

# Estratégias Argumentativas: Passo a Passo



*hani*  
—Liem Hani de Alcântara—





Estratégias Argumentativas:

Passo a Passo

## **Fundação Universidade de Caxias do Sul**

*Presidente:*  
Dom José Gislon

### **Universidade de Caxias do Sul**

*Reitor:*  
Gelson Leonardo Rech

*Vice-Reitor:*  
Asdrubal Falavigna

*Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação:*  
Everaldo Cescon

*Pró-Reitora de Graduação:*  
Terciane Ângela Luchese

*Pró-Reitora de Inovação e Desenvolvimento  
Tecnológico:*  
Neide Pessin

*Chefe de Gabinete:*  
Givanildo Garlet

*Diretoria de Relações Institucionais:*

*Coordenadora da EDUCS:*  
Simone Côrte Real Barbieri

### **Conselho Editorial da EDUCS**

André Felipe Streck  
Alexandre Cortez Fernandes  
Cleide Calgaro – Presidente do Conselho  
Everaldo Cescon  
Flávia Brocchetto Ramos  
Francisco Catelli  
Guilherme Brambatti Guzzo  
Jaqueline Stefani  
Karen Mello de Mattos Margutti  
Márcio Miranda Alves  
Simone Côrte Real Barbieri – Secretária  
Suzana Maria de Conto  
Terciane Ângela Luchese

## **Comitê Editorial**

Alberto Barausse  
*Università degli Studi del Molise/Itália*

Alejandro González-Varas Ibáñez  
*Universidad de Zaragoza/Espanha*

Alexandra Aragão  
*Universidade de Coimbra/Portugal*

Joaquim Pintassilgo  
*Universidade de Lisboa/Portugal*

Jorge Isaac Torres Manrique  
*Escuela Interdisciplinaria de Derechos  
Fundamentales Praeeminentia Iustitia/Peru*

Juan Emmerich  
*Universidad Nacional de La Plata/Argentina*

Ludmilson Abritta Mendes  
*Universidade Federal de Sergipe/Brasil*

Margarita Sgró  
*Universidad Nacional del Centro/Argentina*

Nathália Cristine Vieceli  
*Chalmers University of Technology/Suécia*

Tristan McCowan  
*University of London/Inglaterra*



# Estratégias Argumentativas:



Passo a Passo

*hani*

—Liem Hani de Alcântara—





© da autora  
1ª edição: 2024

**Preparação:** Laura Deves Alves

**Revisão:** Luiza Moura Linzmaier

**Editoração Capa:** Igor Rodrigues de Almeida

**Arte da Capa:** Prophet Elisa und sein Knecht Gehasi – Lambert Jacobsz

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Universidade de Caxias do Sul

UCS – BICE – Processamento Técnico

A347e Alcântara, Liem Hani de  
Estratégias argumentativas [recurso eletrônico] : passo a passo / Liem  
Hani de Alcântara. – Caxias do Sul, RS : Educs, 2024.  
Dados eletrônicos (1 arquivo).

Apresenta bibliografia.

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN 978-65-5807-330-7

1. Argumentação jurídica. 2. Raciocínio. 3. Retórica. 4. Lógica. I. Título.

CDU 2. ed.: 340.1

Índice para o catálogo sistemático:

1. Argumentação jurídica	340.12
2. Raciocínio	168.35
3. Retórica	808
4. Lógica	162

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária  
Márcia Servi Gonçalves – CRB 10/1500

Direitos reservados a:



EDUCS – Editora da Universidade de Caxias do Sul  
Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – Bairro Petrópolis – CEP 95070-560 –  
Caxias do Sul – RS – Brasil  
Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil  
Telefone/Telefax: (54) 3218 2100 – Ramais: 2197 e 2281 – DDR (54) 3218 2197  
Home Page: [www.ucs.br](http://www.ucs.br) – E-mail: [educs@ucs.br](mailto:educs@ucs.br)

*Ao meu tão caro esposo, companheiro e incentivador,  
Eurípedes P. de Alcântara.*

## **LISTA DE QUADROS**

**Quadro 1** – Silogismo/ 82

**Quadro 2** – Recorte I/ 84

**Quadro 3** – Recorte II/ 84

**Quadro 4** – Par Filosófico/ 168

**Quadro 5** – Raciocínio silogístico/ 190

**Quadro 6** – Adição de ideias/ 198

# SUMÁRIO

## **Apresentação/ 8**

### **1 Argumento quase-lógico/ 13**

- 1.1 Argumentos por Comparação e de Sacrifício/ 14
- 1.2 Argumentos por Contradição e de Incompatibilidade/ 21
- 1.3 Argumento por Definição/ 27
- 1.4 Argumento referente à Divisão do todo em suas partes/ 32
  - 1.4.1 Analogia e argumento *A pari*/ 33
  - 1.4.2 Argumento *A contrario*/ 41
  - 1.4.3 Argumento por Dilema/ 47
- 1.5 Argumento de Probabilidade/ 55
- 1.6 Argumento de Reciprocidade/ 60
- 1.7 Argumento Tautológico/ 73
- 1.8 Argumento de Transitividade/ 80

### **2 Argumentos baseados na estrutura do real/ 87**

- 2.1 Ligações de Sucessão/ 88
  - 2.1.1 Argumento de Causa e Efeito/ 88
  - 2.1.2 Argumento de Desperdício/ 96
  - 2.1.3 Argumento Pragmático/ 105
- 2.2 Ligações de Coexistência/ 116
  - 2.2.1 Argumento de Essência e Ato/ 116
  - 2.2.2 Argumento de Autoridade/ 124
  - 2.2.3 Argumento da Pessoa e seus Atos (*ad hominem*)/ 136

### **3 Ligações que fundamentam a estrutura do real/ 145**

- 3.1 O fundamento pelo caso particular/ 145
  - 3.1.1 Argumento pelo Exemplo/ 145
  - 3.1.2 Argumento pela Ilustração/ 151
- 3.2 Raciocínio por Analogia/ 161
  - 3.2.1 Argumento pela Metáfora/ 163

### **4 Argumento baseado na dissociação das noções/ 168**

- 4.1 Argumento pelo Distínguo/ 173
- 4.2 Argumento por Exclusão/ 180

### **5 Ainda estratégias de persuasão/ 187**

- 5.1 Por que a argumentação jurídica?/ 187
- 5.2 Partículas orientadoras da argumentação: operadores argumentativos/ 193
- 5.3 Interpretação Teleológica/ 200

## APRESENTAÇÃO

O presente estudo tem como objetivo criar um atalho que permita tornar a atividade dos profissionais – artesãos da palavra escrita ou oral, em especial, os praticantes na área do Direito –, mais convincente, por meio do emprego de estratégias argumentativas adequadas a cada caso. Note-se que apesar de atalho não implica dizer que sua abordagem seja superficial, pois que o atalho se refere à praticidade de manuseio e compreensão deste.

Deveras, com o intuito de auxiliar e assistir, de modo acessível e descomplicado, os artífices, principalmente, os da área jurídica em sua militância de influenciar, suggestionar e induzir, recorre-se ao tratamento individual de cada um desses mecanismo, embora dicotômico, isto é, cada artigo se constitui de duas etapas: a primeira, ocupa-se da questão teórica e, por fim, ilustra com recortes de textos, fundamentalmente, acórdãos, pois esta obra é essencialmente para os não iniciados na arte discursiva de natureza jurídica.

Os entrechos forenses dotam de visibilidade imediata os conceitos trazidos, para que o leitor possa investigar, constatar e analisar a aplicação das várias estratégias nos distintos e respectivos contextos.

A escolha no formato de artigo, bem como a simplicidade em sua elaboração coadunam com a intenção deste manual, cujo escopo traduz-se na rápida e fácil assimilação de cada tópico. Dessa feita, considerando que cada tema tem segmentado seu estudo, resta justificada a referência (bibliográfica) particularizada ao final de cada composição.

Embora o tratamento dos métodos seja individual, apenas por zelo didático, o seu conhecimento holístico e domínio se prestarão de instrumentos eficazes, principalmente, aos militantes da lei tecerem suas peças forenses e textos jurídicos, porquanto no exercício da redação as técnicas se imbricam de modo a potencializar a força de persuasão.

A argumentação tem o mérito de se traduzir num instrumento gravitacional, que atrai o interlocutor/ouvinte ao círculo de ideias, pensamentos, juízos do emissor em face da organização, estrutura e

desenvolvimento racional de seu discurso, induzindo aquele a crer na veracidade da versão forjada (fazer-crer) e, talvez, fazê-lo atuar no molde por este arquitetado (fazer-fazer).

Apesar da relevância do ato persuasório, o obreiro da palavra em seu exercício diário, normalmente, não dispõe de tempo para pesquisar a técnica de maior eficiência para a redação discursiva de suas peças, e, note-se, quase não dispõe de acervo bibliográfico quanto à argumentação jurídica prática no mercado, daí o projeto deste manual.

De início, far-se-á um traçado histórico sucinto das circunstâncias que motivaram o resgate do conceito aristotélico de Retórica, aqui compreendido como um recurso indutor, visto que “pode-se definir a retórica como a faculdade de observar, em cada caso, o que este encerra de propósito para criar a persuasão” (Aristóteles, 2011, p. 44).

A retórica passa por diversos conceitos, por força de conjunturas que antecederam a segunda grande guerra, como é o caso de mitos da unicidade, da verdade absoluta, engendrando uma visão e atitudes despóticas e niilistas. Contudo, a cultura sócio-política que se instalou após esse combate, na Europa, desconstruiu visões eminentemente cartesianas e positivistas, tecendo concomitantemente diversos pontos de vistas, enfoques segmentados e difusos.

Essa multiplicidade, como não poderia deixar de ser, repercutiu no campo da linguagem, permitindo um raciocínio flexível e elástico como atenta Meyer “já não se trata de privilegiar a univocidade da linguagem, a unicidade a priori da tese válida, mas sim de aceitar o pluralismo, tanto nos valores morais como nas opiniões. A abertura para o múltiplo e o não-coercivo torna-se, então, a palavra-mestra da racionalidade” (Prefácio por Michel Mechel Meyer sobre a obra Tratado da Argumentação – A nova retórica, p. XX).

Nesse caleidoscópio pluralista, de múltiplos olhares e sentidos é que a inspiração aristotélica é revisitada. A retórica de que ora se trata, sob influência do estagirista, versa sobre os mecanismos de convencimento ou, ainda, de comoção – este último, assente na emoção do destinatário. Segundo o discípulo de Platão, os raciocínios se bifurcam em dois grupos: necessários e preferíveis. Sendo o primeiro, necessários, condicionantes da lógica, em que a conclusão das premissas fornecidas é indeclinável. E, os preferíveis, por sua vez, ocorrem no universo do possível, do provável, do plausível.

Esses últimos são objeto da retórica, em que dependendo de valores, de visão de mundo, de moral, etc., a inferência do discurso será provável, mas nunca incontestável, porquanto a certeza não lhe é imanente; por isso é compreensível que a retórica aristotélica calque suas premissas em *tópoi*, isto é, em lugares-comuns – ideias, conceitos, juízos de valores, etc. de aceitação da grande massa ou, por vezes, consolidados na cultura.

Por essa via trafega Perelman (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017), que traça um raciocínio, isento de coação, mas suficientemente capaz de induzir, sem renunciar à razão e a lógica. A Retórica, assim concebida, possibilita despertar ou ampliar a adesão do receptor à tese que se lhe apresenta, sem o emprego de repressão. Essa tática persuasiva se encontra no tecido comunicativo, definido este como elaboração, escrita ou oral, de frase ou organização de frases, engendrando um enredo coerente dotado de sentido.

É nessa teia dissertativa que se coloca e se vislumbra o elemento de exortação. Assim, é pertinente compreender que pelo discurso é que se perfaz o convencimento e, por conseguinte, é nele que reside a tática argumentativa.

Apenas uma ressalva, a persuasão não é, entretanto, exclusiva do texto, porquanto em trabalhos de Oswald Ducrot e Jean Claude Anscombe (2020) se descortina a indissociabilidade daquela à língua, já que a argumentação traça e condiciona as orientações semânticas dos enunciados e das concatenações respectivos. Sob outra dicção, “a argumentação é o encadeamento dos enunciados que conduz a certa conclusão, seu domínio preferencial é o estudo dos conectores que realizam esse encadeamento” (Fiorin, 2020, p. 17). Ditos conectores são conhecidos como partículas argumentativas, que grosso modo, se identificam com os elementos da sintaxe: conjunções.

Enquanto que para os linguistas franceses o induzimento ocorre na sucessão das frases, para o polonês-belga, a argumentação atua no espaço do discurso contraditório e, por meio dela, responde-se ao embate.

Por certo que o induzir não é um fator absoluto e solo, dessa feita para que ele possa lograr êxito carece de um tripé: ethos, pathos e logos interagindo. Em outros termos, as figuras do orador, do auditório e da linguagem são tão essenciais, como as faces de um triângulo, cuja au-

sência de uma descaracteriza o polígono. A interação de cada um desses elementos entre si é que forja o discurso retórico.

Dito isso, este manual tem como roteiro didático os métodos argumentativos inseridos e desenvolvidos em **Tratado da Argumentação** – A nova retórica, de autoria de Chaïn Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, em especial no capítulo: As técnicas argumentativas.

Daí a importância da taxionomia, principalmente do jusfilósofo belga, embora nascido na Polônia, cuja elaboração exaustiva permitiu a classificação de várias estruturas argumentativas. Desse saber, aplicado às condições reais de produção do discurso é que vai se determinar a intencionalidade e o grau de persuasão.

Seus estudos analíticos permitem agregar em duas grandes redes as diversas metodologias – processos de *ligação* e de *dissociação*, cujos termos: “Estendemos por processo de ligação 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. Entendemos por processos de dissociação técnicas de ruptura com o objetivo de dissociar, de separar, de desunir elementos considerados um todo, ou pelo menos um conjunto solidário dentro de um mesmo sistema de pensamento” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 215).

Embora, o fio condutor tenha como referência citada obra, cujo privilégio de manuseá-la e dela descortinar um campo de convencimento prenhe, este estudo agregou outras fontes distintas. De fato, as várias técnicas de convencimento foram lastreadas nesse tratado colossal e complexo, mas não unicamente, pois outros autores e respectivas obras em muito elucidaram, contribuíram e somaram para que fosse possível a elaboração deste compêndio.

Apenas, uma ressalva, os termos convencimento e persuasão aqui são aplicados como expressões sinônimas, enquanto que Perelman e Olbrechts-Tyteca empregam com sentidos distintos, cujas noções, grosso modo, podem ser entendidas como: persuadir é ato dirigido a um público particular no nível volitivo e sentimental; enquanto que convencer atua no horizonte da razão a um auditório universal.

No roteiro de Perelman, as diversas tipologias são classificadas em dois grandes grupos: *Argumentos baseados em associação de ideias* e *Argumento baseado em dissociação de ideias*. Sendo que o primeiro é



segmentado em: *Argumentação quase-lógico; Argumentos baseados na estrutura do real; Argumentos que fundamentam a estrutura do real.*

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2017.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. 1. ed. São Paulo: Contexto, 2020.

GRANZINOLI, Cássio Murilo Monteio. **Interpretação e Argumentação Jurídica** – Uma contribuição para a fundamentação e justificação das decisões judiciais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KOCH, Ingedore G. Villaça. **Argumentação e linguagem**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

LEBLER, Cristiane Dall' Cortivo; SANTORUM, Karen. A teoria da argumentação na língua e a explicação do sentido do discurso, **Alfa: Revista de Linguística**, São José do Rio Preto, v. 64, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1981-5794-e11459>. Acesso em: 20 fev. 2020.

MEYER, Michel Mechel. Prefácio. **Tratado da Argumentação** – A nova retórica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – A nova retórica. Trad. Maria E. A. Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

PLANTIN, Christian. **A argumentação**: História, teoria, perspectivas. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2020.

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

# 1

## ARGUMENTO QUASE-LÓGICO

Partindo-se da premissa que a retórica se manifesta no e pelo discurso, isto é, na tessitura da linguagem, resta afastada a unicidade interpretativa, pois que a heterogeneidade cultural – valores múltiplos e distintos delineiam o sentido e circunscrevem a extensão da perspectiva da realidade e dos fatos –, engendra a heterogeneidade linguística (Voese, 2010).

Nesse contexto plural é que se forja e se tece as argumentações quase-lógicas de Perelman e Olbrechts-Tyteca, que pretendem “certa força de convicção, na medida em que se apresentam como comparáveis a raciocínios formais, lógicos ou matemáticos. [...] permite dar a tais argumentos uma aparência demonstrativa; é por essa razão que os qualificamos de quase-lógicos” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 219).

Distintamente do raciocínio lógico-matemático, normalmente confinado num espaço controlado, tal como os das ciências exatas, que autoriza a demonstração e, conseqüentemente, a verdade; tal não sucede com os argumentos quase-lógicos, que afluem na verossimilhança, pois o campo de eleição da retórica é dialético, possibilitando soluções diferentes, quando não díspares. Portanto, nele vislumbra-se o que seja plausível, isto é, algo beirando à certeza, mas não se confundindo com ela, contudo.

É nesse discurso periférico, em que se revela a argumentação quase-lógica, visto que o demonstrável aparenta ser demonstrado, não o sendo, entretanto; em razão, inclusive, da heterogeneidade linguística.

### REFERÊNCIAS

BARROS, Diana Luz Pessoa de; FIORIN, José Luiz (Orgs.). **Dialogismo, Polifonia, Intertextualidade**. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2003.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. 15. ed. São Paulo: Contexto, 2011.

GRANZINOLI, Cassio Murilo Monteiro. **Interpretação e argumentação jurídica: uma interpretação para a fundamentação das decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KOCH, Ingedore G. Villaça. **Argumentação e Linguagem**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

VOESE, Ingo. **Argumentação Jurídica: Teoria, Técnicas, Estratégias**. 2. ed. Paraná: Juruá, 2010.

## 1.1 ARGUMENTOS POR COMPARAÇÃO E DE SACRIFÍCIO

Pretende-se neste artigo observar a dinâmica da *comparação* como estratégia argumentativa. Esse mecanismo, não obstante, estar subjacente ao acórdão a ser analisado, é eloquente.

Esse trajeto analítico implica revisitar a obra de Perelman e Olbrechts-Tyteca (2017), especialmente o capítulo *Os argumentos por comparação*, na primeira etapa deste estudo. Na sequência, visa contemplar a prática de referida técnica quando do exame do acórdão TJRJ – 9ª Câmara Cível, Apelação nº 0191151-04.2010.8,19.0001 (j. 23.9.2013, v.u.).

Para melhor entendimento do que seja *Argumento por Comparação* é interessante segmentar esse binômio. Quanto ao primeiro termo, este se revela na ausência ou diminuta evidência de fatos, uma vez que frente ao demonstrado não há argumento que sobrepuje. Quanto ao conceito de comparação, como o nome já o diz, consiste, grosso modo, no cotejo entre duas entidades distintas com a finalidade de se avaliar uma em relação à outra.

Com efeito, o paralelo entre duas espécies singulares, sejam fatos, valores ou conceitos, tem por objetivo sopesá-las quantitativa ou qualitativamente. Por se tratar de comparação presume-se, inicialmente, a escolha de parâmetro com o qual se pretende contrastar. Referência que implicará um efeito de valoração, que produzirá argumentos a favor ou contra àquilo que está sendo julgado.

Assim, dependendo do que se indique como paradigma – algo qualificado como superior –, quando comparado com algo que lhe seja muito inferior, este pode ter a sua reputação promovida, já que foi possível a comparação; ou ocorrer o inverso, a referência (superior) pode ir de ré e ter seu valor aviltado.

Essa hipótese pode chegar a extremos, pois que é intrínseca à comparação a avaliação de um elemento em relação ao outro, privilegiando-se um em detrimento do outro, isto é, um assume a condição de *mérito*, enquanto o outro detratado, submete-se ao *sacrifício*.

Quanto a este último, pode ser aferido mediante dois critérios: a) o fim pelo meio; e b) efeito pela causa. O fim é elemento, cujo prestígio é alavancado pela dimensão do sacrifício. Quanto maior o valor conferido ao sacrifício, maior será o valor do fim. O mesmo sucede na relação de causa e efeito.

Em face dessa prática de mão dupla, resulta que, na estimativa, a escolha do referencial pode influenciar na eficácia do argumento, ou seja, a opção do paradigma afeta no resultado: “é necessário avaliar esse termo de referência, o qual será apresentado de um modo [a tornar] favorável às conclusões da argumentação” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 278).

Outro efeito da comparação se evidencia quando dois elementos de naturezas diversas são confrontados num processo de interação, ou melhor, quando a aproximação desses objetos, inicialmente incompatíveis, permite que características similares se revelem. Fato que se ilustra minimalistamente pela composição: *moral elástica*: o termo moral – conjunto de regras sociais, de cunho conservador, de um lado, e a expressão elástica – flexível, volúvel –, de outro, a princípio não apresentam propriedades comuns, mas quando equiparados revelam uma intersecção: flexibilidade ou afrouxamento da ética.

Até aqui os elementos de comparação foram explícitos e, portanto, quantificáveis (maior/menor, superior/inferior), contudo há situações em que não é evidente a segunda entidade comparativa. É o caso do *superlativo*. Com efeito, o argumento de comparação pode manifestar-se, igualmente, pelo uso do superlativo e sucede “quando não há o que [...] possa enfatizar a importância de um ato, [porque] já não é necessário compará-lo com qualquer outro para lhe reconhecer a premência” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 279).

Assim, duas situações podem ocorrer. Numa comparação, às vezes prevalece a figura do absoluto (superlativo), outras, do comparativo. Quando há o domínio do absoluto, a *comparação é implícita* – o superlativo é o único elemento visível. Tática silenciosa, pois não

alardeia os pesos comparados. Quando estes são evidenciados, então se está diante da *comparação expressa*.

No entanto, o estado de superlativo ou de comparativo, propriamente dito, não é imutável, porque essa condição pode transformar-se em absoluta e o inverso pode acontecer: “Em contrapartida, se um acontecimento ganha grandes manchetes nos jornais [superlativo], poder-se-ia minimizar-lhe a importância salientando que, todos os dias, um acontecimento é posto em evidencia: o valor absoluto se reduz a um valor comparativo” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 280-281).

Embora se mencionasse o superlativo, o enfoque deste estudo restringe-se à comparação expressa que se constitui num argumento quase-lógico, porquanto seus componentes não se equiparam a unidades matemáticas (pesos e medidas), alcançando um resultado numericamente exato; entretanto, é essa aproximação e equivalência na mensuração de valores é que confere força persuasiva a esse tipo de argumentação.

Apesar de a medição não se traduzir em critério de precisão, a comparação geralmente é apresentada como uma constatação de fato. Dessa feita, traçada a teoria, pertinente é escrutiná-la no acórdão TJRJ – 9ª Câmara Cível, Apelação nº 0191151-04.2010.8,19.0001 (j. 23.9.2013, v.u.):

#### **Decisão**

Obrigação de fazer c.c compensação por dano moral. Para tanto, sustenta a autora ser associada de plano de saúde, perfeitamente adimplente. Após dar entrada na emergência do Hospital P.B., necessitou de internação hospitalar, o que foi negado pelo réu, alegação de necessidade de cumprimento de carência.

A fls. 189/193, sentença de procedência do pedido, convalidação da tutela concedida anteriormente, tornando-a definitiva, condenando o réu a custear a internação, cirurgia, medicamentos e tratamentos que se fizerem necessários à sobrevivência e a saúde da autora, tudo com base nos fatos narrados na inicial, condenando-o, ainda a pagar a quantia de oito mil reais, como forma de compensar o dano moral experimentado. Recurso do réu a 195/208, argumento de que a apelada está sujeita ao cumprimento dos prazos de carência e cobertura parcial temporária, assim só possível a cobertura das despesas havidas nas 12 primeiras horas o atendimento emergencial, não se cogitando de abusividade qualquer neste atuar.

[...]

## Voto

Sentença não merece reparo qualquer.

Nesse sentido, transcreve-se:

“[...] São nulas as cláusulas que estabelece obrigações iníquas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, sendo incompatíveis com os princípios de boa-fé objetiva e da equidade. Sendo de consumo a relação, o contrato deve ser interpretado da maneira mais favorável ao consumidor. Nos contratos de adesão, as cláusulas que impliquem limitações de direito deverão ser redigidas de modo a permitir a imediata e fácil compreensão do contratante.

Se o contrato se utiliza de termos genéricos, como no caso em tela deixando de particularizar os eventos não cobertos, não prevalece a limitação estabelecida. É abusiva a cláusula que pretende limitar a responsabilidade da administração ou da seguradora, que assumiu a obrigação de responder pelos riscos do tratamento das doenças contraídas pelo segurado, com a exclusão de eventos não especificados, e que sejam impositivos, no tratamento da doença contraída pelo segurado.

Na hipótese em tela, em que o beneficiário do plano de saúde conta com prazo de carência, estabelecido contratualmente, se mostra abusiva a cláusula contratual que garante a cobertura das despesas médico-hospitalares para casos de urgência e emergência – apenas para as primeiras 12 horas. O espírito da lei [Lei nº 9.656/1998, artigo 12, *caput*, inciso VI] parece evidenciar que a lícita restrição ao direito do consumidor naquilo que concerne aos prazos e carência não se aplica às hipóteses de urgência e emergência. Trata-se de questão relativa à boa-fé objetiva. O usuário não tem condições de prever um acidente ou a necessidade de uma cirurgia imediata em caso de emergência ou urgência, daí por que qualquer cláusula contratual que não admita cobertura para além de 24 horas (ou, no caso dos autos, 12 horas) em casos de urgência ou emergência deve ser considerada abusiva”

Irreprochável a ilação.

É o que se extrai dos autos. Aliás, relativamente ao estado clínico vivenciado pela apelada, vê-se de forma textual da declaração médica acostada por cópia a fls. 13: “[...] Lactante de cinco meses, com história de febre e dificuldade de respirar há três dias. Tem história de internação hospitalar há dez dias para tratamento de pneumonia com amoxicilina VO (via oral), no momento apresenta queda do estado clínico geral, taquipnéia, ausculta pulmonar com estertores, nemograma com leucocitose e desvio a esquerda, pior em relação ao da internação anterior. Necessita de internação hospitalar para antibiótico endovenoso sob risco de deterioração do quadro clínico.”

Repise-se, por oportuno, quadro clínico pior do que o da internação anterior, necessidade de internação hospitalar para administração antibiótico endovenoso, risco de agravamento do quadro clínico. O grifado evidencia, por demais, a necessidade de tratamento emergencial. E, assim, não há o que se falar de cumprimento de carência contratual.

[...]

No mais, destaco trecho de promoção ministerial da lavra da promotora de Justiça [...], em caso análogo, Apelação Cível nº 0032738.55.2008.8.19.0002, também por mim relatado: “Neste caso,

trata-se de interpretação do contrato à luz do Código de Defesa do Consumidor – art. 47, razão pela qual se impõe fazê-lo da forma mais favorável ao consumidor, eis que o contrato de seguro de saúde configura contrato de adesão, sendo o consumidor a parte mais frágil nesta relação de consumo. Há de ser ressaltado que o caso em apreço não pode ser apreciado somente em função de conceitos técnicos e de interpretação contratual, uma vez que o bem maior a ser preservado é a SAÚDE. Nessa hipótese, mitiga-se o princípio do *pacta sunt servanda*, em razão da boa-fé e da função social do contrato, que devem ser observadas em todas as relações contratuais, conforme disposto no artigo 421 do Código Civil.

[...]

A conta do acima, nega-se seguimento ao CPC, ante a manifesta improcedência (Brasil, 2013, grifo nosso).

Passa-se doravante à análise do julgado em comento, observando-se que a leitura de todo e qualquer texto, inclusive o jurídico, do qual é espécie, trafega por três níveis: a) nível discursivo, b) nível narrativo e c) nível fundamental. Esse método do *percurso gerativo de sentido* “[...] é uma sucessão de patamares, cada um dos quais suscetível de receber uma descrição adequada, que mostra como se produz e se interpreta o sentido, num processo que vai do mais simples [concreto] ao mais complexo [abstrato]” (Fiorin, 2011, p. 20). Permitindo, assim, desvendar os pilares que suportam a decisão examinada.

À vista disso, para quem procede a uma leitura, o caminho a ser percorrido é do estágio discursivo ao fundamental. O primeiro, está na superfície do texto e compõem-se de lexemas (palavras) que se encontram explícitos. No presente caso, depreende-se desse plano uma contenda entre Apelante (Plano de Saúde) e Apelada (Associada) que guardam uma relação de consumo.

O próximo nível, organiza-se pela *narração dos fatos*. Na hipótese, a Apelada relatou um quadro clínico de emergência que exigia internação imediata, sob pena de risco à sua saúde, já bastante fragilizada. Do acórdão, translada-se sua condição:

Lactante de cinco meses, com história de febre e dificuldade de respirar há três dias. Tem história de internação hospitalar há dez dias para tratamento de pneumonia com amoxicilina VO (via oral), no momento apresenta queda do estado clínico geral, taquipnéia, ausculta pulmonar com estertores, emograma com leucocitose e desvio a esquerda, pior em relação ao da internação anterior. Necessita de internação hospitalar para antibiótico endovenoso sob risco de deterioração do quadro clínico (Brasil, 2013).

Não obstante a necessidade real e iminente de internação por período indeterminado, a Apelante estanca a cobertura de além das primeiras 12 horas, negando-se a assumir a responsabilidade quanto ao risco do tratamento, bem como, negando-se a pagar o material necessário ao êxito do procedimento cirúrgico de emergência a que foi submetida, alegando a existência de cláusula contratual limitadora interpartes.

Diante dessa comissiva, o relator a enfrentou denunciando a abusividade de tal convenção, com a consequente decretação de nulidade. Trata-se de cláusula leonina, sob a forma de contrato de adesão, de cuja redação o associado não participa, submete-se apenas; além de que os termos limitantes se expressam de forma genérica, isto é, não há transparência quanto às situações não cobertas. Fato que permite a manipulação interpretativa contra a boa-fé objetiva da Apelada.

