as normas discursivas esperadas, atribuindo ao final do texto as usuais informações de local e data, bem como assinatura acompanhada do número da inscrição da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), cumprimento as exigências formais da espécie recursal interposta.

De todo o exposto acerca do agravo de instrumento, conclui-se que possui natureza discursiva complexa, por envolver uma série de formas e condições a serem cumpridas, e visa à persuasão de magistrados de segunda instância para reforma de decisão interlocutória proferida por juiz de primeira instância.

No agravo de instrumento, ora analisado, embora haja desvio de alguns requisitos formais, como, por exemplo, ausência de separação nítida entre peça de interposição do recurso e as razões recursais, de modo geral, o agravante atende aos requisitos estruturais esperados na confecção dessa espécie de recurso, como a qualificação das partes, nomeação do recurso, a divisão entre matéria de fato e de direito, divisão em seções e subseções da parte argumentativa, paragrafação enumerada e pedido.

O conteúdo é desenvolvido progressivamente, com reiteraões pontuais e convenientes, sem repetições desnecessárias. Quanto aos argumentos, há variedade tanto do teor como do método, desde os fatos até os pedidos, de modo que o agravante consolida as teses apresentadas no recurso por meio do uso de técnicas argumentativas como o argumento de incompatibilidade, do ridículo, a *fortiori*, de autoridade, pelo modelo, pragmático, *ad hominem*, *a pari* e *ad personam*.

Em geral, obedece aos princípios aristotélicos do sistema discursivo retórico, contendo *inventio*, *dispositio* (exórdio, narração, argumentação e peroração) e

elocutio. O orador busca, também, desqualificar o *éthos* da agravada, atribuindo-lhe condutas desleais e maliciosas. O raciocínio lógico é respeitado, com pequenos desvios de coerência que não chegam a promover a ruptura do *éthos* do orador. O *páthos*, por outro lado, praticamente não é explorado, uma vez que a matéria debatida não constitui campo fértil para argumentos subjetivos.

13.3 TABELAS DE INCIDÊNCIA DE RECURSOS RETÓRICOS

TABELA 5 - PARTES DO DISCURSO

<i>DISPOSITIO</i>	PÁGINA	PARÁGRAFO
Exórdio	1	1-4
Narração	1	4
Narração	2-3	12-20
Argumentação	3-7	22-38
Narração	6	51-53
<i>Peroratio</i>	7	61-70
Argumentação	8	71-75
<i>Peroratio</i>	8	76-81

TABELA 6 - PROVAS ARTÍSTICAS DO DISCURSO

TIPOS DE PROVAS	PÁGINA	PARÁGRAFO
Construção do <i>éthos</i>	1	1-4
<i>Lógos</i>	1	5
<i>Lógos</i>	1	6
<i>Lógos</i>	1	7
<i>Lógos</i>	1	8-10
Construção do <i>éthos</i>	2	11-19

<i>Éthos</i> positivo	2	15-17
<i>Éthos</i> negativo (da agravada)	4-6	33-49
<i>Lógos</i>	4	34

TABELA 7 - TÉCNICA ARGUMENTATIVA

ARGUMENTO	PÁGINA	PARÁGRAFO
Polidez	3	21
<i>A fortiori a minori ad maius</i>	3	25-29
Da definição	3	25-26
De autoridade	3	25
Polidez	3	24-25
<i>Ad hominem</i>	3	29
De incompatibilidade	3	28
De autoridade	3-4	30-31
Pelo modelo	3-4	30-31
<i>A fortiori a maiori ad minus</i>	4	34-36
<i>Ad personam</i>	4	37
Do ridículo	4	37
<i>Ad hominem</i>	4	38
De incompatibilidade	4	38
<i>Ad hominem</i>	4	38
<i>Ad personam</i>	4	38
Pragmático	4	38
De autoridade	4-5	39-41
De definição	4-5	39-41
Por analogia	4-5	39-41
Pelo modelo	4-5	39-41
<i>Ad hominem</i>	5	42

<i>Ad hominem</i>	5	43
<i>Ad personam</i>	5	42
<i>Ad personam</i>	5	43
Do ridículo	5	42
Pelo dilema	5	43
De incompatibilidade	5	41-43
De incompatibilidade	5	46
De incompatibilidade	5	47
De incompatibilidade	6	48-49
Do ridículo	4-6	33-51
De incompatibilidade	6	54-55
Definição	6	54-55
<i>A pari</i>	6-7	56-60
De autoridade	6	56-57
De autoridade	6-7	58-60
Pragmático	8	72-75

TABELA 8 - FIGURAS DE LINGUAGEM

FIGURAS	PÁGINA	PARÁGRAFO
Eufemismo	2	18
Eufemismo	3	21
Eufemismo	3	24
Eufemismo	3	25
Hipérbole	4	39
Ironia	4	42
Ironia	4	43
Ironia	4	46
Ironia	4	47

CAPÍTULO 14. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

14.1 TRANSCRIÇÃO

PÁGINA 1

1 **EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DE SÃO PAULO-SP**

2 **Carta de sentença**

Autos nº 583.00.2011.185508-6 (1615/2011)

3 **COOPERATIVA HABITACIONAL DOS BANCÁRIOS DE SÃO PAULO – BANCOOP**, por seus procuradores, nos autos da ação em epígrafe, movida por **MARTA DURANTE**, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, opor os vertentes **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, em face da respeitável decisão proferida por este MM. Juízo, o que faz com fulcro no artigo 535 do Código de Processo Civil.

4 No dia 14 de março de 2012 foi disponibilizada a seguinte decisão interlocutória no diário de justiça eletrônico.

5 ***“Despacho Proferido.***

Vistos. Cuida-se de pedido de execução provisória de sentença. INTIME-SE à parte ré para pagamento, na pessoa de seus advogados, para que efetue o pagamento da multa no

prazo de 10 (dez) dias, sob pena de prosseguimento na fase do art. 475-J do Código de Processo Civil (art. 475-O do Código de Processo Civil). No mesmo prazo, deverá a ré entregar o termo de quitação e proceder à outorga de escritura definitiva, mediante constituição de garantia sobre os direitos à aquisição da unidade habitacional mencionada nestes autos. Int”.

PÁGINA 2

6 *Data maxima venia*, em que pese a cultura e indiscutível conhecimento jurídico deste Ilustre Magistrado, entende a Embargante que a r. decisão acima transcrita encontra-se maculada pelos vícios da **obscuridade, contradição e omissão**, conforme passamos a demonstrar:

7 Execução provisória

8 Inicialmente cumpre observar que realmente houve o julgamento dos embargos de declaração opostos pela Bancoop em face do v. acórdão que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela Cooperativa.

9 Contudo, persistindo algumas omissões, contradições e obscuridades, fez-se necessária a oposição de novos embargos de declaração pela Bancoop, os quais ainda não foram julgados pela C. Quarta Câmara de Direito Privado de E. Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme documento anexo.

10 Assim, *data maxima vênia*, faz-se necessário pelo menos o esgotamento da jurisdição do E. Tribunal de Justiça, com julgamento dos novos embargos de declaração opostos, para que se possa admitir o início da

execução provisória.

- 11 Aliás, é bom que se diga, o próprio Exequente, manifestou seu interesse em aguardar o julgamento dos embargos de declaração, para que se desse início a execução provisória, conforme trecho abaixo transcrito da petição de fls.
- 12 *“No entanto, por EXTREMA CAUTELA, a parte exequenda sugere a suspensão deste feito até que seja proferida decisão nos Embargos Declaratórios, isso no **caso excepcional deste juízo assim considerar necessário**”.*

PÁGINA 3

- 13 Dessa forma, entende a Executada que a r. decisão de fls. deve ser integrada determinando-se a suspensão da presente execução provisória até o julgamento dos novos embargos de declaração opostos.

Multa 475-J do CPC

- 14 Ademais, como bem observado por Vossa Excelência, trata-se a presente demanda da execução provisória e como tal, não incide a multa de 10% prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil, conforme entendimento pacífico do E. STJ:
- 15 **“A jurisprudência do STJ firmou entendimento de que a multa disposta no art. 475-J não tem aplicabilidade à hipótese de execução provisória ante a inexistência de decisão transitada em julgado. Sendo assim, subsiste o direito do devedor de recorrer de tal penalidade”** (STJ - EDcl nº 1.122.725/SP –

Relator Ministro João Otávio de Noronha - j. 04.05.2010).

16 **Sobre a caução**

17 Sem prejuízo, restou **omissa** ainda a r. decisão no que diz respeito à necessidade de **representação de caução suficiente e idônea** para que se processe a presente execução provisória.

18 Isso porque, segundo prescreve o Art. 475-O do Código de Processo Civil, é certo que a execução provisória corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que deve prestar **caução idônea e suficiente** sempre que esta importe na prática *“de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado”*.

PÁGINA 4

19 É justamente o caso dos autos, em que o Exequente pretende seja a Executada condenada a pagar multa, entrega do termo de quitação e outorga de escritura pública definitiva.

20 Ora, o inciso III do artigo 475-O do Código de Processo Civil expressamente prescreve que:

21 “Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

(...)

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais

possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos”.

22 Desta forma, tendo em vista tratar-se de execução provisória, requer-se respeitosamente a integração da r. decisão agravada, para efeito de sanar a omissão verificada e, nos termos do art. 475-O do CPC, **determinar ao Exequente que preste a competente caução idônea e suficiente para dar continuidade à presente medida.**

23 Aliás, já se manifestou o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acerca da necessidade de caução nas execuções provisórias que importem em ato de alienação de propriedade, numa ação inclusive que a Bancoop também é executada, nesse sentido:

24 **“EXECUÇÃO PROVISÓRIA. Outorga de escritura. Necessidade de caução idônea. Ato que importa alienação de propriedade. Art. 475-O CPC. Recurso provido”.** (AI nº 02755737-45.2011.8.26.0000.

PÁGINA 5

Desembargador relator Fábio Quadros da Colenda Quarta Câmara de Direito Privado do TJ SP. Data do julgamento 02/02/2012).

25 É bom que se diga que o Exequente em sua inicial ofereceu “*como CAUÇÃO IDÔNEA a este juízo GARANTIA REAL HIPOTECÁRIA a ser constituída no mesmo ato contínuo à outorga da escritura, em favor deste juízo, e no valor controvertido correspondente ao rateio (doc anexo) atualizado pela tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,*

com cálculo a ser apresentado pela própria executada”.

26 Contudo, cumpre ressaltar que na ação principal discutiu-se a validade da cobrança do resíduo e, em sendo este inexigível, que fosse outorgada a escritura em favor do Exequente.

27 Ora, e em sendo declarada a inexigibilidade dos valores cobrados pela Bancoop à título de aporte final, determinou-se a outorga da escritura pública.

28 Entretanto, as ações declaratórias produzem efeitos apenas quando do seu trânsito em julgado e, como a condenação da Bancoop em outorgar a escritura pública tem como base uma sentença declaratória (que declarou inexigíveis os valores cobrados), a outorga de escritura pública antes do trânsito em julgado da sentença é no mínimo temerária.

29 Ademais, o imóvel oferecido pelo Exequente não está livre e desimpedido, muito pelo contrário, existe uma séria controvérsia acerca da quitação do preço imóvel.

30 Além disso, mesmo hipotecado, o imóvel poderá ser transferido a terceiros, o que criará, no caso de modificação do julgado pelo

PÁGINA 6

A. STJ, uma grande dificuldade para a Cooperativa em reaver o imóvel se este estiver nas mãos de terceiros.

31 Por fim, cumpre observar que a procuração de fls. outorgada pelo Exequente em favor de seu patrono, não inclui o poder específico para que

este possa oferecer o imóvel como garantia.

32 Assim, caso Vossa Excelência integre a r. decisão, determinando a prestação de caução pelo Exequente, para que o imóvel possa ser oferecido em garantia, deve ser juntada procuração com poderes específicos para a prática desse ato, assinada inclusive por cônjuge do Exequente, se houver.

33 **Sentença ilíquida – impossibilidade de cumprimento integral do requerido**

34 Pretende o Exequente com a presente execução provisória, entre outras coisas o:

35 ***“Pagamento de multa, em favor dos associados da autora, no valor equivalente a 10% (dez por cento) das quantias por eles pagas pelas unidades adquiridas”.***

36 Ou seja, que a Bancoop efetue o pagamento de multa de 10% sobre o valor efetivamente pago pelo Exequente para a aquisição de seu imóvel. **Entretanto, impossível o cumprimento desse requerimento pela simples impossibilidade de ciência do valor devido.**

37 Ora Excelência, aprende-se que essa parte da condenação é ilíquida e, em que pese entendimento ao contrário, deveria o Exequente ter iniciado a liquidação da sentença, nos termos do disposto no artigo 475-A do CPC, para que se pudesse verificar quanto devido.

38 Contudo, caso Vossa Excelência entenda dispensável a liquidação da sentença, visto que simples cálculo aritmético servirá para indicar o valor da condenação, insta salientar que a Exequente violou então o artigo 475-B do CPC, a saber:

39 “Art. 475-B. ***Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo***”.

40 Ora Excelência, inexistindo pedido para a liquidação da sentença,
bem como ausente memorial de cálculo, resta clara a impossibilidade da
Executada em efetuar o pagamento da multa pela simples ausência do
quanto devido.

41 **Pedido**

42 Por todo o exposto, requer-se que Vossa Excelência digne-se a receber os presentes Embargos de Declaração, para o fim de sanar os vícios retro apontados, integrando-se, assim, a r. decisão embargada, pois somente assim prevalecerá a sempre lúdima e soberana **Justiça!**

43 São Paulo, 19 de março de 2012.

44 Fabio da Costa Azevedo
OAB/SP 153.384

Danilo Shindi Yamakishi
OAB/SP 288.942

14.2 ANÁLISE

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Cooperativa Habitacional dos Bancários de São Paulo (Bancoop) – entidade constituída para atender interesses habitacionais da categoria profissional dos bancários de São Paulo, Osasco e Região – contra decisão de cumprimento provisório de sentença, proferida nos autos do processo nº 0185508-30.2011.8.26.0100, movido por Marta Durante, possível associada dessa cooperativa.

A peça é assinada por dois advogados com inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) na Seccional de São Paulo, tendo um deles ao menos quatorze anos de exercício da profissão e ou outro quase quatro anos, como pode ser verificado pelos seus números de inscrição no respectivo órgão. Compõem o quadro de advogados de um escritório com aproximadamente duas décadas de existência, sendo possível concluir tratar-se de profissionais experimentados no ofício da advocacia.

A motivação da embargante na oposição do recurso foi a de requerer, ao mesmo juiz que prolatou a decisão em fase de execução provisória da sentença, a integração e o esclarecimento do pronunciamento judicial que determinou a entrega do termo de quitação, a outorga da escritura definitiva da unidade habitacional objeto do litígio e o pagamento de multa.

O momento processual em que esses embargos foram opostos diz respeito à fase de cumprimento da sentença, ou seja, já houve decisão sobre o litígio envolvendo as partes, condenando a embargante na obrigação de entregar o termo de quitação, outorgar a escritura definitiva de unidade habitacional e pagar multa, sendo o cumprimento da sentença a fase em que a parte é intimada para cumprir o decisório.

Cumprir esclarecer que o cumprimento da sentença pode ser definitivo, quando não houver recurso interposto contra a sentença, operando-se trânsito em julgado da decisão, ou pode ser provisório, nos casos em que a sentença é impugnada por recurso ainda pendente sem que haja a suspensão dos efeitos da sentença, podendo, assim, ser executada provisoriamente.

Para os casos de cumprimento provisório de sentença, a legislação processual civil previu, dentre outras normas, que a execução deverá correr por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, assim como tornará sem efeito a execução se o recurso que estava pendente modificá-la ou anulá-la, e, por fim, que haverá necessidade de prestar caução suficiente e idônea nos casos em que a execução recair sobre levantamento de depósito em dinheiro e de prática de atos que importem alienação de propriedade sobre os bens do exequendo²⁸⁰.

O recurso ora analisado, portanto, são embargos de declaração opostos contra a decisão que intimou a embargante a cumprir provisoriamente a sentença. Decisão esta que versa sobre alienação de propriedade acerca de bem da embargante, também exequente, já que lhe determinava, dentre outras obrigações, a outorga da escritura definitiva da unidade habitacional litigada. Em razão desse contexto jurídico, a execução da sentença no presente caso deverá atender às normas processuais específicas, como apresentado no parágrafo anterior.

Assim, o conteúdo dos embargos de declaração opostos será direcionado ao esclarecimento e integração dos requisitos impostos pela decisão judicial no cumprimento da sentença provisória. À luz do caráter provisório da execução, discutem-se no recurso a imposição de multa pelo não cumprimento da decisão; a caução a ser prestada pela embargada, tendo em vista a execução recair sobre alienação de bem; e o valor da multa pleiteado pela embargada, por não constar tal determinação na decisão para o qual foi intimada a cumprir. Esses são os tópicos que, na perspectiva da embargante, ficaram omissos, obscuros ou contraditórios na decisão do juiz.

²⁸⁰ Preceitua o art. 475-O, do Código de Processo Civil que: “A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

- I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;
- II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;
- III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.”

Visto que a finalidade dos embargos de declaração é requerer o esclarecimento ou integração de decisão que tenha sido proferida de modo obscuro, omissa ou contraditório²⁸¹, não se trata de recurso destinado à reforma de um pronunciamento judicial, prestam-se à função de revisão, porque dirigidos ao mesmo juiz que o prolatou. Sobre os embargos de declaração Montenegro Filho elucida que:²⁸²

Quando a decisão apresenta-se incompleta por não ter enfrentado ponto relevante do processo, ou por haver contradição entre os seus requisitos essenciais (relatório, fundamentação e dispositivo), é necessária a interposição do recurso de embargos de declaração, com o objetivo de que o pronunciamento recursal (a resposta apresentada à espécie utilizada pela parte) integre-se à decisão objeto da irrisignação, completando-a na sua forma e no seu conteúdo.

Como possuem finalidade e características próprias e circulam num contexto judicial específico à sua função, os embargos de declaração resultam numa forma padrão relativamente estável de enunciado, podendo-se dizer que constituem uma espécie própria do discurso jurídico em sede recursal, cujo traço marcante é o pedido, à mesma autoridade prolatora, que esclareça sua decisão, se obscura ou contraditória, ou a integre, se omissa.

Sob o ponto de vista textual, os embargos de declaração têm natureza de requerimento, pois pleiteiam ao juiz da causa uma revisão de seu pronunciamento, embora não visem à modificação do mérito da decisão. Afastam-se, portanto, dos recursos de apelação e de agravo de instrumento, uma vez que estes são dirigidos à instância superior a fim de que a decisão atacada seja modificada em seu mérito.

Há, no entanto, características comuns entre os embargos de declaração e as outras peças recursais, como, por exemplo, necessidade da forma escrita para sua interposição, atendimento à norma padrão culta e adequação à linguagem jurídica, principalmente, no que tange aos aspectos de correção, clareza, denotação e repertório vocabular específico.

²⁸¹ Segundo o art. 535 do Código de Processo Civil: “Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.”

²⁸² MONTENEGRO FILHO, M. *Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2. p. 15.

Esses elementos podem ser verificados no recurso ora analisado. Trata-se de uma peça escrita, direcionada ao juiz da causa, atendendo à norma padrão culta e à linguagem jurídica. Segue, também, a forma preconizada pelo costume jurídico e reiteradamente trazido nos manuais de redação forense para esse gênero discursivo, como sendo uma peça simples, que visa à celeridade e à precisão, sem necessidade de peça de interposição, qualificação completa das partes e divisão entre matéria de fato e de direito.

Essa simplicidade dos embargos de declaração está relacionada ao fato de o recurso ser interposto na mesma instância judicial, diante de um magistrado já conhecedor dos autos, não havendo necessidade de rememorá-los, ou mesmo apresentar sucintamente os fatos e direitos já debatidos. Isso porque o juiz incumbido do julgamento dos embargos já está contextualizado com o caso em litígio, mostrando-se contraproducente e desnecessária a confecção de laudas destinadas a relatar aquilo que já é de seu conhecimento e que consta nos próprios autos.