Por fim, quanto à fase mais profunda – *fundamental* –, que abriga as categorias semânticas que estão na base da construção de um texto, muitas vezes de natureza abstrata, vislumbra-se a oposição entre dois institutos consagrados pelo Direito: de um lado, *a preservação da saúde*, de outro, o respeito ao *princípio do pacta sunt servanda*. Nessa balança, ao sopesar um em relação ao outro, conclui-se pela eleição do primeiro como valor a priorizar.

É interessante notar, entretanto, que a tônica da decisão em segunda instância, no nível discursivo, teve como base a nulidade da cláusula, que restringia a cobertura quanto ao período de atendimento à urgência, considerada, então, abusiva.

No entanto, a questão que efetivamente norteou o acórdão residuiu, na etapa fundamental, isto é, no cotejo entre dois valores jurídicos: a higidez e o *pacta sunt servanda*. O primeiro é direito fundamental do indivíduo, sob o pálio do princípio social e elevado à estatuta constitucional (art. 196); o outro, por seu turno, importa no princípio da obrigatoriedade das partes frente ao contratado.

Como se pronunciou anteriormente, a dimensão do *fin* é computada pela extensão do *meio*. Cabe, portanto, considerar inicialmente o que seja o *pacta sunt servanda* no âmbito jurídico. Traduz-se num cânone que atesta a segurança do cumprimento dos termos que foram estipulados pelas partes. A garantia se constitui na obrigatoriedade de executar o que foi pactuado. Subjaz a esse instituto a *autonomia da vontade* entre os signatários. Do que se infere, tratar-se de um valor de



extrema grandeza no Direito, porém maculado pelo seu caráter leonino, no caso *sub judice*.

Ora, ao se preferir a saúde e preterir o *pacta sunt servanda*, o acórdão não só trouxe à tona o argumento de comparação, como ainda revelou o grau do cotejo. Essa hipótese demonstra que o *sacrifício* (meio) de um conferiu ao outro a envergadura de *mérito* (fim).

Há de ressaltar que o caso em apreço não pode ser apreciado somente em função de conceitos técnicos e de interpretação contratual, *uma vez que o bem maior a ser preservado é a saúde*. Nessa hipótese, mitiga-se o princípio do *pacta sunt servanda*, em razão da boa-fé e da função social do contrato, que devem ser observadas em todas as relações avençadas.

Privilegiar um em detrimento do outro não foi medida aleatória, encontra respaldo no artigo 421 do Código Civil (Brasil, 2002), que determina que a liberdade de contratar está condicionada “em razão e nos limites da função social do contrato”. Soma-se a essa vertente o artigo 3º, inciso III da Carta Maior (Brasil, 1988), quando estabelece o princípio do equilíbrio entre as partes contratantes, visando “reduzir as desigualdades sociais.”

A hipótese examinada, por se tratar de contrato de adesão – o que implica na inexpressiva autonomia de estabelecer os termos a que se submete a Apelada-, a nulidade de cláusulas restritivas à cobertura veio como resposta ao descompasso social.

Do arremate a este estudo, infere-se que escolha do paradigma, – saúde – influenciou na decisão, pois que a função social, além de sobrepujar qualquer outro valor, ela se prestou de norte quando da aferição de diretrizes legais. Do que se conclui que a *comparação* imprimiu vigor argumentativo à estrutura redacional no voto do relator.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Ano CXXXIX, n. 8, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – 9ª Câmara Cível, **Apelação nº 0191151-04.2010.8.19.0001** (j. 23.9.2013). 2013.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo – Contexto, 2020.

- FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. São Paulo: Contexto, 2011.
- KOCH, Ingedore Villaça. **O texto e a construção dos sentidos**. São Paulo: Contexto, 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima; HERMAN, Antônio V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2004.
- NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Sarava, 2005.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação – A nova retórica**. Trad. Maria Ermantina de A. Prado. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005.
- VOESE, Ingo. **Argumentação jurídica – Teoria, técnicas, estratégias**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

## 1.2 ARGUMENTOS POR CONTRADIÇÃO E DE INCOMPATIBILIDADE

No segmento da linguagem familiar, as expressões Contradição e Incompatibilidade poderiam até ser sinônimas, visto que se em algum sistema contivesse uma proposição contrária a outra poderia desembocar numa incompatibilidade ou, ainda, numa contradição. Entretanto, não é nesse sentido que Perelman e Olbrechts-Tyteca (2017) dotam essas nomenclaturas.

A Contradição é de aplicação em estrutura linguística mais uniforme, em que a língua é mais denotativa do que conotativa, por exemplo, as ciências exatas. Em que o termo A- (A menos) é o contrário de A+ (A mais). Enquanto que a Incompatibilidade, segundo esse jusfilósofo, trafega numa trama linguística menos formalizada, polifônica, como sói acontecer nas contingências humanas:

Algumas **incompatibilidades** podem resultar da aplicação a determinadas situações de várias regras morais ou jurídicas, de textos legais ou sacros. Enquanto a **contradição** entre duas proposições pressupõe um formalismo, ou pelo menos um sistema de noções unívocas, [...] (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 223, grifo nosso).

Diz-se que o tecido discursivo é coerente quando de sua concepção não se instalar a incompatibilidade, ou seja, no momento do encadramento dos sentidos sobre o objeto não ocorrer concomitantemente asserções antagônicas a ponto de a presença de uma invalidar a outra. Daí, a necessidade de se eleger uma em detrimento da outra.

A coerência não se estabelece, necessariamente, por haver um sequenciamento coesivo de fatos isolados, porque aquela não se conduz como uma somatória de temas, visto que ela está condicionada às inter-relações subjacentes e formadores de sentido que se unem numa composição inteligível. Com efeito, a construção e a estruturação do texto é determinada pela interação dinâmica entre unidades temáticas afins ou pertinentes entre si.

Dessarte, os componentes de uma textura linguística precisam se articular de modo orgânico, em que cada segmento nocional seja encadeamento e implicação de processos cognitivos, formando uma trama de relações intertextuais no eixo de sucessividade. Dessa feita, a coerência argumentativa se pauta, principalmente, mas não unicamente, em duplo requisitos:

- a. privilegiar premissas de aceitação reconhecida, porque já consolidadas, que atuarão como suportes na elaboração de uma versão aceitável;
- b. organizar noções iniciais do pensamento discursivo, evitando a colisão semântica.

Em termos jurídicos, as proposições medulares coincidem principalmente com os estatutos normativos em seu sentido lato, abrangendo desde as leis passando pelas doutrinas até os pareceres, apenas para citar. A eficácia do argumento de coerência se garante na medida em que o parâmetro jurídico eleito encontra ressonância junto ao receptor, considerando que é ele que o assimila e o sopesa e, conseqüentemente, reconhece ou não sua “veracidade”. Dessa forma, a competência da argumentação está lastreada à condução cognitiva, de modo a não acarretar divergências em relação aos paradigmas eleitos.

A incoerência não é apenas um fator linguístico que se recomenda evitar como, inclusive, a vocação jurídica repudia, consoante se depreende da ementa transcrita:

PROCESSO CIVIL – RESCISÃO CONTRATUAL – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – APELAÇÃO QUE INVERTE A SENTENÇA POR FALTA DE PROVA PELA RÉ – CONTRADIÇÃO – CERCEAMENTO DE DEFESA – OCORRÊNCIA – NULIDADE DA SENTENÇA – REABERTURA DA FASE COGNITIVA – PROVIMENTO. 1 – Consoante entendimento desta Corte, ocorre cerceamento de defesa quando, proferido julgamento antecipado da lide, admite-se que não há prova do alegado pela ré. 2 – Recurso especial conheci-

do e provido para cassar a decisão que julgou antecipadamente a lide, oportunizando a produção de provas, reabrindo-se, assim, a instrução processual (Brasil, 2007, p. 361).

Apenas para consignar, no caso em comento, o termo pelo qual se fundamentou o acórdão foi Contradição, quando Perelman se valeria da expressão Incompatibilidade. Prosseguindo, o juízo *a quo* deu procedência à demanda do autor, com base nos art. 335 a 342 do CPC/15 que, sucintamente, delibera o julgamento antecipado da lide por conta da *inexistência de provas a produzir*.

Entretanto, justificou sua decisão alegando que o *sujeito passivo não provara o alegado* (fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor). Incidindo na incoerência do decisório, visto que se havia necessidade de produção de prova, o preceito legal (*inexistência de provas a produzir*) que dá suporte à sentença não poderia lhe servir de fundamento, sendo incompatível com a justificativa. Aliás, esse foi o entendimento da Corte ao denunciar expressamente na ementa a Contradição, em outros termos, incompatibilidade na dicção de Perelman.

Denunciar a incoerência do discursivo do redator a título de persuasão é um recurso argumentativo legitimado pelo código jurídico. Na tessitura, a incompatibilidade traduzida pela discrepância entre a premissa e a conclusão pode ser proveitosa à parte contrária, isto é, numa contenda o réu pode reverter o vício praticado pelo autor para torná-lo em um argumento de retorsão.<sup>1</sup>

Há outra circunstância em que a incompatibilidade pode se situar no bojo do texto. Ilustra bem essa situação quando do desenvolvimento de uma tese fundadora não incorrer a inferência esperada. Note-se que não há se confundir essa ponderação quase-lógica com o raciocínio demonstrativo, cuja passagem da premissa à conclusão é necessária. A dedução resultante do pensar dialético, como sói acontecer na argumentação, é condicionada ao resultado provável, dentro da expectativa do receptor.

A “afirmação de uma regra ser incompatível com as condições ou consequências da asserção ou da sua aplicação” (Perelman; Olbrechts-

---

<sup>1</sup> Retorsão, argumento que consiste em usar a seu favor aquilo que é apresentado pelo adversário, a fim de ressaltar a incoerência do discurso do outro. Tema tratado em outro artigo desta autora e publicado na revista *Visão Jurídica*, editora Escala, edição 120, pp. 56 e ss. sob o título: Por que argumentação jurídica?

Tyteca, 2017, p. 222) são contempladas no âmbito jurídico pátrio, por exemplo, pelo art. 330, §1º/2015:

Considera-se inepta a petição inicial quando:

- I. lhe faltar pedido ou causa de pedir;
- II. o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico;
- III. da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;
- IV. conter pedidos incompatíveis entre si.

A hipótese em estudo tem como determinantes os itens III e IV à semelhança de qualquer discurso coerente e congruente, cuja estrutura tripartida – introdução, desenvolvimento e conclusão – exige que a conclusão se depreenda das duas etapas precedentes do narrado. Instruí com propriedade, a seguir, o Acórdão:

Registro 2021.00006775549

Acórdão

Vistos, [...] autos de Apelação Civil 1010799-50.2021.8.26.0002, do STJ da Comarca São Paulo, em que é Apelante: Everson Honorato. Apelado: Banco Santander (Brasil) S/A ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso, V.U. de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos desembargadores Carlos Abrão, Luiz Fernando C. de Barros Vidal e Penna Machado. Relator Benedito Antônio Okuno.

**AÇÃO DECLARATÓRIA PARA CORREÇÃO OU CANCELAMENTO DOS REGISTROS DOS CADASTROS DE INADIMPLÊNCIA.** Determinação de emenda da inicial. Emenda não cumprida a contento. Sentença de extinção sem julgamento do mérito, nos termos dos artigos 330, § 1º, III e 485, inciso I, ambos do CPC. Insurgência da parte autora. Da narração dos fatos não decorre logicamente o pedido. Extinção da ação era de rigor. Sentença mantida. Recurso não provido.

Everson Honorato apela da sentença lançada na ação declaratória para correção ou cancelamento dos registros dos cadastros de inadimplência ajuizada em face de Banco Santander (Brasil) S/A, que indeferiu a petição inicial, porque inepta (artigo 330, § 1º, III, CPC). [...]

Inconformado, o autor apela sustentando já ter contratado alguns serviços com o Banco apelado e veio a ficar inadimplente, porém extrapolou seu direito de cobrança. Alega o indeferimento da inicial por atos que não ensejam fundamentados nos arts. 320 e 321 do CPC é medida ilegal e conduz à negativa da prestação jurisdicional. [...]

É o Relatório.

O recurso não merece provimento.

Dispõe o art. 321, § único, do CPC: “O juiz ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.” § único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

Pois bem.

O magistrado inicialmente determinou às fls. 26: “A inicial não articula com a clareza, nas seis páginas iniciais do arrazoado, os fundamentos de fato que embasam a pretensão inicial, nem especificam de forma coerente os pedidos.”

Na página “7”, afirma-se no item “3” que não é negada a relação jurídica entre as partes, mas no item “5” assevera-se que o débito inscrito é falso excessivo e inconsistente “pela falta de relação contratual”.

Em quinze dias, emende o autor a inicial para expor com clareza e objetividade a causa de pedir remota e os pedidos, sob pena de extinção do processo.”

O autor apresentou a petição de fls. 28/32 e o Magistrado lançou nova determinação de fls. 42:

“1. A autora deduz pedido de “correção” de apontamento em cadastro restrito de crédito, afirmando inicialmente que o débito é “falso, excessivo ou inconsistente pela falta de relação contratual”.

Instada a melhor explicitar a causa de pedir, a autora assevera que “não é negada a relação jurídica entre as partes (mas) deve a parte requerida ter arquivado consigo documentos pessoais... contrato de abertura de conta, contrato de emissão de cartão de crédito, extrato/faturas”, de modo que deve fazer “a prova fielmente do lastro descrito no cadastro de devedores.”

É bem de ver que tal causa de pedir não guarda pertinência com o pedido de correção de apontamento em cadastro restrito de crédito, pedido esse, ademais, para o qual teria legitimidade passiva o gestor do cadastro.

Esclareça a autora se pretende, na realidade, a exibição de documento (a respeito do débito), neste caso emendando a inicial e esclarecendo e comprovando a prévia solicitação administrativa.”

O autor manifestou-se às fls. 44/45 e sobreveio a sentença contra a qual tirou o presente recurso.

O artigo 319, inciso III e IV, dispõe:

[...]

I. – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

II. – o pedido com as suas especificações;

[...]

Observa-se a ausência de clareza do pedido tanto na inicial como nas razões recursais que impedem o deferimento da inicial.

O autor foi instado por duas vezes a expor com clareza e objetividade a causa de pedir remota e os pedidos e, mesmo assim, não soube expressar o que pretendia em juízo, impossibilitando extrair qual era a providência buscada, eis que da narração dos fatos não decorre logicamente o pedido.

Os fatos como narrados impossibilitam até mesmo a apresentação do contraditório.

O autor não nega que tenha firmado relações jurídicas com o banco apelado e até mesmo afirma ter ficado inadimplente por razões alheias à sua vontade, de forma que se pretende discutir o valor apontado e obter documentos para verificar a correção dele, deve buscá-los por meio da produção antecipada de provas, como bem entendeu o magistrado, para posteriormente, se o caso, tomar as providências cabíveis.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso [...] (grifo nosso).

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em voga, não é possível declarar a inépcia da petição inicial quando a narração dos fatos denota razoável compreensão da causa de pedir e do pedido. O discorrer dos fatos da questão em apreço, no entanto, conduz à ocorrência dos vícios rescisórios porque não indica – precisamente – como os dispositivos legais indicados foram violados e tampouco, não deslindou a contradição traçada na inicial: ora afirmando a relação jurídica com a ré e ora, seguidamente, negando o vínculo contratual, como restou expresso nos termos do acórdão: “Na página 7, afirma-se no item ‘3’ que não é negada a relação jurídica entre as partes, mas no item ‘5’ assevera-se que o débito inscrito é falso excessivo e inconsistente ‘pela falta de relação contratual’”.

Essa posição de controvérsia em fato basilar – existência ou não de liame negocial – poderia ser sanada desde que se renunciasse a uma dessas proposições antagônicas, como professa Perelman: “As incompatibilidades obrigam a uma escolha que sempre é penosa. Cumprirá sacrificar uma das duas regras [situações], um dos dois valores [...]” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 224), cuja manutenção, no caso presente, impossibilitou até de se proceder ao contraditório. Diante dessa inépcia, impunha-se sua extinção sem resolução de mérito, como de fato sucedeu.

Repare que esse acórdão abarca as duas formas de incompatibilidade: antagonismo semântico, trazido na primeira hipótese; e dos fatos narrados não se pode inferir aquela conclusão. Exemplo claro de que cada uma das teses argumentativas não é estanque, isto é, sua presença não é necessariamente solo; mas, ao revés, normalmente os tipos de argumentos se justapõem, potencializando o convencimento.

## REFERÊNCIAS

ALCANTÂRA, L. Hani. Por que argumentação jurídica? **Revista Visão Jurídica**, São Paulo: Escala, edição 120, jul./ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.105 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano Ano CLII, n. 51, 17 de março de 2015.

BRASIL. REsp898123/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, **Superior Tribunal de Justiça STJ julgado em 13.02.2007**, DJ 19.03.2007, p. 36. 2007. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/608478722/decisao-monocratica-608478743> – STJ. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça da Comarca São Paulo. **Apelação Civil 1010799-50.2021.8.26.0002**. Registro 2021.00006775549 do STJ da Comarca São Paulo, Apelante: Everson Honorato – Apelado: Banco Santander (Brasil) S/A, 2021.

COPI, Irving Marmer. **Introdução à lógica**. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

FÁVARO, Leonor Lopes. **Coesão e Coerência**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1999.

GARCIA, Bianco Zalmora. **A Lógica do silogismo** – Elementos da silogística. Londrina: Editora Eduel, 2001.

GUIMARÃES, Elisa. **A articulação do texto**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1992.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KOCH, Ingedore G. Villaça. **Argumentação e Linguagem**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

MORTARI, Cezar A. **Introdução à lógica**. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2017.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado Da Argumetação** – A nova retórica. Trad. Maria Ermantina de A. Prado. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2017.

### 1.3 ARGUMENTO POR DEFINIÇÃO

Os matizes estratégicos de persuasão podem ser classificados, segundo Perelman, em quatro grandes segmentos (os argumentos quase-lógicos; os argumentos baseados na estrutura do real; as ligações que fundamentam a estrutura do real; a dissociação das noções), sendo que o ora desvelado refere-se aos Argumentos quase-lógicos, dentre os quais o por Definição, cuja característica denunciada pelo próprio nome diz respeito à propriedade definicional.

Esta, por sua vez, traduz-se na equivalência entre um conceito (significado convencionado) e uma imagem acústica (“objeto”). Na dicção de Saussure o “signo linguístico une não uma coisa e uma palavra,



mas um conceito e uma imagem acústica” (Saussure, 1995, p. 80-81). Denomina o nocional de *significado* e a imagem de *significante*; e o laço que une um ao outro é arbitrário. Essa arbitrariedade é que subtrai da equação (algo = sua definição) a exatidão matemática, pois que a identidade se torna relativa. Arremata Fiorin que as definições “são argumentos quase lógicos fundados no princípio da identidade, porque, ao contrário do que pensa o senso comum, não há uma maneira unívoca de definir um objeto” (Fiorin, 2020, p.118).

Por esse viés, – multiplicidade de significados –, optou-se pela palavra *competência* para exemplificar a inviabilidade da simetria inerente às artes exatas, considerando que *gramaticalmente*, é um substantivo feminino com origem no termo em latim *competere* que, por sua vez, constitui numa *aptidão para executar alguma obra*; *filologicamente*, assume a versão de conhecimento ou capacidade linguística; *juridicamente* pode ter o sentido de *atributo legal* de um juiz; ainda na esfera jurídica, existe a competência absoluta e jurídica. A competência absoluta é aquela que é estabelecida de acordo com o critério funcional, em razão da pessoa ou da matéria. Já a competência relativa, é fixada em função do território ou em razão do valor da causa.<sup>2</sup>

A terminologia dotada de pluralidade de acepções é conhecida como polissêmica. Contudo, essa característica múltipla não se restringe a algumas privilegiadas expressões ao se adotar a visão bakhtiniana, nesta os códigos teriam uma profusão de sentidos, intrínseca ao campo semântico, uma vez que a linguagem é dialógica:

Essas relações dialógicas não se circunscrevem ao quadro estreito do diálogo face a face. Ao contrário, existe uma dialogização interna da palavra, que é perpassada sempre pela palavra do outro. Isso quer dizer que o enunciador, para constituir um discurso, leva em conta o discurso de outrem, que está presente no seu (Fiorin, 2020, p. 120).

Trafega, ainda, nessa vertente, Brait, fundamentada em Bakhtin, ao colocar que:

[...] tudo que é dito, tudo que é expresso por um falante, por um enunciador, não pertence só a ele. Em todo os discursos são percebidas vozes, às vezes infinitamente distantes, anônimas, quase impessoais, quase imperceptíveis, assim como as vozes próximas que ecoam simultaneamente no momento da fala (Brait, 2003, p. 1).

<sup>2</sup> Graus. *Significado de Competência*. Disponível em: <https://www.significados.com.br/competencia/> Acesso em: 23 set. 2021.

Sobretudo por ser a palavra tecida no discurso dialógico, seu cunho de heterogeneidade se evidencia, porque nela permeia a noção do Um e do Outro quando no uso daquele termo: “Todos são, portanto, ‘atravessados’, ‘ocupados’, ‘habitados’ pelo discurso do outro. [...] Sob a palavra, há outras palavras” (Fiorin, 2020, p. 120).

Daí a polissemia; esse matiz semântico permite a opção do significado que melhor corrobora com a tese que se defende, assumindo, dessa feita, o significado a sua face persuasiva. Nessa rota caminha Perelman:

O caráter argumentativo das definições fica patente quando estamos em presença de definições variadas de um mesmo termo de uma linguagem natural [...]. Nossas observações tendem a mostrar que o uso argumentativo das definições pressupõe a possibilidade de definições múltiplas, extraídas do uso ou criada pelo autor entre as quais é indispensável fazer uma escolha” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 241-242).

O ato de selecionar, quando no exercício do discurso, é essencial para fundamentar o juízo a que se pretende sustentar, porque na adoção de uma expressão em detrimento de outra poderá ou não tornar a preleção convincente. Assim, referidos termos podem condicionar o sentido à determinada conclusão preterindo-se todas as outras possibilidades, visto que são dotados de argumentatividade intrínseca. Daí se dizer que a cada enunciado uma argumentação.

Dessarte, recorre-se a esse expediente da definição quando se visa a esclarecer com “precisão” o sentido de um termo, uma vez que à primeira vista parece decorrer da lógica formal (isto = aquilo), não o é, contudo, uma vez que a objetividade nocional é aparente.

De fato, considerando que a definição passa pelo crivo da interpretação e do interesse do enunciador, ele assume o caráter subjetivo, isto é, imbui-se do ponto de vista e conveniência de seu emissor, daí o motivo pela seleção. Sob esse aspecto, relevante é observar, ainda, o reverso da medalha, que se traduz pela dissociação da definição de um termo, quando esta poderá ser no mínimo bifurcada e oposta, matéria tratada por Perelman e Olbrechts-Tyteca (2017, p. 504-510) em definições dissociadoras.

Esse mecanismo cognitivo, entretanto, exige uma atividade intelectual significativa, ou seja, carece de o falante estar dotado de uma habilidade linguística capaz de reconhecer a polissemia das palavras; de interpretar segundo a intenção discursiva, e, ainda, construir um saber argumentativo. Melhor dito, quando se ingressa nessa prática, é preciso

munir-se de competência linguística, porque cada uma das expressões é constituída de campo semântico, ou seja, é dotada de significados múltiplos e, portanto, relativos.

O acervo que o emissor detém acerca do assunto em questão somado à capacidade em controlar a heterogeneidade linguística permite que manipule o conceito, dando-lhe a dimensão interpretativa que pretende: podendo assumir, de um lado, uma concepção mais abrangente e detalhista ou, de outro, mais restrito e excludente. Essa variação conceitual depende da intenção de quem argumenta.

O aspecto vantajoso dessa técnica de persuasão reside na possibilidade de o emissor cunhar um sentido à definição segundo seu propósito, dando-lhe um rigorismo que não lhe é inerente nem peculiar sem que o receptor, contudo, perceba de que se trata apenas de um recorte interpretativo. Com efeito, a prestidigitação sucede em virtude do manejo da estrutura da definição que se aproxima do pensamento lógico, *parece* decorrer do raciocínio analítico-demonstrativo, tão caro às ciências exatas, daí se enquadrar nos argumentos quase-lógicos, não o sendo, entretanto.

Alguns critérios praticados nesse argumento se lastreiam na etimologia que estuda a origem e evolução das palavras; ou, ainda, na eleição intencional de significados dentre os vários existentes no espaço semântico respectivo. Em consequência, dessa polissemia é admissível conduções diferentes sobre o mesmo preceito.

Exemplo que se pode observar do acórdão elaborado pelo STF RE 101.223-4 – SP (3103.1989), cujo recurso extraordinário interposto em face da decisão do TJSP que condenou o *coobrigado* pelo pagamento por sua condição de solidário:

[...] a solidariedade dos devedores cambiários entre os avalistas não é a comum, mas sim especial, denominada por Pontes de Miranda de solidariedade solta [...], a existência de uma ação contra um coobrigado não impede o ajuizamento de outra, contra outro coobrigado (Alcantâra, 2016, grifo nosso).

Quando o relator do Tribunal de Justiça definiu o que fosse *solidariedade solta*, em verdade, ele pretendia reforçar a ideia de que apesar de os avalistas J. W. B. e H. A. M. terem pago o débito, a ação de execução poderia prosseguir em relação ao terceiro avalista (J.S.) porque a solidariedade, no caso em apreço, é a solta, isto é, independente.

O STF (RE 101.223-4 – SP – 3103.1989), por sua vez, ao empregar o termo solidariedade solta o fez realinhando seu significando, isto é, direcionando o conceito a favor de sua tese. O ministro-relator valeu-se dessa definição para ratificar e reforçar a ideia que já tratava no art. 1.031, § 3º do Código Civil, cuja aplicação fora rejeitada anteriormente pelo TJSP.

Ademais, segundo a lei Cambial (Lei nº 2.044, de 1908, que define a letra de câmbio e a nota promissória e regula as operações cambiais), “o pagamento feito pelo aceitante ou pelos respectivos avalistas desonera da responsabilidade cambial os coobrigados posteriores”, segundo o seu art. 24.

Dessa feita, o TJ decodificou a expressão *solidariedade* como a possibilidade de uma ação contra um coobrigado não obstar o ajuizamento de outra, contra outro coobrigado; enquanto que o STF, por seu turno, redefiniu a mesma terminologia no sentido de que o pagamento feito pelo aceitante ou pelos respectivos avalistas desonera de responsabilidade cambial os coobrigados posteriores.

Resta evidente que o argumento de definição, de função metalinguística, ocorre quando o emissor pretende esclarecer “rigorosamente” o sentido de determinado termo, *segundo seu intento*, de modo que resta inegável que uma mesma definição pode receber tratamento mais extensivo, mais sumário ou, ainda, distinto.

Do que se infere que definições podem ser objeto de interpretações distintas, por conta de sua pluralidade semântica, e por essa vertente dotar-se de argumentatividade.

## REFERÊNCIAS

ALCANTÁRA, L. Hani. Por que Argumentação Jurídica? **Revista Visão Jurídica**, ano 10, edição 120, julho/agosto 2016.

BAKHTIN, Mikhail. **Os gêneros do discurso**. Trad. Paulo Bezerra. São Paulo: Editora 34. 2016.

BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. Forense Universitária, 5. ed. 2010.

BRAIT, Beth. As vozes bakhtinianas e o diálogo inconclusivo. In: BARROS, Diana Luz P.; FIORIN, José Luiz (Orgs.). **Dialogismo, Polifonia, Intertextualidade**. São Paulo: Edusp, 2003.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. 1916.

- BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 101.223-4** – SP. Recdo Banco Itaú de Investimentos S/A. Recte Aldir Passarinho. 31 mar. 1989.
- FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2020.
- FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. São Paulo: Contexto, 2011.
- GRANZINOLI, Cassio Murilo Monteiro. **Interpretação e argumentação jurídica** – Uma contribuição para a fundamentação e justificação das decisões jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – A nova retórica. Trad. Maria Ermantina de A. Prado. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- POSSENTI, Sírio. A linguagem politicamente correta e análise do discurso. **Revista de estudos da linguagem**. Belo Horizonte: UFMG, ano 4, v. 2, 1995, p. 123-140.
- SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. In: BALLY, Charles; SECHEHAYE, Albert (Org.). Trad. Antônio Chelini, São Paulo: Cultrix, 1995.
- VOESE, Ingo. **Argumentação jurídica** – Teoria, técnicas, estratégias. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

## **1.4 ARGUMENTO REFERENTE À *DIVISÃO DO TODO EM SUAS PARTES***

No rol das estratégias argumentativas quase-lógicas, pode se mencionar o da *Divisão do todo em suas partes*, tema revisitado principalmente na obra de Perelman e Olbrechts-Tyteca, porém, não unicamente. Sua força reside na logicidade matemática – o todo é a soma de suas partes –, isto é, cada uma das partes do todo deve argumentar a favor do todo, bem como o fundamento do todo está em cada uma de suas partes.

Esse método indutivo, ou seja, – do particular para o geral –, é ilustrado por Perelman nesta hipótese: “provar que uma cidade está inteiramente destruída, a alguém que a nega, pode ser feito com a enumeração exaustiva dos bairros danificados” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 267).

A expressão *exaustiva* se revela de suma importância, visto que, se dentro da cidade, aqui representando o todo, for encontrado um único bairro intacto, a alegação de que a “cidade está inteiramente destruída” cederá à dúvida, ao descrédito. Para eficiência desse tipo de estratégia, a enumeração das partes tem de ser completa, todas compatíveis com o todo.

Observa nesse sentido Fiorin (2020, p. 77): “Não costuma ser boa a utilização desse recurso quando a afirmação geral engloba uma totalidade”, considerando que bastaria um único exemplo contrário para invalidar a assertiva geral.

Note-se que a divisão do todo pode se constituir em diversos segmentos, mas também poderá reduzir-se em duplo segmentos, gerando argumentos nas modalidades *A pari* e *A contrario*, cujos raciocínios se lastreiam numa espécie de analogia, termo aqui aplicado em seu sentido lato.

Ainda no argumento por divisão dual encontra-se o *Argumento por Espécies*, isso sucede quando a espécie é vista como parte do gênero.

Há, contudo, situação dicotômica, em que as partes não se opõem formalmente entre si, mas que guardam uma relação de *Complementaridade*, seja para esclarecer ou justificar a outra parte. Outra variação dessa parelha, consiste no *Dilema*. Algumas dessas estratégias serão objeto de explanação futura.