Como a decisão é reapreciada pelo mesmo magistrado, o qual já conhece o orador e aspectos de seu discurso, há um *éthos* prévio, de modo que para o juiz (auditório dos embargos de declaração) já está construída a imagem do autor do discurso mesmo antes de ele ser proferido. Assim, o discurso da embargante contribui mais para a reafirmação de um *éthos* pré-existente do que para esculpir nova imagem pelo discurso, como pode ocorrer nos casos de apelação e agravo de instrumento.

Além disso, a matéria dos embargos está circunscrita à decisão proferida, não lhe sendo permitido aventar questões estranhas ao pronunciamento judicial, ou mesmo pleitear pela sua reforma, porque, como esclarece Araujo Júnior²⁸³, “os embargos de declaração não são o meio adequado para impugnar o mérito da decisão judicial ou levantar questões novas”, mas tão somente para requerer o complemento ou esclarecimentos de aspectos da decisão que tenham ficado omissos, obscuros ou contraditórios.

²⁸³ ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. *Prática no Processo Civil*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 747.

O discurso elaborado nesse tipo de recurso judicial, sob o ponto de vista da organização interna, tende a ser dividido segundo os componentes da *dispositio*, uma das quatro partes do discurso retórico descritas por Aristóteles. Portanto, apresenta exórdio, narração, argumentação e peroração. Todas essas partes, no entanto, mostram-se bem compactas, em razão da simplicidade, característica típica dos embargos. No recurso analisado, por exemplo, a parte mais extensa é a da argumentação, desenvolvida em cinco laudas, das sete que compõem todo o discurso.

A primeira parte dos embargos de declaração ora analisados corresponde ao exórdio, momento destinado a despertar a benevolência do auditório, aproximando-o do orador. Como no caso em questão trata-se de auditório e orador já conhecidos, o exórdio, embora não seja suprimido, é feito de modo sucinto, garantido apenas as condições mínimas prévias para iniciar o discurso: evocação do juiz da causa, indicação da fase e do número dos autos do processo, qualificação das partes e identificação da modalidade recursal com o artigo de lei no qual se baseia, conforme pode ser verificado na transcrição abaixo.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA
CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DE SÃO PAULO-SP**

Carta de sentença

Autos nº 583.00.2011.185508-6 (1615/2011)

COOPERATIVA HABITACIONAL DOS BANCÁRIOS DE SÃO PAULO – BANCOOP, por seus procuradores, nos autos da ação em epígrafe, movida por **MARTA DURANTE**, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, opor os vertentes **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, em face da respeitável decisão proferida por este MM. Juízo, o que faz com fulcro no artigo 535 do Código de Processo Civil. (ANEXO – C)

Desde o início do discurso ora analisado é possível perceber uma característica típica dos embargos: a polidez com que o orador trata tanto o magistrado quanto a sua decisão, mesmo que o pronunciamento, em certa medida, vá de encontro ao que é defendido pela parte recorrente. Ainda que a polidez seja verificável na maioria dos recursos judiciais, nos embargos de declaração, ela tende a exercer importância argumentativa, pois o recurso será analisado pelo mesmo juiz que proferiu a decisão combatida.

A figura de linguagem mais comum nos embargos de declaração é o eufemismo, a qual costuma ser verificada nas vezes em que a polidez é empregada no discurso. Isso porque o eufemismo tem a função de substituir termos tidos por ofensivos ou desagradáveis, por outros de carga semântica mais tênue, isto é, por expressões mais brandas, agradáveis e sutis. Por meio dessa estratégia, preserva-se a face do enunciatário, ou seja, evita-se o ataque direto ao julgador que proferiu a decisão, o qual será o mesmo julgador do recurso de embargos de declaração.

Fávero, Andrade e Aquino²⁸⁴ entendem que, embora seja concebida como norma social imposta pela comunidade, a polidez está também atrelada à língua, constituindo expressão linguística reconhecida socialmente. Nesse sentido, seria possível conceber a polidez como estratégia argumentativa, como explicam as mesmas autoras no trecho a seguir:

Podemos afirmar que a comunicação verbal é uma atividade intencional dirigida para a obtenção de determinado objetivo e o uso adequado da linguagem pode constituir um elemento determinante para o êxito do objetivo pretendido. O locutor deve, assim, levar em conta que seu enunciado esteja de acordo com suas intenções e, principalmente, com a categoria e o papel de seu interlocutor. Portanto, o uso conveniente de todos os meios de que a linguagem dispõe é fator primordial para a manutenção de uma interação cordial, especialmente quando o falante deve enfrentar um conflito entre seus objetivos e os de seu interlocutor e quer, muitas vezes, não romper suas boas relações. Neste sentido, a polidez pode ser entendida como um conjunto de estratégias discursivas destinadas a evitar ou amenizar o conflito.²⁸⁵

Assim, a presença de polidez nos embargos de declaração, como na peça ora analisada, é também estratégia argumentativa, porque impede ameaças à imagem do magistrado, mantém o tom do discurso amistoso, impede a construção de um *éthos* negativo da recorrente, além de ser demonstração de respeito e consideração pela decisão proferida, mesmo pairando algumas objeções quanto ao seu teor.

²⁸⁴ FÁVERO, Leonor Lopes; ANDRADE, Maria Lúcia da C. V. de Oliveira; AQUINO, Zilda Gaspar Oliveira de. Apresentado em: *Colóquio Internacional A Investigação do Português na África, América, Ásia e Europa: balanço crítico e discussão do ponto actual das investigações*. Berlim, 23 a 27 de março de 1998. p. 6.

²⁸⁵ FÁVERO, Leonor Lopes; ANDRADE, Maria Lúcia da C. V. de Oliveira; AQUINO, Zilda Gaspar Oliveira de. Apresentado em: *Colóquio Internacional A Investigação do Português na África, América, Ásia e Europa: balanço crítico e discussão do ponto actual das investigações*. Berlim, 23 a 27 de março de 1998. p. 6-7.

Ainda no exórdio do recurso ora analisado, as expressões “vem, respeitosamente” e “da respeitável decisão proferida por este MM. Juízo” são exemplos de polidez, típicos da linguagem jurídica. Como empregadas na abertura do discurso, possibilitam a apresentação de um *éthos* respeitoso, contribuindo para o êxito discursivo do exórdio, cuja função é a de estabelecer o contato inicial entre o auditório (juiz de primeira instância) e o orador (embargante).

É importante notar que embora haja a qualificação da parte contrária, isto é, da embargada, os embargos de declaração são dirigidos essencialmente contra a decisão judicial e não contra a outra parte litigante. Tanto o é que nem mesmo há prazo para a parte adversa apresentar defesa, mesmo porque o pronunciamento judicial consistente na decisão dos embargos só terá o condão de esclarecer e/ou complementar determinados pontos da decisão embargada.

A narração, segunda parte da *dispositio*, também está presente na peça analisada. Porém, diferentemente dos outros recursos, em que na narrativa se buscava resumir os fatos ensejadores do direito discutido na lide, no caso dos embargos o fato a ser narrado é processual e corresponde à própria decisão proferida. Os fatos que contextualizam os embargos, justificando a sua propositura, inclusive, estão relacionados com o pronunciamento judicial omissivo, contraditório ou obscuro. Nesse sentido, abaixo está transcrita a parte narrativa do recurso analisado:

No dia 14 de março de 2012 foi disponibilizada a seguinte decisão interlocutória no diário de justiça eletrônico.

“Despacho Proferido.

Vistos. Cuida-se de pedido de execução provisória de sentença. INTIME-SE à parte ré para pagamento, na pessoa de seus advogados, para que efetue o pagamento da multa no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de prosseguimento na fase do art. 475-J do Código de Processo Civil (art. 475-O do Código de Processo Civil). No mesmo prazo, deverá a ré entregar o termo de quitação e proceder à outorga de escritura definitiva, mediante constituição de garantia sobre os direitos à aquisição da unidade habitacional mencionada nestes autos. Int”.

Data maxima venia, em que pese a cultura e indiscutível conhecimento jurídico deste Ilustre Magistrado, entende a Embargante que a r. decisão acima transcrita encontra-se maculada pelos vícios da **obscuridade**, **contradição** e **omissão**, conforme passamos a demonstrar: (ANEXO – C)

Os parágrafos citados formam evidentemente uma narração, pois mostra a ação do juiz, circunscrita a um espaço e tempo, sob o ponto de vista da recorrente, o qual determina as informações mais relevantes para seu relato, portanto, construída conforme a interpretação pessoal do orador acerca dos acontecimentos, mesmo que processuais.

Sobre a interpretação dada pelo orador na narração dos fatos, Rodríguez²⁸⁶ explica que “tal interpretação pode ser uma tese a ser comprovada adiante, quando a argumentação propriamente dita iniciar-se, como acontece com frequência no discurso judiciário”. No recurso analisado não parece ser diferente, porque a embargante apresenta a sua tese por meio da contextualização dos fatos que ensejaram os embargos, mas subsidiando sua opinião nas seções argumentativas do recurso.

Assim, o orador apresenta a decisão da qual se recorre, caracterizando-a como uma ação que se desenvolve num tempo (14 de março de 2012) e num espaço (diário de justiça eletrônico), para em seguida sustentar a sua tese segundo a qual o despacho proferido padece pelos vícios da obscuridade, omissão e contradição. Isto, no entanto, é feito sem se perder o tom polido, notado em todo o recurso, como pode ser visto pelo uso da expressão “*Data maxima venia*” e em toda a frase “em que pese a cultura e indiscutível conhecimento jurídico deste Ilustre Magistrado”, recheada de elogios e fino trato.

Essa técnica argumentativa de polidez vem no sentido de atenuar a assertiva da embargante de que a decisão proferida “acima transcrita encontra-se maculada pelos vícios da **obscuridade**, **contradição** e **omissão**”. Assim, a recorrente busca minimizar a contundência de seu discurso, preservando seu *éthos* e não ferindo a imagem do auditório para o qual se direciona. Dessa forma, ao conduzir o discurso, cria-se um acordo necessário e particular com o seu auditório, isto é, com o juiz que proferiu a decisão e que também julgará o recurso, preparando-lhe, assim, adesão aos argumentos perfilados ao longo dos embargos.

²⁸⁶ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 96.

No caso dos embargos de declaração, em especial, embora essa polidez também constitua parte do ritual exigido na seara jurídica, como ocorre nos outros recursos, aqui se mostra mais acentuada e tem a função própria de garantir um acordo entre orador e auditório, aprimorando a aceitação de suas premissas não apenas de modo prévio mais durante todo o recurso, pois, como explicam Perelman e Tyteca²⁸⁷ “a construção de um discurso não é unicamente o desenvolvimento de premissas dadas no início; é também estabelecimento de premissas, explicitação e estabilização de acordos”.

As próximas seções do recurso, com exceção da última, correspondem à terceira parte da *dispositio*, ou seja, à argumentação, cuja finalidade é a de tentar persuadir o magistrado da tese exposta na parte narrativa, segundo a qual a decisão proferida precisa ser integrada e aclarada por padecer dos vícios de omissão, contradição e obscuridade.

Assim, a embargante expõe os pontos do pronunciamento judicial que considera possuir vícios e, por meio de uso de técnicas argumentativas, tenta persuadir o magistrado a aclarar aquilo que tenha ficado obscuro, a esclarecer as questões contraditórias e a integrar aquelas que tenham sido omitidas.

A primeira seção da parte argumentativa traz a tese da embargante sobre o não cabimento da execução provisória, por pender recurso no Tribunal de Justiça ainda não julgado, fato que, segundo seu argumento, obstaria o cumprimento, ainda que provisório, da sentença. A primeira técnica argumentativa da qual se vale é o argumento da incompatibilidade, como verificado no trecho transcrito a seguir.

Execução provisória

Inicialmente cumpre observar que realmente houve o julgamento dos embargos de declaração opostos pela Bancoop em face do v. acórdão que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela Cooperativa.

Contudo, persistindo algumas omissões, contradições e obscuridades, fez-se necessária a oposição de novos embargos de declaração pela Bancoop, os quais ainda não foram julgados pela C. Quarta Câmara de Direito

²⁸⁷ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 124.

Privado de E. Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme documento anexo.

Assim, *data maxima vênia*, faz-se necessário pelo menos o esgotamento da jurisdição do E. Tribunal de Justiça, com julgamento dos novos embargos de declaração opostos, para que se possa admitir o início da execução provisória.

A embargante por meio de relato de fatos processuais vai construindo um sistema com várias proposições compatíveis entre si. Assim, demonstra ter interposto recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça, o qual não foi provido, sendo que dessa decisão foram opostos embargos de declaração os quais foram julgados, mas, em razão da persistência de vícios, novos embargos foram opostos da decisão que julgou os primeiros embargos no Tribunal de Justiça, estando ainda pendentes de apreciação e julgamento tais embargos.

Após expor esse sistema coerente, a recorrente introduz em seu discurso uma proposição que sustenta ser incoerente: o fato de a execução provisória ter início antes de se esgotarem todos os recursos no Tribunal de Justiça.

Para o sistema recuperar a sua coerência é necessário, então, afastar a premissa incompatível, no caso em questão, suspender a execução provisória até o julgamento dos embargos opostos em segunda instância. Dessa forma, ainda nesses primeiros parágrafos já é possível verificar a conclusão da embargante ao final dessa seção, consistente no pedido de suspensão do cumprimento provisório de sentença.

Antes, porém, de atingir esse arremate, a recorrente, para amplificar a sua tese, introduz uma passagem do discurso elaborada pela própria parte adversa, na qual é sugerida a suspensão do processo até o julgamento dos embargos declaratórios, como visto a seguir:

Aliás, é bom que se diga, o próprio Exequente, manifestou seu interesse em aguardar o julgamento dos embargos de declaração, para que se desse início a execução provisória, conforme trecho abaixo transcrito da petição de fls.

“No entanto, por EXTREMA CAUTELA, a parte exequenda sugere a suspensão deste feito até que seja proferida decisão nos Embargos

*Declaratórios, isso no **caso excepcional deste juízo assim considerar necessário***". (ANEXO – C)

A técnica argumentativa empregada é a da retorsão, uma vez que as palavras da própria parte contrária, à qual interessa o prosseguimento da execução provisória, são empregadas a fim de obter a suspensão do processo almejada pela recorrente.

A citação do argumento da própria embargada tem como principal efeito aumentar a presença da tese na consciência do juiz, ora auditório. A técnica, no caso, mostra-se ainda mais efetiva porque a recorrente desenvolve anteriormente sua opinião, indicando, posteriormente, que a suspensão do processo chegou a ser cogitada até mesmo pela parte adversa.

Depois de apresentar as premissas necessárias, a recorrente apresenta a sua conclusão em forma de requerimento, pedindo para que a decisão seja integrada, determinando a suspensão do processo até o julgamento final dos embargos que tramitam em segunda instância, ainda pendentes de julgamento, conforme trecho a seguir:

Dessa forma, entende a Executada que a r. decisão de fls. deve ser integrada determinando-se a suspensão da presente execução provisória até o julgamento dos novos embargos de declaração opostos. (ANEXO – C)

As teses apresentadas nas próximas partes se coadunam com o fim precípua do recurso de embargos de declaração, tendo em vista que para cada ponto da decisão é apontada uma dúvida a fim de aclará-la. Abaixo, segue transcrita a próxima seção:

Multa 475-J do CPC

Ademais, como bem observado por Vossa Excelência, trata-se a presente demanda da execução provisória e como tal, não incide a multa de 10% prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil, conforme entendimento pacífico do E. STJ:

“A jurisprudência do STJ firmou entendimento de que a multa disposta no art. 475-J não tem aplicabilidade à hipótese de execução provisória ante a inexistência de decisão transitada em julgado. Sendo assim, subsiste o direito do devedor de recorrer de tal penalidade” (STJ - EDcl nº 1.122.725/SP – Relator Ministro João Otávio de Noronha - j. 04.05.2010). (ANEXO – C)

A embargante não diz explicitamente tratar-se de um pedido de integração, mas, tendo em vista a lacuna da decisão judicial, que se omitiu sobre a aplicação da multa prevista no art. 475-J, é possível afirmar que os parágrafos acima transcritos apontam para essa finalidade.

Primeiramente, cumpre informar que o Código de Processo Civil, mesmo tendo destinado algumas normas específicas para o cumprimento provisório da sentença, determinou no *caput* do art. 475-O que: “A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva [...]”. Por essa razão, algumas normas destinadas a disciplinar a execução definitiva são aplicadas também à execução provisória, outras, no entanto, devido às peculiaridades desta espécie de cumprimento de sentença, já não são aproveitadas.

A seção citada traz uma dessas normas previstas para o cumprimento definitivo de sentença, mas que enseja discussão quanto à sua aplicação para a execução provisória. O art. 475-J mencionado refere-se à multa destinada ao devedor na hipótese de ele não efetuar espontaneamente, no prazo de quinze dias, o pagamento do valor pelo qual foi condenado definitivamente.

Como o juiz nada dispôs em sua decisão acerca da aplicabilidade da multa, podendo futuramente recair essa sanção sobre a recorrente, o pedido desta não será outro senão destinado à integração do provimento. Portanto, diante de futuro prejuízo da aplicação dessa norma, a recorrente tentará persuadir o magistrado não só pelo preenchimento dessa lacuna com qualquer conteúdo, mas de completá-la no sentido do não cabimento do artigo citado nos casos de execução provisória.

Para tanto, vale-se do argumento de autoridade a fim de reafirmar a tese apresentada, utilizando-se de uma citação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o qual se encontra em posição hierárquica decisiva no cenário judicial, na medida em que conhece e decide dentre as várias situações, a melhor a ser aplicada em determinados casos em que há dúvidas quanto à aplicação de uma lei federal, como o é o Código de Processo Civil, diploma legal em que se encontra o preceito discutido.

A embargante, então, tenta persuadir o juiz pelo argumento de autoridade de que a sua tese, qual seja, o não cabimento do art. 475-J do CPC à execução provisória, é vencedora, introduzindo a voz de uma terceira pessoa no contexto da argumentação. Tal voz, no caso, é a do Ministro João Otávio de Noronha, membro do Superior Tribunal de Justiça. Isso é possível, como explica Walton²⁸⁸, porque o argumento de autoridade “é um tipo de raciocínio plausível cuja função legítima é transferir o ônus da prova numa argumentação interativa (diálogo)”.

Além disso, ao dizer tratar-se de “entendimento pacífico do E. STJ”, a recorrente tenciona que o juiz adote o mesmo posicionamento proferido por aquele órgão, trazendo, assim, juntamente com o argumento de autoridade, outra técnica, o argumento *a pari*.

Ou seja, a embargante pleiteia também um tratamento igual já aplicado a outros indivíduos em situações assemelhadas a sua, para que se possa perfazer, ao seu caso, o cumprimento da regra da justiça, evitando que lhe seja conferido tratamento desigual. Rodríguez²⁸⁹, por exemplo, anota que o papel desempenhado pela citação de jurisprudência numa argumentação jurídica está relacionado ao princípio da igualdade:

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

Ainda na parte argumentativa do recurso, a embargante abre uma seção para questionar a omissão do provimento do magistrado quanto à prestação da caução e suas implicações para o presente caso. Diferentemente da seção anterior, nesta a recorrente aponta explicitamente tratar-se de uma omissão do magistrado, requerendo também de forma clara a integração da decisão, como pode ser visto nos parágrafos abaixo transcritos:

²⁸⁸ WALTON, Douglas N. *Lógica informal*. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 270.

²⁸⁹ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 145.

Sobre a caução

Sem prejuízo, restou omissa ainda a r. decisão no que diz respeito à necessidade de representação de caução suficiente e idônea para que se processe a presente execução provisória.

Isso porque, segundo prescreve o Art. 475-O do Código de Processo Civil, é certo que a execução provisória corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que deve prestar caução idônea e suficiente sempre que esta importe na prática “*de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado*”.

É justamente o caso dos autos, em que o Exequente pretende seja a Executada condenada a pagar multa, entrega do termo de quitação e outorga de escritura pública definitiva.

Ora, o inciso III do artigo 475-O do Código de Processo Civil expressamente prescreve que:

“Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

(...)

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos”.

Desta forma, tendo em vista tratar-se de execução provisória, requer-se respeitosamente a integração da r. decisão agravada, para efeito de sanar a omissão verificada e, nos termos do art. 475-O do CPC, determinar ao Exequente que preste a competente caução idônea e suficiente para dar continuidade à presente medida. (ANEXO – C)

Nesse fragmento, a embargante utiliza-se da argumentação objetiva para persuadir o magistrado a complementar sua decisão a fim de prever a prestação por parte da embargada de uma caução idônea e suficiente como garantia do pagamento da multa, da entrega do termo de quitação e outorga da escritura definitiva. Assim, por meio de um raciocínio firmado no *lógos*, a recorrente comprova a validade de suas premissas e da conclusão sustentada.

A embargante, por meio de associações racionais, tenta persuadir o juiz de que o pensamento ali exposto é objetivamente válido, independente de emoções ou subjetividades, apresentando-lhe o seguinte silogismo: se a embargada pleiteia a execução de atos que importem na alienação de propriedade (premissa menor), e o art. 475-O, inciso III, prevê como necessária a prestação de caução idônea e suficiente quando a execução provisória recair sobre alienação de propriedade

(premissa maior), a conclusão, objetivamente, não deve ser outra senão a prestação da caução pela embargada, para que se possa prosseguir o cumprimento provisório da sentença.

Portanto, a conclusão do raciocínio da recorrente confunde-se com seu pedido de complementação do provimento judicial sobre a necessidade de que a decisão preveja como requisito para o cumprimento provisório da sentença a prestação de caução pela embargada. Tal tese é reforçada por recursos gráficos, inclusive, como, por exemplo, termos e frases sublinhadas e em negrito.

Além disso, a embargante continua a amplificar a sua tese ao inserir em seu discurso outra citação de fragmento de acórdão, como abaixo apresentado. Dessa vez, no entanto, tem como fonte um pronunciamento do Tribunal de Justiça de São Paulo, órgão destinado, em regra, ao julgamento de recursos da Justiça Estadual do Estado de São Paulo. É interessante notar que a decisão transcrita refere-se a um processo judicial semelhante em que a embargante também é parte:

Aliás, já se manifestou o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acerca da necessidade de caução nas execuções provisórias que importem em ato de alienação de propriedade, numa ação inclusive que a Bancoop também é executada, nesse sentido:

“EXECUÇÃO PROVISÓRIA. Outorga de escritura. Necessidade de caução idônea. Ato que importa alienação de propriedade. Art. 475-O CPC. Recurso provido”. (AI nº 02755737-45.2011.8.26.0000. Desembargador relator Fábio Quadros da Colenda Quarta Câmara de Direito Privado do TJ SP. Data do julgamento 02/02/2012). (ANEXO – C)

Ao introduzir um trecho no qual o Tribunal de Justiça reconhece à embargante, ainda que em outro processo, o direito de ter caucionada a execução provisória em que é executada, a recorrente intenciona persuadir o magistrado responsável pelo julgamento dos embargos a lhe conferir o mesmo tratamento anteriormente já lhe destinado.

Sendo assim, o argumento *a pari*, fundamentado na regra da justiça, destaca-se na confecção desse segmento do discurso. Ao mostrar ao juiz responsável pelo julgamento um precedente judicial proferido pelo Tribunal, no qual ela mesma, em situação parecida, obteve uma decisão favorável quanto à prestação da caução pela

parte adversa, a recorrente nada mais faz do que invocar a regra da justiça, pleiteando para si o mesmo tratamento já lhe conferido em circunstâncias semelhantes à discutida.

A argumentação até então tecida nessa seção destina-se a pedir a integração do provimento judicial a fim de determinar a prestação de caução idônea e suficiente pela embargada, para o prosseguimento do cumprimento provisório da sentença. Há de se presumir, assim, não existir qualquer caução oferecida para assegurar a execução.

Todavia, mesmo tratando ainda da lacuna no pronunciamento judicial sobre prestação da caução pela embargada, a recorrente introduz fato até então não apresentado, modificando o foco da sua tese, tendo em vista que o próximo parágrafo dessa seção destinar-se-á a informar quanto à caução oferecida pela embargada em sua petição inicial, ainda na fase de julgamento do processo, como visto a seguir:

*É bom que se diga que o Exequente em sua inicial ofereceu “como CAUÇÃO IDÔNEA a este juízo **GARANTIA REAL HIPOTECÁRIA** a ser constituída no mesmo ato contínuo à outorga da escritura, em favor deste juízo, e no valor controvertido correspondente ao rateio (doc anexo) atualizado pela tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com cálculo a ser apresentado pela própria executada”. (ANEXO - C)*

O parágrafo citado relata um fato processual, contextualizando o discurso acerca da prestação da caução pela embargada em momento passado do processo. Para tanto, a embargante transcreve literalmente o pedido da recorrida pela constituição da garantia real hipotecária no mesmo ato de outorga da escritura definitiva do imóvel, como ato de prestação de caução idônea e suficiente. É trazida, portanto, a informação de que o mesmo imóvel sobre o qual recaem as controvérsias, em momento anterior, já fora oferecido como garantia.

Como é fato relevante que, em certa medida, modifica a tese e o conteúdo do pedido de integração da decisão, poderia causar estranheza no julgador a sua aparição somente nesse momento do discurso, relatando a existência de uma

caução já pré-constituída. Ainda mais, quando no princípio da seção, há pedido para determinar a prestação da caução pela embargada.

Para amenizar a omissão desse conteúdo, já que isso poderia trazer prejuízo à construção do *éthos* discursivo, em razão da desconfiança gerada pela ocultação do fato, a embargante principia o seu período com as orações “É bom que se diga”, fazendo, assim, uma mediação entre a primeira parte dessa seção, em que é requerida a determinação no provimento da prestação da caução pela embargada, e as subsequentes, cuja discussão recaia na caução já prestada pela recorrida.

Como diz respeito a fato desfavorável à embargante, a introdução dessa informação no discurso não é feita despretensiosamente. Ao revés, a partir disso, a recorrente vai tecendo uma série de argumentos, em diversas técnicas, até o final dessa seção, para desqualificar essa atitude processual da embargada.

A embargante começa por rememorar sinteticamente aquilo que é ventilado até a sentença, trazendo à baila a discussão referente à exigibilidade ou não pela cooperativa, ora embargante, de cobrar aporte final para realizar a outorga da escritura definitiva à embargada, bem como mencionando a decisão final declarando a inexigibilidade dessa cobrança e a consequente outorga da escritura, como pode ser visto nos fragmentos seguintes:

Contudo, cumpre ressaltar que na ação principal discutiu-se a validade da cobrança do resíduo e, em sendo este inexigível, que fosse outorgada a escritura em favor do Exequente.

Ora, e em sendo declarada a inexigibilidade dos valores cobrados pela Bancoop à título de aporte final, determinou-se a outorga da escritura pública.

Entretanto, as ações declaratórias produzem efeitos apenas quando do seu trânsito em julgado e, como a condenação da Bancoop em outorgar a escritura pública tem como base uma sentença declaratória (que declarou inexigíveis os valores cobrados), a outorga de escritura pública antes do trânsito em julgado da sentença é no mínimo temerária. (ANEXO – C)

Na confecção desses períodos, a recorrente, valendo-se do argumento de direção, vai apresentando seu problema, mas de forma dividida, passo a passo, etapa a etapa, para chegar a uma conclusão, a princípio, desagradável e até mesmo temida.

Ela apresenta um encadeamento de situações ao juiz, mostrando-lhe que uma vez percorridas, dificilmente poderá abandoná-las. Sobre essa técnica argumentativa, Perelman e Tyteca²⁹⁰ explicam que:

[...] o argumento da direção implica, de um lado, a existência de uma série de etapas direcionadas a certo objetivo, o mais das vezes temido, e, de outro lado, a dificuldade, se não a impossibilidade, de deter-se, uma vez que tomamos o caminho que leva a ele.

Tendo isso em vista, é possível dizer que a recorrente mostra ao juiz que a outorga da escritura dependia do julgamento de uma ação declaratória de inexigibilidade de débito (primeiro passo), e, sendo uma ação declaratória, esta precisaria transitar em julgado (segundo passo), ou seja, que não houvesse mais recurso pendente, para surtir seus efeitos, concluindo, portanto, ser temerária a outorga da escritura, no presente caso, sem o aperfeiçoamento da coisa julgada.

Ou seja, a intenção da embargante foi a de demonstrar que se o magistrado admitir a outorga de escritura sem o trânsito em julgado do pedido de inexigibilidade de débito, inserido numa ação de natureza declaratória, este estará cedendo além do permitido, causando “no mínimo” temor e insegurança quanto ao resultado de sua decisão.

Antes, porém, de abordar a próxima sequência discursiva do recurso analisado, é preciso notar que quando esse argumento de direção, anteriormente visto, é analisado de modo conjunto com o fato sobre a prestação de caução pela embargada, parágrafo antecedente aos acima citados, é possível inferir o uso de outra técnica, qual seja: o argumento pelo sacrifício.

Da forma como a questão foi tratada pela recorrente, são dadas ao juiz duas situações para que uma delas possa ser escolhida. Como consequência disto, uma coisa terá de ser preferida e a outra sacrificada. Como dizem Trubilhano e

²⁹⁰ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 324.

Henriques²⁹¹, “há uma pesagem, o prato da balança pende para um lado em detrimento do outro”.

Assim, é como se a embargante pleiteasse, pelo sacrifício, a possibilidade de se aceitar a caução prestada pela recorrente ainda em sede de petição inicial em troca de se manter a segurança jurídica com o atendimento do preceito de que em se tratando de uma ação declaratória deve-se esperar o trânsito em julgado da ação para que os efeitos possam se perfazer.

Essa intenção fica ainda mais evidenciada pela presença dos elementos de coesão “Contudo”, “Ora” e “Entretanto”, que acabam por reforçar a orientação expressada pelo argumento do sacrifício entre os períodos mencionados e o fato sobre o oferecimento de caução pela embargada em sua peça inicial. Isso porque esses conectores, como explica Koch²⁹², estabelecem uma relação de: “*contrajunção* – através da qual se contrapõem enunciados de orientação argumentativas diferentes, devendo prevalecer a do enunciado introduzido pelo operador [...]”.

No parágrafo seguinte aos citados acima, a recorrente, pelo argumento de incompatibilidade, expressa uma desarmonia entre duas teses para questionar a validade da caução prestada pela embargada. Entretanto, essa tese visa mais à reforma da decisão do que à sua integração, explicação ou esclarecimento, o que denota certo descompasso entre o que se pretende e o meio processual utilizado, qual seja, os embargos de declaração. Segue abaixo o trecho comentado:

Ademais, o imóvel oferecido pelo Exequente não está livre e desimpedido, muito pelo contrário, existe uma séria controvérsia acerca da quitação do preço imóvel. (ANEXO – C)

Como o artigo 475-O, inc. III, exige que a caução prestada para fins de cumprimento de sentença seja suficiente e idônea. Partindo dessa premissa, a embargante mostra ser incompatível a caução prestada pela recorrida no início do processo, já que sobre o imóvel oferecido como garantia hipotecária ainda recaem pendências e

²⁹¹ TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação*: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 120.

²⁹² KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. *A Coesão Textual*. 19. ed. São Paulo: Contexto, 2004. p. 73.

controvérsias, fazendo com que sejam questionadas as suas qualidades de idônea e suficiente exigidas pela lei.

No entanto, como já está em fase de cumprimento de sentença, mesmo que provisório, é certo que essas pendências e controvérsias já foram debatidas em cognição exauriente pelo magistrado. Ademais, não são questões discutíveis por meio de embargos de declaração, já que esse trecho do recurso interposto pretende a reforma da decisão, o que evidencia o fato de que a argumentação, nesse momento discursivo, não está coerente com a fase em que se encontra o processo. Mostra-se, pois, um argumento fraco e facilmente rebatido pelo julgador do recurso. Além disso, é preciso notar, como apontam Perelman e Tyteca²⁹³, que:

Aqueles [argumentos] que são utilizados contribuem para a idéia que os ouvintes fazem do orador e, por intermédio dessa idéia, podem afetar o conjunto do discurso. Se formulado, um argumento fraco, facilmente refutável, prejudica o prestígio de quem se compromete, com isso, a defendê-lo contra as eventuais objeções.

No argumento analisado, contudo, esse efeito apontado pelos autores é atenuado, na medida em que a embargante, ao introduzir sua tese, fá-lo de forma subsidiária às outras apresentadas. Desse modo, mesmo não sendo acatada pelo magistrado, ou até refutada, ela não parece ter o condão de prejudicar o discurso em sua totalidade, tampouco atingir decisivamente a imagem discursiva da oradora.

Na sequência, ainda no intuito de persuadir o julgador pela não aceitação da garantia oferecida pela embargada, a recorrente, pelo argumento pragmático, apresenta-lhe consequências desfavoráveis, efeitos não desejados e prejudiciais, caso seja aceita a mesma caução, prestada anteriormente, agora na fase de cumprimento de sentença. Isso é realizado com a finalidade de que em seu julgamento o magistrado delibere sobre as hipóteses e implicações ruins que poderão advir de uma decisão contrária à tese da oradora. Segue abaixo o fragmento em análise:

Além disso, mesmo hipotecado, o imóvel poderá ser transferido a terceiros, o que criará, no caso de modificação do julgado pelo A. STJ, uma grande

²⁹³ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 545.

dificuldade para a Cooperativa em reaver o imóvel se este estiver nas mãos de terceiros. (ANEXO – C)

A embargante, valendo-se do argumento pragmático, tenciona que o juiz aprecie um acontecimento (prestação de caução pela embargada ainda na peça inicial, mas agora em fase de cumprimento de sentença) pela sua consequência desfavorável (o bem dado em garantia poderá ser transferido a terceiros, criando dificuldade para a Cooperativa em reaver o imóvel se houver reforma da decisão pelo STJ). Desse modo, um juízo desvantajoso dos efeitos é transferido para sua causa, conferindo-lhe um valor igualmente negativo. Tal argumento mostra-se oportuno nesse momento da peça, sobretudo, pelo que explicam Perelman e Tyteca²⁹⁴:

Ele não requer, para ser aceito pelo senso comum, nenhuma justificação. O ponto de vista oposto, cada vez que é defendido, necessita, ao contrário, de uma argumentação; tal como a afirmação de que a verdade deve ser preconizada, sejam quais forem suas consequências, por possuir um valor absoluto, independente destas.

Ao colocar esse argumento ao final desta seção, a embargante confere força final ao seu discurso, porque, uma vez afastadas as outras teses por diversas razões, a intenção é que esta, feita pelo argumento pragmático, prevaleça, na medida em que não precisa, para ser válida, de nenhuma defesa, tão somente ser alegada, como se se bastasse pelas próprias razões, ou melhor, pelas possíveis consequências ruins em caso de se aceitar a garantia.

A próxima tese da embargante, a seguir transcrita, parte do pressuposto de que a embargada ratificará a caução apresentada na inicial, agora na execução, e de que o juiz irá deferi-la como apta à fase de cumprimento de sentença, na medida em que a arguição da recorrente se dá no sentido de apontar a ausência de um requisito necessário à procuração para que esta seja instrumento hábil a conferir legitimidade à garantia prestada.

Por fim, cumpre observar que a procuração de fls. outorgada pelo Exequente em favor de seu patrono, não inclui o poder específico para que este possa oferecer o imóvel como garantia.

²⁹⁴ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 303-304.

Assim, caso Vossa Excelência integre a r. decisão, determinando a prestação de caução pelo Exequente, para que o imóvel possa ser oferecido em garantia, deve ser juntada procuração com poderes específicos para a prática desse ato, assinada inclusive por cônjuge do Exequente, se houver. (ANEXO – C)

Pelas razões apresentadas acima, a embargante pretende persuadir o magistrado a afastar a caução prestada pela embargada, pelo argumento de que o instrumento de mandato existente nos autos não tem força de representação para a prática de atos de disposição de patrimônio, como o é, potencialmente, a prestação de garantia hipotecária.

Nesse sentido, a intenção da embargante é mostrar que a procuração de que a parte adversa está munida não lhe confere direitos para garantir o juízo com hipoteca imobiliária. A preocupação da embargante gira em torno de uma futura e eventual declaração de nulidade da garantia prestada.

Da mesma maneira, a oradora invoca outro requisito necessário para que a garantia real se perfaça, qual seja, a assinatura do cônjuge, se houver, como preceitua o art. 1.647, inciso I, do Código Civil: “Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis”.

Com esses fragmentos, novamente a embargante introduz em seu discurso argumento que não atende às finalidades precípuas de esclarecer, aclarar ou integrar a decisão exarada pelo magistrado, funções estas próprias dos embargados de declaração. Na verdade, o propósito da recorrente é antes desqualificar a caução oferecida no início do processo, pleiteando pelo seu indeferimento, do que alertar o magistrado sobre a ausência de previsão em seu provimento acerca da garantia a ser prestada.

Embora muitos dos pedidos realizados nessa seção sejam destinados à impugnação de parte do provimento, o que mais propriamente caberia em sede de agravo de instrumento ou apelação, as teses apresentadas pela embargante, em certa medida, tem o condão não só de rebater, mas também de motivar o juiz a complementar a

decisão embargada, determinando a prestação da garantia, ou aceitando expressamente a oferecida no início do processo.

Ainda que a embargante não consiga a reforma da decisão, com a desconsideração da garantia já prestada, como parece ter sido a sua principal intenção nessa seção, tendo em vista que o meio adequado para tal requerimento seria o agravo de instrumento, ainda assim, a recorrente consegue fazer com que o provimento judicial preveja questões que poderiam ficar à margem do novo julgamento, prejudicando-lhe o interesse processual por não dimensionar uma caução segura a fim de tornar efetiva a responsabilidade da embargada.

Nesses termos, é encerrada essa seção do discurso, dando início, ainda na parte argumentativa, a outro ponto em que a embargante pleiteará por um esclarecimento em relação à decisão da qual se recorre. Diferentemente dos parágrafos citados anteriormente, aqui não serão tratadas questões relativas à caução, mas sim à falta de valor exato e discriminado do montante referente ao pagamento da multa pela embargada à recorrente, a ser verificado no montante de 10% (dez por cento) da quantia paga pela unidade adquirida, como pode ser visto nos parágrafos transcritos a seguir:

Sentença ilíquida – impossibilidade de cumprimento integral do requerido

Pretende o Exequente com a presente execução provisória, entre outras coisas o:

“Pagamento de multa, em favor dos associados da autora, no valor equivalente a 10% (dez por cento) das quantias por eles pagas pelas unidades adquiridas”.

Ou seja, que a Bancoop efetue o pagamento de multa de 10% sobre o valor efetivamente pago pelo Exequente para a aquisição de seu imóvel. **Entretanto, impossível o cumprimento desse requerimento pela simples impossibilidade de ciência do valor devido.**

Ora Excelência, aprende-se que essa parte da condenação é ilíquida e, em que pese entendimento ao contrário, deveria o Exequente ter iniciado a liquidação da sentença, nos termos do disposto no artigo 475-A do CPC, para que se pudesse verificar quanto devido. (ANEXO – C)

Primeiramente, a embargante contextualiza sua tese indicando que, entre outros pedidos, a embargada pretende a execução de multa de dez por cento sobre o valor

pago para a aquisição do imóvel. A fim de afastar esse pleito, insurge-se a embargante, por meio do argumento da incompatibilidade, sustentando ser impossível a execução de um valor que não é líquido, uma vez que não se tem, nos autos, o valor exato do débito.

Assim, a embargante retoma o pedido da embargada para contestá-las com suas próprias palavras e atos, argumentando não ser possível o pagamento da multa exigida em razão de a recorrida não ter adotado procedimento para liquidar a sentença, isto é, tornar a condenação um valor exato em espécie. Por essas razões, nota-se o emprego, também, da estratégia argumentativa da retorsão, em que as incoerências presentes nas ações e fala do outro são usados contra ele próprio.