## REFERÊNCIAS

COPI, Irving Marmer. **Introdução à lógica**. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto. 2020.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação** – A nova retórica. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

### 1.4.1 ANALOGIA E ARGUMENTO *A PARI*

O termo analogia dispõe de um campo semântico rico e diversificado, ou seja, como expressão linguística pode dotar-se de sentidos distintos. Apenas para ilustrar, sem explanar o mérito, sob o olhar de Perelman e Olbrechts-Tyteca, está próxima à equação matemática ( $A/B = C/D$ ) traduzindo-se na base de uma metáfora; enquanto que para Alexy constitui-se na Regra de Justiça.

Com o objetivo de restringir a senda nocional, usou-se, neste estudo, o critério dual: *raciocínio por analogia e argumento por analogia*, cuja explanação deste o será posteriormente. O primeiro instituto, tem caráter prático. É uma modalidade de procedimento cognitivo que consiste em migrar, por inferência, de um assunto a outro de espécie diversa, mas que guardam entre si, intrinsecamente, semelhanças ou si-

militudes relevantes. Por essa rota, vislumbra-se, por exemplo, a figura de retórica: a metáfora.

O raciocínio analógico tem origem na matemática, cujo conceito, grosso modo, diz respeito à semelhança de relações, como sói acontecer em Aristóteles (Ética a Nicômaco) representada pela fórmula  $A/B = C/D$ , isto é, A está para B, da mesma forma que C está para D. Aliás, é nesse sentido que Perelman, por exemplo, concebe a analogia.

A expressão analogia remete à ideia de comparação em busca de semelhanças entre dois fenômenos confrontados. A correlação se evidencia mediante o cotejo interpretativo das respectivas searas, pela eleição dos aspectos significativamente homólogos.

Assim, apropriado é depreender que o *raciocínio analógico é um dos fundamentos do argumento a pari, a fortiori, por analogia, por metáfora, regra de justiça*, apenas para citar, considerando que aquela inferência indutiva se refere ao método que aplica tratamento similar a hipóteses consideradas aparentadas; por outro dito, em face de identidade de fatos e fundamentos resultam consequências análogas.

Tratado o que seja raciocínio por analogia, passa-se a apreciação do que seja a argumentação por analogia. Antes, vale lembrar que por ser argumento não conduz a uma inferência necessária e demonstrável a partir de suas premissas, ao revés, delas verte o provável, o aceitável.

Contudo, considerando que essa estratégia visa potencializar a força de persuasão, interessante é observar alguns critérios:

1. Quantitativo: quanto maior o número de casos que resultaram em determinada conclusão, maior a probabilidade de que a hipótese em exame tenha o mesmo desfecho de suas precedentes;
2. Quantitativo: quanto maior o número de afinidades encontradas no caso apreciado e o(s) comparados(s), maior a probabilidade de que a hipótese em exame tenha o mesmo desenlace de seu(s) par(es);
3. Qualitativo, refere-se à relevância da premissa em relação à conclusão: exemplificando, se a intenção é provar que determinado local é um espaço confinado nos termos da NR 33, então é relevante que seja diminuta a área a ponto de comprometer o movimento de pessoas em seu interior, que detenha calor e umidade excessivos e pouca ventilação. Sob esse aspecto, diz-se de pouca ou quase

nenhuma relevância, por exemplo, a textura das paredes daquele citado local, para caracterizar o espaço confinado.

Na esfera jurídica, os requisitos acima se permeiam quando do ato argumentativo. Dessa feita, sem grande rigor, importa em aplicar uma hipótese não prevista em lei o fundamento referente a um caso particular, cujas características se irmanam. E, quando se trata de relações jurídicas, por semelhança e identidade, se mostram elas subordinadas a um princípio ou princípios atribuídos aos *casos análogos*, se a lei não se lhes prescreveu regra própria. Ainda, quando se refere à interpretação da lei ou do texto legal, se diz que é a interpretação extensiva ou indutiva dela, pela semelhança com outra lei ou com outro texto (Plácido e Silva, 1961, p. 109).

Isso se deve ao fato de que, não pode o inventário de regras legais dilatar-se até prever e contemplar todas as hipóteses fáticas presentes ou futuras. Sob a égide desse entendimento, é que no direito pátrio, o raciocínio por analogia traveste-se do aspecto argumentativo, quando da ausência de previsão legal positivada, como determina o artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Brasil, 1942), atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lei n. 12.376/2010.

A nova nomenclatura sinaliza a dilação de sua incidência além do segmento cível no que se refere à orientação hermenêutica: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Ilustra bem esse instituto o caso seguinte, não carecendo de esclarecimento extra, uma vez que seu teor é autoexplicativo:

Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável. Se, por força do art. 16 da Lei 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabelece entre essas duas entidades familiares (STJ-RT 896/157 3ª T, REsp 1.026.981, grifo nosso).

Como se noticiou anteriormente, a analogia não é adstrita à área cível, abrange todas as relações fáticas previstas no direito, como ora se observa no campo penal, em especial o habeas corpus, objeto



do 01300606-3 tramitado na Vara Criminal de Jacarezinho e participaram do julgamento, além do signatário Rabello Filho, os senhores juízes Hirosê Zeni, Presidente com voto, e Ronaldo Moro. Curitiba, 02.03.1999, cujo destaque contemplou o argumento *a pari*:

HABEAS CORPUS – Sentença condenatória – Apelação do Ministério Público, em favor dos réus, buscando vê-los absolvidos ou, quando muito, em relação ao paciente, almejando obter desclassificação para delito com sanção muito mais leve – Pretensão de aguardar o julgamento do recurso em liberdade – Concessão de idêntico benefício aos demais réus em outros habeas corpus – Singularidade do caso – Busca do justo – Princípio isonômico – Argumento *a pari* ou *a simile* – CPP. Art. 580 – Ordem concedida.

[...]

Exposição

Nestor Pereira da Silva impetrou ordem de Habeas Corpus, em seu favor, objetivando aguardar em liberdade o resultado do recurso de apelação manejada contra sentença proferida pelo d. juiz de direito da Vara Criminal de Jacarezinho, que condenou à pena de quatro anos de reclusão, pela prática do crime previsto pelo artigo 12 da Lei n. 6.368, de 1976. Argumentou, em resumo, que preenche os requisitos para a concessão de liberdade provisória, além do que não praticou o delito capitulado naquele dispositivo legal e sim o do artigo 16, tanto que o próprio Ministério Público pediu a desclassificação. A opinião do Ministério Público, em segundo grau, foi no sentido da denegação da ordem (fls. 45-8).

Voto

Em rigorosa verificação, não se pode negar, como argumentou o Ministério Público, que – em [prática] de crime hediondo, vindo a ser condenado, por sentença ainda não definitiva ao cumprimento da pena de reclusão em regime integralmente fechado, não lhe deve ser permitido, agora, aguardar julgamento do recurso em liberdade, à face do contido nos artigos 335 da Lei n. 6.368/76, e 2º, da lei 8.072/90.

Contudo, o sentimento de justiça, sobre princípio isonômico que deve presidir todos os julgamentos, impõe que se alargue mais, na particularidade do caso presente, a visão da situação do paciente.

É que no mesmo processo também foram condenados, pelos mesmos fatos, os co-réus Fábio Augusto de Andrade e Renato Bombelli de Andrade Júnior, nada obstante pedido absolutório formulado pelo Ministério Público. Foi-lhes permitido aguardarem em liberdade o julgamento da apelação, conforme esta eg. Câmara decidiu no habeas corpus 128571- 4 de Jacarezinho, de que foi relator o nobre juiz Leonardo Lustosa, julgado em 15/12/98.

Assim decidiu a egrégia Câmara ao constatar que o Ministério Público, titular da ação penal, pugnou pela absolvição de Fábio Augusto e de Renato. Ante a condenação, foi o próprio Ministério Público que recorreu da sentença condenatória, admitindo, no máximo, condenação de Nestor (o ora impetrante-paciente) nas sanções do artigo 16 da Lei 6368/76, valendo registrar, outrossim, que a concessão da ordem contou com o beneplácito da própria e digna procuradora Geral da Justiça.

Eis, no que aqui importa, como está no venerando acórdão, após refutar a alegação daqueles pacientes (Fábio Augusto e Renato), de constrangimento ilegal por excesso de prazo, verbo ad verbum: “Todavia, o conteúdo dos autos permite concessão da ordem pleiteada, conforme reconhece e admite a d. Procuradoria Geral de Justiça na sua manifestação de f. 173/175.

Ocorre que, concluída a instrução, o órgão ministerial – titular da ação penal – pugnou pela absolvição dos ora pacientes, assim como de Luciano Rodrigo Ferreira da Silva, por reconhecer que as suspeitas recaíam sobre eles não se confirmaram, vez que o quadro probatório dos autos está revestido por um cipoal de incertezas [...] que desautoriza então o decreto condenatório nas penas capitulares na peça proemial [...] [f. 164-TA].

[...]

Ora, a razão levada em conta pelo Tribunal para permitir a uma parte dos réus aguardar em liberdade o julgamento da apelação, é a mesmíssima existente no caso deste outro réu, Nestor, no mesmo processo. A bem da verdade, a diferença única é a de que em relação àquele outros o Ministério Público postula, na apelação, absolvição pura e simples, ao passo que no tocante a Nestor (o ora paciente) admite quando muito, sua condenação (desclassificação) pelo art. 16 da Lei n. 6.368/76, porque de qualquer forma há afirmação nos autos de que a droga foi encontrada em seu poder. Mas mesmo aí a conclusão não seria outra, na medida em que o regime aberto lhe seria atribuído para o cumprimento da reprimenda penal.

Tem-se, então, que estando os réus na mesma situação, e sendo, o motivo condutor da permissão para aguardar o julgamento do recurso em liberdade, o mesmo em relação a todos os réus, imperativo de isonomia leva, incontornavelmente, à concessão da ordem também em relação a Nestor, o ora impetrante-paciente. É, está claro demais, verdadeira aplicação do argumento a pari ou a símile, tal seja, o “argumento que relaciona dois casos entre si, considerados semelhantes, concluindo que se, para ambos, vale a mesma hipótese, devem valer também as mesmas consequências”. (Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988, p. 312)

Nessa linha – que no plano estritamente legal encontra repouso no artigo 580 do Código de Processo Penal – o colendo Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de advertir que “As situações iguais devem receber o mesmo tratamento em homenagem ao princípio isonômico” (STJ, 6ª Turma, HC 4-995-RJ (96.0050845-3), unânime, rel. min. Anselmo Santiago, j.6/5/97, in RSTJ 99/355.)

Tem-se, por conseguinte, que como a situação é símile, a identidade de tratamento deve ser dispensada, procedendo a egrégia Câmara do mesmo modo como já procedeu em relação aos demais réus. [...]

Passando-se as coisas desta maneira, perseguindo o justo, tendo em mente o princípio isonômico, por aplicação do argumento a pari ou a símile, tendo em conta o disposto no at. 580 CPP e considerando o precedente desta egrégia Câmara, que é específico em relação à situação dos réus no mesmo processo, meu voto é no sentido de que se conceda

a ordem postulada, para que o impetrante-paciente possa aguardar em liberdade o julgamento da apelação (Brasil, 1999).

Da apreciação acurada ao texto decisório do Tribunal de Jacarezinho, mister se faz deduzir que o princípio da analogia perpassa pelos fatos trazidos à colação pelo mecanismo da dilação interpretativa e, do ponto de vista argumentativo, a condição se traça assim: todos que praticaram o crime em comento foram contemplados com a liberdade no aguardo da decisão, exceto Nestor. Violando a premissa de que o tratamento às partes é equânime em relação ao todo e vice-versa.

Assim, hipóteses gêmeas promovem consequências idênticas e, portanto, cabe ao réu Nestor responder em liberdade como aconteceu a todos os outros. Equivalência fática que se constatou do relatório:

Tem-se, então, que estando os réus na mesma situação, e sendo, o motivo condutor da permissão para aguardar o julgamento do recurso em liberdade, o mesmo em relação a todos os réus, imperativo de isonomia leva, incontornavelmente, à concessão da ordem também em relação a Nestor, o ora impetrante-paciente. É, está claro demais, verdadeira aplicação do argumento a pari ou a símile, tal seja, o “argumento que relaciona dois casos entre si, considerados semelhantes, concluindo que se, para ambos, vale a mesma hipótese, devem valer também as mesmas consequências (grifo nosso).

Como dito anteriormente, a colocação de Perelman e Olbrechts-Tyteca quanto ao argumento analógico é distinta das acima apresentadas no direito pátrio, no que diz respeito à nomenclatura e à extensão. Essa distância abarca inclusive os argumentos *a pari* e *a contrario*, pois que estão enquadrados nos denominados Divisão do todo em suas partes. Observe-se que conquanto haja diferenças, entre aqueles institutos (analogia e *a pari*) apresentam vários pontos de convergência.

Segundo aquele jurisconsulto, *a pari* importa na aplicação “a uma outra do mesmo gênero, daquilo que foi afirmado para uma espécie particular” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2014, p. 273). Em outros termos, se algo é válido para A, também o será para B desde que abarcadas pelo mesmo gênero. Enquanto que a argumentação *a contrario*, como divisão. Convém, entretanto, notar que, na medida em que a identificação *a pari* é afirmada como sendo a assimilação de duas espécies de um mesmo gênero, ela está exposta ao argumento *a contrario*.

O exemplo fornecido pelo estudioso belga, para ilustrar tais conceitos, diz respeito à lei de sucessões, cujos herdeiros contemplados eram os filhos. Em épocas remotas a linhagem sucessória era masculina, no

entanto, hodiernamente, estendeu-se à pessoa da filha. Dessa feita, sem alterar a literalidade da norma, principalmente da expressão *filhos*, a sua interpretação restou extensiva, privilegiando também a mulher à herança.

Dessa forma, a concepção de *a pari*, de um lado, pode ser reconhecida como argumento, por força do raciocínio analógico que a alberga; de outro, pode estar inserida no campo cognitivo como forma próxima à interpretação.

No que tange a esta última, é de bom alvitre que se conceitue o que seja interpretar na versão do ex-ministro da Corte Suprema, Carlos Maximiliano:

[...] interpretar é explicar, esclarecer, dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém. Pode-se procurar e definir a significação de conceitos e intenções, fatos e indícios; porque tudo se interpreta, inclusive o silêncio (Maximiliano, 2009, p. 7-8).

Interpretar uma prescrição no campo do direito, não é uma prática meramente adstrita ao texto normativo, porquanto não existe o preceito absoluto. Ao contrário, para além das expressões literais de formato preciso, influem as circunstâncias contextuais e o fator teleológico, na extração de seu significado. Entretanto, ainda se faz necessário aquilatar o grau de amplitude ou de abrangência; a sua medição depende de regras isonômicas e sobretudo do critério jurídico do intérprete.

Assim, o ato de interpretar imprescinde do sentido e alcance deduzidos, a fim de ser adequado e eficiente às relações humanas. Por essa via, o intérprete é zeloso, renovador e inteligente, com a mesma capacidade gerativa de um sociólogo do direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula decrépita, e atua como elemento integrado e complementar da própria lei escrita, que é estática, enquanto a função interpretativa é a dinâmica do direito (Maximiliano, 2009).

Dessarte, a lei, em sua essência, não é engessada, evolui, constitui-se num sistema diligente, passível de avanço. O texto, não obstante, literariamente fixo, marcha *pari passu* com o progresso e se adapta à realidade pela via da interpretação. A letra permanece: apenas o sentido se adapta às mudanças que a evolução opera na vida social.

Dessa feita, por mais que a redação da lei seja precisa, não há como caminharem simultaneamente a redação expressa e a realidade em

redor, porquanto aquela é rija e esta é cambiante: “ora o verdadeiro significado é mais estrito do que se deveria concluir só do exame exclusivo das palavras interpretáveis; ora sucede o inverso, vai mais longe do que parece indicar o invólucro visível da regra em apreço” (Maximiliano, 2009, p. 162).

Deveras, não há como estabelecer uma relação recíproca entre as palavras expressas e os fatores circunstanciais e condicionantes, a não ser mediante o recurso da interpretação que estende ou restringe a dimensão da norma pautada no objetivo e valores sociojurídicos, que nortearam a sua confecção e aplicabilidade.

A exegese extensiva não se flagra na primeira leitura, se depreende de princípios e fundamentos inseridos na penumbra do código, cujo teor está além das palavras ditas. Consiste em dilatar o sentido textual da norma. A restrita, por sua vez, não implica em minorar o campo da norma, ao revés, a sua compreensão deflui do horizonte imediato do explicitado, daí estrita é o termo mais adequado desse tipo de interpretação. Por fim, tanto a extensiva como a restrita dotam à letra o significado que lhe é intrínseco e extrínseco: ora mais amplo e, ora mais estrito seu alcance.

Em resgate a que diz respeito ao argumento *a pari* de Perelman, é legítimo entendê-lo como uma exegese extensiva, pois sua abrangência extrapola a concretude literal. De retorno ao exemplo por ele fornecido, o emprego da expressão filho não se restringe, então, à semântica denotativa: descendente de sexo masculino. Ao revés, pela evolução sociojurídica esse termo dilatou-se para contemplar a figura feminina da herdeira à herança.

Enquanto o termo filho, quando a sociedade ditava linhagem exclusivamente masculina, sua exegese era a denominada restrita, uma vez que se limitava ao significado determinado pelas fronteiras da palavra.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madri: Civitas. 1986.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BAKHTIN, Mikhail. **Os gêneros do discurso**. Trad. Paulo Bezerra. São Paulo: Editora 34. 2016.

BRAIT, Beth. As vozes bakhtinianas e o diálogo inconclusivo. In: BARROS, Diana Luz P.; FIORIN, José Luiz. (Orgs.). **Dialogismo, Polifonia, Intertextualidade**. São Paulo: Edusp, 2003.

BRASIL. **HC 01300606-3** – Vara Criminal de Jacarezinho. Curitiba, 02.03.1999. 1999. Signatário Rabello Filho – Juízes Hirosê Zeni, Presidente com voto, e Ronaldo Moro. Curitiba, 02 mar. 1999.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: **Diário oficial da União**, 1942.

COPI, Irving Marmer. **Introdução à lógica**. 2. ed. Trad. Álvaro Cabral São Paulo: Mestre Jou, 1978.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

GRANZINOLI, Cassio Murilo Monteiro. **Interpretação e argumentação jurídica**. Uma contribuição para a fundamentação e justificação das decisões judiciais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. Ed. Atlas, 2002. Pág. 65, discorre sobre o STJ-RT 896/157 3ª T, REsp 1.026.981 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/189621376/inteiro-teor-189621389>. Acesso em: 10 dez. 2021.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação** – A nova retórica. Trad. Maria Ermantina de A. Prado. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

#### 1.4.2 ARGUMENTO *A CONTRARIO*

O raciocínio *a contrario* antes de se travestir da condição de argumento é de natureza interpretativa. Implica a *não aplicação* daquilo – que fora afirmado para uma espécie particular –, a uma outra espécie do mesmo gênero. Constitui-se numa interpretação restritiva.

Esse tipo de argumentação – *a contrario sensu* – é, com frequência, utilizado no discurso forense devido a sua estreita relação com a produção de provas ou com os fundamentos jurídicos. Por esse prisma, é inegável o seu vínculo com o princípio da legalidade, inscrito no inciso II do artigo 5º da atual Constituição Federal (Brasil, 1988), *in verbis*: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Conquanto esse método não seja exclusivo do âmbito do direito por se tratar de uma versão linguística que busca a persuasão, ele consiste em um procedimento discursivo segundo o qual, dada uma proposição deve-se excluir a validade de outra que lhe seja divergente, porque se trata de hipótese que considera válida ou permitida o contrário do que tiver sido limitado ou defeso.

Do que implica que, no direito, se uma norma jurídica determina uma conduta e a ela, uma sanção respectiva, deve-se *excluir* de seus efeitos todos os sujeitos que não tenham sido alvo do texto legal (Rodríguez, 2000). O destaque se deve à ação de exclusão, isto é, isentam-se todos de cumprir o regramento diante de sua inexistência.

Dito argumento, como já se anunciou anteriormente, está inserido nas características da analogia, com a ressalva de que nele se pratica a interpretação pela via inversa. Seu manejo não se restringe apenas a perscrutar os termos normatizados, mas visa manusear a interpretação a favor do enunciador, da jurisprudência e da doutrina, forjando-lhe o sentido pelo procedimento oposto, com o escopo de adequá-lo à tese que se quer aceita.

A estratégia que lhe é intrínseca consiste em inferir uma proposição admissível, por outra que lhe seja colidente, com base na ausência ou presença de requisito assente. Dessa feita, imprime-se um determinado preceito legal a um caso concreto, porque neste está presente um requisito especificado naquele; enquanto que *pela via oposta* não ocorrerá incidência daquela regra por estar ausente aquele predicado jurídico.

À guisa de ilustração recorre-se artigo 29 do Código Penal (Brasil, 1940), cujo teor dita que: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” Ora, a trilhar pela lógica inversa, depreende-se que aquele que não concorrer para o delito, não se submeterá às sanções legais, melhor dito, a aplicação ou não do dispositivo, nesse caso, está condicionada a existência ou não da prática do delito. Fator que, *in casu*, determinou a *exclusão* da pena.

Por esse ângulo, oportuna e acertada a preleção de Voese: “Pelo argumento *a contrario*, porém, pode-se contestar uma inclusão ou igualdade, a depender da interpretação da lei, e que permitirá, então, construir uma relação de exclusão” (Voese, 2010, p. 58).

A construção do raciocínio *a contrario sensu*, diz respeito àquilo que o dispositivo não trata expressamente, mas do que dela pode se defluir quando utilizada de forma lógica e antagônica, oposição-exclusão que lhe dota de um grande potencial persuasivo. Note-se que, não obstante, a inferência cognitiva tenha decorrido da inversão do preceito, aquela restou adstrita aos termos deste.

A teor do asseverado, entende-se de bom alvitre aderir uma decisão colegiada, com vista a desvelar o exercício do argumento *a contrario* na prática do direito.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG – Agravo de Instrumento – CV: AI 0646014-24-20121.8.13.0000 MG

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AVALIAÇÃO DO IMÓVEL OBJETO DA PARTILHA – NECESSIDADE – DISCORDÂNCIA DA PARTE CONTRÁRIA – INTERPRETAÇÃO CONTRÁRIO SENSU DO ART. 871, INC.I, DO CPC – RECURSO PROVIDO. – A avaliação de bem imóvel será feita por oficial de justiça ou perito avaliador, salvo quando uma das partes aceitar a estimativa feita pela outra. – A partir de uma análise a contrario sensu (sic) do inciso I o artigo 871 do CPC conclui-se que, havendo discordância dos valores apresentados por uma das partes, por consequência, o Juízo deverá determinar a realização da avaliação imparcial, por oficial de justiça ou perito nomeado nos autos, a depender do grau de complexidade do trabalho.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CV n. 1.0000.21.0644600-6/001 – COMARCA DE BETIM – AGRAVANTE: A.C.M.A – AGRAVADO: F.C.D.V.

ACÓRDÃO (SEGREDO DE JUSTIÇA)

Vistos [...] DAR PROVIMENTO AO RECURSO

DESA. MÔNICA L. R. BRETAS

VOTO

Trata-se de Agravo de instrumento interposto por AC.M.A. contra a decisão de ordem 04, proferida nos autos do cumprimento de sentença manejado em seu desfavor por F.C.D.V. em que a MM. Juíza de Direito da 4ª Vara de Betim, [...] rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença, nos seguintes termos:

Vistos,

Trata-se de cumprimento de sentença no qual a parte autora pleiteia que o réu lhe pague o valor que tem direito a receber em razão da partilha do imóvel que pertencia ao ex-casal. Segundo refere no pedido inicial, tem direito ao recebimento de [...], valor correspondente a 35% do imóvel avaliado em [...] que já foi vendido pelo demandado.

Foram deferidos os pedidos de averbação de impedimento de alienação dos bens imóveis de matrícula [...]

A parte executada manifestou-se nos autos, apresentando impugnação ao cumprimento de sentença, na qual alegou a iliquidez do título executivo, bem como discordou do valor da avaliação do imóvel. Vieram os autos conclusos. É o breve relato. Decido.

Inicialmente, entendo desnecessária a realização de perícia para apurar o valor do imóvel, uma vez que o feito se encontra instruído com avaliações trazidas por ambas as partes, as quais são suficientes para análise da matéria.

No que se refere a alegação feita pelo réu de que o título executivo é ilíquido, não lhe assiste razão. A sentença objeto de execução determinou o percentual que cabia a cada um dos ex-cônjuges.



Imóvel, de modo que a apuração do valor que cabe a cada um deles depende de mero cálculo aritmético que foi feito pela autora tendo como base laudos de avaliação do imóvel.

A mera divergência quanto ao valor do imóvel não caracteriza, por si só, iliquidez. É lícito a parte contrária impugnar o valor atribuído ao imóvel, sendo a matéria dirimida durante o cumprimento de sentença. As partes podem se valer de laudos de avaliação para comprovar que o valor que atribuíram ao imóvel encontra-se correto ou, até mesmo, postular a realização de perícia para dirimir eventual controvérsia.

Assim, afasto a alegação de iliquidez.

No que se refere ao valor do imóvel, verifica-se que se trata de imóvel constituído pelo lote 15, da quadra 5, do bairro residencial Montserrat, registrada [...] Registro de Imóveis de Betim.

Com o pedido inicial, a parte autora acostou duas avaliações: a primeira delas elaborada por Vicente Araújo Imóveis aponta o valor de R\$390.000,00 [...]. Já a segunda, elaborada por Negociar Imóveis, aponta o valor de R\$400.000,00 [...]. Ambas as avaliações foram confeccionadas em folhas timbradas, possuem informações quanto ao endereço, telefone e número de registro de quem assinou, bem como descrição do imóvel e informação acerca do método utilizado para a avaliação.

Por sua vez, o réu também juntou nos autos duas avaliações: a primeira elaborada por Marcos José Souza Bartemarque, no valor de R\$300.000,00 [...] e a segunda elaborada por Luzia das Graças Moraes no valor de R\$290.000,00 [...].

Pois bem, do cotejo das avaliações constantes dos autos, verifica-se que aquelas acostadas pela parte autora são mais verossímeis.

Isso porque, as avaliações trazidas pelo réu possuem formatação muito parecida, uma vez que apresentam a mesma forma de cabeçalho, exatamente a mesma estrutura, foram impressas em folhas de ofício sem timbre de “escritório imobiliário”, bem como possuem a mesma data, o que causa estranheza. Outrossim, não há descrição de qual foi o método empregado para chegar ao valor do imóvel, o que compromete a sua análise e, por consequência, a sua conclusão.

Já as avaliações trazidas pela parte autora não encontram similaridade entre si, tendo o valor do imóvel sido encontrado por meio de diferentes métodos de avaliação, o que confere mais fidedignidade aos documentos.

Desse modo, face aos argumentos acima expostos, devem os laudos de avaliações trazidos pela parte exequente serem considerados suficientes para a fixação do valor do bem objeto de partilha entre as partes.

O valor do bem deve ser fixado considerando as médias trazidas pela autora, ou seja, R\$395.000,00, considerando que uma apontou o valor de R\$390.000,00, enquanto a outra chegou ao valor de R\$400.000,00.

Diante do exposto, **NÃO ACOELHO A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA**. Por consequência, fixo o valor do imóvel objeto da partilha em R\$395.000,00 [...] cabendo a exequente 35% desse valor, ou seja, R\$138.250,00 [...].

Intimem-se.

Cumpra-se.

Em suas razões recursais, o Agravante alega que a sentença exequenda não fixou um valor monetário para o imóvel, mas apenas o percentual correspondente a cada uma das partes, o título executivo é ilíquido.

Acrescenta que “houve supressão de fase processual, ou seja, o título executivo não foi liquidado antes da execução e ainda o magistrado aceitou os valores indicados pela exequente agravada sem requerer a prova técnica imparcial.”

Dessa forma, requer o provimento do recurso para que seja reformada a decisão agravada.

Decisão inicial à ordem 70 atribuindo efeito suspensivo ao recurso.

Informações prestadas pelo Juízo a quo à ordem 71.

Contraminuta à ordem 72 requerendo a Agravada a manutenção da decisão agravada.

Por ocasião do despacho de ordem 73, determinei a intimação das partes para manifestarem o interesse de audiência de conciliação.

Em resposta, o Agravante peticionou à ordem 74 informando o desinteresse na tentativa de conciliação com a Agravada.

É o relatório.

Os pressupostos de admissibilidade foram apreciados quando da decisão inicial. Passa-se, assim, à análise do mérito do reclamo.

*In casu*, trata-se de cumprimento de sentença proferida nos autos da ação de divórcio que determinou a partilha do imóvel constituído pelo lote 15 da quadra 5, [...].

Na petição inicial do cumprimento de sentença, a parte Exequente/Agravada pretendeu o recebimento da quantia de R\$138.250,00, correspondente de R\$395.000,00 a 35% do valor de R\$395.000,00, que representa a média dos laudos particulares por ela apresentados [...].

A parte Executada/Agravante, por sua vez, apresentou impugnação ao cumprimento de sentença alegando a iliquidez do título executivo, bem como discordou do valor da avaliação do imóvel. Na oportunidade, também juntou dois laudos unilaterais, nos valores de R\$290.000,00 e R\$300.000,00 (ordem 10).

Ato seguinte, a Magistrada singular, entendendo que os laudos de avaliação apresentados pela Exequente/Agravada foram mais bem elaborados, rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença e fixou o valor do imóvel objeto de partilha em R\$395.000,00.

Contra tal decisão insurge o Executado/Agravante, defendendo, em suma, a necessidade de realização de prova imparcial.

Pois bem.

A princípio, não há que se falar em iliquidez do título executivo, tendo em vista se tratar de cumprimento da sentença proferida nos autos da ação de divórcio c/c partilha, portanto o procedimento – regulamentado pelos artigos 543 e seguintes do CPC – dispensa prévia liquidação, conclusão esta que, lado por outro, não pode ser adotada nas execuções de títulos extrajudiciais.

Superada a questão, a respeito da avaliação, assim preveem os artigos 870 e 871 do CPC.

Art.870. A avaliação será feita pelo oficial de justiça:

§ Único. Se forem necessários conhecimentos especializados e o valor da execução o comportar, o juiz nomeará avaliador, fixando-lhe prazo não superior a 10 (dez) dias para entrega de laudo.

Ar. 871. Não se procederá à avaliação quando:

I – uma das partes aceitar a estimativa feita pela outra;

II – se tratar de títulos ou de mercadorias que tenham cotação em bolsa, comprovada por certidão ou publicação no órgão oficial;

III – [...]

IV – [...]

§ único. Ocorrendo a hipótese do inciso I deste artigo, a avaliação poderá ser realizada quando houver fundada dúvida do juiz quanto ao real valor do bem.

Conforme se observa da norma processual, a avaliação de bem imóvel será feita por oficial de justiça ou perito avaliador, salvo quando uma das partes aceitar a estimativa feita pela outra.

A partir de uma análise contrário sensu do inciso I do art. 871 do CPC conclui-se que, havendo discórdia dos valores apresentados por uma das partes, por consequência, o Juízo deverá determinar a realização de avaliação imparcial, por oficial de justiça ou perito nomeado nos autos, a depender do grau de complexidade dos trabalhos.

No caso concreto, levando-se em conta que a controvérsia instaurada na lide limita-se ao valor do imóvel objeto da partilha, a realização de avaliação imparcial é a medida de rigor, sobretudo diante da discrepância das estimativas apresentadas pelas partes (R\$100.000,00).

Ora, embora não se desconheça que os laudos particulares apresentados pela parte Exequente/Agravada à ordem 09 foram elaborados de forma mais detalhada, não se pode ignorar a fundada discordância da parte Executada/Agravante, circunstância que, por si só, atrai a necessidade de se determinar a avaliação do bem por oficial ou por perito judicial nomeado nos autos.

Assim sendo, o recurso merece provimento para que seja reformada a decisão agravada, a fim de determinar que o imóvel objeto da partilha seja avaliada por oficial de justiça ou perito nomeados nos autos, observando o procedimento previsto nos artigos 870 a 875 do Código de Processo Civil.

A respeito do tema já decidiu este e. Tribunal.

[...]

#### DISPOSITIVO

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO para, em reforma da decisão agravada, determinar que o imóvel objeto da lide seja avaliado por oficial de justiça ou perito nomeado nos autos, observando o procedimento revisto nos 870 a 875 do Código de Processo Civil (Brasil, 2021, grifo nosso).

O caso *sub judice* valeu-se da interpretação restrita e do raciocínio *a contrario* sobre o artigo 871: “Não se procederá à avaliação quando: [...] uma das partes aceitar a estimativa feita pela outra”; ora, pela inferência decorrente da interpretação estrita segue-se da concordância das partes quanto ao valor obtido a não avaliação pericial; em recorrendo ao argumento *a contrario*, deduz-se que em não havendo acordo das partes

quanto à avaliação feita por uma delas, a aferição por perito deverá ser determinada, diretriz que a sentença *a quem* promulgou.

Por outro dito, seja pelo viés da interpretação restritiva, seja pelo do argumento *a contrario* o resultado seria o mesmo, razão pela qual cabia tão somente uma única decisão.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG – **Agravo de Instrumento** – CV: AI 0646014-24-2021.8.13.0000 MG. Agravante: A.C.M.A – Agravado: F.C.D.V. acórdão (segredo de justiça), 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 02 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Portal Câmara dos Deputados**. Brasília, DF, 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 18 02 2022.

COPI, Irving Marmer. **Introdução à lógica**. 2. ed. Tradução: Álvaro Cabral São Paulo: Mestre Jou, 1978.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

GRANZINOLI, Cassio Murilo Monteiro. **Interpretação e argumentação jurídica**. Uma contribuição para a fundamentação e justificação das decisões judiciais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação** – A nova retórica. Trad. Maria Ermantina de A. Prado. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel de Oliveira. **Argumentação Jurídica** – Técnicas de persuasão e Lógica informal. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

VOESE, Ingo. **Argumentação jurídica** – Teoria, técnicas, estratégias. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

### 1.4.3 ARGUMENTO POR DILEMA

Interessante, ainda, nessa segmentação binária é constatar que o argumento de divisão pode assumir a forma de um *dilema*, ou seja, o Todo estar reduzido a duas propostas e uma única conclusão. Essa técnica consiste no oferecimento de duas premissas para, entretanto, direcioná-las a um único resultado, melhor dizendo, as hipóteses são

apresentadas como se distintas fossem, para o induzimento deliberado do receptor, no entanto, ambas conduzem a um mesmo desfecho.

Mecanismo, aliás, largamente utilizado na prática forense a título de convencimento: diferentes abordagens, porém, catalisando-se num prognóstico previamente determinado.

Por essa rota, há duas possibilidades de se focar o dilema. Uma, na qual, não obstante haver dupla alternativas, *não importando qual se eleja, a conclusão será a já preconcebida*. O dilema parece ser uma dicotomia fictícia, pois que a escolha levará a uma única hipótese prevista (Fiorin, 2020, p. 146).

Ainda nessa divisão binária do dilema, outra possibilidade se revela, *é a de que o desenlace coincida com apenas uma das premissas apresentadas*. “Emprega-se essa forma de divisão quando, num debate, limitam-se a duas soluções: a do adversário e a que o próprio orador defende” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 270). Por corolário, após o embate, logra êxito apenas uma posição, indicada como a única possível.

O acórdão selecionado refere-se à primeira possibilidade, em que o dilema se constitui em duas posições; contudo, não importa se se enverada na primeira ou segunda hipóteses, visto que ambas verterão para o mesmo desfecho.

O caso tratado ocorre sob a égide do digesto processual civil de 1973, em especial sobre a validade ou não da citação. Embora, com a vigência do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) esse instituto não sofreu alteração significativa. Assim, do cotejo entre o artigo 214 – CPC/73: “Para a validade do processo de conhecimento, de execução e cautelar, é indispensável a citação inicial do réu. § 1º O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação.” E o artigo 239 – CPC/15: “Para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado, [...] § 1º O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução.”

O teor do artigo 214 CPC/73 reverbera no atual artigo 239 CPC/15, ou seja, a validade da citação está condicionada a sua indispensabilidade e, sua ausência, pode ser suprida pela presença espontânea do réu. Em

face dessa sincronia conceitual, pertinente a apreciação deste acórdão para dar visibilidade à imaterialidade da teoria:

Relatório

[...]

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Em suas razões recursais, a recorrente aduziu, inicialmente, dissídio jurisprudencial em relação a acórdãos deste Superior Tribunal (REsp 1.252.902/SP e REsp 54.358) acerca da possibilidade de utilização da querela *nullitatis insanabilis* em processo que a citação fora nula e a revelia fora decretada e, ainda, no sentido da impossibilidade de reconhecimento de comparecimento espontâneo ou de decretação de revelia quando atravessada petição pelo réu antes da realização da citação.

Sustentou-se também, a violação aos arts. 131, 245, § único, 486, 515 e 535, incisos I e II, do CPC/73. Referiu-se não ter sido calidamente citada e, assim, revelar-se indevida a decretação de sua revelia em anterior ação reivindicatória contra ela promovida pelos recorridos. Desimporta o fato de ter comparecido aos autos para comunicar ao juízo, em face da concessão da tutela antecipada determinando a reintegração dos recorridos na posse do imóvel, da pendência de julgamento de recurso especial na ação adjudicatória e a necessidade de prestação de caução. Em sendo o vício transrescisório e insanável, não se poderia reconhecer a sua preclusão, concluindo-se pela plenamente cabível utilização da querela *nullitatis*, e ainda, evidente a necessidade de desconstituição da decisão transitada em julgado. Pedeu provimento do recurso. O apelo não foi admitido pela Corte de origem.

Interposto agravo em recurso especial, a ele dei provimento para melhor exame dos argumentos do recorrente dentro do próprio recurso especial. [...]

VOTO

Eminentes Colegas, inicialmente, tenho por atraído o enunciado 284/STF em relação à alegação de afronta aos artigos 131 e 535 d CPC/73. Para sustentar a sua violação a parte limitou-se a transcrever o teor dos dispositivos, sem evidenciar, todavia, de modo devido, em que o acórdão estaria a afrontá-los. Não se disse nada acerca dos vícios sanáveis mediante os embargos e, menos ainda, sobre o princípio da persuasão racional, razão porque não conheço do recurso no que lhes pertine, especialmente porque não dizem com a linha de sustentação formulada no recurso especial. [...]

Dentro do arenoso tema de classificação das invalidades processuais, pode-se afirmar resumidamente vícios preclusivos, os quais, acaso não imediatamente impugnados, não podem vir a ser posteriormente suscitado; não-preclusivos, quando, em face de sua natureza, poderão ser objeto de reconhecimento de ofício, em qualquer grau de jurisdição, [...] e transrescisório, que, por sua gravidade, podem vir a ser reconhecidos inclusive após o biênio decadencial da ação rescisória, ou seja, a qualquer termo, seja mediante ação própria (querela *nullitatis*), seja no curso da execução ou cumprimento de sentença.

A doutrina costuma reconhecer o cabimento da querela *nullitatis* quando da ausência dos pressupostos de existência como por exemplo, [...], sendo, ainda, mais comumente utilizada quando da verificação de nuli-

dade consistente em vício/ausência de citação, conjugada à ausência de oportunidade de produção de defesa.

[...]

Analisadas as razões formuladas pelas partes, além da sentença e do acórdão objeto do recurso especial, tenho a concluir que, na hipótese dos autos, inexistira a sustentada nulidade absoluta, não havendo falar em ausência ou nulidade de citação.

O acórdão recorrido reconhece – e a própria parte recorrente o confirma em razões do especial – que a pessoa jurídica citanda, na anterior ação reivindicatória fora inegavelmente citada do referido processo e, ainda, da concessão de tutela antecipada a determinar a reintegração da parte na posse do imóvel objeto de discussão.

Tanto fora assim que compareceu nos autos da referida ação, mediante advogado constituído para atuar especificamente naquela demanda, para informar a juízo, além do alegado defeito de citação, que o direito que ali se discutia seria provisório, [...] já que a questão, examinada em pregressa ação de adjudicação, estaria sob o crivo desta Corte Superior, em sede de recurso especial.

[...]

Ora, referido panorama [comparecimento espontâneo] evidencia que a recorrente participara da relação processual referida. A ela fora possível exercer o contraditório e a ampla defesa, deixando de fazê-lo por escolha própria. [...]

A citação não é um fim em si mesma. Ela está voltada à cientificação do réu acerca da ação contra ele ajuizado, oportunizando-lhe, uma vez assim queira, defender-se.

[...]

É evidente o comparecimento espontâneo da ré na demanda. Após o deferimento da liminar aos autores para a reintegração da posse nos imóveis [...]

Se há comparecimento espontâneo, ou seja, se há ciência acerca da ação e ainda, há oportunidade de defesa, como na hipótese se verificou, não há falar em nulidade da decisão transitada em julgado; não há falar em *querela nullitatis*.

Ante ao exposto, nego provimento ao recurso especial (Brasil, 2014).

O ato citatório tem formalidades a cumprir e estas ocorrem mediante modalidades especificadas pelo Código de Processo Civil anterior e o atual, sob pena de se tornar inválido.

O caso examinado revela a inexistência de citação nas formas discriminadas (artigo. 215 CPC/73), devendo, pois os atos processuais seguintes a ela serem nulos. Foi nesse diapasão que a recorrente elaborou as suas razões. Entretanto, os preceitos que normatizam a citação, mesmo diante da NÃO CITAÇÃO nos moldes preconizados, validam os procedimentos, diante do COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO RÉU.

No caso *sub judice*, a recorrente aduz que “a citação fora nula e a revelia fora decretada [...]”, razoando que não houve citação legítima, tanto que “compareceu nos autos da referida ação, mediante advogado constituído para atuar especificamente naquela demanda, *para informar a juízo*, [...] *alegado defeito de citação* [...]”.

Ao noticiar que não fora devidamente citada, a ré promoveu a sua inclusão, visto que a “citação não é um fim em si mesma. Ela está voltada à cientificação do réu acerca da ação contra ele ajuizado, oportunizando-lhe, uma vez assim queira, defender-se”, segundo a versão do relator.

Aqui se revela um dilema, ou melhor, para que a citação seja validada é *indispensável* (termo expresso na lei) que aquela medida ocorra. A despeito da exigência de indispensabilidade, ainda assim a ausência da citação pode ser convalidada, pelo ingresso do réu no processo, isto é, *citado ou não citado esse ato será chancelado*, e afastada a nulidade. Esse tipo de procedimento é costumeiro se utilizar no universo jurídico, em que mormente há um confronto entre uma proposição (citado) e seu contrário (não citado) e o resultado será o já preconcebido.

O segundo caso de dilema se verifica, quando for defensável tão somente uma única solução. Situação como sói acontecer na prática forense a título de convencimento: existência de uma parelha bifurcada e antagônica de teses, vertendo num único arremate provável. O decisorio abaixo ensejará concretude à essa noção:

1. Cuida-se de agravo interno interposto contra decisão monocrática que negou provimento ao recurso especial, sob os seguintes fundamentos: a) ausência de violação ao art. 535 do CPC/1973; b) não é possível a apropriação exclusiva da marca *insalata*, em virtude do caráter corrente e habitual da expressão, além do fato de as marcas evocativas atraírem a mitigação do princípio da exclusividade do registro; e c) a possibilidade de utilizar-se a expressão designativa da marca *insalata* ocorreu com fulcro no contexto fático-probatório dos autos, incidindo, pois, o óbice da Súmula n. 7/STJ.

Em suas razões recursais, a ora agravante sustenta, em síntese, que: a) possui direito exclusivo à titularidade da marca, em virtude do prévio registro no INPI e da aplicação do princípio da novidade; b) no Brasil, a palavra *insalata* é expressão atípica, designativa do ramo alimentício da recorrente, que é idêntico ao ramo da recorrida; e c) a recorrida não observou o prazo de 180 dias para a instauração de procedimento administrativo, com o fim de declarar a nulidade da marca registrada.

Requer, ao final, a reconsideração ou a reforma da decisão pela Turma Julgadora.

É o relatório.



EMENTA: AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO MARCÁRIO. UTILIZAÇÃO DE MARCA EVOCATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ.

1. Marcas fracas ou evocativa, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade e sem suficiente forma distintiva atraem a mitigação da regra de exclusividade do registro e podem conviver com outras semelhantes. Precedentes do STJ.

2. Na hipótese vertente, consoante a dicção do Tribunal *a quo*, o vocábulo *insalata*, em que pese o fato de não ser comum no vernáculo, é expressão corriqueira no idioma italiano, significando, simplesmente, “salada”. Dessa forma, não é possível a apropriação exclusiva da marca, máxime ante o caráter corrente e habitual que permeia a expressão nupercitada (sic).

3. Ademais, consoante se observa da transcrição do acórdão proferido pela Corte de origem, a possibilidade de utilizar-se a expressão designativa da marca INSALATA ocorreu com fulcro no contexto fático-probatório acostado aos autos, razão pela qual incide o óbice previsto na Súmula n. 7/STJ.

4. Agravo interno não provido.

VOTO

O EXMO SR. MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. O recurso não merece acolhida.

Cabe examinar, no presente agravo interno, tão somente a parte impugnada decisão recorrida, permanecendo incólumes os fundamentos não refutados pelo agravante.

Infelizmente, faz-se mister registrar que a Corte de origem no que tange aos pontos objeto de irresignação engendrada no apelo nobre, consignou que não se encontram presentes elementos capazes de fundamentar o pleito de uso indevido da marca INSALATA, designação fraca, razão pela qual o titular do registro não pode impedir o uso por terceiro, ainda que do mesmo ramo de atividade, desde que acrescida de elemento distintivo, sendo o caso dos autos.

Em síntese, a instância ordinária deslindou, com correção, a hipótese vertente, situação que não permite a reforma do *decisum*, de fato, divi-sam-se os seguintes fundamentos extraídos do acórdão estadual:

Na hipótese, pretende a autora a declaração de regularidade do uso do nome de fantasia “Insalada Farinella”, para identificação de seu estabelecimento comercial. Em contrapartida, a ré sustenta a ilicitude do uso do termo “insalata” pela autora, um vez que detem o direito de propriedade industrial sobre a marca “Insalata”, registrada no INPI, sob o n.º..., que ademais compõe sua denominação social e seu nome de fantasia. Pleiteia, assim, ver reconhecida a proteção conferida pelo direito à marca da qual é detentora, buscando a abstenção de uso da marca pela autora. Ora, marca é um sinal capaz de distinguir produtos ou serviços de determinada empresa. Quando validamente reconhecida, os produtos ou serviços por ela representados merecem a proteção do direito marcário, sendo vedada a concorrência desleal e conferindo-se ao investidor a exclusividade de uso e os lucros auferidos através de sua utilização. [...] Na hipótese, contudo, não se encontram presentes elementos capazes de fundamentar o pleito de uso indevido da marca “INSALATA”. Note-se que a autora, Oxigênio Lanchonetes Bar Ltda,

não utiliza a palavra ‘INSALATA’ na sua denominação social. Utiliza-a em seu nome de fantasia, juntamente com figura distintiva de seu estabelecimento. Além disso, não se pretende utilização da palavra “INSALATA” de forma isolada, mas como parte da expressão ‘INSALATA FARINELLA’. [...] A marca nominativa é, em tese, válida, não sendo o termo “insalata” palavra comum no vernáculo. No entanto, é palavra comum (significando “salada”) no idioma italiano. Assim, em tese, é passível de registro no INPI, no Brasil, o titular do registro não pode impedir seu uso por terceiro, ainda que no mesmo ramo de atividade desde que acrescida de elementos distintivos, sendo este o caso. Ora, quem registra palavra comum em idioma estrangeiro sujeita-se a esta limitação. Tais termos podem ser registradas no Brasil, mas se alguém outro utilizar em expressões tais palavras, seu uso não pode ser impedido. [...] Dessa forma, ao utilizarem termo comum em idioma estrangeiro, ambas as partes assumiram o risco de ver o nome adotado por terceiro com elemento distintivo. Note-se, ainda que, ante o uso pretendido pela autora da marca “Insalata Farinell”, com destaque para a palavra “Farinella” e com o elemento figurativo de um cozinheiro estilizado, encontram-se presentes os elementos distintivos necessários para afastar a abstenção de uso pleiteada. Observe-se, de forma propedêutica, que as marcas evocativas, que constituem expressão de usos comuns, atraem a mitigação do princípio da exclusividade do registro.

Confira-se: [várias ementas de mesmo mote]

Ante o exposto, com fulcro nos fundamentos acima aduzidos, nego provimento ao agravo interno. É o voto. (STJ – AgInt no Recurso Especial n. 1.338.834 – SP (2012/0105616-5). Agravante: Insalata Comércio de Alimentos e Bebidas Ltda. Agravado: Oxigênio Lanchonete e Bar Ltda. Relator Luis Felipe Salomão (Brasil, 2012).

Trata-se de questão de propriedade intelectual, em que a Agravante visando impedir que a Agravada fizesse uso da expressão *Insalata* em sua atividade comercial, apresenta argumentos que acredita serem suficientes e legítimos para justificar o seu pleito:

1. informa ser detentora do registro de marca *Insalata* junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, para atuação no ramo alimentício, visto que referida expressão é dotada do princípio da novidade;
2. dessa feita, por força do certificado de propriedade, teria direito à exclusividade de seu uso e, por consequência, a prerrogativa de impedir que terceiros a empreguem para identificar serviços ou produtos similares;
3. noticia, ainda, que o termo *Insalata*, compõe a denominação social e o nome de fantasia de seu empreendimento comercial, fatores

mais do que suficientes que a tornam única proprietária de referido sinal marcário;

4. conclui que o conjunto de fatos autoriza o seu uso exclusivo pela Agravante.

Por seu turno, no vértice oposto, a Agravada traça as razões que pretendem arrostar os considerados supra:

1. reconhece a Agravada que a marca nominativa em comento é, em tese, passível de registro no INPI, porquanto o termo *Insalata* não compõe o vernáculo pátrio. No entanto, no idioma italiano é palavra comum, já que significa “salada”;
2. trata-se de marca inclusa na categoria popular ou evocativas, uma vez que constitui expressão de uso comum, de pouca originalidade e de expressão distintiva precária, por essas características, embora dotada de certificado de registro junto ao INPI, não lhe autoriza exclusividade; sendo, portanto, admissível a convivência com outras semelhantes;
3. outro fator que afasta o uso privativo desse sinal é que a Agravada não a emprega sozinha, mas numa composição em seu nome fantasia, *Insalata Farinella*, além de agregar um elemento individualizador, traduzido pela figura estilizada de um cozinheiro;
4. conclui que esse arranjo de três elementos (*Insalata + Farinella + figura estilizada de cozinheiro*) afasta a temida concorrência desleal e usurpação de marca.

O Tribunal, diante das circunstâncias e provas coladas aos autos, decide *abraçar apenas uma das teses*, justificando que “não é possível a apropriação exclusiva da marca *insalata*, em virtude do caráter corrente e habitual da expressão, além do fato de as marcas evocativas atraírem a mitigação do princípio da exclusividade do registro; [...] no Brasil, o titular do registro não pode impedir seu uso por terceiro, ainda que no mesmo ramo de atividade desde que acrescida de elementos distintivos, sendo este o caso.”

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Recurso especial n. 1.625.033** – SP (2014-0239115-3). Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/468431170/inteiro-teor-468431194>. Acesso em: 7 mar. 2022.

Tocar: BRASIL. **Agravo interno no Recurso Especial n. 1.338.834** – SP (2012/0105616-5). 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/443364228/inteiro-teor-443364243>. Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Portal Câmara dos Deputados**. 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil.&text=Art.,disposi%C3%A7%C3%B5es%20que%20este%20C%C3%B3digo%20estabelece>.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2020.

NEVES, Daniel Amorin Assumpção. Novo CPC – **Código de Processo Civil** – Lei 13.105/2015. 3 ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

NEVES, Daniel Amorin Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. V. Único. Salvador: Jus Podium.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação** – A nova retórica. Trad. Maria Ermantina de A. Prado. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Processo Civil**. V. I, São Paulo: Saraiva, 1997.

## 1.5 ARGUMENTO DE PROBABILIDADE

Como se depreende da própria nomenclatura, o argumento de probabilidade remete à seara da matemática, cuja equivalência na teoria de Perelman se enquadra no universo dos argumentos quase-lógicos, considerando que o seu caráter de convencimento decorre de sua proximidade às propriedades lógicas formais: “dada a existência admitida de demonstrações formais, de reconhecida validade, os argumentos quase-lógicos tiram atualmente sua força persuasiva de sua aproximação desses modos de raciocínio incontestados” (Perelman; Obrechts-Tyteca, 2017, p. 219).

A probabilidade é um princípio de relevância não apenas em lógica, mas igualmente em estatística e em física, que se valem de critérios como a proporcionalidade e a frequência para avaliar a possibilidade de algum fenômeno ocorrer. Ela somente pode ser objeto de uma abordagem lógica quando se apoia em frequências baseadas em experiências passadas de êxitos ou de malogros.

Conceitualmente, grosso modo, do ponto de vista da teoria clássica sobre a natureza da probabilidade, tal como formulada por Laplace, De

Morgan, e outros, constitui-se num grau de medição da *crença racional* (Copi, 1978, p. 424). A probabilidade de um acontecimento que se vaticine depende do grau em que se presume racionalmente que ele possa ocorrer. Ou a probabilidade que se predique de um enunciado ou proposição também depende do grau em que um homem completamente racional julga que seja verdade. Sob o olhar clássico, a probabilidade é sempre o resultado do conhecimento parcial, – porquanto a informação de que se dispõe é limitada – e da ignorância parcial (Copi, 1978).

Outro conceito, este flertado pelo jurislinguista belga, consiste na *teoria da frequência relativa* que parece especialmente adequada para justificar os cálculos de probabilidade resultantes de investigações estatísticas. Sob esse princípio, a probabilidade não se define, portanto, em termos de crença racional. *A probabilidade se traduz como a frequência relativa com que os membros de uma classe manifestam uma propriedade específica* (Copi, 1978).

Na esteira da teoria da frequência relativa, probabilidade é o raciocínio quantitativo em que se calcula a chance de um experimento ocorrer **em um determinado contexto**, considerando as possibilidades existentes e o que é viável obter. Toda vez que não se tem certeza sobre o resultado de algum evento, está se tratando da chance de certos resultados acontecerem ou quais as previsibilidades de eles ocorrerem. A análise de eventos determinados por esse critério é chamada de estatística. Essa área da matemática é responsável por analisar um fenômeno e determinar quantas vezes ele pode suceder.

Ainda, quanto ao aspecto quase-lógico, este se deve ao fato de que o cunho persuasivo do argumento de probabilidade decorre da racionalidade inerente às lógicas, em especial, as ciências exatas:

As argumentações quase-lógica pelo provável ganha todo o seu relevo quando há avaliações baseadas, a um só tempo, na importância dos acontecimentos e na probabilidade do aparecimento deles, na grandeza das variáveis e na frequência delas, na esperança matemática (Perelman; Obrechts-Tyteca, 2017, p. 292).

O induzir probabilístico traduz-se numa espécie do gênero argumento comparativo relacionado às questões em um sentido prático (validada pela assiduidade de experiências ocorridas) e consiste em aquilatar tanto sobre a *relevância* dos acontecimentos quanto sobre a *previsibilidade* de sua manifestação.

Na esfera do direito, essa técnica diz respeito à hipótese de invocar ou implantar no julgador a convicção de que a hipótese em questão é passível e provável de ser contemplada por determinado preceito legal.

Dentre o direito pátrio, esse mecanismo de convencimento encontra pálio regulamentar no artigo 300, caput do novo CPC, que prescreve: **“A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”** (grifo nosso).

Com a nova redação traçada pela vigente sistemática processual (CPC/2015), a medida anteriormente denominada de “processo cautelar” – Livro III (artigos 796 a 889 do CPC/1973) assume atualmente a nomenclatura de Tutela Provisória, gênero que abarca as espécies: tutela de urgência e a tutela de evidência. Aquela poderá ter natureza antecipada ou cautelar e esta ser um procedimento antecedente ou incidental.

A concessão dessa medida emergencial está condicionada a duas circunstâncias: a) *probabilidade do direito* (*fumus boni iuris*) e b) perigo de dano ou risco ao resultado eficaz do processo (*periculum in mora*). Entretanto, considerando o tema deste estudo, o enfoque se restringirá ao primeiro requisito que, sucintamente, expressa a valoração dos fatos quanto à sua veracidade e das provas, permitindo a dedução quanto à viabilidade de conferir vitória ao autor da demanda.

Nessa vertente, para Didier, à semelhança de Copi, a probabilidade traduz-se na:

[...] verossimilhança fática, através da qual, se constata que há um grau considerável de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. Ou seja, apesar de não ser necessária a prova integral da realidade do direito postulado, é preciso que se visualize, na narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova (Didier Junior, 2015, p. 596).

A dimensão dessa perspectiva será avaliada pelo juiz, considerando inclusive a gravidade da medida a conceder.

Em outros termos, Gonçalves, observa “que o NCPC exige elementos de convicção que evidenciem a *probabilidade do direito*, não sendo necessária a prova da realidade do direito postulado. Trata-se do conhecido *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito)” (Gonçalves, 2017, p. 460).

De modo que, conquanto não esteja plenamente provada a existência de um direito, a sua perspectiva autoriza a concessão postulada. Note-se tratar de plausibilidade jurídica, ou seja, probabilidade significativa de a hipótese ser verossímil e, portanto, suscetível de amparo legal.

O acórdão recortado e transcrito depõe a favor do princípio em pauta, quando de seu fundamento:

Agravo em Recurso Especial n. 1.256.049 – MS (2018/0063281-0). Agravante: Município de Ivinhema. Agravado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Interes.: Maria M. de Jesus. Interes.: Estado de Mato Grosso do Sul.

Trata-se de Agravo interposto pelo Município de Ivinhema, em 14/03/2018, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que inadmitiu Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado: “Ementa Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública Município de Ivinhema e Estado de Mato Grosso do Sul. Fornecimento do medicamento Alfaepoetina Humana Recombinante. Idosa portadora de síndrome Mielodisplásica. Atendimento realizado por médico do Sistema Único de Saúde. Fármaco padronizado na Rename. Tutela de urgência. Presença dos requisitos ensejadores. Multa diária. Possibilidade. Recurso conhecido e provido. Presente os requisitos ensejadores da tutela de urgência, é dever do magistrado a sua concessão, para condenar o Município de Ivinhema e o Estado de Mato Grosso do Sul a fornecer o medicamento pleiteado pelo cidadão substituído” (fl. 151e). Nas razões do Recurso Especial, aduz a parte recorrente a violação do art. 300 do CPC/2015, argumentando o seguinte: “portanto, o acórdão recorrido negou vigência ao caput do artigo 300 do CPC-73 (sic) ao conceder tutela antecipada sem prova da verossimilhança do direito e sem que haja receio de dano irreparável, consoante parecer do próprio NAT”. [...] A resignação não merece acolhimento. Com efeito, esta Corte já decidiu que “não é cabível recurso especial para reexaminar decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, em razão da natureza precária da decisão, sujeita à modificação a qualquer tempo, devendo ser confirmada ou revogada pela sentença de mérito.” [...] Aplica-se na espécie, por analogia, a Súmula 735 d STF: “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.” [...] Em face do exposto, com fundamento no art. 253, par. Único, II, a, do RISTJ, conheço do Agravo para não conhecer do Recurso Especial. (Brasil, 2018, grifo nosso).

Da apreciação ao decisório – Agravo em Recurso Especial n. 1.256.049-MS – que não conheceu do Recurso Especial, deduz-se que o fez cravado em duplo fundamento, sendo um de caráter processual alicerçado na inteligência da Súmula 735 do STF: “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”, visto que referido reexame dos elementos probatórios, a fim de aferir a prova

inequívoca que convença a verossimilhança da alegação, nos termos do art. 273 do CPC, não é admissível em recurso especial.