Deve-se ressaltar ainda que há, em certa medida, nesse último parágrafo citado, traços da técnica argumentativa do ridículo. Isso porque a embargante tenciona mostrar ao juiz ser “impossível” o cumprimento da condenação ao pagamento de multa pela simples razão de o valor ser desconhecido. Fá-lo, entretanto, de modo a sancionar a atitude da embargada pelo caráter estapafúrdio de sua ação, ao requerer o pagamento da multa sem ao menos indicar o valor exato, informação básica e necessária, mesmo para o senso comum, quando se requer o pagamento de uma obrigação.

Na visão da embargante, portanto, haveria a necessidade de que a recorrida em seu pedido de execução pleiteasse a liquidação da sentença, nos moldes do *caput* do art. 475-A, do Código de Processo Civil²⁹⁵, tendo em vista que a sentença que a condenou ao pagamento da multa foi genérica, isto é, ao juiz não foi possível na ocasião da instrução do processo determinar o valor da multa, proferindo, assim, sentença ilíquida.

Em seguida, com o mesmo intuito de requerer a integração da sentença quanto ao montante a ser pago a título de multa, a recorrente introduz tese subsidiária à apresenta acima, dizendo que se não for a decisão integrada pelos motivos apresentados nos parágrafos anteriores, por entender o juiz não se tratar de caso de

²⁹⁵ Art. 475-A. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação.

liquidação da sentença, ainda assim deverá ser integrada em razão da obrigação de a embargada ter de apresentar a memória de cálculo atualizada, conforme preceitua o art. 475-B, do Código de Processo Civil, transcrito na peça processual analisada, uma vez que o pedido de condenação recai sobre o pagamento de multa que dependente de cálculo aritmético para ser apurada. Abaixo estão os trechos discursivos ora analisados:

Contudo, caso Vossa Excelência entenda dispensável a liquidação da sentença, visto que simples cálculo aritmético servirá para indicar o valor da condenação, insta salientar que a Exequente violou então o artigo 475-B do CPC, a saber:

“Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo”.

Ora Excelência, inexistindo pedido para a liquidação da sentença, bem como ausente memorial de cálculo, resta clara a impossibilidade da Executada em efetuar o pagamento da multa pela simples ausência do quanto devido. (ANEXO – C)

Pelo uso do argumento da incompatibilidade foi possível à recorrente apontar incoerência entre a ação da recorrida e a conduta preceituada pelo art. 475-B, do Código de Processo Civil, fazendo com que o juiz, para solver tal problema, tenha que escolher entre uma das teses, preferindo a que não contrarie as leis processuais, mesma posição, portanto, da defendida pela embargante.

Com essa seção, a embargante encerra a parte argumentativa dos embargos de declaração, passando já no próximo parágrafo, intitulado de “Do Pedido”, à última parte da *dispositio*, correspondente à peroração. Embora esse momento discursivo seja propício para realizar a retomada e amplificação das teses apresentadas, reafirmando todo o sustentado ao longo do discurso, a embargante assim não o faz, como pode ser visto pelo único parágrafo destinado a essa finalidade:

Pedido

Por todo o exposto, requer-se que Vossa Excelência digne-se a receber os presentes Embargos de Declaração, para o fim de sanar os vícios retro apontados, integrando-se, assim, a r. decisão embargada, pois somente assim prevalecerá a sempre lúdima e soberana **Justiça!** (ANEXO – C)

A oradora, tão somente, requer de modo genérico ao juiz que receba o recurso e o julgue, integrando a decisão segundo os pontos discutidos nos embargos. Antes, então, de ter um caráter afirmativo e ratificador, essa parte mostra-se conclusiva, conferindo ao julgador a atribuição de propiciar a “lídima e soberana Justiça!”, que só se fará, segundo a ótica da embargante, se o recurso for julgado procedente.

A ausência de peroração nos embargos de declaração se justifica pelo fato de que o recurso é destinado ao mesmo juiz da causa, o que faz presumir que o destinatário já conhece bem as questões trazidas à baila, não havendo necessidade de que sejam constantemente reafirmadas. Justifica-se, também, pela própria natureza processual dos embargos de declaração: recurso processual de menor complexidade, destinado não à reforma da decisão, mas sim à sua integração, esclarecimento ou explicação, normalmente constituído de discurso conciso.

Por fim são lançados data, nome e assinatura, requisitos estes que, juntamente com todas as outras partes da peça, atendem aos ditames de um recurso judicial de embargos de declaração, conforme exposto, sendo possível dizer, portanto, que a recorrente atentou-se tanto ao aspecto formal, quanto ao argumentativo na construção de seu discurso.

Os embargos de declaração, assim como outros recursos judiciais, devem atender não só às formas preconizadas pela lei processual, mas também às regras fixadas pelos costumes forenses e exigências da linguagem jurídica. No entanto, há aspectos discursivos específicos que dizem respeito apenas aos embargos de declaração, como a existência de constante polidez, muitas das vezes, constituindo-se como própria técnica argumentativa, em razão de o mesmo juiz que proferiu a decisão ser responsável pelo julgamento do recurso, havendo, assim, a necessidade de uma série de recursos argumentativos e linguísticos para que não se incorra em ataque direto, ou mesmo desqualificação da decisão debatida.

14.3 TABELAS DE INCIDÊNCIA DE RECURSOS RETÓRICOS

TABELA 9 - PARTES DO DISCURSO

<i>DISPOSITIO</i>	PÁGINA	PARÁGRAFO
Exórdio	1	1-3
Narração	1	4-5
Argumentação	2-7	6-40
<i>Peroratio</i>	7	41-42

TABELA 10 - PROVAS ARTÍSTICAS DO DISCURSO

TIPOS DE PROVAS	PÁGINA	PARÁGRAFO
<i>Éthos</i> pré-discursivo	1	1, 3
Preservar o <i>éthos</i>	1	3
Preservar o <i>éthos</i>	2	6
<i>Lógos</i>	4	20-22
Construção do <i>éthos</i>	5	25
<i>Lógos</i>	7	38-39
<i>Páthos</i>	7	42

TABELA 11 – TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS

ARGUMENTO	PÁGINA	PARÁGRAFO
Polidez	1	3
Polidez	2	6
Polidez	4	22
De incompatibilidade	2	8-10
Da retorsão	2	11-12
De autoridade	3	14-15
<i>A pari</i>	3	14-15
<i>A pari</i>	4	23-24
De autoridade	4	23-24

De direção	5	26-28
Pelo sacrifício	5	25-28
De incompatibilidade	5	25-28
Pragmático	5	30
Da retorsão	6	33-37
De incompatibilidade	6	33-37
Do ridículo	6	33-37
De incompatibilidade	7	38-40

TABELA 12 - TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS

FIGURAS	PÁGINA	PARÁGRAFO
Eufemismo	1	3
Eufemismo	2	6
Eufemismo	3	17
Eufemismo	4	22
Anáfora	4, 5, 6, 7	20, 27, 37, 40

CAPÍTULO 15. COTEJO DOS ELEMENTOS RETÓRICOS PRESENTES NOS RECURSOS QUE COMPÕEM O *CORPUS*

Os recursos no processo civil visam, em regra, ao reexame e à reforma das decisões judiciais, como bem explica o processualista Humberto Theodoro Júnior²⁹⁶: “Caracteriza-se o recurso como o meio idôneo a ensejar o reexame da decisão dentro do mesmo processo em que foi proferida, antes da formação da coisa julgada”.

Nesse sentido, os argumentos lançados pelo recorrente em todas as peças judiciais dessa natureza tendem a ser compostos, basicamente, sob duas perspectivas argumentativas: uma destinada a apresentar o inconformismo em relação à decisão recorrida ao julgador do recurso, para provocar o reexame da decisão; e outra dedicada à apresentação e à defesa das razões recursais, a fim de persuadir o destinatário a alterar o provimento jurisdicional anteriormente proferido, uma vez que não basta apontar os vícios formais e materiais de que padece a decisão recorrida, mostra-se necessário, também, expor de modo fundamentado o que se pretende com a interposição do recurso.

Isso faz com que o embate discursivo esteja presente na essência dos recursos, tendo em vista que são as alegações apresentadas pelo recorrente que demarcam o alcance do contraditório perante o juízo *ad quem*, mesmo porque, como elucida o doutrinador Nelson Nery Júnior²⁹⁷, “o recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão. Só assim a parte contrária poderá contra-arrazoá-lo, formando-se o imprescindível contraditório em sede recursal”.

Assim, o primeiro horizonte argumentativo, isto é, a apresentação do inconformismo para provocar o reexame, tem alvo certo e determinado, consistente na decisão judicial da qual se recorre. O objetivo do recorrente, portanto, é persuadir seu

²⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Teoria geral processual civil e processo de conhecimento. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 628.

²⁹⁷ NERY JÚNIOR, N. Teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 176.

auditório de que a decisão atacada padece de vícios, sejam materiais ou formais, devendo, desse modo, ser reformada.

Por essa razão, o argumento mais adequado a cumprir a função de expressar esse inconformismo logo de plano tende a ser o argumento de incompatibilidade, uma vez que por esse argumento o recorrente evidencia os contrastes constantes da decisão com aquilo que defende ser o melhor direito para o caso *sub judice*, sem incorrer, entretanto, ao ataque direto à pessoa e ao discurso do primeiro julgador.

A apresentação desse inconformismo, seja qual for a modalidade recursal, é essencial aos fins dos recursos judiciais, pois constitui a própria essência dessas peças. Ao novo julgador, deve estar claro que o recorrente está inconformado com a decisão da qual sucumbiu, conforme palavras de Kozikoski:²⁹⁸

De fato, para que o recurso possa ser objeto de análise, imprescindível se faz a demonstração de sua motivação adequada que compreende não só as razões que fundamentam o pedido de determinada resolução jurisdicional, como ainda aquelas que apontam os motivos pelos quais a nova decisão deve ser diversa da recorrida.

Valiosa, portanto, é a presença do argumento quase-lógico da incompatibilidade, o mais adequado ao cumprimento dessa função. Isso fica evidente quando se trabalha com os dados obtidos na análise dos recursos que compõem o *corpus*. Em todos os recursos que foram objeto desta pesquisa, o argumento de incompatibilidade pode ser encontrado e é, também, o argumento com maior número de ocorrência, conforme demonstrado no quadro abaixo:

**TABELA 13 - INCIDÊNCIA DO
ARGUMENTO DE INCOMPATIBILIDADE**

RECURSO	OCORRÊNCIA
Apelação (ANEXO – A)	8 vezes
Agravo de instrumento (ANEXO – B)	7 vezes
Embargos de declaração (ANEXO – C)	4 vezes

²⁹⁸ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos e espécie. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 182.

O argumento de incompatibilidade, por cumprir adequadamente essa função, desvaloriza a decisão atacada, tendo em vista a intenção do orador de mostrar a desarmonia entre o pronunciamento judicial recorrido e demais conteúdos argumentativos, reputados mais coerentes e corretos pelo orador, com o propósito de postular, por meio da persuasão do auditório, a alteração do julgamento recorrido.

O argumento da incompatibilidade se mostra, no entanto, o primeiro e mais brando a introduzir a ideia de irresignação do recorrente. A partir dele, outras técnicas argumentativas podem cumprir adequadamente, e de modo mais incisivo, a função de desvalorizar a decisão judicial recorrida, tais como o argumento *ad hominem*, *ad personam*, do ridículo e da retorsão, como pode ser visto pelos dados obtidos da análise:

**TABELA 14 - ARGUMENTOS DESVALORIZADORES
NA APELAÇÃO (ANEXO – A)**

ARGUMENTO	OCORRÊNCIA
De incompatibilidade	8 vezes
<i>Ad personam</i>	4 vezes
Do ridículo	3 vezes
<i>Ad hominem</i>	2 vezes
De retorsão	2 vezes

**TABELA 15 - ARGUMENTOS DESVALORIZADORES
NO AGRAVO DE INSTRUMENTO (ANEXO – B)**

ARGUMENTO	OCORRÊNCIA
De incompatibilidade	7 vezes
<i>Ad hominem</i>	6 vezes

<i>Ad personam</i>	4 vezes
Do ridículo	3 vezes

**TABELA 16 - ARGUMENTOS DESVALORIZADORES
NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (ANEXO – C)**

ARGUMENTO	OCORRÊNCIA
De incompatibilidade	4 vezes
De retorsão	2 vezes
Do ridículo	1 vez

A outra linha mestra argumentativa a ser seguida pelo recorrente em qualquer recurso diz respeito à apresentação e à defesa de razões para que nova decisão seja conferida. Nesse momento, portanto, o recorrente deve lançar argumentos que sejam favoráveis ao seu pleito, ou seja, argumentos valorizadores da sua tese. Esses argumentos de natureza valorizadora, por seu turno, relacionam-se diretamente à espécie recursal empregada.

Isso acontece porque, como demonstra Kozikoski ²⁹⁹, “em algumas situações o legislador confere ampla margem de discricionariedade ao litigante vencido, permitindo que este deduza em seu recurso qualquer tipo de crítica em relação à pertinência da decisão impugnada”, como sói ocorrer nos recursos de apelação e agravo de instrumento, os quais são dotados de fundamentação livre, diferentemente dos embargos de declaração, em que a fundamentação é vinculada, já que a matéria recursal terá de versar, necessariamente, acerca da obscuridade, contradição ou omissão da decisão recorrida.

²⁹⁹ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos e espécie. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 129.

Isso se deve, também, ao tipo de auditório para o qual os recursos são direcionados, pois, como Mosca³⁰⁰ esclarece, existe uma relação entre a noção de auditório e à adequação da fala do orador:

No centro das questões aqui tratadas, está a preocupação social que se liga à noção de auditório, uma vez que cabe àquele que fala a adequação aos que o ouvem, incluindo-se as suas crenças e valores. Trata-se, evidentemente, de uma representação que o orador faz de seu auditório ou público e que este também faz daquele que tem diante de si. Não só o auditório é uma construção do orador, como também este constrói a própria imagem, baseando-se nos valores que considera positivos e aceitos por aquela coletividade.

Assim, conforme demonstrado anteriormente: a) a apelação, embora seja interposta em primeira instância, é direcionada ao segundo grau de julgamento, isto é, ao tribunal, possuindo auditório diferente daquele que decidiu o recurso; b) o agravo de instrumento é interposto diretamente ao tribunal, seu auditório, dessa maneira, é diferente daquele responsável pelo primeiro pronunciamento; e c) os embargos de declaração são destinados ao mesmo juiz da causa, dessa maneira, ao mesmo auditório.

Outra questão influente, além do auditório, é a formação de novos autos ou manutenção dos mesmos em relação a cada espécie recursal. A apelação, embora julgada pela segunda instância, traz consigo a integralidade dos autos do processo para o tribunal, de modo que o auditório tem todo o conhecimento acerca do caso.

Já o agravo de instrumento forma novos autos, cujos documentos são escolhidos pelo recorrente, segundo a importância que ele mesmo confere a cada fato ou matéria, restringindo seu auditório de muitos conteúdos produzidos em primeira instância, embora a parte recorrida também possa apresentar os documentos que julgar pertinentes. As palavras de Humberto Theodoro Júnior³⁰¹ esclarecem adequadamente a formação de novos autos em sede de agravo de instrumento:

Adotada a modalidade de agravo por instrumento, o recurso será processado fora dos autos da causa onde se deu a decisão impugnada. O

³⁰⁰ MOSCA, Lineide Salvador. O espaço tensivo da controvérsia: uma abordagem discursivo-argumentativa. *Filologia e lingüística portuguesa*, n. 9, p. 293-310, 2007. p. 306.

³⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Teoria geral processual civil e processo de conhecimento. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 681.

instrumento será um processado à parte formado com as razões e contra-razões dos litigantes e com as cópias das peças necessárias à compreensão e julgamento da impugnação.

Por fim, os embargos de declaração são opostos perante o próprio juízo que decidiu a causa, isto é, o auditório, em tese, possui conhecimento prévio e amplo de todo o processo. Tal característica, típica do recurso de embargos de declaração, ocorre porque

a substância do julgado será mantida, visto que os embargos de declaração não visam à reforma do acórdão, ou da sentença. No entanto, será inevitável alguma alteração no conteúdo do julgado, principalmente quando se tiver de eliminar omissão ou contradição. O que, todavia, se impõe ao julgamento dos embargos de declaração é que não se proceda a um novo julgamento da causa, pois a tanto não se destina esse remédio recursal. As eventuais novidades introduzidas no decisório primitivo não podem ir além do estritamente necessário à eliminação da obscuridade ou contradição, ou ao suprimento da omissão³⁰².

Assim, se para cumprir a finalidade recursal de demonstrar o inconformismo com a decisão judicial o argumento de incompatibilidade presta-se às três espécies recursais, já para alcançar o objetivo de apresentar e defender a tese cuja persuasão do auditório se requer, haverá técnicas argumentativas específicas e centrais para cada tipo de recurso, levando-se em conta tanto o auditório para qual o recurso é destinado, como a formação de novos ou manutenção dos mesmos autos, como explicitado acima.

Dessa maneira, uma das técnicas de maior adequabilidade para cumprir essa finalidade no recurso de apelação é o argumento do desperdício, cuja função, como ensina Trubilhano e Henriques³⁰³, “consiste em sustentar uma tese com base no que já foi realizado até o momento, a fim de que não se desperdicem os esforços empenhados”.

Isso porque, no recurso de apelação, um novo auditório terá conhecimento de toda matéria já debatida em primeira instância, com a remessa dos próprios autos para o segundo grau de jurisdição, de modo que o recorrente tentará a todo tempo

³⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Teoria geral processual civil e processo de conhecimento. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 699-700.

³⁰³ TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação*: teoria e prática. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 122.

recuperar fatos, matérias, argumentos e provas defendidos anteriormente, fazendo remissão direta a esses conteúdos, a fim de persuadir os novos julgadores sobre suas razões.

Partindo dessa técnica, o recorrente deve introduzir em seu discurso outros argumentos valorizadores de sua tese, retomando seus conteúdos, os quais já foram produzidos em primeira instância. No recurso de apelação analisado, é verificada a ocorrência desse procedimento discursivo, em que ao lado do argumento do desperdício outras técnicas valorativas da tese sustentada em sede recursal são empregadas. Assim, o apelante do recurso analisado se vale do argumento da definição, do desperdício, pragmático, de autoridade, pela polidez, *a pari*, da comparação, pelo dilema, pelo exemplo e pelo modelo.

Desse modo, todos esses argumentos de cunho valorizador são reaproveitados pelo recorrente de tudo aquilo já produzido em sede de primeira instância, ou seja, uma vez que argumentos já foram produzidos, provas apresentadas e fatos demonstrados, mostra-se assertivo preservar todo o empenho já gasto. Com isso, pelo auxílio desses argumentos de natureza valorizadora, mantém-se a mesma defesa feita em primeira instância, à qual pode se acrescentar novos argumentos robustecedores.

Diferentemente da apelação, no recurso de agravo de instrumento o argumento do desperdício não tende a cumprir, de modo central, a finalidade de apresentar e defender as teses destinadas a embasar o novo julgado a ser proferido, isso porque não há, em regra, o aproveitamento da integralidade dos autos de primeira instância, inviabilizando o recorrente de valer-se dessa técnica.

Aqui, o argumento que parece cumprir mais adequadamente tal objetivo é o argumento pragmático, “que permite apreciar uma coisa consoante suas conseqüências, presentes ou futuras”³⁰⁴. Isso porque o agravo de instrumento recai sobre decisão interlocutória, isto é, que não põe fim ao processo. Por essa razão, será imprescindível que o recorrente persuada seu auditório de que uma vez

³⁰⁴ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 303-304.

mantida essa decisão de natureza precária, os prejuízos a serem suportados podem ser irreversíveis, ou seja, as consequências de determinadas causas são ressaltadas de modo favorável ao recorrente, valorizando, pois, aquele segundo objetivo recursal, consistente na apresentação e defesa das razões de seu pedido.

Uma vez empregado o argumento pragmático, abre-se caminho para que outros argumentos de cunho valorizador possam ser empregados no sentido de confirmar as razões pelas quais a tese do recorrente é mais justa do que aquela proferida pelo juízo *a quo*. Esse uso conjunto dos argumentos foi verificado no recurso de agravo de instrumento analisado, em que ao lado do argumento pragmático, com a intenção de valorizar sua tese, o recorrente empregou os argumentos *a fortiori* (*a maiori ad minus* e *a minori ad maius*), da definição, *a pari*, de autoridade, pelo modelo, da polidez e pela analogia.