Ora, o outro fundamento consiste no *argumento de probabilidade*, tendo em vista se referir à possibilidade de a versão fática *sub judice* estar sob o abrigo do verossímil e, conseqüentemente estar insculpido em dispositivo legal. Não se trata de *prova inequívoca* que traga a certeza da verdade, cujo cerne será objeto de apreciação em outro estribo processual que não o analisado – medida emergencial.

No caso concreto, infere-se que a colação de documento médico prescrito por galeno do Sistema Único de Saúde à idosa portadora de síndrome Mielodisplásica Humana engendrou a viabilidade do direito, pois presentes os quesitos da emergencialidade da medida e a *expectativa de provimento futuro* quanto ao mérito do direito invocado, ensejando-lhe a decisão favorável.

Em face dessa plausibilidade, coube o *decisorium litis*: “Presença dos requisitos ensejadores da tutela de urgência, é dever do magistrado a sua concessão, para condenar o Município de Ivinhema e o Estado de Mato Grosso do Sul a fornecer o medicamento pleiteado pelo cidadão substituído.”, sob pena de lesão definitiva da saúde e direito da postulante.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Agravo em Recurso Especial n. 1.256.049** – MS (2018/0063281-0). Agravante: Município de Ivinhema. Agravado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Recorrente: Maria M. de Jesus. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul, 2018.

COGNITIO-ESTUDOS: **Revista Eletrônica de Filosofia**, ISSN1809-8428, São Paulo: CEP/PUC-SP, v. 17, n. 1, janeiro-junho, 2020, p.150-177. Acesso em 07.04.2020.

COPI, Irving Marmer. **Introdução à Lógica**. Trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2015.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Processo Cautelar, v. 4, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2012.



PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – A nova retórica. Trad. Maria E. de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

REBOUL, O. **Introdução à retórica**. Trad. de I. C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SOUZA, G. S. de. Argumentação no discurso: questões conceituais. In: FREITAS, Alessandra Cardozo de; RODRIGUES, Lílían de Oliveira; SAMPAIO, Maria Lúcia Pessoa (Orgs.). **Linguagem, discurso e cultura: múltiplos objetos e abordagens**. Pau dos Ferros: Queima Bucha, 2008.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VOESE, Ingo. **Argumentação Jurídica** – Teoria, Técnica, Estratégias. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

## 1.6 ARGUMENTO DE RECIPROCIDADE

O princípio da reciprocidade tem origem nas relações naturais e, portanto, legítimas e universais, como constata os diversos estudos antropológicos e sociológicos. Consiste, grosso modo, na cooperação mútua, isto é, ato de mão dupla, em que o gesto de dar implica no de receber. Momento em que o homem, para sua sobrevivência, necessitava do outro, seja em termos de alimento ou de segurança, o que atualmente ocorre no campo da política e do social.

Sob a ótica da semântica, a reciprocidade é a correspondência existente entre dois termos que reservam sentidos opostos, mas que guardam uma relação de conformidade mútua, como se verifica, por exemplo, no binário compra e venda.

Na filosofia, é possível vislumbrar a reciprocidade como a capacidade intelectual pela qual a relação entre dois elementos diferentes pode ser concebida bilateralmente.

Do ponto de vista da argumentação, a reciprocidade dispõe de mesmo conceito germinal, isto é, algo comum presente numa associação entre duas partes: se existe de um lado existirá, no outro, de igual modo, numa correspondência respectiva. Essa propriedade se torna um fator significativo de persuasão, visto que uma parte é compelida a concordar com a solicitação da outra e vice-versa. No âmbito do Direito, a argumentação de reciprocidade é um desdobramento da regra de justiça que, segundo Perelman e Olbrechts-Tyteca (2017, p. 248), “requer a aplicação de um tratamento idêntico a seres ou a situações que são integradas numa mesma categoria.”

A ressalva é que nesse recurso argumentativo, o fator simetria lhe é essencial e diferencial, ou seja, o cotejo de duas situações é intermediado pelo espelhamento – um lado guarda um vínculo de paridade com referência ao outro lado. É o aspecto simétrico que coloca essa estratégia de convencimento no rol da lógica formal, ou melhor, sob a égide do raciocínio quase-lógico perelmano, à semelhança da proposição geométrica: quando um objeto parece ser o mesmo, sobretudo depois de uma transformação de reflexão ou rotação ( $a=b$  e  $b=a$ ).

O nexos entre esses dois conceitos ou situações ocorre de forma sucessiva, mas que a sua ordem ( $x$  antecede o  $y$ , ou este antecede àquele) não afeta a força de persuasão, porquanto conduz a uma convergência interpretativa. Essa correspondência existente entre lados *opostos* guarda parentesco semântico entre si, sem serem sinônimos, entretanto.

A reciprocidade dispõe, além do caráter de oposição, a de transposição de pontos de vista, isso sucede quando o um se coloca sob a ótica do outro, fundamentando a analogia. Manejo, sobretudo, mais eficaz em procedimentos de contra-argumentação.

Uma ilustração pertinente é trazida por Perelman da versão de Rousseau: “Não há mãe, não há filho. Entre ambos, os deveres são recíprocos, isto é, se forem mal cumpridos de um lado, do outro serão negligenciados” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 251).

Nesse enunciado, evidenciam-se as características desse argumento, a saber:

- A oposição conceitual: mãe x filho.
- A reciprocidade: Não há mãe, não há filho. [...] se forem mal cumpridos de um lado [causa], do outro serão negligenciados [consequência].
- A transposição ou rotação: Mãe quando no lugar do filho terá de cumprir a obrigação. O mesmo sucede com o filho, sob pena de serem ignorados.

Embora passados três séculos de o filósofo suíço (séc. XVIII) traçar o verbete acima, tal aspecto recíproco é atualíssimo, como resta demonstrado na decisão ementada do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre a hipótese em que não verá o pedido de alimentos deferido ao pai que negou os cuidados devidos ao filho enquanto menor, julgamento *in verbis*:

DIREITO CIVIL – FAMÍLIA – ALIMENTOS – PEDIDO FORMULADO PELO PAI CONTRA O FILHO MAIOR DE IDADE – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL – INCONFORMISMO – NECESSIDADE DEMONSTRADA – AFASTAMENTO – POSSIBILIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE – INCOMPROVAÇÃO – ALIMENTANTE RECÉM FORMADO – AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO FINANCEIRA – OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA VINCULADA AO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE – INADIMPLEMENTO OBRIGACIONAL PATERNO DECORRENTE DO PODER FAMILIAR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. O pedido alimentar formulado pelo ascendente ao descendente com fundamento no art. 1.696 do CC exige demonstração inconcussa da necessidade alimentar e da capacidade financeira do alimentante de prestar auxílio ao genitor. Em face do caráter solidário da obrigação alimentar, inacolhe-se pleito formulado por genitor contra filho maior de idade se este não recebeu por ocasião de sua menoridade os cuidados paternos inerentes ao pátrio poder a que tinha direito (TJ-SC – Apelação Cível AC 20130350338 SC 2013.035033-8. Acórdão) (Brasil, 2013, grifo nosso).

Diante do descumprimento do genitor quanto às obrigações e deveres a ele inerentes enquanto responsável pelo filho, inadmissível seria que o pai pretendesse exigir de seu descendente a obrigação de lhe prestar alimentos com fundamento no dever de reciprocidade e de solidariedade parental, já que se descurou anteriormente.

Contudo, o inverso pode suceder, visto que direito/dever de alimentos é uma rota de mão dupla. É justamente nessa ótica que repousa o princípio da reciprocidade na obrigação alimentar. Descabível seria a possibilidade de um filho recusar a prestação de alimentos à mãe que tanto lutou para lhe sustentar e lhe dar subsídios para que chegasse ao ponto de poder se manter de forma razoável e independente. Como esclarece a seguinte ementa:

TJ-RJ – APELACAO APL 00100528820128190209 RJ 0010052-88.2012.8.19.0209. Publicado em 04/04/2014.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA POR MÃE EM FACE DOS FILHOS. DEVER DOS FILHOS MAIORES EM AMPARAR OS PAIS NA VELHICE. ARTIGO 229 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECIPROCIDADE DE ALIMENTOS PREVISTA NO ARTIGO 1696 DO CÓDIGO CIVIL. COMPROVADA DEVIDAMENTE A NECESSIDADE DOS ALIMENTOS POSTULADOS. ALIMENTOS DEFINITIVOS FIXADOS EM PERCENTUAL QUE ATENDE À POSSIBILIDADE COMPROVADA DOS FILHOS E QUE ESTÁ EM CONSONÂNCIA COM O TRINÔMIO NECESSIDADE – POSSIBILIDADE – RAZOABILIDADE. ARTIGO 1694 DO CÓDIGO CIVIL. CORRETA A SENTENÇA. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO (Brasil, 2014).

Depreende-se das ementas abordadas que a argumentação de reciprocidade não é de paridade absoluta, visto que na hipótese do direito e da obrigação alimentar, embora sejam mútuos, nem sempre vigoram simetricamente em casos concretos, já que a correspondência está atrelada ao tripé necessidade – possibilidade – razoabilidade, sob pena de incidir na incoerência ou comprometimento da regra de justiça.

A reciprocidade na condição de um princípio universal – intrínseco aos homens, porque é instituto organizador para a existência de qualquer sociedade –, ultrapassa as fronteiras nacionais. Nesse sentido, encontra consolidada nos vínculos internacionais de mútua cooperação regidas pelo Direito Internacional, cujo registro já era encontrado em tratados que datam dos séculos XII e XIII.

À semelhança de qualquer segmento do direito, a dinâmica lhe é inerente. Assim, contemplando o direito internacional, que de seu caráter tradicional – bilateral e horizontal, restrita à duas nações –, caminhou para o multilateralismo, forjando a reciprocidade difusa, dotada de ações coletivas para a realização de interesses comunitários.

Dessarte, há valores fundamentais à manutenção da vida no planeta – como a paz, a segurança internacional, os direitos humanos e a proteção do meio-ambiente, apenas para citar –, cuja importância e magnitude não podem ser deixados à cargo de um ou dois Estados, já que medidas individualizadas serão insuficientes quando não inócuas para proteger a humanidade como um todo. Além de situações que extrapolam o território nacional.

Nessa esteira do Direito Internacional, elegeu-se o acórdão seguinte, cujos interessados são signatários da Convenção de Varsóvia, sob a contenda deslindada pelo Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário n. 636.331, um de nacionalidade brasileira, outro, francesa e outro, americana. Objeto da apelação, em síntese, refere-se ao desvio de bagagem em voo internacional, e discussão sob qual legislação deva incidir sobre o caso, quanto ao limite do montante do dano material: Código do Consumidor – visto a natureza de prestação de serviço viário – ou os Tratados Internacionais atinentes.

**25/05/2017 PLENÁRIO**  
**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.331 RIO DE JANEIRO**  
**RELATOR :MIN. GILMAR MENDES**  
**RECTE.(S) :SOCIÉTÉ AIR FRANCE**  
**ADV.(A/S) :JOSÉ MANUEL RODRIGUES LOPEZ**

**RECDO.(A/S) :SYLVIA REGINA DE MORAES ROSOLEM**  
**ADV.(A/S) :HILTON DORESTE NOGUEIRA FILHO**  
**AM. CURIAE. :IATA – INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION E OUTRO(A/S)**  
**ADV.(A/S) :TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER E OUTRO(S) E OUTRO(A/S)**

**AM. CURIAE. :AMERICAN AIRLINES INC**

**ADV.(A/S) :CARLA CHRISTINA SCHNAPP E OUTRO(A/S)**

1.Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210.

Fixação da tese: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento.

#### **08/05/2014 PLENÁRIO**

**ADV.(A/S) :TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER E OUTRO(S) E OUTRO(A/S)**

**AM. CURIAE. :AMERICAN AIRLINES INC**

**ADV.(A/S) :CARLA CHRISTINA SCHNAPP E OUTRO(A/S)**

#### **R E L A T Ó R I O**

#### **O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):**

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que negou aplicação, em relação de consumo, à regra da Convenção de Varsóvia que limita o valor da indenização devida, a título de dano material, por extravio de bagagem em voos internacionais.

O acórdão recorrido está assim ementado:

“APELAÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO AMPLA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. VIAGEM REALIZADA POR COMPANHIA AÉREA COM CONEXÃO EM PAÍS EUROPEU. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E HIPOSSUFICIÊNCIA. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

#### **Relatório**

1-Em caso de extravio de bagagem ocorrido durante o transporte aéreo, há relação de consumo entre as partes, devendo a reparação, assim,

ser integral, nos termos do CDC, e não mais limitada pela legislação especial.

2-Editada lei específica, em atenção à Constituição (art. 5, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de relação de consumo, suas disposições devem prevalecer.

3-Havendo antinomia, o previsto no Tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível.

4-Sendo o consumidor hipossuficiente e verossímeis as suas alegações, é cabível a inversão do ônus da prova.

5-O valor do dano material não está limitado em função do Código da Aeronáutica, Pacto de Varsóvia ou Protocolo de Montreal.

6- Na forma do enunciado sumular nº 45 deste E. Tribunal de Justiça 'É devida indenização por dano moral sofrido pelo passageiro, em decorrência do extravio de bagagem, nos casos de transporte aéreo'.

7-Provido parcialmente o recurso da autora e desprovido o recurso da ré”.

A recorrente pretende ver reformado o acórdão, ao argumento de que fora violado o art. 178 da Constituição Federal, que determina a prevalência da aplicação da regra mais restritiva de Convenção de Varsóvia sobre o Código de Defesa do Consumidor.

A recorrida, por sua vez, aduz, nas contrarrazões, que a decisão *a quo* não merece reparo, uma vez que a Lei 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), sendo posterior, derogou quaisquer disposições anteriores que tratam de danos decorrentes do transporte aéreo.

A questão constitucional suscitada teve a Repercussão Geral reconhecida no AI 762.184, Relator Ministro Cezar Peluso (tema 210).

Deferi o ingresso no feito, na condição de *amici curiae*, das entidades IATA (International Air Transport Association) e IUAI (International Union of Aerospace Insurers), bem como da empresa American Airlines INC.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não provimento do presente recurso extraordinário, por entender que não houve violação do art. 178 da Constituição Federal.

É o relatório.

## **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.331 RIO DE JANEIRO** **VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** Senhor Presidente, submeto ao Colegiado questão que envolve conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Varsóvia, no tocante à limitação da responsabilidade civil de companhia aérea pelo extravio de bagagem de passageiro, em voo internacional.

O cerne da discussão jurídica trazida no recurso extraordinário está em determinar se os tratados internacionais subscritos pelo Brasil, notadamente a Convenção de Varsóvia e alterações posteriores, devem prevalecer sobre o Código de Defesa do Consumidor para efeito de limitar a responsabilidade das empresas de transporte aéreo internacional por extravio de bagagem.

A antinomia se estabelece, a princípio, entre o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que impõe ao fornecedor do serviço o dever

de reparar os danos causados, e o disposto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, introduzida no direito pátrio pelo Decreto 20.704, de 24 de dezembro de 1931, que preestabelece limite máximo para o valor devido pelo transportador, a título de reparação.

A disposição do art. 22 da Convenção de Varsóvia, “Convenção para a Unificação de Certas Regras relativas ao Transporte Aéreo Internacional”, tem o seguinte teor, *in verbis*:

“ARTIGO 22.

(1) No transporte de pessoas, limita-se a responsabilidade do transportador, à importância de cento e vinte e cinco, mil francos, por passageiro. Se a indemnização, de conformidade com a lei do tribunal que conhecer da questão, puder ser arbitrada em constituição de renda, não poderá o respectivo capital exceder aquele limite. Entretanto, por acordo especial com o transportador, poderá o viajante fixar em mais o limite de responsabilidade.

(2) No transporte de mercadorias, ou de bagagem despachada, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de duzentos e cinquenta francos por kilogramma, salvo declaração especial de “interesse na entrega”, feita pelo expedidor no momento de confiar ao transportador os volumes, e mediante o pagamento de uma taxa suplementar eventual. Neste caso, fica o transportador obrigado a pagar até a importância da quantia declarada, salvo se provar ser esta superior ao interesse real que o expedidor tinha entrega.

(3) Quanto aos objetos que o viajante conserve sob os guarda, limita-se a cinco mil francos por viajante a responsabilidade do transportador.

(4) As quantias acima indicadas consideram-se referentes ao franco francez, constituído de sessenta e cinco e meio milligrammas do ouro, ao título de novecentos millesimos de metal fino. Ellas se poderão converter, em numeros redondos na moeda nacional de cada, paiz.”

Na essência, a controvérsia está em definir se o direito do passageiro à indenização pode ser limitado por legislação internacional especial, devidamente incorporada à ordem jurídica brasileira.

Entendeu o Tribunal *a quo* que as normas internacionais acima citadas não poderiam restringir o valor devido a título de indenização por dano material devida ao consumidor, por extravio de bagagem. Caberia aplicar ao caso, exclusivamente, o disposto no Código de Defesa do Consumidor, que não prevê limite algum para o valor indenizatório devido. Não é esta a primeira oportunidade na qual o Supremo Tribunal Federal examina a suposta antinomia entre o Código de Defesa do Consumidor e convenções internacionais de que é signatário o Brasil. O tema foi objeto dos seguintes julgados: RE 172.720, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 21.2.1997; RE 351.750, Rel. Min. Marco Aurélio, redator para o acórdão Min. Ayres Britto, DJ 24.9.2009 e do RE 297.901, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 31.3.2006.

No julgamento do mencionado RE 351.750, Primeira Turma, DJ 24.9.2009, este Tribunal acolheu a tese de que o princípio constitucional da defesa do consumidor teria o condão de afastar a aplicação do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia, sempre que estes se mostrassem menos favoráveis ao consumidor que a Lei 8.078/90. O precedente tem a seguinte ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido.”

Em sentido contrário, no julgamento do RE 297.901-5, DJ 31.3.2006, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, a Segunda Turma deste Tribunal decidiu pela prevalência do prazo prescricional de pretensão indenizatória de dois anos, previsto na Convenção de Varsóvia, contra a previsão mais favorável do Código de Defesa do Consumidor. A decisão está assim emendada:

“PRAZO PRESCRICIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.6.99).

2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos.

3. Recurso provido”.

A despeito de não versarem exatamente sobre o mesmo objeto, no fundo, os dois julgados tratam da mesma questão jurídica, a saber: a definição de qual diploma legal deve prevalecer, nos casos de antinomia entre o Código de Defesa do Consumidor e as Convenções internacionais que regulam o transporte aéreo internacional de passageiros. Entendo que, no caso, devem prevalecer os acordos internacionais, especialmente a Convenção de Varsóvia, em relação ao disposto sobre o Código de Defesa do Consumidor, pelas razões que passo a expor.

Ao que me parece, a solução dessa controvérsia passa pela consideração de, pelo menos, três aspectos: (1) o possível conflito entre o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor e a regra do art. 178 da Constituição Federal; (2) a superação da aparente antinomia entre a regra do art. 14 da Lei 8.078/90 e as regras dos arts. 22 da Convenção de Varsóvia e da Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional; e (3) o alcance das referidas normas internacionais, no que se refere à natureza jurídica do contrato e do dano causado.



Em primeiro lugar, é fundamental afastar o argumento segundo o qual o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da Constituição Federal) impediria qualquer sorte de derrogação do Código de Defesa do Consumidor por norma mais restritiva, ainda que por lei especial. A proteção do consumidor não é a única diretriz a que se orienta a ordem econômica nem o único mandamento constitucional que deve ser observado pelo legislador no caso em exame.

É certo que a Constituição Federal em vigor incluiu a defesa do consumidor no rol dos fundamentais, no art. 5º, inciso XXXII (“XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa dos direitos do consumidor”), e também entre os princípios da ordem econômica, no art. 170, inciso V, mas é também o próprio texto constitucional, já em redação originária, que determinou a observância dos acordos internacionais, quanto à ordenação do transporte aéreo internacional.

Refiro-me à regra do art. 178 do texto constitucional, que dispõe:

“Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras”. O teor da norma transcrita, que já constava da redação original da Constituição de 1988, é claro ao impor a compatibilização entre a competência legislativa interna, em matéria de transporte internacional, e o cumprimento das normais internacionais, adotados pelo Brasil, na matéria.

Por isso, diante dessas duas diretrizes – uma que impõe a proteção ao consumidor e outra que determina a observância dos acordos internacionais – em matéria de transporte aéreo, cabe ao intérprete construir leitura sistemática do texto constitucional a fim de que se possam compatibilizar ambos os mandamentos.

Em segundo lugar, quanto à aparente antinomia entre o disposto no Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Varsóvia e demais normas internacionais sobre transporte aéreo, deve-se considerar que, nesse caso, não há diferença de hierarquia entre os diplomas normativos em conflito.

Os diplomas normativos internacionais em questão não gozam de estatuto normativo supralegal de acordo com a orientação firmada no RE 466.343, uma vez que seu conteúdo não versa sobre a disciplina dos direitos humanos.

Sendo assim, a antinomia deve ser solucionada pela aplicação ao caso em exame dos critérios ordinários, que determinam a prevalência da lei especial em relação à lei geral e da lei posterior em relação à lei anterior.

Em relação ao critério cronológico, vale destacar que os acordos internacionais em questão são mais recentes do que Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. De fato, embora o Decreto 20.704, que promulga o texto original da Convenção de Varsóvia, tenha sido publicado em 24 de novembro de 1931, as modificações

que sucessivamente sofreu são posteriores ao Código de Defesa do Consumidor.

É o caso do Decreto 2.861, de 7 de dezembro de 1998 – que internalizou o Protocolo Adicional 1, assinado em Montreal, em 25 de setembro/1975, e também da Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 59, de 19 de abril de 2006, e promulgada pelo Decreto 5.910, de 27 de setembro de 2006.

Ambos os diplomas, como se nota, são posteriores ao Código de Defesa do Consumidor, lei publicada em 12.9.1990, o que justificaria a prevalência das normas internacionais, com base no critério cronológico.

De qualquer sorte, não creio que o conflito deva ser solucionado essencialmente com fundamento no critério cronológico. Prevalecem, no caso, as Convenções internacionais não apenas porque são mais recentes, mas porque são especiais em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Em relação ao critério da especialidade, observa-se que a Convenção de Varsóvia e os regramentos internacionais que a modificam são normas especiais em relação ao Código de Defesa do Consumidor, que é norma geral para as relações de consumo. A Lei 8.078, de 1990, disciplina a generalidade das relações de consumo, ao passo que as referidas Convenções disciplinam uma modalidade especial de contrato, a saber, o contrato de transporte aéreo internacional de passageiros.

No mesmo sentido, vale trazer à baila trecho do voto-vista proferido pelo Ministro Eros Grau, por ocasião do julgamento do RE 351.750, no qual se lê:

“04.Os atributos da especialidade e da generalidade, que apartam as normais gerais das especiais, derivam de um juízo de comparação entre duas normas. Norma geral e norma especial não são geral e especial em si e por si, mas sempre relativamente a outras normas.

Assim, uma norma é geral em relação à outra, pode ser tida como especial em face de uma terceira. Por outro lado, a norma geral é dotada de uma compreensão [conjunto das notas de cada norma] menor e de uma extensão [sujeitos aos quais cada norma se dirige] maior, ao passo que a norma especial é dotada de uma compreensão maior e de uma extensão menor.

05. Consumado o juízo de comparação, teremos que o Código de Defesa do Consumidor é lei especial em relação ao Código Civil. Não obstante, se o compararmos com o Código Brasileiro de Aeronáutica e com as disposições de Varsóvia, teremos ser ele lei geral em relação – repito para deixar claro – ao Código Brasileiro de Aeronáutica e às disposições da Convenção de Varsóvia”.

Tratando-se o caso de conflito entre regras que, em rigor, não apresentam o mesmo âmbito de validade, sendo uma geral e outra especial, seria, então, de aplicar-se o disposto no § 2º do art. 2º do Decreto-Lei 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro), que dispõe:

“§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

De acordo com a disposição transcrita, tem-se que a Lei 8.078/90 não revoga nem é revogada pela Convenção de Varsóvia ou pelos demais

acordos internacionais em questão. Ambos os regramentos convivem no ordenamento jurídico brasileiro, afastando-se o Código, no ato de aplicação, sempre que a relação de consumo decorrer de contrato de transporte aéreo internacional.

A situação, aliás, é típica dos casos de revogação tácita, nos quais não se verifica efetivamente a exclusão da norma revogada do ordenamento jurídico, senão apenas sua inaplicabilidade, seja ela total ou parcial, no caso concreto.

Assim, devem prevalecer, mesmo nas relações de consumo, as disposições previstas nos acordos internacionais a que se refere o art. 178 da Constituição Federal, haja vista tratar-se de *lex specialis*.

Em terceiro lugar, assentadas essas premissas, cumpre examinar ainda a eficácia e o alcance das disposições constantes do art. 178 da Constituição Federal e também do art. 22 da Convenção de Varsóvia.

Neste ponto, a questão diz respeito a determinar-se a modalidade de contratos e a natureza da indenização abrangida pelas regras internacionais. Dois aspectos devem ficar sobremaneira claros neste debate. O primeiro é que as disposições previstas nos acordos internacionais aqui referidos aplicam-se exclusivamente ao transporte aéreo internacional de pessoas, bagagens ou carga. A expressão “transporte internacional” é definida no art. 1º da Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, nos seguintes termos:

“2. Para os fins da presente Convenção, a expressão transporte internacional significa todo transporte em que, conforme o estipulado pelas partes, o ponto de partida e o ponto de destino, haja ou não interrupção no transporte, ou transbordo, estão situados, seja no território de dois Estados Partes, seja no território de um só Estado Parte, havendo escala prevista no território de qualquer outro Estado, ainda que este não seja um Estado Parte. O transporte entre dois pontos dentro do território de um só Estado Parte, sem uma escala acordada no território de outro Estado, não se considerará transporte internacional, para os fins da presente Convenção”.

A disposição deixa claro o âmbito de aplicação da Convenção, que não alcança os contratos de transporte nacional de pessoas e estão, por conseguinte, excluídos da incidência da norma do art. 22.

O segundo aspecto a destacar é que a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral. A exclusão justifica-se, porque a disposição do art. 22 não faz qualquer referência à reparação por dano moral, e também porque a imposição de limites quantitativos preestabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral.

Corroborar a interpretação da inaplicabilidade do limite do quantum indenizatório às hipóteses de dano moral a previsão do art. 22, que permite o passageiro realizar “declaração especial” do valor da bagagem, como forma de eludir a aplicação do limite legal.

Afinal, se pode o passageiro afastar o valor limite presumido pela Convenção mediante informação do valor real dos pertences que compõem a bagagem, então não há dúvidas de que o limite imposto pela Convenção diz respeito unicamente à importância desses mesmos pertences e não a qualquer outro interesse ou bem, mormente os de natureza intangível.

Assim, meu voto é no sentido de declarar a aplicabilidade do limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais.

Aliás, com base nos fundamentos acima alinhavados, penso que é devido se concluir pela prevalência da Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil em detrimento do Código de Defesa do Consumidor não apenas na hipótese extravio de bagagem. A mesma razão jurídica impõe afirmar a mesma conclusão também nas demais hipóteses em que haja conflito normativo entre os mesmos diplomas normativos.

Para fins da sistemática da repercussão geral, proponho a seguinte tese: “É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais”.

Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso extraordinário, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores (Brasil, 2017, grifo nosso).

Da leitura ao presente caso, depreende-se que muitas foram as ponderações e as questões levantadas para o deslinde da contenda, entretanto, de modo minimalista a hipótese em tela pode ser examinada sob o prisma da antinomia entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção Internacional no tratamento de extravio de bagagem de passageiro brasileiro com destino à Europa, em voo comercial.

Visando desatar esse conflito normativo, pautou-se nos três critérios tradicionais de solução de antinomias do Direito pátrio: o da *hierarquia*, o da *cronologia* e o da *especialização*.

A pertinência da aplicação do primeiro critério – o hierárquico – reside na natureza do tratado internacional. A vingar a hipótese de se aludir aos direitos humanos seria alçado à esfera de supralegal (Carta Magna) e, assim, prevaleceria em face do Código do Consumidor, afastando qualquer questionamento ou dilema. Entretanto, por não versar sobre àqueles direitos ele assume a condição de lei ordinária, por força de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal. Nessa escala, deve se aplicar as demais referências.

Quanto ao parâmetro cronológico, o relator não se desincumbiu ao informar, na esteira sucessiva temporal, que os acordos internacionais são posteriores ao Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de

11 de setembro de 1990 –, o que justificaria a prevalência das normas internacionais, com base nesse critério.

Com efeito, embora o Decreto 20.704, que promulga o texto original da Convenção de Varsóvia, tenha sido publicado em 24 de novembro de 1931, as modificações inseridas são posteriores ao Código de Defesa do Consumidor. O mesmo fato ocorreu com o Decreto 2.861, de 7 de dezembro de 1998 – que internalizou o Protocolo Adicional 1, assinado em Montreal, em 25 de setembro de 1975 –, e também da Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 59, de 19 de abril de 2006, e promulgada pelo Decreto 5.910, de 27 de setembro de 2006. Assim, é certo que todos são posteriores ao Código de Defesa do Consumidor, lei publicada em 12.9.1990,

Por fim, incidindo o critério da especialização é, ainda, a Convenção de Varsóvia, que deve reger a questão, porquanto regulamenta de modo específico as relações de consumo referentes ao transporte aéreo. Se comparado ao Código do Consumidor, é inegável tratar-se aquela de legislação especial.

Observe-se, contudo, que a presente matéria nem poderia ser objeto de recurso extraordinário, uma vez que a contenda ocorreria na esfera infraconstitucional, visto que se trata de duas leis de categoria ordinária. O que legitima a admissão dos recursos extraordinários sobre esta questão é a existência de um preceito constitucional, na hipótese, o art. 178 da Constituição, que dispõe expressamente que, na ordenação do transporte internacional, serão observados os acordos firmados pela União, atendido o *princípio da reciprocidade*.

Assim, referido dispositivo previu uma diretriz para a solução dessa antinomia. No caso em comento, restou claro que a Constituição procedeu nos moldes da antiga Lei de Introdução ao Código Civil – atual, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – ao conduzir a interpretação das normas no sentido de sua vigência e eficácia.