Por seu turno, nos embargos de declaração a espinha dorsal argumentativa tende a ser estruturada por outra técnica argumentativa, qual seja, a da polidez. Isso se deve, sobretudo, porque além de não haver mudança de instância para julgamento do recurso, permanecendo os autos com o mesmo juízo, o auditório responsável pela apreciação do recurso é o mesmo que proferiu a decisão da qual se recorreu, sendo, pois, aconselhável que o recorrente/orador não empregue argumentos que despertem indisposição entre o julgador e o recorrente. Nesse sentido, são as palavras de Fávero e Andrade³⁰⁵:

[...] o uso conveniente de todos os meios de que a linguagem dispõe é fator primordial para a manutenção de uma interação cordial, especialmente quando o falante deve enfrentar um conflito entre seus objetivos e os de seu interlocutor e quer, muitas vezes, não romper suas boas relações.

Uma vez estruturado o recurso nessa técnica de reconhecido valor, ao recorrente é possível trazer ao discurso outras estratégias a fim de conferir suporte argumentativo à tese, tal como é feito nos embargos de declaração analisados, em que a embargante utiliza-se dos argumentos *a pari*, de autoridade, de direção e pragmático, ao lado do argumento da polidez.

³⁰⁵ FÁVERO, Leonor Lopes; ANDRADE, Maria Lúcia da Cunha Victório de Oliveira Os processos de representação da imagem pública nas entrevistas. In: PRETI, Dino (org.) *Estudos de língua falada: variações e confrontos*. São Paulo: Humanitas, 1998, vol. 3, p. 153-177. p. 165.

Diante dessas considerações e tomando como base as análises dos recursos realizadas nesta pesquisa, chega-se às tabelas e gráficos abaixo expostos:

**TABELA 17 - OCORRÊNCIA DOS
ARGUMENTOS E SEUS VALORES NA APELAÇÃO (ANEXO – A)**

ARGUMENTO	OCORRÊNCIA	VALORIZADOR	DESVALORIZADOR
<i>Ad hominem</i>	2 vezes		X
<i>Ad personam</i>	4 vezes		X
De autoridade	2 vezes	X	
De comparação	1 vez	X	
Da definição	4 vezes	X	
Do desperdício	3 vezes	X	
Pelo dilema	1 vez	X	
Pelo exemplo	1 vez	X	
De incompatibilidade	8 vezes		X
Pelo modelo	1 vez	X	
Pela polidez	2 vezes	X	
Pragmático	3 vezes	X	
<i>A pari</i>	1 vezes	X	
De Retorsão	2 vezes		X
Do Ridículo	3 vezes		X

**TABELA 18 - OCORRÊNCIA DOS ARGUMENTOS
E SEUS VALORES NO AGRAVO DE INSTRUMENTO (ANEXO – B)**

ARGUMENTO	OCORRÊNCIA	VALORIZADOR	DESVALORIZADOR
<i>A fortiori a maiori ad minus</i>	1 vez	X	
<i>A fortiori a minori ad maius</i>	1 vez	X	

<i>Ad hominem</i>	6 vezes		X
<i>Ad personam</i>	4 vezes		X
Da definição	2 vezes	X	
<i>A pari</i>	1 vez	X	
De autoridade	3 vezes	X	
De incompatibilidade	7 vezes		X
Do ridículo	3 vezes		X
Pelo modelo	2 vezes	X	
Polidez	2 vezes	X	
Por analogia	1 vez	X	
Pragmático	2 vezes	X	

**TABELA 19 - OCORRÊNCIA DOS ARGUMENTOS
E SEUS VALORES NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (ANEXO – C)**

ARGUMENTO	OCORRÊNCIA	VALORIZADOR	DESVALORIZADOR
<i>A pari</i>	2 vezes	X	
Da retorsão	2 vezes		X
De autoridade	2 vezes	X	
De direção	1 vez	X	
De incompatibilidade	4 vezes		X
Do ridículo	1 vez		X
Pelo sacrifício	1 vez	X	
Polidez	3 vezes	X	
Pragmático	1 vez	X	

**TABELA 20 - ARGUMENTOS NA APELAÇÃO (ANEXO – A)
SEGUNDO SEUS VALORES**

VALORES	OCORRÊNCIA
---------	------------

Positivo	19 vezes
Negativo	19 vezes

TABELA 21 - ARGUMENTOS NO AGRAVO DE INSTRUMENTO (ANEXO – B) SEGUNDO SEUS VALORES

VALORES	OCORRÊNCIA
Positivo	15 vezes
Negativo	20 vezes

TABELA 22 - ARGUMENTOS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (ANEXO – C) SEGUNDO SEUS VALORES

VALORES	OCORRÊNCIA
Positivo	10 vezes
Negativo	7 vezes

Essas evidências possibilitam a conclusão de que argumentos com natureza desvalorizadora melhor se harmonizam às finalidades e objetivos do agravo de instrumento, em razão da sua natureza, considerando principalmente o auditório e a formação de novos autos, do que aos embargos de declaração, em que os argumentos de natureza valorizadora parecem melhor se adequar às finalidades discursivas deste recurso, tendo em vista o fato de que o auditório é composto pelo mesmo juízo que proferiu a decisão recorrida.

Esse fato tem implicação em todo o discurso, tanto no que se refere ao estilo cunhado pelo recorrente, sobretudo pelo uso de figuras de linguagem, como nas questões relativas ao tratamento com o auditório e ao emprego das técnicas argumentativas, conforme exposto. Sobre a importância do uso adequado de recursos argumentativos, Mosca³⁰⁶ elucida que:

³⁰⁶ MOSCA, Lineide Salvador. O espaço tensivo da controvérsia: uma abordagem discursivo-argumentativa. Filologia e lingüística portuguesa, n. 9, p. 293-310, 2007.p. 296.

Muitos já terão como aceitas as teses que se lhe apresentam, tratar-se-á, então, de aumentar e reforçar essa adesão. Em outros, será o caso de provocá-la, mobilizando então todos os recursos e técnicas argumentativas, adequadas a esse propósito.

No agravo de instrumento, por exemplo, figuras de linguagem como amplificação e hipérbole são preferidas às figuras de atenuação, como o eufemismo. Já na apelação há alternância entre umas e outras. Isso ajuda na construção coerente do discurso, em que o estilo enquadra-se aos outros recursos retóricos do texto, deixando de prestar-se ao mero deleitamento para contribuir com a persuasão do auditório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas conclusões oriundas desta pesquisa merecem realce. Em primeiro plano, vale destacar que os textos que formam recursos judiciais cíveis, sobretudo os que compuseram o *corpus*, quais sejam, apelação, agravo de instrumento e embargos de declaração, são discursos que contêm em sua essência o inconformismo do recorrente com o teor da decisão anterior.

Assim, por ser o recurso judicial um discurso que se insurge contra decisão já proferida, sua natureza é essencialmente retórica, pois traz como objetivo primordial persuadir o destinatário de que a decisão judicial anterior merece reparo. Trata-se, pois, de um embate de teses, em que a tese do orador/recorrente pretende sobrepor-se à tese recepcionada e proferida pelo primeiro julgador.

Isso é possível porque o direito ao reexame da primeira decisão judicial constitui-se garantia legal conferida tanto ao autor como ao réu, concedendo-lhes outra oportunidade para persuadir novos julgadores, em se tratando de apelação ou agravo de instrumento, ou o mesmo juiz, quando se trata de embargos de declaração. Assim, o recorrente, ao apresentar seu inconformismo quanto ao primeiro julgamento, pleiteando, conseqüentemente, o reexame da decisão combatida, estabelece um embate discursivo.

Tão claro é o embate discursivo, que à decisão recorrida comumente se dá o nome de “decisão atacada”, de modo que o orador/recorrente deve empregar estratégias argumentativas e manejar as provas de que dispõe objetivando evidenciar ao destinatário que a decisão de que se recorre padece de injustiça, erros de fato ou de direito, obscuridades, contradições ou omissões.

Nesse âmbito, os recursos judiciais, de um modo geral, mostram-se fértil manancial para a análise e estudo do discurso retórico, uma vez que tal espécie discursiva é destacadamente argumentativa, sendo inconcebível tecer recurso judicial desprovido de técnicas persuasórias.

O que se evidenciou com a presente pesquisa, entretanto, é que cada modalidade de recurso judicial tende a reclamar, de modo mais adequado, o emprego de procedimentos argumentativos próprios. Tal adequabilidade entre determinados elementos retóricos e as modalidades recursais se verificou, sobretudo, em razão da natureza jurídica de cada recurso e o auditório a que se destina.

Para que o recorrente atinja seu objetivo de forma eficaz, é indispensável escolher adequadamente seus argumentos, conforme o auditório para o qual se dirige, mesmo porque determinada argumentação poderá ser persuasória em relação a certo auditório e não o ser em relação a outro. Compartilhar de determinados valores que o auditório pareça apreciar possibilita ao orador selecionar as melhores estratégias para seu discurso.

Além disso, a técnica argumentativa adequada para cada espécie recursal demonstrou implicações na construção do *éthos* discursivo. Assim, por exemplo, enquanto no agravo de instrumento a preocupação recai sobre a construção de um *éthos* confiável, construído muito em razão da desqualificação do discurso do adversário e da decisão atacada, nos embargos de declaração a intenção tende a ser a de preservação de um *éthos* pré-discursivo, em razão de o auditório já conhecer o orador, o qual tem de persuadir o mesmo magistrado a modificar a decisão outrora proferida.

A apelação, por sua vez, tende a trabalhar com a reconstrução do *éthos*, porquanto a decisão de primeira instância da qual o orador sai como parte vencida, em certa medida, leva aos novos julgadores um *éthos* pré-discursivo negativo, de modo que, em segundo grau, haverá necessidade de reverter essa primeira impressão, recriando o *éthos* discursivo positivo.

Para atingir tal finalidade, mostrou-se adequado empregar argumentos que valorizem a própria imagem do orador, como também outros destinados a desqualificar os argumentos constantes da sentença e daqueles defendidos pelos apelados. Conclui-se, pois, que a escolha das técnicas argumentativas deve ser harmonizada à natureza do recurso judicial interposto, levando-se em consideração, principalmente, sua finalidade e o auditório a que se destina.

Assim, optar por procedimentos argumentativos em conformidade com as peculiaridades jurídicas de cada modalidade recursal mostra-se parte essencial do processo de elaboração discursiva que visa à persuasão dos magistrados responsáveis pela apreciação do pedido de reforma de decisão judicial.

Ainda, conclui-se que os conceitos aristotélicos acerca das partes do discurso retórico, em especial os elementos componentes da *dispositio* (exórdio, narração, argumentação, peroração), mostram-se assaz presentes e eficazes na construção de textos persuasivos que compõem recursos judiciais cíveis, com discretas oscilações e adaptações à linguagem jurídica e suas especificidades.

Por fim, verificou-se a incidência comedida de recursos que visam a sensibilizar o *páthos* do interlocutor, provavelmente por se tratar de textos técnicos relativos a direitos patrimoniais e obrigações, destinados a magistrados, o que faz supor a pouca efetividade persuasiva de argumentos essencialmente emotivos para casos como os que compõem o *corpus*. Em contrapartida, verificou-se relevante preocupação dos oradores com a construção, e mesmo reconstrução, do *éthos*, assim como foi constatada alta incidência de argumentos quase-lógicos com o intuito de demonstrar incoerências nas decisões atacadas.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Antônio Suárez. *A arte de argumentar: gerenciando Razão e Emoção*. 8.ed. Cotia: Ateliê Editorial, 2005.
- ALEX, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Lunidy Editora, 2001.
- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica; pensamento formal e argumentação; elementos para o discurso jurídico*. 3.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- ALVES, J. C. *Direito Romano*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ALVIM, Arruda. *Direito processual Civil: execução, medidas cautelares, ações em espécie*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v 3.
- AMOSSY, Ruth. Ethos. Trad. Sandoval Nonato Gomes-Santos. In: CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de Análise do Discurso*. Trad. Fabiana Komesu. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 221.
- _____. *Imagens de si no discurso*. São Paulo: Contexto, [s.d.].
- ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, [s/d]. ISBN 85-00-21422-8.
- _____. *Ética a Nicômaco*. Bauru: Edipro, 2002.
- _____. *Órganon: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofísticas*. Bauru: Edipro, 2005.
- _____. *Retórica*. Trad. Manuel Alexandre Júnior; Paulo Farhouse Alberto; Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.
- _____. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995.
- ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. *Prática no Processo Civil*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ARNAUD, AJ. et al. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 1988. Ver verbetes “rhétorique”, “langage juridique” e “discours juridique”, sobretudo.
- ARRUDA, A. C. M de. *Recursos no Processo Civil: teoria geral e recursos em espécie*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

- ASSIS, A. de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa. 1999.
- BAZERMAN, Charles. *Gêneros textuais, Tipificação e Interação*. Org. Ângela P. Dionísio e Judith C. Hoffnagel. São Paulo, Cortez, 2005.
- BECHARA, Evanildo. *Moderna Gramática Portuguesa*. 37.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Lucerna, 2001.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito*. 5.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOURDIEU, Pierre.. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.
- BRANDÃO, H. *Introdução à Análise do Discurso*. Campinas, Ed. Unicamp: 1991.
- BUENO, C. S. Efeitos dos recursos. In: NERY JÚNIOR, N; WAMBIER, T. A. A. (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 10.
- BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição: no sistema do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.
- CÂMARA, A. F. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 2.
- CÂMARA, A. F. *Lições de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 2.
- CAMARA JR., J. M. *Dicionário de filologia e gramática*. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- CAMARGO, Yeda de Moraes. *Os aspectos retóricos da argumentação jurídica no julgamento do tenente Bandeira*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: FFLCH-USP, 1994.

- CARNIELLI, Walter A; EPSTEIN, Richard L. *Pensamento crítico: o poder da lógica e da argumentação*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2011.
- CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva: introdução à teoria dos Quatro Discursos*. São Paulo: É Realizações Editora, 2006.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3. ed. São Paulo: Editora Noeses: 2009.
- CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de Análise do Discurso*. Trad. Fabiana Komesu. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CALDO, Cláudia Ozon. *Texto jurídico e procedimentos de reformulação discursiva*. 2013. Tese (Doutorado em Letras) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- CAMPATO JÚNIOR, João Adalberto. *Retórica e literatura: o Alencar polemista nas Cartas sobre a Confederação dos Tamoios*. São Paulo: Scortecci, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Prefácio à Edição Brasileira, XVI. In: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. *Lógica Jurídica; uma introdução*. São Paulo: Educ, 1992.
- CORRÊA, O. de A. *Recursos no Código de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1996.
- CRETELLA JÚNIOR. J. *Curso de Direito Romano*. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CRUZ, J. C. de O e. *Dos recursos no Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- _____. *Prática dos recursos (cíveis e criminais)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.
- DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. *Curso de Português Jurídico*. São Paulo: Atlas, 2000.

DE MEYER, L. *Vers l'invention de la rhétorique. Une perspective éthno-logique sur la communication en Grèce ancienne.* Louvain – La-Neuve: Pecter, 1997.

DESCARTES, René. *Discurso do Método.* São Paulo: Martin Claret, 2005.

DUCROT, O. E ANSCOMBRE, J. C. *L'argumentation dans la langue.* Liège/Bruxelles, Pierre Mardaga, 1988.

_____. *Provar e Dizer. Leis lógicas e leis argumentativas.* São Paulo: Global, 1981.

DUPREEL, E. Communauté et pluralisme des valeurs: Les groupes à base de persuasion. In: LEMPEREUR, A. (org.) *L'homme et la rhétorique.* Paris: Méridiens Klincksieck, 1990.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese.* Trad. Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2006.

FAGUNDES, M. S. *Dos recursos ordinários em matéria civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1946.

FÁVERO, Leonor Lopes; ANDRADE, Maria Lúcia da Cunha Victório de Oliveira. Os processos de representação da imagem pública nas entrevistas. In: PRETI, Dino (org.) *Estudos de língua falada: variações e confrontos.* São Paulo: Humanitas, 1998, vol. 3, p. 153-177.

_____; AQUINO, Zilda Gaspar Oliveira de. Apresentado em: *Colóquio Internacional A Investigação do Português na África, América, Ásia e Europa: balanço crítico e discussão do ponto actual das investigações.* Berlim, 23 a 27 de março de 1998.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.* 6 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito, retórica e comunicação.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* 32.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIORIN, José Luiz; SAVIOLI, Francisco Platão. *Para entender o texto: leitura e redação.* 4 ed. São Paulo: Ática, 1995.

FLORESCU, V. *La rhétorique. Genèse – Evolution – Perspectives.* Paris: Les Belles Lettres, 1982.

- GARAVELLI, B. *Le parole e la giustizia*. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani. Torino, Einaudi, 2001.
- GUIMARÃES, Elisa. Figuras de retórica e argumentação. In: MOSCA, Lineide do Lago Salvador (org.), *Retóricas de ontem e de hoje*. 3 ed. São Paulo: Humanitas, 2004. pp. 145-160.
- GUIRAUD, Pierre. *A Estilística*. São Paulo. Ed. Mestre Jou, 1970.
- GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo Civil e Commercial*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1939. v 1-2.
- HENRIQUES, Antonio. *Argumentação e discurso jurídico*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. A dimensão retórico-jurídica nos autos religiosos de Gil Vicente. *Tese de Doutorado*. São Paulo: FFLCH-USP, 2003.
- JORGE, F. C. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- KALINOWSKI, Georges. Et al. Ontic and deontic. *International journal for the Semiotics of Law*, III, 8, 1990, p.133-146.
- KLUG, Ulrich. *Lógica Jurídica*. Trad. JU. C. Gardella. Santa Fé de Bogotá: Témis, 1998.
- KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. *Argumentação e Linguagem*. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- _____. *A Coesão Textual*. 19.ed. São Paulo: Contexto, 2004.
- _____; TRAVAGLIA, Luiz Carlos. *A Coerência Textual*. 16.ed. São Paulo: Contexto, 2004.
- KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos e espécie*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- LAFUENTE, Dayse Paiva Castro. *Sociossemiótica do Discurso Jurídico: o Acórdão*. Tomo I e II, FFLCH/USP (Tese de Doutorado. Orient. Prof. Dr. Cidmar T.Pais).
- LAGAZZI, Susy. *O desafio de dizer não*. Campinas ; Pontes, 1988.
- LANDOWSKI, Eric. *La découverte du sens em droit*. Paris: Association française de philosophie du droit, 1991.