A interpretação teleológica eleita do art. 178 da Constituição se verifica legítima, uma vez que o seu objetivo constitui na uniformização das regras no transporte aéreo internacional – o que, em última análise, *traz não só isonomia entre todos os consumidores desse serviço, como também impõe ao Brasil o respeito aos compromissos internacionais que tenha assumido*. Na questão em exame, o estabelecimento de um limite

material à indenização por danos materiais, previsto pela Convenção de Varsóvia, com a sua indenização tarifada. Daí a sua prevalência em detrimento ao Código do Consumidor.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **TJ-SC – Apelação Cível AC 20130350338 SC 2013.035033-8.**

Acórdão. Decreto 20.704, conhecido como Convenção de Varsóvia, publicado em 24 de novembro de 1931; sofreu modificações com relação a extravio de bagagens. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/dano-moral-no-tjdft/transporte-aereo/extravio-de-bagagem-convencoes-de-Varsoria-e-Montreal>.

BRASIL. 25 maio 2017. **Plenário**. Recurso Extraordinário 636.331 Rio de Janeiro. Relator: min. Gilmar Mendes. Recte.(s): Société Air France. Recdo.(a/s): Sylvia Regina de Moraes Rosolem. AM. CURIAE.: IATA – International Air Transport Association e outro(a/s) AM. CURIAE: American Airlines Inc. 2017.

BRASIL. **Apelação 00100528820128190209 – RJ 0010052-**

**88.2012.8.19.0209**. 04 abr. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-dever-de-prestar-alimentos-entre-pais-e-filhos-e-as-hipoteses-que-relativizam-o-principio-da-reciprocidade/246328091>. Acesso em: 23 maio 2021.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação** – A nova retórica. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

QUARENTA, Roberta M.; NOBRE, Érica S. de. **A obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos: o dever de reciprocidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3744, 1º out. 2013.

SARAIVA, Bruno Rabelo Coutinho. Cabe à Convenção de Montreal regular transporte aéreo internacional. **Revista Consultor Jurídico**, 28 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 07 out. 2021.

SOUZA NETTO, Antonio Evangelista. **Aplicabilidade das regras das Convenções de Varsóvia e Montreal que limitam a reparação de danos materiais ocasionados no contexto do transporte aéreo internacional**. 2017. Disponível em: <https://aesn.jusbrasil.com.br/artigos>. Acesso em: 09 out. 2021.

## 1.7 ARGUMENTO TAUTOLÓGICO

O estudo de caráter tautológico, que ora se desenvolve, enquadra-se nas técnicas persuasivas do quase-lógico, – nomenclatura de Perelman e Olbrechts-Tyteca (2017), em que a força argumentativa se lastreia na logicidade informal, gerando um resultado provável, ou seja, não necessariamente certo ou verdadeiro.

Sob a égide do princípio de identidade, que se traduz, em lógica, como a equação  $X=X$ , a tautologia se aproxima da definição, porquanto o predicado nada acrescenta de relevante ao sujeito. Trata-se de um espelhamento semântico, com ênfase na função metalinguística – o código linguístico referindo-se à própria linguagem. Por esse viés, assemelha-se ao pleonismo, em que ocorre uma redundância de termos e/ou significados no universo das palavras.

Na expressão do aplaudido gramático Napoleão M. de Almeida, o conceito de Pleonismo traduz-se na “figura de regência que consiste na redundância de expressão, ou seja, na repetição de uma mesma idéia (sic), mediante palavras diferentes. [...]”. Prossegue em notas:

1. Quando a repetição de idéias (sic) não traz nenhuma energia à expressão, o pleonismo, antes de ser uma figura, passa a ser vício, que se denomina perissologia (=excesso de palavras), tautologia (=repetição de palavras) [...]
2. Deixa de ser vício o pleonismo quando, no repetir a ideia já expressa, acrescenta um especificativo qualquer, que dê graça e força à expressão, [...] (Almeida, 1998, p. 784-785).

Nesse sentido, a tautologia, num olhar singelo, parece encerrar-se em si mesma, quando não postula outro caminho a não ser o ensimesmado.

A acusação de tautologia equivale a apresentar uma afirmação como resultado de uma definição, de uma convenção puramente linguística, que nada nos ensina no tocante às ligações empíricas [...]. Supõe ela que as definições são arbitrárias, desprovidas de interesse científico e independentes da experiência (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 245).

Entretanto, na seara da argumentação, contudo, a tautologia se desvia de seu eixo de identidade para gerar uma aparente tautologia. Nesse novo percurso, essa figura revela a outra face, isto é, o predicado assume uma direção em busca de adesão ao receptor ao acrescentar robustez semântico.

A título de ilustração recorre-se a um protótipo: *criança é criança*, para incidir na fórmula  $X=X$ . A paridade semântica, neste caso, é ilusória, visto que o significado do primeiro termo é distinto do segundo, pois que aquele constitui-se num substantivo referente à pessoa de pouca idade, enquanto que o último se configura num adjetivo que expressa as qualidades infantis. A propósito, aqui o segundo enunciado dos termos é que comporta a relevância e reforça o caráter persuasivo:

Tais proposições, por serem tautológicas, incentivam a distinção entre os termos. Mas seria errado crer que o sentido exato destes esteja fixado de antemão ou, sobretudo que a relação entre os termos seja sempre a mesma. A fórmula de identidade nos introduz na via de uma diferença [...] (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p 246, grifo nosso).

Extrapolando o conceito de Perelman – restrita à paridade terminológica – e afluindo à categoria das semelhanças de proposições, recorre-se ao acórdão infra, a fim de permitir uma visibilidade ao abstrato nocional.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG – Apelação Cível: AC 92.2006.8.13.0188 Nova Lima

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – INFORMAÇÕES ADEQUADAS E CLARAS – DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR – PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO, DA TRANSPARÊNCIA E DA BOA-FÉ CONTRATUAL – VIOLAÇÃO – INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1. Nos termos do Código de Defesa do Consumidor é direito básico do consumidor receber informações adequadas e claras sobre os produtos comercializados pela empresa. 2. Deve ser o consumidor indenizado pelos prejuízos sofridos sempre que violados os princípios da informação, da transparência e da boa-fé contratual.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1.0188.06.054810-7/001 – COMARCA DE NOVA LIMA – APL.: AUTO POSTO PÉTALA AZUL LTDA – APDO.: NEUMAN & ESSER AMERICA SUL LTDA, ACE SEGURADORA S/A ACORDÃO [...]

VOTO

Cuida-se de “ação ordinária” ajuizada por Auto Posto contra Neuman. A sentença prolatada, em sua parte dispositiva, encontra-se assim lançada;

“Ante o exposto, julgo improcedente o pedido inicial.

Condeno autor ao pagamento das custas e dos honorários [...] nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Julgo extinto, sem resolução do mérito, a denunciada à lide, conforme art. 385, IV, CPC.

Condeno o denunciante [...], conforme art. 885, § 8º CPC”.

Os embargos de declaração apresentados por Auto Posto foram rejeitados na decisão de f.

Não se conformando, Auto Posto, interpôs recurso de apelação alegando que a análise dos gráficos apresentada no laudo pericial “é capaz de comprovar que o apelado apresentou a proposta de compra e venda de compressor que prometia um determinado consumo energético que não condizia, em hipótese alguma, com a realidade.”

Destaca que “os gráficos constantes da proposta comercial vinculam o proponente.”

Informa que o “laudo pericial também concluiu que o gráfico da proposta não seria verídico mesmo se houvesse o irreal consumo de 300.000m³ de GNV por mês.”

Ressalta que restou “violado o princípio da transparência, positivado no art. 6, III, do CDC, aplicável ao caso em questão, tendo em vista



que o apelado” não forneceu “em sua proposta comercial, informações verdadeiras, objetivas e precisas.”

Defende que “os gráficos apresentados pelo apelado demonstram um consumo de 0,133kwh por m<sup>3</sup> de GNV comprimido, índice bastante vantajoso e que influi decisivamente na celebração do negócio de compra e venda.”

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, julgando-se procedentes os pedidos iniciais.

Em contrarrazões, ACE Seguradora bate-se pela manutenção da sentença.

Em contrarrazões, Neuman suscita, inicialmente, preliminar de não conhecimento do recurso, por intempestivo, no mérito, requereu a confirmação da sentença.

Intimado sobre a preliminar, o apelante manifestou-se pela tempestividade do recurso.

Após a sustentação ora, pelo advogado do Apelante, peço vista.

Sessão dia 02.06.2022

Preceitua o § 4º do art. 1.033 do CPC que, “para aferição da tempestividade do recurso remetido pelo correio, será considerada como data de interposição a data da postagem.”

[...] Rejeito, pois, a preliminar de não conhecimento do recurso, suscitada em contrarrazões. [...] conheço do recurso.

Afirma o autor que, baseado em proposta comercial apresentada pela empresa-ré, efetuou a compra do equipamento necessário a comercialização de GNV no valor de R\$600.493,00 ([...]).

No dia 01 de abril de 2004, as partes firmaram “Contrato de Prestação de Serviços de Manutenção em Estações de Compressão de Gás Natural para Veículo (GNV)” por meio do qual a requerida se obrigou à manutenção preventiva do equipamento pela contraprestação mensal de R\$3.200,00 – Cláusula 5ª.

Informa o autor que somente efetivou a compra do equipamento em razão do consumo de energia que lhe foi apresentado, qual seja, “0,133kwh por m<sup>3</sup> de GNV comprimido relação bastante atrativa” (f.)

Todavia, com o passar do tempo, apurou-se que os números apresentados não condiziam com a realidade do consumo, sendo este mais que o dobro mencionado na proposta comercial.

A matéria posta em discussão, por dizer respeito a fornecimento de serviços se encontra regida pelo CDC.

Dispõe o referido Diploma Legal ser direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (item II, do art. 6º).

Discorrendo a respeito, Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem observam:

O direito à informação assegurado no art. 6º, III, corresponde ao dever de informar imposto pelo CDC nos arts. 12, 14, 18 e 20, nos arts. 30 e 31, nos arts. 46 e 54 ao fornecedor. Este dever de prestar informação não se restringe à fase pré-contratual, da publicidade, práticas comerciais ou oferta (arts. 30, 31, 34, 35, 40 e 52), mas inclui o dever de informar através do contrato (arts. 46, 48, 52 e 54) e de informar durante o transcorrer da relação (a contrario, art. 51, I, IV, XIII, c/c art. 6º, III),

especialmente o momento da cobrança da dívida (a contrario, art. 42, § único, c/c art. 6º, III), ainda mais nos contratos cativos de longa duração, pois, se não se sabe dos riscos naquele momento, não pode decidir sobre a continuação do vínculo ou o tipo de prestação futura, se continua; se não sabe quanto pagar ou se houve erro na cobrança ou se está discutindo quanto pagar, necessita a informação clara e correta sobre a dívida e suas parcelas. Neste momento informar é mais do que cumprir com o dever anexo de informação – é cooperar e ter cuidado com o parceiro contratual, evitando os danos morais e agindo com lealdade (pois é fornecedor que tem a informação) e boa-fé”. (Comentários ao código de defesa do consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2003)

Como visto, é direito básico do consumidor a informação precisa, adequada e esclarecedora sobre o produto ou serviço.

Ademais, “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (art. 113 do CC), devendo ser anulados os negócios jurídicos “quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” (art. 138 do CC). Depreende-se as conclusões do laudo parcial que:

“O compressor examinado se encontra plenamente atuante, sem qualquer tipo de defeito mecânico, contudo está mesmo superdimensionado para a diminuta vazão de GNV comercializada pelo posto da empresa requerente.

Pela ampla pesquisa efetuada e os dados técnicos levantados, pode-se tranquilamente afirmar que se houvesse uma demanda de 300.000m³ ou mais de GNV/mês no posto da autora e seis bicos na estação da bomba, vide simulações A e B anteriores, o sobredito compressor poderia estar operando dentro de suas especificações técnicas de projeto.

O número de bicos instalados refere-se à logística do posto da requerente, ao passo que deveriam ter sido realmente 06 bicos, ao invés de 04, como consta na proposta comercial”. (fl).

Verifica-se, ainda, que em resposta ao quesito 06, o perito é enfático ao esclarecer que:

“Pela proposta comercial, está bem clara a performance do compressor relativamente à demanda de gás veicular por ele fornecido. Realmente não há nada descrito na seção 6 dessa proposta comercial no que diz respeito a uma quantidade pequena de GNV comercializado pela empresa autora e muito menos sobre paradas e partidas do compressor, para que os valores apontado no gráfico sejam atingidos.” (fl.)

Não bastasse, ainda em resposta ao mesmo quesito o expert destaca que:

“O certo, se houver uma demanda (consumo) de 300.000m³ ou mais de GNV/mês e mais dois bicos na estação de bombas, o compressor instalado no posto da autora pode trabalhar nos valores constantes nos gráficos da referida proposta comercial.” (fl.)

Pelas informações trazidas no laudo pericial, resta claro que a proposta, como ofertada pela empresa é, com apenas 04 bicos, jamais seria capaz de atingir a performance prometida pela ré.

Não há dúvidas que a empresa ré falhou no seu dever de informação e violou os princípios da transparência e da boa-fé contratual, ensejando, desta forma, o dever de reparar os prejuízos causados, conforme estabelecidos nos arts. 186 e 927 do CC.

Consequentemente, deve ser a ré condenada ao pagamento da diferença entre a energia elétrica efetivamente consumida e aquela por eles informada na proposta comercial, o que se fará em liquidação de sentença. Comprovada a responsabilidade da ré [quanto ao] seu dever de indenizar, passo a análise da lide secundária, cognoscível por força do efeito devolutivo na profundidade (art. 1.013, §§ 1º e 2º do CPC) [...] (Brasil, 2006).

É pertinente o exame do acórdão traslado, sob a perspectiva dicotômica, a saber: jurídica e fática, sob o critério tautológico.

Em prelúdio, o relator fundamenta seu decisório com fulcro no que prevê o item III, do art. 6º do CDC, ou seja, é direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Em pareamento semântico traz recorte alinhado, na dicção de três versados na área em questão – Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem –, com o fito de reverberar em seu diapasão: “O direito à informação assegurado no art. 6º, III, corresponde ao dever de informar imposto pelo CDC nos artigos 12, 14, 18 e 20, nos artigos 30 e 31, nos artigos. 46 e 54 ao fornecedor.”

Não só ocorre uma repetição de significado num primeiro momento, como induz à adesão do receptor ao acrescentar:

Este dever de prestar informação não se restringe à fase pré-contratual, da publicidade, práticas comerciais ou oferta (arts. 30, 31, 34, 35, 40 e 52), mas inclui o dever de informar através do contrato (arts. 46, 48, 52 e 54) e de informar durante o transcorrer da relação (a contrario (sic), art. 51, I, IV, XIII, c/c art. 6º, III), especialmente o momento da cobrança da dívida (a contrario (sic), art. 42, § único, c/c art. 6º, III), ainda mais nos contrato cativos de longa duração; [...] (Brasil, 2006, grifo nosso).

Conquanto o preceito legal sinalize a rota a seguir, o apelado se dirige na contramão ao promover a venda e manutenção de um compressor para comercialização de GNV, informando, quimERICAMENTE, tratar-se de um equipamento, cujo consumo mês é no *quantum* de 0,133kwh por m³ de GNV comprimido, índice que motivou o apelante a definitiva aquisição, firmando o Contrato de Prestação de Serviços

de Manutenção em Estações de Compressão de Gás Natural para Veículo (GNV).

Reproduz o relator, tautologicamente, esse entendimento ao denunciar que o método de persuasão a que recorreu o apelado é de natureza técnica, cuja força de sedução está em sua aparente objetividade e imparcialidade, como informa o laudo técnico “os gráficos apresentados pelo apelado demonstram um consumo de 0,133 kwh por m<sup>3</sup> de GNV comprimido, índice bastante vantajoso e que influiu decisivamente na celebração do negócio de compra e venda.”

No entanto, o coeficiente numérico de consumo apresentado não se verifica no efetivo uso do compressor, ultrapassando a marca de 100% ao informado na proposta comercial. A esse respeito, o laudo pericial é categórico ao mencionar que a quantidade de bico (04) integrante do compressor, embora adequada à logística do apelante, o resultado final não se enquadra no resultado proposto pelo apelado (0,133 kwh por m<sup>3</sup> de GNV comprimido), visto que tecnicamente deveria comportar 6 bicos.

Fato que encontra ressonância narrativa nos termos do perito, ao esclarecer que tal nível seria obtido “se houvesse uma demanda de 300.000 m<sup>3</sup> ou mais de GNV/mês no posto da autora e seis bicos na estação da bomba, vide simulações A e B anteriores, o sobredito compressor poderia estar operando dentro de suas especificações técnicas de projeto.”

A tautologia é uma estratégia largamente empregada nos discursos de convencimento, em que a paráfrase ou o pleonismo confere maior vigor argumentativo.

## REFERÊNCIAS

ALCANTÂRA, L. Hani. Por que Argumentação Jurídica? **Revista Visão Jurídica**, ano 10, edição 120, julho/agosto 2016.

ALMEIDA, Napoleão Mendes de. **Gramática metódica da língua portuguesa**. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível: 92.2006.8.13.0188**. Nova Lima. 2006. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1537801052>. Acesso em 29 jun. 2021.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2020.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – A nova retórica. Trad. Maria Ermantina de A. Prado. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

POSSENTI, Sírio. A linguagem politicamente correta e análise do discurso. **Revista de estudos da linguagem**. Belo Horizonte: UFMG, ano 4, v. 2, p. 123-140, 1995.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. BALLY, Charles; SECHEHAYE, Albert (Org.). Trad. Antônio Chelini, São Paulo: Cultrix, 1995.

## 1.8 ARGUMENTO DE TRANSITIVIDADE

Por se tratar de argumentação quase-lógica é pertinente transladar equações matemáticas ao raciocínio persuasivo, pois que a ciência exata fundamenta essa estrutura cognitiva subterrânea. A transitividade é uma operação de vínculos entre os integrantes de uma tríade, na qual o primeiro (A) tem relação com o seguinte (B) e este com o terceiro (C), suscitando uma conexão *necessária* entre o A e o C, em se tratando de ciências exatas e provável quando versar questões sociais.

A transitividade aritmética é um predicado significativo de ambos os conjuntos [(ArB) e (BrC)]<sup>3</sup> parcialmente ordenados e de nexos de equivalência (igual, maior, menor), que apropriada ao campo da persuasão revela, na dicção de Perelman e Olbrechts-Tyteca (2017), que as ligações de correspondências constituem a “de igualdade, de superioridade, de inclusão, de ascendência” com a ressalva de que a conclusão habita no horizonte do provável.

A forma icônica da transitividade na função conativa traduz-se na prática silogística, em que o raciocínio dedutivo processado no sistema constituído de duas proposições – premissa maior e menor – desencadeia uma conclusão na esfera do razoável. Demonstra com propriedade o trecho de acórdão a seguir traçado – infelizmente sem dados contextuais, visto que perdidos –, mas muito adequado para expor referida estratégia, uma vez que revela o arcabouço latente do silogismo.

As relações de implicações inerentes em cada premissa autorizam o método argumentativo da transitividade, pois que segundo lição de Frederico Marques, a disposição lógica do decisório se consubstancia num silogismo, em que a *premissa maior se reflete no preceito a ser aplicado*, enquanto que a situação particular, evidenciada pelo *fato*,

---

<sup>3</sup> “r” significa relação. A mesma relação que existe entre os termos “a” e “b” é a mesma que existe entre “b” e “c”.

*constitui a premissa menor, e a conclusão do silogismo é intrínseca ao fundamento da decisão (Marques, 1998).*

Na fundamentação abaixo, fica evidente essa tríade:

**Primeiro parágrafo:**

A lei n. 6.515/77 modificou profundamente o Código Civil em matéria de separação judicial. As taxativamente enumeradas no art. 317 do CC [Lei n.3.071 – jan/1916] – adulterio, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono do lar – deixaram de ser os únicos motivos para desquite, ou seja, separação judicial, por ter sido revogado por norma incompatível com o mesmo estabelecida na citada lei. Pelo art. 5º da Lei 6.515/77, dá-se a separação judicial por: a) conduta desonrosa de um dos cônjuges; b) por ato que importe grave violação dos deveres do casamento e o tornem insuportável a vida em comum; c) por ocorrência da ruptura da vida em comum há mais de um ano, desde que impossível a sua reconstrução.

**Segundo parágrafo:**

A presente ação tem duplo fundamento “maus tratos” e “espancamento”. Destacadas, significa que não foram empregadas tais expressões com o mesmo sentido. “Espancamento” não pode ter o mesmo significado restrito, mas sentido amplo, compreendendo todas as formas de ofensas, seja física, seja moral. Sendo, assim, significa injúria grave.

**Terceiro parágrafo**

Ora, adulterio confessado pelo apelante no depoimento pessoal, é a forma mais grave de injúria grave, a mais grave forma de maltratar o outro cônjuge, ora apelada. É ofensa grave. Sendo assim, correta a r. sentença proferida (grifo nosso).

No texto examinado, a distribuição dos parágrafos revela um tripé silogístico, em que o primeiro trata da norma que incidirá sobre a particularidade fática (segundo), e a conclusão (terceiro) será resultado da concatenação e encadeamento proposital de ideias apresentadas. Aqui, a dedução representa o fio condutor do raciocínio lógico, pois que parte do “geral”, ou seja, neste caso, do regramento, passando ou incidindo sobre a realidade em concreto, observável, para nessa operação discursiva extrair uma conclusão.

Na decisão traslada, destaca-se, que o julgador trouxe dois preceitos que, essencialmente, abordam a mesma questão: motivos que autorizem o desquite e que, posteriormente, instituída a lei do Divórcio passou a ser denominado separação judicial. A norma – Lei n. 6.515/77 – que instaurou o divórcio no Brasil sofreu várias modificações na esteira do tempo –, no entanto, quanto aos quesitos da separação judicial

manteve-os. Assim, pertinente, o caso adotado à guisa de exemplo do argumento de transitividade.

Ora, o relator traz à baila o artigo 5º da Lei n. 6.515/77<sup>4</sup>, informando que ele havia revogado art. 317 do CC/16<sup>5</sup>, pois que este especificava situações que legitimavam o desquite, enquanto que a nova legislação era mais abrangente, laceando o rol de motivos. Mas, daí surge a indagação: por que trazer um artigo revogado (art. 317 do CC/16) quando então um novo vigorava?

Observe que o artigo que trata da separação judicial, vale-se de expressões amplas possibilitando uma gama extensiva de hipóteses; enquanto que o dispositivo do CC/1916 era taxativo quanto às razões do desquite, em especial, o *adultério* e a *injúria grave*.

Para que o silogismo se evidencie e se efetive, a premissa menor deverá estar abarcada pela maior. Assim, ao mencionar *expressamente* injúria grave (premissa maior), sua concretude se evidenciou nos fatos (premissa menor) ao dizer que adultério é a forma mais grave de injúria grave, portanto:

Quadro 1 – Silogismo

Silogismo	Transitividade
<b>Premissa maior:</b>	Injúria grave é <b>motivo de desquite/separação judicial</b>
<b>Premissa menor</b>	<b>Adultério</b> praticado é injúria grave
<b>Conclusão:</b>	Logo, <b>adultério é motivo de desquite/separação judicial.</b>

Fonte: Elaborado pela autora, 2022.

Do ponto de vista técnico da Lógica, esse raciocínio é um argumento dotado de três proposições categóricas, contendo três termos, cada um dos quais ocorre em duas das proposições constituintes. Essa composição se constitui num silogismo categórico em que o “termo predicado da conclusão [motivo de desquite/separação] é denominado o termo maior do silogismo, e o termo sujeito da conclusão [adultério] tem o nome de termo menor do silogismo” (Copi, 1978, p. 167).

<sup>4</sup> Artigo 5º da Lei n. 6.515/77: “A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.”

<sup>5</sup> Art. 317 do CC/16: “A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: I. Adultério; II. Tentativa de morte; III. Sevícia ou injúria grave; IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

Outro recorte de acórdão (TJRJ – 9ª Câmara Cível, Apelação nº 0191151-04.2010.8.19.0001-RJ, Rel. Des. Adolpho Andrade Mello), transcrito da seção do VOTO, demonstra a estrutura organizacional do silogismo.

### **Recorte I**

Sentença a não merecer reparo qualquer. Nesse sentido, transcreve-se: [...] São nulas as cláusulas que estabelecem obrigações iníquas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, sendo incompatíveis com os princípios da boa-fé objetiva e da equidade. Sendo de consumo a relação, o contrato deve ser interpretado da maneira mais favorável ao consumir. Nos contratos de adesão, as cláusulas que impliquem limitações de direitos deverão ser redigidas de modo a permitir a imediata e fácil compreensão do contratante.

Se o contrato se utiliza de termos genéricos, como no caso em tela deixando de particular os eventos não cobertos, não prevalece a limitação estabelecida. É abusiva a cláusula que pretende limitar a responsabilidade da administradora ou da seguradora, que assumiu a obrigação de responder pelos riscos do tratamento das doenças contraídas pelo segurado, com a exclusão de eventos não especificados, e que sejam impositivos, no tratamento da doença contraída pelo segurado. [...]

### **Recorte II**

O período de carência genericamente admitido no inciso VI do caput do at. 12 da Lei. 9.656/1998 é recepcionado pelo § 2º, inciso I, do mesmo artigo, a lei que regula os planos e seguros privados de assistência à saúde não admite carência superior a três dias nos casos de emergência ou urgência, fora isso a cláusula limitadora é abusiva e deve ser considerada nula.

Na hipótese em tela, em que o beneficiário de plano de saúde conta com prazo de carência, estabelecido contratualmente, se mostra abusiva a cláusula que garante cobertura das despesas médico-hospitalares para casos de urgência e emergência – apenas para as primeiras 12 horas. O espírito da lei parece evidenciar que a lícita restrição ao direito do consumidor naquilo que concerne aos prazos de carência não se aplica às hipóteses de urgência e emergência. Trata-se de questão relativa à boa-fé objetiva. O usuário não tem condições de prever o acidente ou a necessidade de uma cirurgia imediata em caso de emergência ou urgência, daí por que qualquer cláusula contratual que não admita cobertura para além de 24 horas (ou, no caso dos autos, 12 horas) em casos de urgência ou emergência deve ser considerada abusiva. Irreprochável a ilação (Brasil, 2013, grifo nosso).

O relator da hipótese em revista elegeu a transitividade argumentativa para justificar sua decisão. Dessa feita, a título de elucidação pinçou-se duas abordagens do mesmo tema: abuso de cláusula em contrato de plano de saúde.



O fato retrata apelante grávida de cinco meses com quadro de febre e dificuldade respiratória há três dias. Anteriormente, já havia sido hospitalizada para tratamento de pneumonia e, no momento, apresenta agravamento do estado clínico geral, necessitando de internação hospitalar imediata, sob risco de deterioração de sua condição médica.

Da narração e documentos analisados, restou demonstrada a situação temerária em que se encontrava a apelante, legitimando o tratamento emergencial. Contudo, por força da cláusula contratual, o tempo de atendimento se limitava a 12 horas, o que o Tribunal rechaçou com fulcro na Súmula n. 302 do STJ – “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”, porquanto o bem maior a ser preservado é a saúde, em detrimento do princípio *pacta sunt servand*.

Em face dos argumentos trazidos, os alicerces dos silogismos nos recortes, consistem em:

Quadro 2 – Recorte I

Recorte I	
<b>Premissa maior:</b>	Em contratos de adesão, <b>as cláusulas que estabelecerem limitações</b> , principalmente de direito, deverão ser redigidas de modo a permitir a imediata e a fácil compreensão do contratante, <b>sob pena de nulidade</b> .
<b>Premissa menor:</b>	No caso sub judice, o contrato de plano de saúde se utiliza de termos genéricos, <b>não especificando as situações cobertas</b> .
<b>Conclusão:</b>	Assim, as cláusulas limitativas não particularizadas serão nulas. Observe que no acórdão em comento, o termo sujeito da conclusão (cláusulas genéricas não especificando as situações cobertas) é o termo menor do silogismo e coincide com a narração do fato; enquanto que o termo predicado (cláusulas limitativas serão nulas) que normatiza a questão constitui o termo maior, ambos confeccionando o decisório.

Fonte: Elaborado pela autora, 2023.

O mesmo sucede com o seguinte:

Quadro 3 – Recorte II

Recorte II	
<b>Premissa maior:</b>	Súmula n. 302 do STJ – “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que <b>limita no tempo a internação hospitalar do segurado</b> ”, <b>sob pena de nulidade</b> .

<b>Premissa menor:</b>	Na hipótese em tela, a beneficiária do plano de saúde conta com prazo de carência, estabelecido contratualmente, que garante cobertura das despesas médico-hospitalares para casos de urgência e emergência – <b>apenas para as primeiras 12 horas.</b>
<b>Conclusão:</b>	Logo, a cláusula limitadora reduzida a 12 horas é abusiva e, portanto, deve ser considerada nula.

Fonte: Elaborado pela autora, 2023.

Note que a otimização desses argumentos reside no fato de que por uma via e por outra – Recorte I e II –, o relator fundamentou e reiterou sua posição na pirâmide inversa silogística, ou seja, de que as cláusulas limitativas eram abusivas e, portanto, fadadas à nulidade. De fato, no caso concreto, eram genéricas (Recorte I), quando deveriam ser específicas, e o tempo coberto para emergência e urgência (Recorte II) nunca poderia ser menor do que 24 horas, que na contingência examinada foi de apenas 12 horas, incidindo ambas em nulidade.

Outra questão que merece atenção diz respeito ao imbricamento de mecanismos de convencimento. Com efeito, neste Argumento de Transitividade, o relator do presente julgado (TJRJ – 9ª Câmara Cível, Apelação nº 0191151-04.2010.8.19.0001-RJ, Rel. Des. Adolpho Andrade Mello), elegeu o silogismo como técnica argumentativa e, sobre o mesmo acórdão, o relator adotou o Argumento de Comparação (assunto tratado por ocasião de sua abordagem) para dar suporte à sua decisão.

Essa observação demonstra que vários são os tipos de estratégias que se dispõem num discurso conativo para torná-lo mais eficaz quanto à sua persuasão. Por esse motivo é interessante o autor-emissor dotar-se das múltiplas espécies, não obstante este estudo delinear-las de maneira solo, por opção didática.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Institui o Código Civil Brasileiro.** 1916.