- _____. Note on meaning, interaction and narrativity. *International Journal for the Semiotics of law*, IV, 11, 1991.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.
- LAUSCHNER, Roque. *Lógica Formal*. Porto Alegre: Unisinos, 1997.
- LIMA, A. de M. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- LIMA, P. C. de D. Sobre a possibilidade de interposição de recurso pela parte vencedora que sofreu cerceamento de defesa: algumas reflexões. In: NERY JÚNIOR, N; WAMBIER, T. A. A. (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 10.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MAINGUENEAU, D. *Análise de Textos de Comunicação*. São Paulo: Cortez, 2001.
- _____. *Novas tendências em análise do discurso*. Trad. Freda Indursky. 3. ed. Campinas: Pontes, 1997.
- MARCATO, A. C. *Roteiro de estudo de direito processual civil*. Londrina: Bird Gráfica, 1993.
- MARCONDES, Danilo. *Filosofia, linguagem e comunicação*. São Paulo: Cortez, 1992.
- MARCUSCHI, Luiz Antônio. Gêneros textuais: definição e funcionalidade. In: DIONIZIO, Angela Paiva et al. (orgs). *Gêneros Textuais & Ensino*. Rio de Janeiro: Lucerna, 2002, p. 19-36.
- _____. *Produção textual, análise de gêneros e compreensão*. São Paulo: Parábola Editoria, 2008.
- MARINONI, L. G; ARENHART, S. C. *Manual do processo de conhecimento: tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARQUES, J. F. *Manual de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Campinas/SP: Millennium, 2003. v. 2

- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MÁYNEZ, Eduardo García. *Logica del Juicio Juridico*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, [1954?].
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- MEYER, Bernard. *A arte de argumentar*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- MEYER, M. *Questões de Retórica: Linguagem, Razão e Sedução*. Lisboa: Edições 70, 1998.
- _____. *A retórica*. Introdução e revisão técnica de MOSCA, Lineide do Lago Salvador. São Paulo: Ática, 2007.
- _____. *Questions de rhétorique: language, raison et séduction*. Paris: Librairie Générale Française, 1993.
- MILHOMENS, J. *Dos recursos cíveis: doutrina, legislação, jurisprudência e formulário*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação jurídica e Nova Retórica*. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Júris, 2001.
- MONTENEGRO FILHO, M. *Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 2.
- MONTESQUIEU. *L'Ésprit des Lois*. Paris: Libraires-Éditeurs, 1869.
- _____. *O espírito das leis*; tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v 5
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v 5

- MOSCA, Lineide do Lago Salvador (Org.). *Retóricas de ontem e de hoje*. 3.ed. São Paulo: Humanitas, 2004.
- _____. A teoria perelmaniana e a questão da afetividade. In: OLIVEIRA, Eduardo Chagas (org.). *Chaïm Perelman: Direito, retórica e teoria da argumentação*. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Filosofia, 2004.
- _____. A atualidade da Retórica e seus estudos: encontros e desencontros. I Congresso Virtual do Departamento de Literaturas Românicas da Universidade de Lisboa: Retórica, de 28/03/05 a 01/04/05 (Conferência de abertura).
- _____. (org.). *Discurso, argumentação e produção de sentido*. São Paulo: Humanitas: 2006.
- _____. A ambigüidade como opção retórica da imprensa na relação texto/imagem. In: *Imagens Técnicas*. A, C. Oliveira e Y. Fachine (orgs.). São Paulo, Ed. Haecker, 2008. p. 269-281.
- _____. *A subjetividade no editorial*. Uma análise retórico-argumentativa do adjetivo. Tese (doutorado). USP, São Paulo, 1990.
- _____. A vitalidade da retórica: atravessando os séculos. In: *Língua e Literatura*. São Paulo: Humanitas, 1972, p. 147-167.
- _____. O espaço tensivo da controvérsia: uma abordagem discursivo-argumentativa. *Filologia e lingüística portuguesa*, n. 9, p. 293-310, 2007.
- NERY JUNIOR, N. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLÉRON, Pierre. *A Argumentação*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1983.
- OLIVEIRA, Eduardo Chagas (org.) *Chaïm Perelman: Direito, Retórica e Teoria da Argumentação*. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana / Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Filosofia, 2004.
- ORIONE NETO, L. *Recursos Cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PARENTE, E. de A. Os recursos e as matérias de ordem pública. In: NERY JÚNIOR, N; WAMBIER, T. A. A. (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*

e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 7.

PARIZATTO, João Roberto. *Recursos no processo civil: doutrina e jurisprudência: de acordo com a lei n. 8.950, de 13/12/1994*. São Paulo: Saraiva, 1995.

PAULA, Teixeira de. *Dicionário Português-Latim*. São Paulo: Editora Lep, 1960.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Retóricas*. 2. ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *O império retórico: retórica e argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Rio Tinto: Edições Asas, [s/d].

PESSOA, Fernando. *Mensagens*. São Paulo: Abril, 2010.

PETRI, M. J. C. *Argumentação Lingüística e Discurso Jurídico*. São Paulo: Selinunte, 1994.

_____. *Manual de linguagem jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

PETTER, Margarida. Linguagem, língua, linguística. In: FIORIN, José Luiz. *Introdução à linguística: objetos teóricos*. 5 ed. São Paulo: Contexto, 2007.

PINTO, N. L. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

PIRIS, Eduardo Lopes. A dimensão subjetiva da argumentação e do discurso: focalizando as noções de *éthos* e de *páthos*. *EID&A – Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação*, Ilhéus, n. 2, p. 52-62, mai. 2012.

PISTORI, Maria Helena Cruz. A formação lingüístico-discursiva do profissional da área jurídica. *Revista do GEL* (Araraquara), v. 03, p. 25-45, 2006..

_____. *Argumentação Jurídica*. São Paulo; LTr, 2001

PRADO, Lídia Reis de Almeida. Alguns aspectos sobre a Lógica do Razoável na Interpretação do Direito (segundo a visão de Luís Recaséns Siches). In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GIORGI, Beatriz di; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). *Direito, Cidadania e Justiça: Ensaio sobre Lógica, Interpretação, Teoria, Sociologia e Filosofia Jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Introdução à Retórica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REZENDE FILHO, G. J. R. de. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

_____. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1951.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal; curso de argumentação no Direito*. Campinas: LZZN, 2003.

_____. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SANTOS. M. A. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 22.ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2004.

SICHES, Luis Recaséns. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. México, Porrúa, S. A., 1963.

_____. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. México, porrúa, S.A., 1973.

SUDATTI, Ariani Bueno. *Raciocínio Jurídico e Nova Retórica*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. 36.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2.
- _____. *Teoria geral processual civil e processo de conhecimento*. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.
- _____. *Recursos: direito processual civil ao vivo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1996. v. 2.
- TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. *Linguagem jurídica e argumentação: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. *Linguagem jurídica e argumentação: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- VECHIATO JÚNIOR, W. *Tratado dos recursos cíveis*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000.
- WALTON, Douglas N. *Lógica informal*. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- WAMBIER, L. R. (coord.). *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.
- WAMBIER, T. A. A. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ANEXOS

ANEXO A – RECURSO DE APELAÇÃO

220
B

Benício

Advogados Associados

EXCEXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 20ª VARA CÍVEL DO
FORO CENTRAL DA CAPITAL/SP

Processo nº. 583.00.2010.200873-2

nº ordem 2219/2010 -

ITAU-UNIBANCO S/A, nova denominação do banco Itaú S/A, já qualificado nos autos, por seus advogados e procuradores que esta subscrevem, nos autos da presente demanda que lhe move **ARMANDO AUGUSTO FALCONE ENTO E OUTRO**, em curso por este D. Juízo e respectivo Ofício de Justiça, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar seu **RECURSO DE APELAÇÃO**, com fundamento no artigo 513 do Código de Processo Civil, contra a r. sentença de fls., requerendo seu regular processamento e recebimento no duplo efeito, com fundamento no artigo 520 do mesmo diploma legal, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Requer, ainda, a juntada das inclusas guias, referentes ao recolhimento das custas de preparo e de porte de remessa e de retorno dos autos, protestando pela posterior complementação na hipótese de insuficiência do valor.

Termos em que

Pede deferimento.

São Paulo, 27 de Fevereiro de 2012.

Tânia Miyuki Ishida Ribeiro

OAB/SP 139.426

Melissa Sandoli

OAB/SP 207.433

São Paulo SP

R. São Bento 545 3º ao 7º
andar Centro
CEP 01011-100
Tel/Fax 11 3293 2551

São Paulo SP

R. Olimpíadas 66 7º andar
Vila Olímpia CEP 04551-
000
Tel/Fax 11 3018 2899

Araçatuba SP

R. Floriano Peixoto 120 2º andar
Conj. 24 Centro
CEP 16010-220
Tel/Fax 18 3608 3940

Rio de Janeiro RJ

R. da Ajuda 35 5º andar Centro
CEP 20040-915
Tel 21 2217 9600
Fax 21 2217 9649

Belo Horizonte MG

R. Antonio de Albuquerque 717
12º andar Funcionários
CEP 30112-010
Tel/Fax 31 3281 6406

Curitiba PR

R. Emiliano Perneta 390 7º
andar Centro
CEP 80010-050
Tel/Fax 41 3527 1871

www.benicio.com.br

Fernanda Miranda OAB/SP 190.002

RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO

APELANTE: BANCO ITAU S/A

APELADO: ARMANDO AUGUSTO FALCONE NETO E OUTRO

Colenda Câmara,

Egrégio Tribunal,

Ilustres Julgadores.

SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de ação indenizatória na qual insurge-se o Apelado em face do banco apelante em razão de suposta transação indevida em sua conta.

Aduz que em 10 de junho de 2009 foram surpreendidos com a realização de uma TED, no valor de R\$ 72.890,00 (setenta e dois mil oitocentos e noventa reais), ocorrida em 29 de maio de 2009, a qual foi enviada para uma conta existente na caixa econômica federal em nome de Marcelo Roma de Oliveira.

Seguem narrando que tentaram resolver o impasse junto ao Banco Apelante, sendo que não lograram êxito, razão pela foi proposta a presente demanda.

O banco Apelante contestou o feito, comprovando que a transação havia sido realizada mediante a apresentação dos documentos pessoais, bem como do cartão e senhas pessoais do co-titular da conta, Armando Falcone Neto, sendo que alheio às disposições da defesa entendeu por bem o r. Magistrado de primeiro grau julgar o feito procedente nos seguintes termos:

"(...) Posto isto, JULGO PROCEDENTES os pedidos iniciais formulados por ARMANDO AUGUSTO FALCONE NETO e JULIO FALCONE NETO em face do BANCO ITAÚ S/A para o fim de condenar o réu a ressarcir aos autores a quantia indevidamente transferida de sua conta poupança, no valor de R\$ 72.890,00, a ser monetariamente atualizado pelo índice da poupança (desde a data da TED, ou seja, 29 de maio de 2009 até a data da propositura da ação) e pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo (após a propositura da

222
M

demanda), com incidência de juros remuneratórios de 0,5% ao mês, de forma capitalizada, incidindo sobre o valor total, também, juros moratórios de 1% ao mês, a contar da citação, além de condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00, a ser corrigido a partir desta data, acrescido de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação. Arcará o réu, ainda, com o pagamento das custas e despesas processuais e honorários de advogado que fixo em 20% sobre o valor da condenação. P.R.I. São Paulo, 09 de fevereiro de 2012 RAQUEL MACHADO CARLEIAL DE ANDRADE Juíza de Direito."

Todavia, não agiu com o costumeiro acerto, o Nobre Juiz monocrático, conforme a seguir será demonstrado.

DAS RAZÕES DE REFORMA DA SENTENÇA:

Alegaram os Apelados que sofreram prejuízos de ordem moral e material em razão dos fatos narrados.

Entretanto, ao contrário do que dispôs o r. Magistrado "a quo" o Banco Apelante não pode ser responsabilizado a reparar os danos alegados na exordial, haja vista que ausente qualquer falha na prestação dos seus serviços.

Consoante restou comprovado a transação impugnada foi realizada mediante a apresentação do documento pessoal do co-titular da conta Armando, além da correta utilização do seu cartão e senha, pessoais e intransferíveis.

FRISA-SE QUE FORAM EMITIDOS DOIS CARTÕES PARA MOVIMENTAÇÃO DA REFERIDA CONTA, UM EM NOME DO PAI, JULIO, E OUTRO EM NOME DO FILHO, ARMANDO, ORA APELADOS, O QUE POR SI SÓ BASTA PARA COMPROVAÇÃO DE QUE A CONTA ERA SIM POR AMBOS MOVIMENTADA.

SALIENTA-SE, OUTROSSIM, QUE O CARTÃO DO APELADO, UTILIZADO PARA EFETIVAÇÃO DA TRANSAÇÃO IMPUGNADA, TRATA-SE DE CARTÃO COM CHIP, E, SE NÃO BASTASSE, CONTINUA EM POSSE DO MESMO, O QUE POR SI SÓ É APTO A AFASTAR QUAISQUER INDÍCIOS FRAUDULENTOS.

Colaciona-se R. Magistrado, não obstante todo exposto, que mesmo

após o ocorrido, EM NENHUM MOMENTO O APELADO PROCEDEU A TROCA DA SENHA DO REFERIDO CARTÃO SENHA PELO QUE NÃO PODE SER PRESUMIDA A OCORRENCIA DE FRAUDE, EVIDENCIANDO QUE O CARTÃO FOI UTILIZADO PELO PROPRIOS TITULARES OU, NO MÍNIMO POR TERCEIRO CONHECIDO DOS MESMOS.

EM NENHUM MOMENTO CONSTA DOS AUTOS QUE O CARTÃO TENHA SIDO ROUBADO OU FURTADO, PELO QUE OBVIAMENTE QUEM REALIZOU A TRANSAÇÃO IMPUGNADA TEVE FÁCIL ACESSO AO MESMO E A SENHA NAQUELE CADASTRADA EXCLUSIVAMENTE PELOS TITULARES.

NÃO PODE O R. MAGISTRADO "A QUO", BASEADO EM FRÁGEIS ALEGAÇÕES, PRETENDER SEJA A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA COMPELIDA A INDENIZAR OS APELADOS PELOS PREJUÍZOS SOFRIDOS SENDO CERTO QUE, A TER QUE CONSIDERAR QUE A TRANSAÇÃO FOI DE FATO EFETIVADA POR UM ESTELIONATÁRIO, A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA TAMBÉM DEVE SER CONSIDERADA VÍTIMA!!!

IMPERIOSO REITERAR QUE NÃO OBSTANTE O APELADO ARMANDO AUGUSTO FALCONE NETO APRESENTAR PROBLEMAS DECORRENTES DE UM ACIDENTE ANTERIORMENTE SOFRIDO, ENTRETANTO NÃO HÁ QUALQUER COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DE QUE O CO-TITULAR TRATA-SE DE PESSOA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ!!!

FRISA-SE QUE QUANDO O SUPOSTO ESTELIONATÁRIO COMPARECEU À AGENCIA PARA SOLICITAR A TED IMPUGNADA, APRESENTOU TODA DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA EXIGIDA PELO BACEN DENTRE TANTOS, O DOCUMENTO PARA IDENTIFICAÇÃO PESSOAL, CUJA NUMERAÇÃO CONFERIA COM OS DADOS ANTERIORMENTE CADASTRADOS JUNTO AO BANCO, ALÉM DO CARTÃO E RESPECTIVA SENHA EXCLUSIVA, A FIM DE CADASTRAMENTO JUNTO AO PIN.

ADEMAIS DISSO, EM RAZÃO DOS VALORES E DA ATIPICIDADE DA OPERAÇÃO, O ATENDENTE CONSULTOU A GERENTE DA CONTA DOS

APELADOS, A QUAL, MEDIANTE O ARGUMENTO DE QUE OS VALORES SERIAM UTILIZADOS PARA A COMPRA DE UMA VAN, BEM COMO, DIANTE DA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA, AUTORIZOU A REFERIDA TRANSFERENCIA ELETRONICA.

REPISA-SE, EXCELÊNCIAS, QUE SEM A APRESENTAÇÃO DO CARTÃO DA CONTA DO APELADO ARMANDO, BEM COMO, DA DIGITAÇÃO CORRETA DA SENHA PREVIAMENTE CADASTRADA PELO PRÓPRIO CORRENTISTA, A TED NÃO TERIA SIDO EFETUADA!!!

ORA, D. JULGADORES, O PREPOSTO DO BANCO APELANTE QUE ATENDEU O SUPOSTO ESTELIONATÁRIO NÃO TINHA COMO SABER, NAQUELE MOMENTO, QUE OS DOCUMENTOS APRESENTADOS, OS QUAIS CONFERIAM COM OS DOCUMENTOS CADASTRADOS PREVIAMENTE PELOS CORRENTISTAS, ERAM FRAUDULENTOS.

REITERA-SE, OUTROSSIM, QUE O FATO DE TER SIDO AUTORIZADA A TED PELOS PREPOSTOS DO BANCO NÃO FORAM DETERMINANTES PARA A EFETIVAÇÃO DO SUPOSTO GOLPE PROPALADO AOS APELADOS, SENDO QUE O FATOR DETERMINANTE CONSISTIU NA APRESENTAÇÃO DO CARTÃO E DIGITAÇÃO DA SENHA DE USO PESSOAL E EXCLUSIVO DO CO-TITULAR ARMANDO, PELO QUE ABSURDA A CONDENAÇÃO EXARADA EM SENTENÇA.

Imperioso corroborar que a quando da abertura da conta, os correntistas assumem a responsabilidade pela guarda do seu cartão e sigilo de suas senhas, sendo que os prejuízos advindos da DESIDIA do Apelado ao possibilitar que 'suposto' fraudador tivesse acesso a seu cartão e senha deverá ser pelo mesmo EXCLUSIVAMENTE SUPORTADO.

O R. MAGISTRADO "A QUO" FUNDAMENTOU O R. "DECISIUM" RECORRIDO NO FRÁGIL ARGUMENTO DE QUE O CO-TITULAR ARMANDO NÃO É PESSOA

PLENAMENTE CAPAZ, IGNORANDO TODA PROVA DOS AUTOS, QUE POR SI SÓ DEMONSTRAM QUE A INCAPACIDADE NÃO É ABSOLUTA.

ORA, P. JULGADORES, A EXISTENCIA DE UM CARTÃO DA CONTA EM NOME DO FILHO ARMANDO, CUJA EMISSÃO FOI SOLICITADA PELO PRÓPRIO PAI, JULIO, AO BANCO APELANTE NA ABERTURA DA CONTA, POR SI COMPROVA QUE A INCAPACIDADE DO FILHO NÃO ERA ABSOLUTA, PELO QUE NÃO PODE TAL ARGUMENTO UTILIZADO SER SUFICIENTE A SUBSIDIAR A CONDENAÇÃO ABSURDA FIXADA EM SENTENÇA.

Faz-se mister frisar que o Apelado é possuidor de cartão magnético com CHIP fornecido pelo Banco.

Ora, i. Julgadores, considerando toda segurança proporcionada pelo cartão magnético com CHIP, é forçoso concluir, ao contrário do entendimento do r. Magistrado "a quo" que se não foi o Apelado quem realizou as transações foi alguém de sua confiança!!!

SALIENTA-SE QUE O FATO DO APELADO CONTINUAR EM POSSE DO SEU CARTÃO, BEM COMO DIANTE DO FATO DE QUE AS TRANSAÇÕES OCORRERAM MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DO CARTÃO E DIGITAÇÃO DA SENHA CORRETA, POR SI SÓ SÃO APTOS A CORROBORAR A TESE APRESENTADA EM DEFESA, A QUAL FOI IGNORADA PELO R. MAGISTRADO.

Ademais disso, imperioso trazer à baila que o dever de comprovação dos fatos alegados pertencem aos Apelados, consoante disposições do Código de Processo Civil, senão vejamos:

"Art. 333 – O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor;

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

Assim, se o Autor alegar o fato e o Réu contestar, o ônus da prova é do Autor; se ele mesmo alega e o Réu não contesta, o fato se presume verídico; se o Autor alega e prova, ou não o provando, o Réu admite, e, admitindo o fato, outro lhe opõem, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Autor, o ônus probatório é do Réu.

As regras sobre o ônus da prova e sua distribuição constituem uma inerência do princípio dispositivo. Onde se tivesse um processo puramente inquisitivo, não se cogitaria em *ônus probandi*, nem das consequências de seu descumprimento, simplesmente por que ao Juiz incumbe a busca da verdade dos fatos e a cooperação das partes seria pelo menos dispensável e sequer haveria como sancioná-las pela omissão de provar.

O ônus da prova, reitera-se, recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do ato. Assim, segundo o disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao Autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao Réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Autor.

ORA PRECLAROS DESEMBARGADORES, AO CONTRÁRIO DO DISPOSTO EM SENTENÇA, O APELANTE NÃO SE MANTEVE INERTE QUANTO À COMPROVAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DO DIREITO SUSCITADO PELOS APELADOS, SENDO CERTO QUE TROUXE AO CRIVO DO JUDICIÁRIO ESCLARECIMENTOS SUFICIENTES A ENSEJAR A IMPROCEDENCIA DA DEMANDA.

Repisa-se que a condenação das Instituições Financeiras nestes casos tornou-se fato corriqueiro, pelo que tem entendido os Magistrados que o Banco deve ser responsabilizado pelo risco de suas atividades. Entretanto, conforme documentalmente comprovado nos autos, o cartão com CHIP não oferece risco aos seus usuários, sendo que as eventuais fraudes alegadas têm ocorrido mediante a conduta negligente dos usuários quanto à guarda e conservação do cartão e de suas respectivas senhas, repisa-se, cadastradas EXCLUSIVAMENTE PELOS CORRENTISTAS!!!

Resta evidente que o Apelante adota inúmeras medidas que visam garantir a segurança na prestação de serviços de auto-atendimento em seus caixas eletrônicos (ATM's) e terminais de débito automático localizados em estabelecimentos comerciais (POS ou PDV),

afastando qualquer risco para o correntista.

Inobstante as medidas de segurança o Apelante também orienta constantemente os consumidores acerca da necessidade de troca das senhas, bem como da importância do sigilo das mesmas, o que exclui a responsabilidade objetiva e subjetiva do prestador de serviço, aludidas nos arts. 14 do CDC e 927, caput, e § 1º, do CC.

Frisa-se que inúmeras perícias realizadas em processos judiciais dessa natureza já atestaram a segurança dos serviços prestados pelo Banco Apelante em seus terminais eletrônicos sendo certo, ainda, que tais laudos concluíram pela culpa exclusiva do consumidor, afastando por completo a responsabilidade do Banco.

Por esta razão, tem-se que o MM. Juiz de primeira instância não julgou com o costumeiro acerto no presente caso, razão pela qual a r. sentença ora recorrida, merece ser integralmente reformada.

DO DEVER DE INDENIZAR

O dever de indenizar é gerado quando há responsabilidade civil, que consiste na obrigação de uma pessoa reparar o prejuízo causado por fato próprio, de pessoas ou coisas que dela dependam.

Tem o instituto da responsabilidade civil a finalidade de ressarcir eventuais danos sofridos, tendo como causa o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado pela suposta lesão.

São duas as teorias que definem a responsabilidade civil:

a) Responsabilidade subjetiva, que pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil e em não havendo culpa não há responsabilidade;

b) Responsabilidade Objetiva, em que a lei impõe a certas pessoas em determinadas situações à reparação de um dano cometido sem culpa;

Essa responsabilidade (objetiva), adotada pelo artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, baseia-se na teoria do risco, não se exigindo a prova da culpa do agente para que a outra parte seja obrigada a reparar o dano. Temos assim a culpa presumida, bastando que

seja comprovado o ato lesivo, o dano efetivo e o nexo causal, para que a parte tenha direito ao ressarcimento.

Para a ação de responsabilidade civil, de indenização por ato ilícito, necessário e indispensável à existência e a comprovação do dano efetivo, bem como da relação de causalidade entre o fato e o dano, além da má-fé do agente, o que efetivamente não existiu no caso, bem como não restou sequer demonstrada pelos Apelados.

Entretanto, sem a existência desses três elementos, não há que se falar em indenização a qualquer título.

Das considerações formuladas abstrai-se que não há ilícito imputável ao Banco Apelante, pois eventuais danos reclamados não podem ter como causa sua esfera de ação.

Para que surgisse o dever de indenizar eventual prejuízo, primordial seria o estabelecimento do nexo causal entre o alegado dano e a conduta do Banco e, ainda, a prova do procedimento ilícito deste, que nem de longe lograram os Apelados demonstrar.

Repisa-se que a inversão do ônus da prova não isenta os apelados da comprovação mínima do direito pleiteado.

Ora, P.Julgadores, é muito simples vir a Juízo negar uma transação efetuada adequadamente mediante a utilização do próprio cartão e senha pessoais e exclusivos do correntista alegando ter sido vítima de fraude e requerer a responsabilização da Instituição Financeira sem qualquer comprovação fática!

Repisa-se que consoante fartamente demonstrado que os danos sofridos pelo apelado ocorreram exclusivamente em face de sua desídia, negligência e imprudência, o que por si só exclui a responsabilidade objetiva e subjetiva do prestador de serviço, aludidas nos arts. 14, §3º, I e II do CDC e 927, caput, e § 1º, do CC, e fulmina a pretensão indenizatória exarada pelos apelados, que não se desincumbiram do ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, CPC), qual seja, a prática de ato ilícito por parte do Apelante.

Neste mister, restando patente a ausência de comprovação do nexo causal e da conduta ilícita do Apelante, não há que se falar em dever de reparação por responsabilidade civil.

DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS

Indispensável à responsabilidade objetiva, para fins de indenização por ato ilícito, a ação ou omissão voluntária, bem como, negligência ou imprudência, além do nexo de causalidade.

No caso em epígrafe entendeu por bem o MM.Juiz "a quo" deferir o pedido de indenização por danos materiais e morais, abusivamente pleiteados pelos Apelados, sem quaisquer fundamentos fáticos e de direito.

Em nenhum momento restou comprovado que o Apelante deu causa aos prejuízos alegados, pelo contrario, sendo certo que os danos ocorreram por culpa exclusiva dos Apelados que permitiram que terceiro tivesse acesso ao cartão e senha pessoal e exclusiva da conta utilizada para efetivação da transação.

Ora, r.Magistrados, se os valores foram transferidos para a conta de terceiro, os Apelados deverão cobrar deste terceiro os valores apropriados indevidamente pelo que não pode esta Instituição Financeira ser compelida a restituir os referidos valores, que, reitera-se, **NÃO ESTÃO EM SEU PODER!**

SALIENTA-SE QUE O BANCO APELANTE SOLICITOU QUE O R.MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU EMITISSE OFICIOS À C.E.F. A FIM DE QUE INFORMASSE OS DADOS DA CONTA PARA QUAL FOI TRANSFERIDA A TED SENDO QUE O MESMO SEQUER FOI APRECIADO, O QUE DESDE JÁ,IMPUGNA!

Ademais, restou mais que comprovado que o Banco agiu estritamente dentro das normas do BACEN, tomando todas as precauções antes da efetivação da TED, sendo certo que a mesma só foi concretizada após a apresentação do cartão da conta e digitação correta da senha previamente naquele cadastrada pelo correntista, no caso, ARMANDO AUGUSTO FALCONE NETO, sendo que somente este deve ser responsabilizado por sua flagrante desídia!!!

Resta, neste mister, claramente aplicável à hipótese o teor do artigo 14, §3º, I e II do CDC, que afasta a responsabilidade do fornecedor de serviços em caso de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Evidente que a pretensão a indenização por danos morais dos Apelados, em quantias **TÃO EXORBITANTES**, deflagra única e exclusivamente o interesse em auferir renda indevida à custa do Apelante, com o que não podem concordar estes r. Julgadores, devendo a sentença ser integralmente Reformada para afastar a condenação por danos morais e materiais por ser justo e de Direito.

DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

Em primeiro lugar, temos que as alegações que foram carreadas aos autos não demonstram cabalmente que houve ofensa à moral dos Apelados, e muito menos, que os dissabores experimentados foram causados pelo Banco Apelante e justificam os valores fixados em sentença, pelo que esta certo o Apelante que Vossas Excelências irão rechaçar a condenação fixada em sentença.

Entretanto, apenas por hipótese, imperioso trazer à baila que à luz do que reza o **artigo 944 do Código Civil** Pátrio, a indenização, quando fixada, deve ser pautada na extensão do dano, o que, *data maxima venia*, não ocorreu nos autos.

Não obstante a flagrante negligência e imprudência do Apelado ao permitir que terceiro tivesse acesso a seu cartão e senha, o r. Magistrado "a quo" entendeu por bem ainda condenar o Apelante a indenizá-lo pelos danos morais no valor absurdo de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já tem por sedimentado o entendimento de que os danos morais devem ser arbitrados de forma moderada, de modo a não ensejar enriquecimento sem causa.

Corroborando:

"Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 684.643 - MA (2004/0120899-5)

RELATOR : MINISTRO JORGE SCARTEZZINI

RECORRENTE : BANCO DO ESTADO DO MARANHÃO S/A

ADVOGADO : DANIEL FONSÊCA ROLLER E OUTROS
RECORRIDO : JOSÉ MARTINHO DOS SANTOS BARROS
ADVOGADO : EMMANUEL ALMEIDA CRUZ E OUTROS
EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUES. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL. DANO MORAL. REDUÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS.

(...)

3. Constatado evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, do montante indenizatório do dano moral, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a revisão, nesta Corte, de aludida quantificação.

4. Consideradas as peculiaridades do caso em questão - vale dizer: o valor dos cheques devolvidos indevidamente (R\$ 2.814,67); o fato de o Banco ter reconhecido a falha administrativa de seus serviços, demorando, entretanto, 11 (onze) dias para regularizar a conta corrente do autor; a suposta inscrição do nome do autor em cadastro restritivo de crédito não restou devidamente comprovado nas instâncias ordinárias - **o valor fixado pelo Tribunal a quo (R\$ 28.140,00) a título de danos morais mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso. Destarte, para assegurar ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento indevido, reduzo o valor indenizatório, fixando-o em R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais).**

Brasília, DF, 16 de agosto de 2005(data do julgamento).
Documento: 1948837 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado -
DJ: 12/09/2005 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça
MINISTRO JORGE SCARTEZZINI Relator

Conquanto a indenização deva servir para dar uma compensação ao ofendido, e representar uma punição para o ofensor, não pode, contudo, servir para proporcionar um enriquecimento de quem a pleiteia sob pena de afronta aquilo que está consignado no bojo do **artigo 884 do Código Civil.**

ORA, PRECLAROS JULGADORES, CONSIDERANDO TODO FARTAMENTE DISPOSTO, BEM COMO, CONSIDERANDO QUE O APELADO CONCORREU PARA A PRODUÇÃO DOS DANOS ALEGADOS, EVIDENTE QUE O QUANTUM ARBITRADO RESTA EXORBITANTE, SENDO QUE DEVERÁ SER REFORMADO E REDUZIDO DE FORMA A ATENDER OS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, reiterando a total isenção de responsabilidade do Apelante quanto aos danos narrados, requer seja o presente recurso **conhecido e provido para o fim de reformar integralmente a r. sentença de primeiro grau, a fim de que seja julgada improcedente a demanda**, com a condenação dos Apelados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no importe de 20%.

Caso não seja este o entendimento de Vossas Excelências, requer, outrossim, seja **reduzido o valor da indenização fixada a título de danos morais**, em atendimento ao Princípio da Razoabilidade, por ser medida de direito e **Justiça!**

Aproveita a oportunidade para requerer ainda que todas as intimações e publicações referentes ao presente Recurso sejam feitas em nome dos advogados: **Benedicto Celso Benício, OAB/SP nº 20.047 e Taylise Catarina Rogério Seixas, OAB/SP nº 182.694**, com escritório na Rua São Bento nº 545 – 5º andar – Cep. 01011-100, **sob pena de NULIDADE.**

São Paulo, 27 de Fevereiro de 2012.

Tânia Miyuki Ishida Ribeiro
OAB/SP 139.426

Melissa Sandoli
OAB/SP 207.433

ANEXO B – RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

TJSP2TNSPLJ 28FEV11 14:55 2011.00176629-4(20)

VALDENEI FIGUEIREDO ORFÃO, brasileiro, divorciado, advogado, em causa própria, inscrito na OAB-SP sob o nº 41.732 e no CPF sob o nº 659.404.408-78, com escritório em São Paulo - SP na Rua José de Camargo, nº 113, CEP 04139-010, telefone (11) 5071-0094, onde receberá as intimações, vem, com fundamento nos artigos 522, 524 e seguintes do Código de Processo Civil, interpor

AGRAVO DE INSTRUMENTO

contra a r. decisão a fls. 150, disponibilizada no Diário Oficial de 16.2.2011, proferida pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA CAPITAL, nos autos da ação de cobrança de honorários advocatícios proposta contra POLIPOLYMER COMERCIAL LTDA., processo nº 05.006614-0, a qual rejeitou a impugnação apresentada pelo agravante e, ainda, o condenou no pagamento de honorários advocatícios de 10%.

Instrui o presente agravo com cópias, que declara autênticas, das peças obrigatórias e necessárias constantes do processo, consoante relação ao final.

A agravada está representada pelos advogados Dr. Nelson Alberto Carmona e Dr. Adilson Santana, inscritos na OAB-SP sob os nº 92.621 e 30.156, respectivamente, ambos com escritório na Alameda Barros, nº 101, sala 21, bairro da Santa Cecília, em São Paulo - SP.

Requer a juntada do incluso comprovante de pagamento da taxa judiciária, bem como da guia do porte de retorno.

109 2 139

DA IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO
DO PRESENTE AGRAVO EM RETIDO

Trata-se de decisão que resolveu a impugnação apresentada pelo agravante, rejeitando-a, sem extinguir a execução.

Na forma do art. 475-M, § 3º, do Código de Processo Civil, "A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação". Portanto, não há possibilidade, evidentemente, da conversão deste recurso em agravo retido.

DOS FATOS

1 - Trata-se de ação objetivando a cobrança de honorários advocatícios no valor de R\$12.993,30.

2 - A ação foi julgada improcedente, tendo o agravante sido condenado a pagar custas e honorários advocatícios de sucumbência, fixados em R\$1.000,00.

3 - Em fase de cumprimento de sentença, a agravada requereu a intimação do agravante para efetuar o pagamento das verbas de condenação, no valor de R\$1.063,90.

4 - Para cumprir sua obrigação, o agravante ofereceu à penhora crédito (dinheiro) de R\$1.980,88, decorrente de honorários advocatícios de ação patrocinada em nome da própria agravada (fls. 108/120).

5 - A agravada manifestou-se a fls. 122/128 impugnando o crédito oferecido pelo agravante e requerendo, ao final, a penhora on line, via Bacen-Jud, da quantia de R\$1.459,58, já acrescida da multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC.

6 - Conforme se verifica a fls. 135/136, houve penhora parcial do crédito exequendo; o agravante ofereceu impugnação à penhora, sob o fundamento de excesso de execução e, também, em razão de a obrigação estar extinta por força da compensação. Declarou, ainda, que o valor correto da execução é R\$1.095,77.

7 - O MM. Juízo a quo rejeitou a impugnação do agravante (fls. 150):

"Reitero decisão de fls. 130. Não se trata de compensação, posto que o devedor dos honorários oferecidos em garantia é terceiro, que sucumbiu na ação patrocinada pelo executado em favor da exequente, segundo consta.

Determino a transferência do valor bloqueado para conta à disposição do juízo e posterior expedição de mandado de levantamento em favor do advogado da exequente, visto que se trata de verba de sucumbência.

No tocante aos juros, são devidos a partir do trânsito em julgado, oportunidade em que teve início a mora. Portanto, correto o cálculo apresentado pelo exequente.

Correta a utilização do índice de junho de 2008, pois nesse mês que a sentença foi proferida.

Diante do exposto, REJEITO a impugnação apresentada. Deixo de condenar as partes nas penas da litigância de má-fé, uma vez que ausentes os pressupostos dos arts. 17 e 600, do CPC.

Requisitem-se informações via sistema Infojud e quanto ao DETRAN, pode ser diligenciado diretamente pelo interessado.

Por fim, fixo os honorários para fase de cumprimento de sentença em 10% do valor devido.

Ciência ao Ministério Público.

I."

8 - *Data venia*, merece reforma a r. decisão agravada, como se demonstrará.

DO DIREITO

DA VIOLAÇÃO AO ART. 2º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

9 - O MM. Juízo *a quo* rejeitou a impugnação sob o fundamento de que "Não se trata de compensação, posto que o devedor dos honorários advocatícios oferecidos em garantia é terceiro."

10 - *Data venia*, a agravada, em momento algum, alegou que os honorários advocatícios oferecidos pelo agravante são devidos por terceiro; a r. decisão agravada fere o princípio "*ne procedat iudex ex officio*",

11 - O aludido princípio está insculpido no art. 2º do Código de Processo Civil, que dispõe:

"Nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais."

12 - Ora, a agravante não aduziu que a compensação não poderia ser efetivada em razão de o débito ser, supostamente, de terceiro. Note-se que a agravada apenas afirmou que o crédito oferecido à penhora é impenhorável.

13 - Assim, *data venia*, não poderia ter o MM. Juízo *a quo*, de ofício, decidir que não se aplica ao caso a compensação com base em premissa sequer invocada pela agravada.

14 - O C. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que a questão referente à compensação não é matéria de ordem pública e, evidentemente, não pode ser conhecida de ofício:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RITO SUMÁRIO. DEFESA DO RÉU. PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA E CONTESTAÇÃO. APRESENTAÇÃO CONCOMITANTE. NECESSIDADE. REQUISITO NÃO ATENDIDO. RÉU CONSIDERADO REVEL. DIREITO CIVIL. COMPENSAÇÃO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. No procedimento sumário, vige o princípio da concentração dos atos processuais. A exceção de incompetência e a contestação devem ser oferecidas concomitantemente, não sendo possível, como na hipótese dos autos, a apresentação da exceção de foro e, posteriormente à aludida audiência, o oferecimento de peça contestativa.

2. A ausência de contestação na audiência de conciliação do procedimento sumário acarreta, inequivocamente, a revelia do réu.

3. O exercício do direito à compensação gravita na esfera dispositiva do seu detentor. O reclamar do crédito é ato voluntário que pode ser executado, segundo a conveniência de seu titular, no tempo que o considerar mais aprazível, sendo impossível o seu exercício compulsório.

4. A alegação do direito de crédito a compensar, como realizada na hipótese dos autos, se insere no conceito de defesa substantiva ou defesa de mérito, motivo pelo qual o seu reconhecimento pelo órgão judicante demanda provocação, não se admitindo, portanto, o seu reconhecimento ex officio, sob pena de malferir o princípio da demanda.

5. Destarte, ocorrendo os efeitos da revelia, em face da ausência de contestação, não é possível se reconhecer o direito à compensação, como reclamado na hipótese em tela.

6. Recurso especial improvido.

(STJ; RESP 657002-SP, 3ª Turma; Min. Relator Vasco Della Giustina; julgado: 11.5.10; Dje: 24.5.10) (destaques do agravante)

DA POSSIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO E DA MÁ-FÉ DA AGRAVADA

15 - No caso em tela, o agravante ofereceu à penhora (fls. 108) parte do crédito de R\$1.980,88, decorrente de honorários advocatícios de ação patrocinada em nome da própria agravada, quando era seu advogado, conforme documentos comprobatórios desse crédito a fls. 109/120.

16 - Como dispõe o art. 368 do Código Civil, "Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem."

17 - Portanto, o crédito oferecido à penhora pelo agravante tem fundamento legal, não podendo ser recusado pelo agravado.

18 - Maliciosamente, a agravada alegou a fls. 122/127 que o crédito oferecido à penhora viola a ordem legal de preferência na penhora; *data venia*, essa alegação é absurda e não possui fundamento jurídico, haja vista que o inciso I do art. 655 do CPC prevê dinheiro como preferência na penhora e, logicamente, o crédito do agravante junto à agravada é DINHEIRO.

19 - A agravada agiu com má-fé nestes autos, haja vista que afirmou desconhecer o crédito do agravante junto a ela, em valor maior. Não reconhecer a exigibilidade do referido crédito e o trânsito em julgado da decisão judicial de que decorre significa deslealdade e má-fé, defesa ciente de ser destituída de fundamento, contra fato incontroverso, sendo mesmo incidente manifestamente infundado. Se representa a massa falida da agravada, tem obrigação legal de conhecer não apenas seus créditos, mas também seus débitos!

20 - Como já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça (REsp 829.583 - citado por Theotonio Negrão e outros - Código de Processo Civil e leg. proc. em vigor, 42ª Ed., Saraiva, em nota ao art. 655 do CPC), é perfeitamente válida a compensação feita pelo agravante:

172
M

"Embora a lei não trate expressamente da penhora de mão própria, consistente na possibilidade de a constrição recair sobre crédito que o executado possui frente ao próximo exequente, tal modalidade de penhora encontra viabilidade na dicção do art. 671, II, do CPC, apenas com a peculiaridade de que o terceiro devedor, nesta hipótese, é o próprio exequente. A penhora de mão própria só é possível se ambos os créditos forem certos, líquidos e exigíveis, hipótese em que, mais do que a garantia do juízo, haverá a compensação ope legis, até o limite do crédito do executado frente ao exequente. Considerando que o crédito objeto de penhora de mão própria terá como resultado final sua compensação automática com o débito em execução, não há como deixar de incluí-lo em primeiro lugar, juntamente com o depósito em dinheiro na ordem de gradação do art. 655 do CPC, visto que esta segue o critério da liquidez, isto é, da maior facilidade de o bem ser utilizado para quitação da dívida" (STJ-3ª T., REsp 829.583, Min. Nancy Andrighi, j. 3.9.09, Dj 30.9.09).