BRASIL. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Portal Senado Federal.** 1977. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/548391/publicacao/15757797>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação n. 0191151-04.2010.8.19.0001-M 1 – RJ**. 9ª Câmara Cível. 25.09.2013. Rel. Des. Adolpho Andrade Mello. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br>. Acesso em: 27 out. 2021

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Trad. Joaquim C. de Mirana. Belo Horizonte: Lider, 2002.

GARCIA, Bianco Zalmora. **A lógica do silogismo – Elementos da silogística**. Londrina: Editora Eduel, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. (Processo de Conhecimento, v. 3), São Paulo: Saraiva, 1998.

MORTARI, Cezar A. **Introdução à lógica**. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2017.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação – A nova retórica**. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

## 2

### ARGUMENTOS BASEADOS NA ESTRUTURA DO REAL

A nomenclatura desse grupo argumentativo denuncia que sua base persuasiva, diferentemente dos argumentos quase-lógicos, não se lastreia na aproximação aos princípios lógico-matemáticos para gerar sua credibilidade e eficácia; ao revés, sua força de convencimento se fundamenta na realidade, apreendendo esta não na sua condição ontológica (natureza), mas na concepção ou juízo que se tem da realidade compartilhada entre os interlocutores do discurso. A realidade concebida ou percebida (valores, vivências, conceitos) pelo outro se prestará de esteio ao argumento em questão.

Orienta nessa diretriz Perelman, que distingue os argumentos quase lógicos – cuja vitalidade persuasiva advém da logicidade –, dos “argumentos fundamentados na estrutura do real [que se] valem dela para estabelecer uma solidariedade entre juízos admitidos e outros que se procura promover” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 297).

Solidariedade, porque dispõe de competência para diluir diferenças e aproximar os distintos. Com efeito, a nova realidade (B), mesmo que estranha ou inusitada ao receptor é aceita porque é reconhecida como parte indissociável de outra já estabelecida (A). Essa dinâmica conhecida por Solidariedade autoriza quebrar a resistência quanto à assunção do novo juízo. Estimula a adesão ao que se desconhece ou a que se rejeita, *a priori*.

O amarrilho promovido pela solidariedade dos elementos da realidade é que forja a competência argumentativa. Essa interdependência do que se quer aceita e a que se encontra consolidada traduz-se nas ligações de sucessão e de coexistência, pois que ambas situações consistem nos vários vínculos tecidos pela realidade.

Sob esse critério, a condição igualitária entre os elementos cotejados na relação de causa-efeito é o ponto fulcral da argumentação por ligação de sucessão; enquanto que nas “ligações de coexistência unem[-se] duas realidades de nível desigual, sendo uma mais fundamental, mais

explicativa do que a outra. O caráter mais estruturado de um dos termos é que distingue essa espécie de ligação” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 333).

## **2.1 LIGAÇÕES DE SUCESSÃO**

O cunho argumentativo desta estratégia reside em sua capacidade de trasladar o caráter admissível de uma realidade a outra que se deseja razoável, aceitável até. Essa faculdade de aprovação consiste em tornar receptível o que era desconhecido ou repudiado, por força de uma relação que a nova tese guarda com um juízo consolidado. Dita transferência traduz-se como um mecanismo associativo, fundamental à persuasão.

O argumento que se constrói por força da sucessão leva em conta o quesito dual de espaço-tempo, visto que é relevante que causa e consequência estejam num mesmo plano da “realidade”, bem assim numa relação de temporalidade sucessiva. A probabilidade de êxito dessa estratégia reside na competência em tecer conexão de referência entre as situações A e B, isto é, anterior e posterior, e vive-versa.

Esse tipo de elaboração argumentativo permite, por exemplo, apontar a causa provável, quando diante de um desfecho; ou, ainda, em face de um fato gerador é possível antever a possibilidade de determinado resultado. Sob esse critério, algumas vertentes de convencimento podem ser exploradas: argumento de causa e efeito, de desperdício, pragmático, apenas para citar.

### **2.1.1 ARGUMENTO DE CAUSA E EFEITO**

Várias são as estratégias de persuasão, em especial, no campo do Direito. O estudo em pauta visa tratar sobre o argumento de causa e efeito inserido em capítulo maior: As Ligações de Sucessão, professada por Perelman. Nesse, enuncia que dentre as ligações de sucessão, o vínculo causal desempenha, incontestavelmente, um papel essencial, e seus efeitos argumentativos são tão numerosos quanto variados. Desde logo, infere-se uma tríade de convencimento:

- a. As que tendem a relacionar dois acontecimentos sucessivos dados entre eles, por meio de um vínculo causal;
- b. As que, sendo dado um acontecimento, tendem a descobrir a existência de uma causa que pode determiná-lo;

c. As que, sendo dado um acontecimento, tendem a evidenciar o efeito que dele deve resultar” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 299).

Em termos nocionais, grosso modo, o nexo de causalidade é o fator que condiciona a relação entre uma causa e sua consequência, ou seja, estabelece uma possibilidade de certo resultado ter sido gerado por um determinado fato ou conduta. Por esse viés, torna-se um requisito significativo para que um agente possa, por exemplo, ser responsabilizado pelos danos provocados a outrem e obrigado a indenizá-la.

O conceito de nexo causal ou, ainda, a relação de causalidade tem origem em ordem natural denominada de Lei da Ação e Reação, descoberta pelo físico Isaac Newton e se constitui em uma das bases da Mecânica Clássica que envolve o movimento dos corpos físicos. Considerado um legado inestimável sob o título *Princípios Matemáticos da Filosofia Natural* (1687) é conhecido como a 3ª Lei de Newton, que se enuncia: “A toda ação há sempre uma reação oposta e de igual intensidade: as ações mútuas de dois corpos um sobre o outro são sempre iguais e dirigidas em sentidos opostos.”

O princípio lógico que há por detrás desse binômio – causa e efeito – está condicionado à interação entre dois corpos, nesse caso, físicos, que atuam entre si necessariamente. Essa noção foi apropriada por diversos segmentos sociais: filosofia, psicologia, religião e inclusive direito.

As figuras newtonianas dizem respeito a estruturas concretas, enquanto que no âmbito do Direito, elas se traduzem em agentes e acontecimentos, isto é, entre a conduta e o resultado respectivo a relação é estreita e direta, permitindo que dada a motivação, a consequência seja previsível; ou dado o corolário, o móvel seja o provável. Nesse sentido prelecionam Perelman e Olbrechts-Tyteca (2017, p. 299): “[...] dado um acontecimento, tendem a evidenciar o efeito que dele deve resultar.” Ou ainda, “[...] dado um acontecimento, tendem a descobrir a existência de uma causa que pode determiná-lo.”

O vínculo plausível entre a origem e a sua consequência, em direito pátrio, gera responsabilidades. Portanto, independe do sistema adotado na hipótese em voga: Subjetivo (culpa) ou Objetivo (risco), o nexo de causalidade será o fator determinante da responsabilidade. Raras são as exceções de exclusão. No primeiro caso – responsabilidade subjetiva –, constitui causa a culpa genérica (*lato sensu*) que inclui o dolo e a culpa estrita (art.186 CC). Enquanto que, na responsabilidade objetiva, o nexo

de causalidade depende da conduta, de um lado, e responsabilização sem culpa ou pela atividade de risco, de outro, por força do art. 927, parágrafo único do Código Civil.

Albergou, outrossim, o Direito Penal o princípio da conexão em seu artigo 13, do Código Penal, nos termos seguintes: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.” Novamente a responsabilidade está sujeita à existência da relação entre conduta ilícita e dano.

Não obstante o direito positivo prescrever a responsabilidade, a sua aplicação e incidência estão vinculadas à existência do nexo de causalidade, como até então se expôs. Esta conexão provável só se reconhece mediante juízo, ou seja, é a conclusão da análise de cada caso concreto, sopesadas as provas, interpretado o contexto para estabelecer se houve conduta capaz de deflagrar um resultado danoso.

Acurada apreciação também será quanto às causas excludentes de responder pelo dano, mesmo este ocorrendo: culpa exclusiva da vítima; caso fortuito e força maior; culpa exclusiva de terceiro.

Não se pretende, neste trabalho, desenvolver um estudo detalhado sobre responsabilidade por força de nexo causal, apenas trouxe-se à pauta para melhor entender o que seja o argumento de causa e efeito, que – grosso modo – se resume em demonstrar a existência da tríade: ato ilícito, dano resultante e dependência entre aquele binômio.

Ilustra com propriedade os requisitos formulados o acórdão encartado, porquanto reverbera em mesmo sentido, como se depreende de seu exame:

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte TJ- RN – Embargos de Declaração em Apelação Cível: ED 2017011800000100 – RN – 4ª Vara Cível da Comarca de Mossoró/RN

Embargante: Mapfre V. C. Seguradora

Embargado: Jean C. Silva

Relator: Ricardo Tinoco de Góes (Juiz)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE MANTEVE SENTENÇA DE ORIGEM NEGANDO POVIMENTO AO APELO DO EMBARGANTE. MATÉRIAS ABORDADAS NOS ACLARATÓRIOS. DEVIDAMENTE APRECIADAS REDISCUSSÃO DE QUESTÕES ANALISADAS NO JULGADO RECORRIDO. MANEJO DOS ACLARATÓRIOS PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA

ACERCA DE TODAS AS DISPOSIÇÕES LEGAIS. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 1.022 DO CPC. EMBARGOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

ACÓRDÃO

Vistos, [...] nos termos do voto do Relator, parte integrante do acórdão.  
RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração em Apelação opostos por Embargante em face do acórdão proferido por esta Câmara Cível às fls. 99/104v que negou provimento ao apelo da recorrente, mantendo a sentença de origem.

Embargante sustentou em razões a fls. [...] o cabimento dos embargos de declaração prequestionários para fins de reexame da matéria, suprimindo as contradições existentes. Salienta a ausência de nexo de causalidade entre os documentos médicos trazidos pela embargada e o acidente e a ausência de cobertura por se tratar de veículo não licenciado junto ao órgão de trânsito.

Por fim, requer o recebimento do recurso para que sejam sanadas as questões contraditórias, com vias ao prequestionamento da matéria.

Sem contrarrazões da parte embargada.

É o que importa relatar.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço os Embargos de Declaração.

De início, ressalta-se que não houve necessidade de intimação da parte embargada, eis que não haverá acolhimento dos argumentos expostos pelo embargante, a teor do artigo 1.023, § 2º do NCPC.

Quanto ao cerne dos embargos propriamente dito, constata-se que não há qualquer contradição, omissão, obscuridade ou erro material no acórdão. Ademais, os Embargos de Declaração têm por objetivo os fins elencados no art. 1.022, do Código de Processo Civil, dentre eles, esclarecimentos do julgado quando demonstrados os vícios referidos.

Nessa linha de argumentação, não se vislumbra os vícios alegados no caso concreto, uma vez que o acórdão recorrido apreciou expressamente a matéria discutida nos autos, como se pode observar a seguir:

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL E LEGISLAÇÃO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO DE DANOS PESSOAIS CAUSADOS POR VEÍCULOS AUTOMOTORES DE VIAS TERRENSTRES (DPVAT). ACIDENTE DE TRÂNSITO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE COBERTURA SECURITÁRIA POR SE TRATAR DE VEÍCULO CICLOMOTOR NÃO LICENCIADO JUNTO AO DETRAN. IRRELEVÂNCIA. INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL INCOMPLETA COMPROVADA. EXAME PERICIAL SOPESADO EM ATENÇÃO ÀS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E PROVAS DOS AUTOS. **NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO.** FIXAÇÃO DO VALOR PROPORCIONALMENTE AO GRAU DE INVALIDEZ, INDEPENDENTEMENTE DA DATA DO SINISTRO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO STJ E NESTA CORTE DE JUSTIÇA. SENTENÇA QUE OBSERVOU OS PARÂMETROS LEGAIS, JULGANDO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PLEITO AUTURAL. MANUTENÇÃO QUE SE IMPÕE. APELA-



ÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. (Acórdão proferido em 18.12.2017)

O julgado proferido frisou inclusive:

“No caso concreto, em que pesem as alegações autorais acerca da inconsistência da documentação e dúvida acerca do nexo de causalidade, da leitura detida de todo o caderno processual notadamente da ficha médica de fls.[...], laudos de fls. [...] afere-se que não assiste razão à parte apelante.

Ainda que o boletim de atendimento médico esteja datado de 17.09.2012 todas as informações dos autos convergem no sentido de que as lesões ocasionadas no joelho existentes são expressos em afirmar que as queixas do examinado estão relacionadas com as lesões decorrentes deste acidente, inclusive com os registros em boletim de atendimento médico fls.[...]

Desse modo conclui-se que o apelado foi acometido de um dano permanente parcial incompleto em decorrência do acidente automobilístico ocorrido em 12.09.2012, estando demonstrado o nexo de causalidade entre eles.

Por seu turno também não merecem amparo as alegações do apelante de inexistência de cobertura e de ausência de interesse jurídico para propositura da demanda em razão da ausência de licenciamento junto ao DETRAN, por ser o veículo um ciclomotor, entendendo que não é devida a cobertura securitária pretendida.”

Ao confrontar o ementário e trechos da fundamentação supratranscrita com as razões recursais, verifica-se que não há contradição no julgado, restando suficientemente esclarecido o nexo de causalidade existente, bem como a rejeição da tese de que não caberia indenização em razão do veículo envolvido no acidente tratar-se de um ciclomotor, não procedendo a pretensão da parte embargante.

Inexiste assim, qualquer mácula no acórdão a justificar o acolhimento dos Embargos Declaratórios. Ao contrário, há argumentos suficientes a embasar a manutenção do *decisum*.

[...]

Assim, os motivos para o não acolhimento do apelo foram analisados por esta Câmara Julgadora em todos os seus aspectos, não cabendo a rediscussão de matéria e circunstâncias fáticas e jurídicas já perfectibilizadas nos fundamentos do julgado.

[...] ante o exposto, conheço dos Embargos de Declaração e nego-lhe provimento, confirmando o acórdão recorrido em todos os seus termos. É como voto. Rel. dra. Maria L. M. de Azevedo (Brasil, 2011, grifo nosso).

O recorte do acórdão traslado é parte integrante dos Embargos de Declaração. Ele será objeto de análise, sob a ótica de argumento de causa e efeito, no que diz respeito à NEXO DE CAUSALIDADE entre o acidente sofrido pelo Embargado e a responsabilidade de a Embargante responder pela cobertura securitária.

Desvela-se nesse estudo o reconhecimento da associação de dois fatos temporalmente consecutivos, sendo um gerador do outro, ou seja,

a subordinação do resultado à causa é manifesta, pois que do boletim médico e do laudo pericial restaram demonstrados que as lesões sofridas pelo embargado foram infligidas quando este dirigia o ciclomotor, legitimando-o quanto ao direito de perceber o seguro obrigatório de incumbência da embargante.

Depreende-se, ainda, que pela sequela pode se presumir quanto a sua concepção, em outros termos: “dado um acontecimento, tendem a descobrir a existência de uma causa que pode determiná-la” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 299). Destarte, embora a Embargante tenha contestado o vínculo entre a lesão e o acidente que lhe deu procedência, não logrou êxito diante do exame pericial e médico que confirmaram o agente deflagrador e, portanto, o nexo:

Ainda que o boletim de atendimento médico esteja datado de 17.09.2012 todas as informações dos autos convergem no sentido de que as lesões ocasionadas no joelho existentes são expressos em afirmar que as queixas do examinado estão relacionadas com as lesões decorrentes deste acidente, inclusive com os registros em boletim de atendimento médico fls. [...] (Brasil, 2011).

Desvela-se no caso em apreço que a responsabilidade da embarcante adveio da *atividade de risco* do segurado. Situação distinta se observa no episódio envolvendo a explosão do navio Vicuña do Chile seguida da poluição na baía de Paranaguá, principal litoral paranaense. Nesse, o Superior Tribunal de Justiça fundamenta sua decisão em outro critério: na *relação direta* entre o agente gerador e o dano.

Superior Tribunal de Justiça RECURSO ESPECIAL Nº 1.596.081 – PR (2016/0108822-1) (sic)  
RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA.  
RECORRENTE: LILIAN CARVALHO  
RECORRIDO: GPC QUÍMICA S/A EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL  
RECORRIDO : ARAÚCO DO BRASIL S.A  
RECORRIDO : MOMENTIVE QUÍMICA DO BRASIL LTDA  
INTERES. : METHANEX CHILE S/A – “AMICUS CURIAE” INTERES. : NAVIERA ULTRANAV LTDA – “AMICUS CURIAE”  
EMENTA RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ACIDENTE AMBIENTAL. EXPLOÇÃO DO NAVIO VICUÑA. PORTO DE PARANAGUÁ. PESCADORES PROFISSIONAIS. PROIBIÇÃO DE TEMPORÁRIA DE PESCA. EMPRESAS ADQUIRENTES DA CARGA TRANSPORTADA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. **NEXO DE CAUSALIDADE NÃO CONFIGURADO.**

1. Ação indenizatória ajuizada por pescadora em desfavor apenas das empresas adquirentes (destinatárias) da carga que era transportada pelo navio tanque Vicuña no momento de sua explosão, em 15/11/2004, no Porto de Paranaguá. Pretensão da autora de se ver compensada por danos morais decorrentes da proibição temporária da pesca (2 meses) determinada em virtude da contaminação ambiental provocada pelo acidente. 2. Acórdão recorrido que concluiu pela improcedência do pedido ao fundamento de não estar configurado, na hipótese, nexo causal capaz de vincular o resultado danoso ao comportamento de empresas que, sendo meras adquirentes da carga transportada, em nada teriam contribuído para o acidente, nem sequer de forma indireta. 3. Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte, sedimentada inclusive no julgamento de recursos submetidos à sistemática dos processos representativos de controvérsia (arts. 543-C do CPC/1973 e 1.036 e 1.037 do CPC/2015), “a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato” (REsp nº 1.374.284/MG). 4. Em que pese a responsabilidade por dano ambiental seja objetiva (e lastreada pela teoria do risco integral), faz-se imprescindível, para a configuração do dever de indenizar, a demonstração da existência de nexo de causalidade apto a vincular o resultado lesivo efetivamente verificado ao comportamento (comissivo ou omissivo) daquele a quem se repete a condição de agente causador. 5. No caso, inexistente nexo de causalidade entre os danos ambientais [causa indireta] (e morais a eles correlatos) resultantes da explosão do navio Vicuña [causa direta] e a conduta das empresas adquirentes da carga transportada pela referida embarcação. 6. Não sendo as adquirentes da carga responsáveis diretas pelo acidente ocorrido, só haveria falar em sua responsabilização – na condição de poluidora indireta – Documento: 1638872 – Inteiro Teor do Acórdão – Site certificado – DJe: 22/11/2017 Página 1 de 50 Superior Tribunal de Justiça acaso fosse demonstrado: (i) o comportamento omissivo de sua parte; (ii) que o risco de explosão na realização do transporte marítimo de produtos químicos adquiridos fosse ínsito às atividades por elas desempenhadas ou (iii) que estava ao encargo delas, e não da empresa vendedora, a contratação do transporte da carga que lhes seria destinada. 7. Para os fins do art. 1.040 do CPC/2015, fixa-se a seguinte TESE: As empresas adquirentes da carga transportada pelo navio Vicuña no momento de sua explosão, no Porto de Paranaguá/PR, em 15/11/2004, não respondem pela reparação dos danos alegadamente suportados por pescadores da região atingida, haja vista a ausência de nexo causal a ligar tais prejuízos (decorrentes da proibição temporária da pesca) à conduta por elas perpetrada (mera aquisição pretérita do metanol transportado). 8. Recurso especial não provido (Brasil, 2016, grifo nosso).

Interessante contextualizar a decisão em comento, pois que sua confecção se deve a uma gama substancial de demandas promovidas por pescadores e associados diante da proibição de pesca na Baía de Paranaguá – Estado do Paraná –, afetando significativamente os meios de sobrevivência dos demandantes.

Em face do elevado número de pleitos, gerou-se uma quantidade de decisões divergentes, o que determinou que o Superior Tribunal de Justiça procedesse ao Recurso Especial Repetitivo, promovendo um julgado uniforme em garantia à estabilidade jurídica.

Na hipótese fática examinada – explosão do navio Vicuña no porto de Paranaguá seguida do derramamento de material tóxico –, o STJ entendeu que *por estar afastado o vínculo direto entre o transporte de material tóxico e o dano ambiental* na costa sudeste brasileira, o colegiado decidiu pela ausência de nexos causal e, portanto, isentou de responsabilidade a empresa compradora do mencionado produto, como se verifica dessa versão: “*Não sendo as adquirentes da carga responsáveis direta pelo acidente ocorrido, só haveria falar em sua responsabilização – na condição de poluidora indireta.*”

Assim, apenas para argumentar, como outras petições devem ter cogitado, o critério de causa talvez pudesse ser de outra natureza, em vez de ser a explosão, *o agente deflagrador do dano fosse a disseminação de produto químico poluente nas águas* da Baía de Paranaguá.

Esse questionamento decorre do fato de que a explosão em si não atingiria a dimensão trágica observada, considerando que o fator que levou a proporções insustentáveis ao ambiente – fauna e flora – foi a disseminação da carga de caráter lesivo e infectante.

Diante dessa nova premissa, seria provável que o entendimento fosse outro, ou seja, a empresa-proprietária desse carregamento seria responsabilizada, considerando que o caráter exponencialmente lesivo e infectante da carga é que provocou extensões nefastas de cunho ambiental e humano, o que não ocorreria se a mercadoria transportada, por exemplo, fosse grãos de soja.

Ainda, poderia se vislumbrar uma terceira alternativa, a culpa concorrente, já que mesmo sendo a explosão a causa primária, a dimensão significativa do dano só pode ocorrer em face da existência das substâncias tóxicas transportadas, que a Corte considerou poluidora indireta.

A propósito, corrobora com essa última possibilidade, no que diz respeito ao nexo de causa por danos ambientais, a jurisprudência dominante, “a teoria da equivalência das condições ou conditio *sine qua non*, segundo o qual, havendo mais de uma causa principal do dano, todas serão reputadas eficientes para produzi-lo, não se distinguindo

causa principal e causas secundárias, pelo que a própria existência da atividade é reputada causa do evento lesivo” (Steigleder, 2004, p. 201).

Diversamente, contudo, o colegiado decidiu pela ausência de nexo causal e, portanto, isenta de responsabilidade a empresa compradora do mencionado produto, por entender que não está caracterizada a relação imediata entre o transporte de material tóxico e o dano ambiental na costa sudeste brasileira.

Por essa via, é pertinente e acertada a visão do linguista Fiorin: “Um mesmo fenômeno apresenta uma multiplicidade de causas e o enunciador escolhe aquela ou aquelas que interessam para os propósitos argumentativos” (Fiorin, 2020, p. 152, grifo nosso). Colocação que se verificou no decisório do Superior Tribunal de Justiça que, por sua vez, chancela o caráter argumentativo da causa e efeito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Ano CXXXIX, n. 8, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.596.081 – PR (2016/0108822-1)**. 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/523412369/inteiro-teor-523412373>. Acesso em: 19 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Embargos de Declaração em Apelação Cível: ED 2017011800000100 – RN**. 4ª Vara Cível da Comarca de Mossoró/RN. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte TJ – RN. Embargante: Mapfre V. C. Seguradora. Embargado: Jean C. Silva. Relator: Ricardo Tinoco de Góes (Juiz). 2011..

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**, v. 7, São Paulo: Saraiva, 2020.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2020.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação – A nova retórica**. Trad. Maria Ermantina de A. Prado. 3. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 201.

### 2.1.2 ARGUMENTO DE DESPERDÍCIO

Reaproveitar-se daquilo que já se realizou é a tônica desse argumento. Repudiar o desperdício é seu objetivo. Bem conceituam Perelman e

Olbrechts-Tyteca, na secção – Os argumentos baseados na estrutura do real – “o argumento de desperdício consiste em dizer, 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” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 317). Nessa rota, com o fim de reconhecer o feito, preserva-se o já executado como marco inicial ao novo empreendimento.

No sistema jurídico pátrio, o argumento de desperdício encontra ressonância em alguns princípios como o é da economia processual, sob o pálio dos **Artigo 4º**: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” e **Artigo 6º**: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” Infere-se desses dispositivos um valor de expressivo quilate assentado na temporalidade processual, isto é, busca-se sua brevidade, mediante colaboração mútua, um tempo justo e necessário para que se conquiste o direito substancial (mérito).

Esse princípio virtuoso e vitorioso – economia processual –, desdobra-se ao da Instrumentalidade das formas, que está ao abrigo do artigo 154 e ratificado pelo artigo 188, ambos do CPC (Brasil, 2015), respectivamente de 1973 e de 2015:

Os atos e temos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial (grifo nosso).

Consagra essa orientação, hodierna e expressamente, o art. 277/15: “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”, enaltecendo o resgate daquilo que já se empreendeu.

A propósito, o destaque quanto ao aproveitamento do ato em detrimento a sua forma, encontra eco no dígito anterior (artigos 154 e 244), pois que eles traduzem e formalizam manifestações de vontade, instrumentalizando a prática de direito por seus agentes no mecanismo processual, bem como proporcionando a satisfação das obrigações.

No viés desse escopo, sacrificar o processo em sua marcha ou eficácia, em face apenas de inobservância da forma, sem que prejuízo tenha incidido às partes, é orientação presentemente abdicada, pois as

determinações processuais antes encapsuladas e condicionadas à prevalência dogmática da estrutura, seguem o princípio da instrumentalidade das formas, em que o aspecto formal do ato cede espaço a seu sentido teleológico, e o *modus faciendi à causa finalis* (Marques, 1976).

Por outros termos, traça Maximiliano de modo equivalente e comparativo o formalismo da norma: “Por fora o dizer preciso; dentro, uma policromia de idéias [*sic*]” (2009, p. 13). Isso se deve ao fato de que aquela varia de significação com a evolução temporal e a marcha da civilização, cabendo ao intérprete buscar o sentido e a extensão da fórmula legal. O mesmo sucedendo com o processo, cujos procedimentos – embora não observarem a rigidez da nomenclatura –, ainda são fiéis à inteligência e finalidade da tutela pretendida. Por esse dito, esta é a visão teológica que permeia o princípio da instrumentalidade, que garante a prestação jurisdicional não obstante a insubordinação às diretrizes normativas pertinentes.

Cumprir o escopo processual, sem danos às partes, ressoa no atual código; entretanto, com a vigência do CPC, em 2015, este digesto não forjou um dispositivo específico que tratasse do princípio da instrumentalidade, fazendo-o de modo esparsos e indireto como se vislumbra dos artigos 188, 277 e 283, § único, como bem coloca Neves (2016, p. 141-142, grifo nosso):

Há pelo menos três dispositivos legais no Novo Código de Processo Civil que tratam genericamente do princípio da instrumentalidade das formas. Os arts. 188 e 277 contêm a mesma regra, prevendo que serão considerados válidos os atos que, realizados de outro modo que não a forma determinada em lei, lhe preenchem a finalidade essencial. [...] A ausência de prejuízo, inclusive, vem disposta no art. 283, parágrafo único, do Novo CPC, que prevê o aproveitamento de ato viciado desde que não resulte em prejuízo à defesa de qualquer parte. Teria ficado mais completo o dispositivo legal se tivesse também mencionado a inexistência de prejuízo ao processo.

Outro dogma muito conceituado nessa direção traduz-se pela fungibilidade, cujo significado na linguagem familiar diz respeito à propriedade que se gasta ou que se consome; termo este apropriado pelo Direito e realinhado ao caráter de permutabilidade dos procedimentos jurídicos, *por força do código processual civil de 2015* (Lei nº 13.105/2015), expressos principalmente pelos artigos 1.032 e 1.033 do CPC, que apensa a fungibilidade na seara dos recursos especial e extraordinário.

*Essa possibilidade legítima é extensiva à categoria recursal, que conquanto tenha se valido de instrumento a priori inadequado, desde que de seu teor for possível depreender o cumprimento dos pressupostos recursais.*

Nessa instância, verifica-se a aplicação do argumento de desperdício com fulcro nesse princípio, visto que autoriza seu conhecimento mesmo quando não estiver devidamente nomeado. Agrega a esse diapasão a jurisprudência, que reputa elogiável a ratificação de atos já praticados, uma vez que concebe o processo como meio e não um fim em si mesmo, autorizando a conversão de um em outro, desde que presente os requisitos legais. Princípio, aliás, consolidado no sistema anterior, desde que observado o desalinhamento quanto à forma recursal adequada, mas protocolado no prazo da medida pertinente.

Abraça essa orientação positivada os Tribunais, como revela a ementa:

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região TRT-2: 75.2020.5.02.0037 SP

PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. O princípio da fungibilidade recursal autoriza que o juiz conheça de um recurso que foi erroneamente interposto como se fosse o recurso cabível. Permite-se, portanto, o aproveitamento do recurso erroneamente nominado, como se fosse o que deveria ser interposto. A operação atende ao princípio da finalidade e da simplicidade do processo do trabalho (Brasil, 2020).

Os cânones versados neste estudo têm, intrinsecamente, como norte a *primazia da análise de mérito, contemplada* no artigo 4º do CPC/15 que busca o máximo aproveitamento da atividade processual, como reverencia o argumento de desperdício. Porquanto as bases que norteiam a da fungibilidade são as mesmas adotadas pelas da celeridade processual e consequente economia processual, do duplo grau de jurisdição, visando o fim social do processo.

Essa ductilidade (instrumental/fungível) se deve à percepção de que o processo, neste caso, o civil, traduz-se em forma, porque se constitui na ferramenta para se atingir o direito materialmente significativo do indivíduo, ou seja, o processo como o nome já o diz são as várias etapas para se alcançar um fim, não coincidindo, porém, com ele. Daí, a observância aos princípios da instrumentalidade e da fungibilidade.

A concretude da fungibilidade pode estar inserida na versão do instituto da tutela antecipada, visto que o § 7º, introduzido pela Lei nº



10.444/02, ao artigo 273, do Código de ritos, a insere na tutela antecipada e na medida cautelar, legitimando o ajuizamento com aquela no lugar desta sem que seja repudiada, ou melhor, o provimento da liminar pode ser obtido na própria ação de conhecimento, mediante antecipação da tutela, sem necessidade do ingresso da medida cautelar em apartado.