21 - Como se verifica, o próprio C. Superior Tribunal de Justiça reconhece que o crédito do executado perante seu credor é dinheiro, e se situa em primeiro lugar na lista do art. 655 do Código de Processo Civil.

22 - De todas as absurdas e desleais alegações da agravada, a maior reside na sua pretensão de impedir que o agravante disponha livremente de seus bens.

23 - Assim é que, a fls. 125/126, quis proibir o agravante de utilizar o crédito, em dinheiro, que possui junto a ela própria para quitar o débito decorrente deste processo, na modalidade de compensação, afirmando ser esse crédito impenhorável. Essa afirmação demonstra ainda total desconhecimento, quicá proposital, da jurisprudência que trata do oferecimento de bens impenhoráveis pelo próprio titular do direito, uma vez que é válida a indicação à penhora, pelo devedor, de bens que a lei considera impenhoráveis em seu exclusivo interesse.

24 - É o próprio C. Superior Tribunal de Justiça que já decidiu esta questão, como anota o mesmo autor (na mesma obra), ao art. 655 do CPC:

"Em se tratando de bem absolutamente impenhorável, por força do art. 649 do CPC, o seu oferecimento à penhora, pelo devedor, acarreta renúncia do direito de impenhorabilidade" (STJ - 2ª Seção, REsp 470.935, Min. Nancy Andrighi, j. 10.12.03, DJU 1.3.04). No mesmo sentido: STJ-3ª T.: RJ 314/92 e RSTJ 180/356, dois votos vencidos; JTAERGS 83/180.

25 - Verifica-se, pois, a deslealdade processual e má-fé da agravada, fingindo desconhecer o crédito que o agravante possui junto a ela, chegando ao cúmulo de taxá-lo de "supostamente idôneo", como se não existissem e de nada valessem a sentença, o acórdão e demais peças processuais a fls. 109/120.

26 - Faz ela de conta que não sabe que tramitou o processo 99.880670-6 perante a MM. 30ª Vara Cível desse Foro Central, na qual foi a parte autora; finge que desconhece o crédito - de maior valor - do agravante junto a ela; e assim age, mesmo após ter ciência expressa dessas peças processuais (r. despacho publicado em 12.5.2010).

253 177
m

27 - Chamar de "duvidosa idoneidade" (fls. 123) a sentença e o acórdão é, sem dúvida, desprezo total para com as decisões do Judiciário!

28 - Se agisse de boa-fé - mormente porque tem o dever legal de administrar a massa falida e, por isto mesmo, o dever de conhecer os créditos e débitos dela -, sequer deveria executar o valor desta ação - afinal, o crédito do agravante, líquido e certo, supera o que deve à agravada!

DO EXCESSO DE EXECUÇÃO

29 - A r. sentença condenou o agravante no pagamento de honorários advocatícios no importe de R\$1.000,00.

30 - A agravada apresentou os cálculos no valor de R\$1.326,89 (fls. 128), com correção monetária e juros de 1% ao mês.

31 - Não há incidência de juros: a r. sentença nada dispôs a esse respeito.

32 - O objeto da execução é exclusivamente de verba honorária sucumbencial, sobre a qual não incidem juros, pela própria natureza da verba condenatória.

33 - No entanto, a r. decisão agravada decidiu que, "*No tocante aos juros, são devidos a partir do trânsito em julgado, oportunidade em que teve início a mora. Portanto, correto o cálculo apresentado pelo exequente.*"

34 - Esse E. Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de não ser possível a incidência de juros de mora sobre honorários advocatícios:

Apelação Cível - Ação Ordinária - Possibilidade de determinar à Administração Pública o fornecimento de medicamento prescrito por Médico - Incidência dos juros de mora sobre os honorários - Impossibilidade - Apelo provido em parte.

...

Com relação aos juros de mora, acredito que devem ser eles afastados, pois creio não incidir a verba honorária."

(TJ-SP; Apelação nº 726.672-5/8-00; Des. Relator Almeida Sampaio; julgado: 9.4.08; publicado: 5.5.08)

35 - No mesmo sentido:

"Cumprimento de sentença - Sucumbência - Juros de mora sobre honorários advocatícios. Impossibilidade - Não há mora a justificar a inclusão - Verba fixada em percentual sobre o valor da causa atualizado desde a data da distribuição da ação - Cálculos corretos - Recurso improvido.

A questão a ser dirimida é se há, ou não, inclusão de juros de mora na espécie, que não foram expressamente referidos na sentença que ora se cumpre.

Embora o art. 293, do Código de Processo Civil, determine que os juros de mora entendem-se compreendidos no principal, o caso em análise é diverso. A ação foi julgada improcedente e a condenação inclui apenas a sucumbência,

234
174
m

que foi fixada em percentual incidente sobre o valor dado à causa devidamente atualizado.

Não há que se falar, portanto, em juros de mora incluídos no pedido principal, que era o de condenar o Agravante a pagar ao Agravado indenização por dano moral, e que foi afastado pela sentença.

A condenação in casu decorre da sucumbência, consoante previsão do art. 20 do Código de Processo Civil, que só ocorre no momento da sentença, de forma que não há que se falar em mora do vencido a justificar a inclusão dos juros.

(TJ-SP; AI nº 615.792-4/7-00; Des. Relator Luiz Antonio Costa; julgada: 4.2.09; Dje: 13.2.09) (destaques do agravante)

36 - Portanto, ao contrário da r. decisão agravada, data venia, não há que se falar em juros de mora incidentes sobre honorários advocatícios, motivo pelo qual impõe-se sua reforma.

37 - Em suma:

- a) o MM. Juízo *a quo* não pode, de ofício, decidir que não se aplica ao caso a compensação com base em premissa sequer invocada pela agravada, uma vez que essa matéria não é de ordem pública;
- b) é perfeitamente legal o oferecimento de seu crédito de honorários advocatícios, na modalidade de compensação, para extinguir seu débito junto à agravada, como disposto expressamente no art. 368 do Código Civil;
- c) o crédito é representado por dinheiro, obedecendo assim a ordem prevista no art. 655, I, do Código de Processo Civil;
- d) esse crédito é da mesma natureza do que a agravada está executando;
- e) a compensação, como causa extintiva da obrigação, está prevista como fundamento da impugnação (CPC - art. 475-L, VI);
- f) a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é tranqüila quanto a ser possível oferecer crédito do devedor a seu credor, para extinção da obrigação, classificando-o em primeiro lugar na gradação do art. 655 do CPC;
- g) a agravada tem o dever legal de saber que o agravante é seu credor; e mesmo que desconhecesse esse fato, não pode chamar de "duvidosa idoneidade" a sentença, o acórdão e demais peças processuais comprobatórias do crédito do agravante;
- h) há excesso de execução, porque a agravada incluiu juros de mora (20%) em seus cálculos, o que não está de acordo com a r. sentença (fls. 94), que só previu correção monetária, e também com a jurisprudência pacífica desse E. Tribunal;
- i) há excesso de execução, porque a agravada usou como índice inicial dos seus cálculos (fls. 128) o de junho/2008, sendo o correto o de julho/2008 (39,025474) - não pode haver correção a partir de junho/2008, porque a data da sentença é 30 de junho de 2008 (último dia do mês) e, em seus exatos termos, "correção monetária a partir da presente data".

JJS 8
175
21

Do Pedido de Antecipação Parcial dos Efeitos da Tutela Recursal

38 - Tendo em vista que já houve bloqueio de contas bancárias do agravante e a fim de se evitar novas constrições judiciais de seus bens, pede a atribuição de efeito suspensivo, na forma do art. 527, III, do CPC.

39 - Note-se que o autor está na iminência de sofrer dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que a agravada requereu a fls. 141, evidentemente para fins de expropriação, a expedição de ofício ao DETRAN e à Receita Federal do Brasil, a fim de que informem a existência de bens em nome do agravante.

40 - Ressalte-se que própria r. decisão agravada já determinou a requisição das referidas informações através do sistema INFOJUD e, quanto ao DETRAN, cientificou a agravada de que esta pode diligenciar diretamente em busca de informações, sem a necessidade da expedição de ofício.

41 - Demonstrados, assim, os requisitos para sua concessão, requer a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso.

DO PEDIDO

Requer o provimento do presente agravo a fim de reformar a r. decisão agravada, para os seguintes fins:

- a) acolher a impugnação apresentada pelo agravante, extinguindo-se a obrigação em razão da compensação, considerando que o crédito oferecido à agravada é dinheiro e, na forma do art. 655 do CPC, tem preferência na penhora, invertendo-se, consequentemente, os ônus da sucumbência;
- b) cancelar as penhoras feitas *on line*, pelo convênio Bacen-Jud, comunicando os bancos correspondentes para a imediata suspensão dos bloqueios realizados;
- b) condenar a agravada nas penas máximas de litigância de má-fé por fingir desconhecer a exigibilidade do crédito oferecido em penhora; por não reconhecer sentença, acórdão e o trânsito em julgado da decisão judicial que originou o crédito objeto da compensação; por apresentar manifestação ciente de ser destituída de fundamento, contra fato incontroverso; por ter obrigação legal de conhecer os débitos da massa falida que representa, e por cobrar valor de juros inexistentes no título judicial que executou.
- c) subsidiariamente, se não acolhida a impugnação do agravante, que seja determinada a exclusão dos juros de mora dos cálculos feitos pela agravada, uma vez que estes não incidem sobre honorários advocatícios, consoante jurisprudência sedimentada desse E. Tribunal.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2011

Valdenci Figueiredo Orfão
OAB-SF 41.732

Maurício de Farias Castro
OAB-SF 181.983-E

Handwritten signature and initials, with the number 176 and the letter M written below.

RELAÇÃO DAS PEÇAS QUE FORMAM O INSTRUMENTO

- 1- Petição inicial (fls. 2/6);
- 2- Procuração do agravante (fls. 43);
- 3- Procuração da agravada (fls. 58);
- 4- Sentença (fls. 92/94);
- 5- Despacho a fls. 102;
- 6- Petição da agravada requerendo a intimação do agravante na forma do art. 475-J do CPC (fls. 103/104);
- 7- Despacho a fls. 105;
- 8- Certidão de publicação do despacho a fls. 105 (fls. 106);
- 9- Petição do agravante oferecendo crédito à penhora (fls. 108/120);
- 10- Petição da agravada impugnando o crédito oferecido à penhora (fls. 122/128);
- 11- Despacho a fls. 130;
- 12- Detalhamento de Ordem Judicial de Bloqueio de Valores (fls. 135/136);
- 13- Petição da agravada a fls. 138/142);
- 14- Petição do agravante apresentando impugnação à penhora (fls. 144/149);
- 15- Decisão agravada (fls. 150);
- 16- Detalhamento de Minuta para Ordens Judiciais de Desbloqueios, Transferências e/ou Reiteraões, para Bloqueio de Valores (fls. 152/155);
- 17- Detalhamento de Ordem Judicial de Bloqueio de Valores (fls. 157/158);
- 18- Ofícios do Banco do Brasil S.A. informando que os valores bloqueados se encontram à disposição do MM. Juízo *a quo* (fls. 159/160);
- 19- Certidão de publicação da r. decisão agravada (fls. 161).

RECEBIMENTO

ANEXO C – RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

JOÃO R. E. PIZA FONTES
& ADVOGADOS ASSOCIADOS
EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA
CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DE SÃO PAULO - SP

Carta de Sentença

Autos nº 583.00.2011.185508-6 (1615/2011)

COOPERATIVA HABITACIONAL DOS BANCÁRIOS
DE SÃO PAULO - BANCOOP, por seus procuradores, nos autos da ação
em epígrafe, movida por MARTA DURANTE, vem, respeitosamente, à
presença de Vossa Excelência, opor os vertentes EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO, em face da respeitável decisão proferida por este MM.
Juízo, o que faz com fulcro no artigo 535 do Código de Processo Civil.

No dia 14 de março de 2012 foi disponibilizada a
seguinte decisão interlocutória no diário da justiça eletrônico:

"Despacho Proferido.

*Vistos. Cuida-se de pedido de execução provisória de
sentença. INTIME-SE à parte ré para pagamento, na
pessoa de seus advogados, para que efetue o pagamento
da multa no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de
prosseguimento na fase do art. 475-J do Código de
Processo Civil (art. 475-O do Código de Processo Civil).
No mesmo prazo, deverá a ré entregar o termo de
quitação e proceder à outorga de escritura definitiva,
mediante constituição de garantia sobre os direitos à
aquisição da unidade habitacional mencionada nestes
autos. Int".*

Data maxima venia, em que pese a cultura e o indiscutível conhecimento jurídico deste Ilustre Magistrado, entende a Embargante que a r. decisão acima transcrita encontra-se maculada pelos vícios da **obscuridade, contradição e omissão**, conforme passamos a demonstrar:

Execução provisória

Inicialmente cumpre observar que realmente houve o julgamento dos embargos de declaração opostos pela Bancoop em face do v. acórdão que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela Cooperativa.

Contudo, persistindo algumas omissões, contradições e obscuridades, fez-se necessária a oposição de novos embargos de declaração pela Bancoop, os quais ainda não foram julgados pela C. Quarta Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme documento anexo.

Assim, *data maxima venia*, faz-se necessário pelo menos o esgotamento da jurisdição do E. Tribunal de Justiça, com o julgamento dos novos embargos de declaração opostos, para que se possa admitir o início da execução provisória.

Aliás, é bom que se diga, o próprio Exequente, manifestou seu interesse em aguardar o julgamento dos embargos de declaração, para que se desse início a execução provisória, conforme trecho abaixo transcrito da petição de fls.

"No entanto, por EXTREMA CAUTELA, a parte exequiênda sugere a suspensão deste feito até que seja proferida decisão nos Embargos Declaratórios, isso no caso excepcional deste juízo assim considerar necessário".

74
a

Dessa forma, entende a Executada que a r. decisão de fls. deve ser integrada, determinando-se a suspensão da presente execução provisória até o julgamento dos novos embargos de declaração opostos.

Multa 475-J do CPC

Ademais, como bem observado por Vossa Excelência, trata-se a presente demanda de execução provisória e como tal, não incide a multa de 10% prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil, conforme entendimento pacífico do E. STJ:

"A jurisprudência do STJ firmou entendimento de que a multa disposta no artigo 475-J não tem aplicabilidade à hipótese de execução provisória ante a inexistência de decisão transitada em julgado. Sendo assim, subsiste o direito do devedor de recorrer de tal penalidade" (STJ - EDcl nº 1.122.725/SP - Relator Ministro João Otávio de Noronha - j. 04.05.2010).

Sobre a caução

Sem prejuízo, restou omissa ainda a r. decisão no que diz respeito à necessidade de prestação de caução suficiente e idônea para que se processe a presente execução provisória.

Isto porque, segundo prescreve o Art. 475-O do Código de Processo Civil, é certo que a execução provisória corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que deve prestar caução idônea e suficiente sempre que esta importe na prática "de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado".

757

É justamente o caso dos autos, em que o Exequente pretende seja a Executada condenada a pagar multa, entrega do termo de quitação e outorga de escritura pública definitiva.

Ora, o inciso III do artigo 475-O do Código de Processo Civil expressamente prescreve que:

"Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

(...)

III - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos".

Desta forma, tendo em vista tratar-se de execução provisória, requer-se respeitosamente a integração da r. decisão agravada, para efeito de sanar a omissão verificada e, nos termos do art. 475-O do CPC, determinar ao Exequente que preste a competente caução idônea e suficiente para dar continuidade à presente medida.

Aliás, já se manifestou o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acerca da necessidade de caução nas execuções provisórias que importem em ato de alienação de propriedade, numa ação inclusive que a Bancoop também é executada, nesse sentido:

"EXECUÇÃO PROVISÓRIA. Outorga de escritura. Necessidade de caução idônea. Ato que importa alienação de propriedade. Art. 475-O III CPC. Recurso provido". (AI nº 0275737-45.2011.8.26.0000.

Desembargador relator Fábio Quadros da Colenda
Quarta Câmara de Direito Privado do TJ SP. Data do
julgamento 02/02/2012).

É bom que se diga que o Exequente em sua Inicial ofereceu "como CAUÇÃO IDÔNEA a este juízo, **GARANTIA REAL HIPOTECÁRIA** a ser constituída no mesmo ato ou em ato contínuo à outorga da escritura, em favor deste juízo, e no valor controvertido correspondente ao rateio (doc anexo) atualizado pela tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com cálculo a ser apresentado pela própria executada".

Contudo, cumpre ressaltar que na ação principal discutiu-se a validade da cobrança do resíduo e, em sendo este inexigível, que fosse outorgada a escritura pública em favor do Exequente.

Ora, e em sendo declarada a inexigibilidade dos valores cobrados pela Bancoop à título de aporte final, determinou-se a outorga da escritura pública.

Entretanto, as ações declaratórias produzem efeitos apenas quando do seu trânsito em julgado e, como a condenação da Bancoop em outorgar a escritura pública tem como base uma sentença declaratória (que declarou inexigíveis os valores cobrados), a outorga de escritura pública antes do trânsito em julgado da sentença é no mínimo temerária.

Ademais, o imóvel oferecido pelo Exequente não está livre e desimpedido, muito pelo contrário, existe uma séria controvérsia acerca da quitação do preço imóvel.

Além disso, mesmo hipotecado, o imóvel poderá ser transferido a terceiros, o que criará, no caso de modificação do julgado pelo

A. STJ, uma grande dificuldade para a Cooperativa em reaver o imóvel se este estiver nas mãos de terceiros.

Por fim, cumpre observar que a procuração de fls. outorgada pelo Exequente em favor de seu patrono, não inclui o poder específico para que este possa oferecer o imóvel como garantia.

Assim, caso Vossa Excelência integra a r. decisão, determinando a prestação de caução pelo Exequente, para que o imóvel possa ser oferecido em garantia, deve ser juntada procuração com poderes específicos para a prática desse ato, assinada inclusive por cônjuge do Exequente, se houver.

**Sentença ilíquida - impossibilidade de cumprimento integral do
requerido**

Pretende o Exequente com a presente execução provisória, entre outras coisas o:

"Pagamento de multa, em favor dos associados da autora, no valor equivalente a 10% (dez por cento) das quantias por eles pagas pelas unidades adquiridas".

Ou seja, que a Bancoop efetue o pagamento de multa de 10% sobre o valor efetivamente pago pelo Exequente para a aquisição de seu imóvel. **Entretanto, impossível o cumprimento desse requerimento pela simples impossibilidade de ciência do valor devido.**

Ora Excelência, aprende-se que essa parte da condenação é ilíquida e, em que pese entendimento ao contrário, deveria o Exequente ter iniciado a liquidação da sentença, nos termos do disposto no artigo 475-A do CPC, para que se pudesse verificar o quanto devido.

Contudo, caso Vossa Excelência entenda dispensável a liquidação da sentença, visto que simples cálculo aritmético servirá para indicar o valor da condenação, insta salientar que a Exequente violou então o artigo 475-B do CPC, a saber:

"Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo".

Ora Excelência, inexistindo pedido para liquidação da sentença, bem como ausente memorial de cálculo, resta clara a impossibilidade da Executada em efetuar o pagamento da multa pela simples ausência do quanto devido.

Pedido

Por todo o exposto, requer-se que Vossa Excelência digne-se a receber os presentes Embargos de Declaração, para o fim de sanar os vícios retro apontados, integrando-se, assim, a r. decisão embargada, pois somente assim prevalecerá a sempre lidima e soberana **Justiça!**

São Paulo, 19 de março de 2012.

Fabio da Costa Azevedo
OAB/SP 153.384

Danilo Shindi Yamakishi
OAB/SP 288.942

E-mail para contato: trubilhano@trubilhano.com.br