O acórdão referente ao Agravo de Instrumento – AI 20158090000 – Santo Antônio do Descoberto – TJ-GO dá visibilidade ao conceito até então traçado.

Agravo de Instrumento. AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE RECEBIDA COMO REIVINDICATÓRIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. TUTELA ANTECIPADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 273 DO CPC. [...] Se patente o equívoco da terminologia da ação deve ser recebida como reivindicatória, já que os fundamentos jurídicos do pedido estão adequados ao objeto desta demanda, aplicando-se o princípio da fungibilidade ao feito (Brasil, 2015).

Por essa rota migra, inclusive, o Novo Código de Processo Civil, que adota a mesma orientação de seu predecessor, como revela a decisão infra:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CAUTELAR – PRETENSÃO DE CARÁTER SATISFATIVA – **TUTELA ANTECIPADA – FUNGIBILIDADE** – POSSIBILIDADE – RESTABELECIMENTO DO PAGAMENTO DAS DESPESAS DECORRENTES DE TRATAMENTO FISIOTERÁPICO, MÉDICO E FARMACOLÓGICO – REQUISITOS DO ART. 273 CPC – PRESENÇA. A sistemática processual admite a **fungibilidade** entre os institutos da medida cautelar e da antecipação de **tutela**, se preenchidos os requisitos nos termos da norma inserta no artigo 273, § 7º do Código de Processo Civil (art. 305, parágrafo único do NCPC) (Brasil, 2015).

Os princípios versados neste estudo – economia processual, celeridade, cooperação, instrumentalidade, fungibilidade – têm, intrinsicamente, como diretriz a *primazia da análise de mérito, contemplada* no artigo 4º do CPC/15, que visa otimizar a atividade processual, não sendo empecilho, por exemplo, o *nomem juris* que se tenha, equivocadamente, atribuído à determinada peça processual; do que se depreende a relevância desse argumento de desperdício.

À guisa de ilustração, com o fito de dar concretude ao argumento de desperdício, até então teorizado, e revelar o raciocínio submerso à estrutura decisional do acórdão em tela – AGRAVO DE RECURSO ESPECIAL N. 1259859 – que privilegiou a celeridade e a economia processual, passa-se a análise respectiva.

Na primeira irresignação processual, – alegações finais –, os autos foram examinados pelo substituto regimental, constituído pelo Juízo da Comarca de Caçoene, que lhe indeferiu a pretensão. Em segundo momento, interpôs recurso especial, cuja reivindicação não logrou êxito, porquanto foi-lhe negado provimento. E, finalmente, desembocou no agravo em apelo, que arrostado pelo Tribunal, concluiu-se pelo seu desprovimento, cuja transcrição ater-se-á à preliminar.

DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE RECURSO ESPECIAL N. 1259859 – AP (2018/0054274-5). RELATOR: MIN. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. AGRAVANTE: RBDES. AGRAVADO: MIN. PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ.

#### DECISÃO

R.B.DES agrava de decisão que inadmitiu seu recurso especial – fundado no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá –, motivada na incidência da Súmula n. 7 do STF.

Nas razões do recurso especial, a defesa apontou negativa de vigência do art.252, I, do Código de Processo Penal, argumentou que a instrução dos autos foi presidida por juíza sabiamente impedida, o que acarreta a nulidade do processo, e apontou atos da magistrada que entende haverem cerceado o direito de defesa e demonstram, ainda, sua parcialidade. Destaca que a referida juíza reconheceu seu impedimento e repassou os autos para seu substituto legal sentenciar.

Requeru o provimento do recurso, a fim de que seja anulado o processo desde a sua instrução.

O recurso especial foi inadmitido durante o juízo prévio de admissibilidade que ensejou a interposição deste agravo.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do agravo e, se acaso conhecido, opinou pelo não provimento.

Decido.

O agravo é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade.

#### **1. Contextualização**

Extraí-se dos autos que o réu foi condenado a 12 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito tipificado no art. 217- A c/c art. 226, II, do Código Penal.

O tribunal estadual negou provimento ao apelo da defesa e manteve os fundamentos da sentença.

#### **2. Da alegação de nulidade processual – impedimentos da Magistrada que instruiu o feito.**

Conforme se observa na sentença, a defesa arguiu em alegações finais a preliminar de nulidade em razão de a instrução haver sido presidida por juíza impedida, a respeito do qual se manifestou a juíza sentenciante, substituta legal (fls.7-8).

Trata-se de ação penal a qual se busca a apuração do crime de estupro de vulnerável imputado ao réu.

Antes de entrar no mérito, analiso a preliminar de nulidade sustentada pela defesa do réu.

De fato, vejo que a única audiência de instrução realizada na Comarca de Oiapoque foi presidida pela Magistrada Laura Cossateira A. de Oliveira, esposa do Delegado de Polícia, presidente do Inquérito Policial que instruiu a denúncia, Fábio Araújo de Oliveira. Assim, pela regra prevista no art. 252, I, do CPP, estaria ela impedida.

Ocorre que, como bem registrado na citada audiência, a Magistrada instruiu o feito por questão de celeridade e economia processual. Sabe-se que a comarca de Oiapoque conta com duas Unidades Judiciárias, e sabe-se também que os processos são distribuídos de forma aleatória, o que eventualmente permite que ações penais instruídas com inquéritos policiais presididos pelo esposo da Magistrada sejam distribuídas para sua Vara Judicial. Isso, por si só, não gera a redistribuição do feito.

Sabe-se, ainda, conforme Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado, que o Juízo da 2ª Vara de Oiapoque é o substituto legal da 1ª Vara e vice-versa. Portanto, muitas das vezes se vê a Magistrada diante de ações penais em que, em tese, ela estaria impedida de atuar, mas em razão da ausência de substituto regimental, assim, o faz em respeito às partes.

Não seria razoável, na ausência de substituto regimental, aguardar seu retorno, aguardar a designação de um juiz substituto para atuar num feito específico, ou deslocar a instrução para esta Juíza de Caçoene instruir. Qualquer das hipóteses representaria nítido prejuízo para as partes. Portanto em nome da celeridade e economia processual, bem como em razão do princípio da razoabilidade, não vejo que a letra da lei, especificamente do art. 252, I, do CPP, deva sobrepor no caso presente. Ademais, é por demais sabido que no processo penal, a nulidade somente deverá ser declarada quando houver prejuízo ao feito, segundo o disposto no art. 563 do CPP, o que não restou, nem de longe, demonstrado pelo defesa, mormente porque o réu estava presente na audiência, acompanhado por advogado constituído, não impugnando o ato nem suscitando esta questão.

Por fim, como bem registrado no termo da dita audiência, penso eu que exatamente para evitar essa arguição de nulidade, determinou a Magistrada que o feito fosse julgado pelo substituto regimental, que no presente momento, é o Juízo da Comarca de Caçoene, diante da licença para cursar o doutorado do Juiz Titular da 2ª Vara de Oiapoque.

Inclusive nesse ponto, o Código de Processo Civil de 2015, subsidiariamente ao Código Penal, não prevê mais a identidade física do juiz, pelo que julgarei a causa com legalidade e imparcialidade devida. Por essas razões, rejeito a preliminar.

Irresignado, o réu apelou e o tribunal de origem manteve o entendimento da sentença que afastou a alegada nulidade (fls. 28-29), destaquei:

1. IMPEDIMENTO DO JUIZ QUE PRESIDIU INSTRUÇÃO PROCESSUAL. O Excelentíssimo [...] Relator – O apelante, em sede preliminar, arguiu o impedimento da Magistrada que presidiu a instrução processual por ser esta cônjuge do Delegado de Polícia que conduziu o inquérito policial que serviu de suporte para ação penal.

Da análise dos autos, observa-se que a denúncia foi recebida pelo i. Magistrado Antônio José Menezes e a absolvição sumária afastada pelo juiz Diego Moura de Araújo. Por sua vez a i. Magistrada Laura C. A. de Oliveira apenas conduziu a audiência de instrução que procedeu à

ouvida da testemunha e ao interrogatório do réu. A vítima, por sua vez, foi ouvida na Comarca de Bragança/PA.

Acrescente que, ao presidir a instrução a i. Magistrada fez a ressalva de que, ciente do impedimento, procedeu à colheita da prova oral em nome da celeridade e economia processual. Até porque, consoante disposição do próprio Código de Processo Penal, compete às partes a elaboração das perguntas diretamente aos inquiridos, enquanto o juiz apenas conduz o ato processual, evitando eventuais excessos praticados. Após, consta disposição expressa de que a sentença seria proferida pelo substituto processual. Por fim, o processo foi julgado pela substituta regimental, a Juíza de direito da Comarca de Caçoene, tendo sido o paciente condenado pela prática do delito em tela.

Nesse passo, não se mostra possível a decretação de nulidade dos atos processuais praticados pela juíza Laura C. A. de Oliveira, diante da incidência do princípio pas de nullité sans grief (sic) (art. 156 do CPP), que exige a demonstração concreta dos prejuízos experimentados. Entretanto, o apelante se limitou a apontar a ocorrência de vício sem, de fato demonstrar o dano provocado pelo impedimento da Magistrada.

Há de se considerar, também, que a Juíza Substituta prosseguiu na marcha processual e proferiu sentença. Dessa forma, depreende-se que os atos processuais anteriores ao julgamento foram recepcionados e tacitamente ratificados. Nesse sentido, já se posicionou este Eg. Tribunal no HC n. 000532-23.2017.8.03.0000, Seção Única, j. em 8.6.2017, publ. DJE n. 114/2107, de 23.06.2017.

Desta feita, rejeito preliminar. [...]

### **3. Dispositivo**

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, IV, do CPC, c/c o art. 253, § único, II, “b”, patê final do RISTJ, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 10 de setembro de 2021 (Brasil, 2018, grifo nosso).

O recorte eleito teve como critério o reconhecimento do argumento de desperdício, em razão do qual limitou-se, este artigo, à preliminar. Essa tática de persuasão, investigada por Perelman e Olbrechts-Tyteca (2017, p. 320), “incita a continuar a ação começada até o êxito final”, reaproveitando os atos processuais já realizados.

Na dicção nacional, essa estratégia revela-se como os princípios da economia e da celeridade processual adotados em lastro positivado – o artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal –, que prevê o estabelecimento de tempo razoável quanto à tramitação de processos, objetivando assegurar que, ao final da ação, não se verifique a vitória de Pirro.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Embora a vitória, essa ao final representa uma derrota, visto que os prejuízos superam os benefícios da conquista. A expressão recebeu o nome do rei Pirro do Epiro, cujo exército havia sofrido perdas irreparáveis após derrotar os romanos na Batalha de Heracléia, em 280 a.C., e na Batalha de Ásculo, em 279 a.C., durante a Guerra de Pirrica – Fonte: Terra, Dimas. Viagem. São Paulo: biblioteca24horas, 2010. pag. 61).

Por essa vertente, o decisório em exame observa citada premissa, tendo em vista que o caso e a disposição legal (art. 252, I, do CPP) estão sob a orientação do princípio tratado no artigo 5º, inciso LXXVIII da carta Maior: razoabilidade temporal na tramitação processual, em detrimento da letra da lei. Aliás, quanto a essa temática, interessante desvelar, grosso modo, os conceitos de tais institutos (princípio e norma), uma vez que eles se prestaram de fundamento ao Agravo:

As regras, ao revés, ‘são normas descritivas’<sup>7</sup>, que prescrevem ou preveem diretamente a adoção da conduta descrita. As regras estabelecem com maior precisão o comportamento e as ações desejadas, ao contrário dos princípios, que estabelecem os fins perseguidos e, não diretamente, a conduta a ser praticada para alcançar tais fins (Granzinoli, 2009, p. 75, grifo nosso).

Note-se que embora este estudo privilegie o argumento de desperdício, não há que se negar a presença do argumento teleológico, como se mencionou no início deste artigo, consubstanciado na figura jurídica do princípio, cuja característica é o prestígio do escopo. Assim, a finalidade sobrepuja a formalidade, isto é, a celeridade sobrepuja o impedimento, como se depreende dos fatos.

A juíza da Comarca de Oiapoque (1ª vara), em sua prática forense, tomou para si o exercício da instrução processual do mencionado réu, visto que nessa Comarca só há duas Varas, sendo um juiz o substituto processual do outro quando impedido ou ausente, ora no caso citado o fato foi que o Juiz da 2ª Vara estava ausente por cursar doutorado, razão pela qual os autos foram transferidos para a Comarca de Caçoene para decisão, com a ressalva de que o traslado era decorrente de impedimento daquela.[...] A medida instrutiva executada teve como justificativa a celeridade e a economia processual, visto que na ocasião não havia juiz substituto em Comarca de Oiapoque, em que foi encaminhada a denúncia. Tais princípios não seriam maculados e tampouco os foram, pois que a instrução foi acompanhada por advogado do réu que formulou os quesitos ensejadores da instrução.

Por essas razões, o argumento de desperdício se revelou eficaz e irretocável no Agravo, porquanto os atos processuais (instrução e seguintes) foram resgatados em benefício dos princípios da celeridade e da economia processual.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>7</sup> Expressão utilizada por Granzinoli de Humberto Ávila, em *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 72

BRASIL. **Agravo de recurso especial n. 1259859 – ap. (2018/0054274-5)**. Estado do Amapá. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1281808837>. Acesso em 20 dez. 2021.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. 1988.

BRASIL. Lei n. 13.105 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano CLII, n. 51, 17 de março de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **2ª Região TRT-2: 75.2020.5.02.0037 SP**. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-2/1197598825>. Acesso em: 21 jan. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil – Parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRANZINOLI, Cassio Murilo Monteiro. **Interpretação e Argumentação Jurídica – Uma contribuição para a fundamentação e justificação das decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1976.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Legislação Processual em vigor**. São Paulo: GEN-Método, 2016, p. 141/142.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação – A nova retórica**. Trad. Maria Ermantina de A. Prado. 3. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

PLANTIN, Christian. **A argumentação – História, teorias, perspectivas**. São Paulo: Parábola. 2008. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em: 20 fev. 21.

## 2.1.3 ARGUMENTO PRAGMÁTICO

Este artigo situa-se num estudo maior, ou seja, Argumento baseado na estrutura do real, denominação capitulada pelo jus-filósofo belga (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017), especificamente na relação de sucessão em que um fator segue ao outro em função de conexões entre eles. Aqui, trata-se de um determinante pragmático, cuja noção encontra lastro em um tripé: o anti-fundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo.

Não se pretende, aqui, desenvolver cada uma das propriedades mencionadas, pois que a sua tônica restringe-se ao argumento de cunho consequencialista, razão pela qual a abordagem daqueles dois será sintética. O primeiro diz respeito a não subjugação ao direito positivo

ou, ainda, aos dogmas indiscutíveis; quanto ao contextualismo, este determina que as medidas frente às proposições devam sopesar e estar atentas à esfera social, em seu sentido lato. E, em destaque o consequencialismo, cujo pragmatismo tem sua validade confirmada pela demonstração de suas consequências prováveis (Bilhim, 2016).

O que faz inferir que da análise e avaliação das consequências fáticas é que se poderá aquilatar ou medir sua respectiva causa, porquanto o valor inerente ao resultado se traslada à origem. Corroboram essa noção, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2017, p. 303):

Denominamos argumento pragmático aquele que permite apreciar um ato, um acontecimento, [um fenômeno] consoante suas consequências favoráveis ou desfavoráveis. [...] a transferência para a causa, do valor das consequências, ocorre mesmo sem ser pretendido.

Do que se depreende, numa condução lógica, que diante de um desfecho favorável, provavelmente se tenha um móbil equivalentemente favorável, o mesmo ocorre com o seu inverso, uma vez que se considera *argumento pragmático* “aquele que permite apreciar um ato ou um acontecimento consoante suas consequências favoráveis ou desfavoráveis” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 303), considerando que a transferência de valor entre elementos da cadeia causal sucedam por via de mão dupla, ou seja, ocorrem indo da causa ao efeito e, por conseguinte, do efeito à causa.

De repertório do linguista Fiorin, *in verbis*: “No caso dos argumentos pragmáticos ou por consequência (*argumentum ad consequentiam*), defende-se uma dada ação, levando em conta os efeitos que ela produz. Nele, os fins justificam os meios” (Fiorin, 2020, p. 165). O que impõe acuidade e equilíbrio na prática dessa medida, visto que sob a bandeira de um suposto propósito, sem aferição dos reais valores, a especulação sobre os efeitos, pode ensejar e autorizar ações as mais temerárias.

O método pragmático não se atém unicamente às normas positivadas, mas considera, fundamentalmente, princípios e juízos. Estes se tornam o norte de decisões judiciais, uma vez que os casos gravitam no ambiente das relações humanas. Por essa rota, enverada firme o jurista de excelência, Maximiliano, ao afirmar que:

A norma positiva não é um conjunto de preceitos rijos, cadavéricos, e criados pela vontade humana; é uma força viva, operante, suscetível de desenvolvimento; mas o progresso e a adaptação à realidade efetuam-se

de acordo, aproximando, ou pelo menos aparente, com o texto [regra]; não em contraste com este (Maximiliano, 2009, p. 66).

Por isso, a eficácia desse argumento reside no universo interpessoal, ou seja, nas concepções, convicções, projetos e cotidianos de pessoas que, inseridos nos fatos, condicionam a avaliação e o julgamento. Aliás, esses fatores estão mais próximos das partes do que os temas abstratos. Com efeito, o autor em questão pondera ser mais acertado levar-se em conta o resultado futuro quando este for mais justo:

Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave. [...] É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequando à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto dentro da letra expressa, procura-se a interpretação que conduza a melhor consequência para a coletividade (Maximiliano, 2009, p. 135).

No sistema jurídico pátrio, constata-se aplicações desse argumento em vários aportes legais. Em outras palavras, os acontecimentos serão aferidos segundo suas implicações, como elucidam e legitimam, por exemplo, as medidas cautelares, cuja finalidade é preservar o direito diante de possível consequência que venha a prejudicá-lo.

Nesse diapasão, é o disposto no art. 300/2015 CPC quando autoriza a tutela provisória diante de uma repercussão nefasta – “perigo de dano”. Preocupação já revelada no Art. 798 CPC/73 ao formular expressamente: “lesão grave e de difícil reparação.” O procedimento cautelar é apenas um tópico pontual na esfera do direito nacional. Entretanto, essa visão se consubstanciou posteriormente como diretriz, na condição de exegese, a partir da Lei nº 13.655/2018, que promoveu alterações na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, em especial nos artigos 20 e 21, determinando que os decisórios devam conjecturar e dimensionar as consequências – sociais, econômicas, políticas – de seus julgados, cujos novos textos:

Art. 20: Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

§ único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21 A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.



§ único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos (Brasil, 2018, grifo nosso).

Dos preceitos estabelecidos é inegável a eleição, no ordenamento jurídico, da consequência pragmática como diretiva (termos grifados) do julgado. Nesse diapasão, a relevância é quanto ao efeito da decisão no plano social, econômico, político. O compromisso a esse critério pode implicar na fuga do prumo normativo quando este não existir ou for contrário ao fim colimado no caso concreto, em exame.

Essa observação inquietante foi matéria de volumosa objeção por parte da Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União – TCU, quanto da tramitação do ainda projeto de lei nº 7.448/2017, sob o título: “Análise Preliminar do PL 7.448/2017”, teve como resposta de notórios juristas da envergadura de Maria Sylvia Zanella de Pietro, Marçal Justen Filho e outros, a seguinte exposição de motivo:

O PL nº 7.448/2017 pretende inserir o artigo 20 na LINDB com a finalidade de reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais sabidamente admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução. A experiência demonstra ser comum a tomada de decisões muito concretas a partir de valores jurídicos bem abstratos — tais como o interesse público, o princípio da economicidade, a moralidade administrativa, etc. O fenômeno é comum às esferas administrativa, controladora e judicial. Diante desse quadro, o parágrafo único do art. 20 propõe instituir ao tomador de decisão o dever de demonstrar, via motivação, “a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (Resposta, 2018).

O deliberado na dupla normativa (artigos 20 e 21) visa esquivar-se de ou frustrar interpretações plurais, quando não tendenciosas, com base em valores jurídicos abstratos, *exigindo a demonstração da consequência*, fruto da medida imposta ou do julgado, que não acarrete *prejuízo aos interesses gerais*.

É compreensível o desassossego, uma vez que essa prática quiçá oportunize, de imediato, um grau menor de objetividade na interpretação do fato processado e, de mediato, uma insegurança jurídica; melhor dito, receio de que o uso do pragmatismo possa afetar a uniformidade

das decisões e, por tabela, a expectativa da paridade em decisões de casos similares.

Quanto à essa questão, é preciso observar, por outro lado, que a incidência e aplicação nos moldes da tradicional cultura romanista e clássica, ou seja, diante de um dispositivo literalmente claro não se examina, não se avalia, não se prescrua, restringe-se a mera subsunção do caso à regra, pode deflagrar uma eficácia injusta, quando não retrograda (Maximilano, 2009). Receio, inclusive, legítimo.

Considerando que a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e a Constituição Federal orientam o critério e o rumo da interpretação, agregou-se neste artigo, a título de ilustração e oportunidade de observação do argumento *ad consequentiam*, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 1.946, Rel. Min. Sydnei Sanches, julgamento 3-4-2003, Plenário, DJ de 16-5-2003 (Brasil, 2011, grifo nosso),

EMENTA. DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSIIVO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, §4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05.10.1988, cujo art. 6º determina: “à maternidade deve ser realizada “na forma desta Constituição”, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: “licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias.”

2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. n. 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C.20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado.

3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários de exercício de funções e de cri-

térios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, XXX, da Constituição Federal/88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento às consequências. Menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão a todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçando substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República.

4. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa Manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, XVIII, da Constituição Federal.

5. Plenário. Decisão unânime.

#### **Resumo Estruturado**

(CÍVEL) PAGAMENTO, INTEGRALIDADE, BENEFÍCIO, LICENÇA MATERNIDADE, CONFIGURAÇÃO, CARÁTER PREVIDENCIÁRIO, PROTEÇÃO, GESTANTE // IMPEDIMENTO, DISCRIMINAÇÃO, SEXO, LIMITAÇÃO, SALÁRIO.

#### **Observações**

Votação: unânime. Resultado: procedente em parte, para dar ao art. 14 de Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, sem redução e texto, interpretação conforme a Constituição Federal, excluída sua apreciação ao salário da licença à gestante a que se refere o art. 7, inciso XVIII da referida Carta. (ADI 1.946, Rel. Min. Sydnei Sanches, julgamento 3-4-2003, Plenário, DJ de 16-5-2003.).

O presente estudo de caso pelo Tribunal perquiriu o futuro, examinou e aquilatau as prováveis consequências de sua deliberação. Efeitos esses de cunho social, principalmente no que versa à figura da trabalhadora e sua discriminação no mercado profissional. Deveras, pondera o relator que se ao empregador couber o encargo do salário-gestação subtraindo R\$1.200,00 de responsabilidade do INSS, aquele ao proceder à nova admissão inclinará pela opção masculina, pois que não terá de assumir nos 120 dias o salário da gestante ausente, sem que esta supra a contraprestação.

Do que se deduz que a decisão teve como orientação interpretativa o impacto da respectiva repercussão, pois que, segundo o relator: “Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a

esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento às consequências.”

Prossegue, na dicção do relator, que o duplo resultado agravará a contratação de funcionária de sexo feminino: “ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste [empregador] pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater [...].”

Assim, com lastro em preceito do calibre da Carta Maior (art. 7º, XXX, da Constituição Federal/88), que torna defesa a distinção salarial com base no gênero do empregado e art. 7º, XVIII que garante “licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias.” Decidiu “para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, XVIII, da Constituição Federal.”

Apenas, a título de argumentação, poderia se conceber outro desfecho, ainda no horizonte do provável, ou seja, que ao empregador coubesse assumir o salário-gestante, a fim de evitar possível insolvência do INSS, em face de sua precária condição financeira, e possível descumprimento de pensão diante de aposentados e segurados. Perceba que esta escolha não leva em conta, no final da equação, nenhum preceito legal, mas tão somente o aspecto anti-fundacionalista e consequencialista do argumento pragmático.

Destarte, em razão do aspecto discricionário dessa técnica persuasiva, há de se ter muita acuidade e reflexão na escolha do valor a ser eleito para o desenlace, em razão das repercussões que ela produz. Portanto, arremata Fiorin (166) “deve ser utilizado com cuidado, porque quando é levado ao extremo, sem que seja balizado por valores, a especulação sobre as consequências, pode-se justificar tudo, mesmo as ações mais repulsivas” (Fiorin, 2020, p. 166).

Não obstante, a força centrífuga emanada do pragmatismo, atua ainda na decisão a força centrípeta de procedência constitucional, cuja gravidade não permite que interpretações escapem dos princípios basilares do Direito, embora nem sempre contemplados pelo invólucro positivista.

Com efeito, mesmo que ocorra a incidência normativa sobre um fato, mas não sua efetiva aplicação, isso por si só não implica em

desaprumo aos códigos estabelecidos, pois que é certo haver nos fundamentos de decisórios, em estado latente ou potencial, os regramentos fundamentais da Constituição.

Aliás, reconhece-se a Constituição como o norte e fronteira – interpretação e extensão – para o processo exegético. Nesse sentido, o intérprete deve submeter as normas infraconstitucionais àquela, ao apreciar qualquer matéria que lhe seja submetida, porque ela alberga em si, inclusive, princípios e fundamentos jurídicos, que se encontram de modo difuso principalmente em pareceres dos juristas e causídicos, em notáveis decisões, em doutrinas de excelência. Por consequência, “ainda que não as eliminem totalmente, ao menos é possível minimizar a discricionariedade e a eventual arbitrariedade do julgador” (Granzinoli, 2009, p. 120).

O texto constitucional não só traz as diretrizes no referente à exegese, como abriga e promove os melhores efeitos dos atos jurídicos. Contempla, muitas vezes, implicitamente, o argumento *ad consequentiam*, como revelam os votos proferidos pelos diversos ministros do Supremo Tribunal Federal face às declarações de constitucionalidade e inconstitucionalidade da Lei Complementar 135/10, denominada Lei da Ficha Limpa.

Entendeu-se de bom alvitre examinar com acuidade outra decisão de repercussão nacional – Ementa Oficial – *in verbis*:

AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS

EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. 1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula rebus sic stantibus) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito). 2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional. 3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. 4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. 5. O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, in casu, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político. 6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido munus publico. 7. O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares. 8. A Lei Complementar nº 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas. 9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida progressa, constante do art.

14, § 9.º, da Constituição Federal. 10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (v.g., o art. 55, § 4º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé. 11. A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius suffragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos. 12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado. 13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas (*sic*); do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado. 14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. GILMAR MENDES (repercussão geral) (Brasil, 2012).

Com relação à decisão proferida quanto à questão da Lei da Ficha Limpa, lastreada na Carta Magna (art. 14, § 9º) dispõe que a Lei Complementar caberá tratar de casos de inelegibilidade a fim de proteger: a probidade administrativa; a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato; e legitimidade das eleições em combate à intervenção e ascendência de poderes estranhos à normatividade constitucional (abuso de cargo nas administrações governamentais).

Nesse sentido, para melhor ilustrar a real preocupação – futura – quanto à eleição de candidatos improbes, vale resgatar a colocação da ministra Carmem Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do vota à constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, no quesito retroa-



tividade da lei, ao expressar quanto à definição de vida pregressa do candidato, ponderando que o que se passa na vida de alguém não se desapega de sua história.

Em seus termos, o ser humano se apresenta inteiro quando ele se propõe a ser o representante dos cidadãos, pelo que a vivência pretérita compõe a persona que se oferece ao eleitor, e o seu conhecimento há de ser de interesse público, para se chegar à conclusão quanto à sua aptidão que a Constituição Federal diz, moral e proba, para representar quem quer que seja, frisou.<sup>8</sup>

## REFERÊNCIAS

ARGUELLES, D. W. Argumentos Consequencialistas e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização. *In*: XIV Congresso Nacional do CONPEDI. **Anais** [...] Fortaleza, 2006.

ARGUELLES, D. W.; LEAL, F. **Pragmatismo como (Meta) Teoria Normativa da Decisão Judicial. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BILHIM, R. d. **Pragmatismo e Justificação da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BRASIL. Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União – TCU. **Análise Preliminar do PL 7.448/2017**. Disponível em: <https://cdn.oantagonista.com/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>

BRASIL. **Ação declaratória de Constitucionalidade 29**. Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Fuz. Repte.: Partido Popular Socialista. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>.

BRASIL. **ADI 1.946**, Rel. Min. Sydnei Sanches, julgamento 3-4-2003, Plenário, DJ de 16-5-2003. 2011.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público**. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/bbf94b34eb32268ada57a3be5062fe7d>. Acesso em: 23 fev. 2021.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2020.

<sup>8</sup> Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/bbf94b34eb32268ada57a3be5062fe7d>. Acesso em: 22 mai. 2021 Decisão do Supremo Tribunal Federal face às declarações de constitucionalidade e inconstitucionalidade da Lei Complementar 135/10, denominada Lei da Ficha Limpa.



GRANZINOLI, Cassio Murilo Monteiro. **Interpretação e argumentação jurídica** – Uma contribuição para a fundamentação e justificação das decisões judiciais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – A nova retórica. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União – TCU. **Análise Preliminar do PL 7.448/2017**. 2017.

POSNER, R. A. **Direito Pragmatismo e Democracia**. 1. ed. Trad. T. D. Carneiro, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RESPOSTA aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n. 7.448/2017. **O Antagonista**, [2018]. Disponível em: <https://cdn.oantagonista.com/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>.

SCHUARTZ, L. F. **Consequencialismo Jurídico, racionalidade decisória e malandragem**. São Paulo: Atlas, s/d.

VOESE, Ingo. **Argumentação Jurídica** – Teoria, Técnicas, Estratégias. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

STF decide pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. **JusBrasil**. 2012. Disponível em: <https://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/3026779/stf-decide-pela-constitucionalidade-da-lei-da-ficha-limpa>. Acesso em: 23 fev. 2021.

## 2.2 LIGAÇÕES DE COEXISTÊNCIA

Distintamente das ligações de sucessão, em que prevalece a sequência temporal para efeito persuasivo; as ligações de coexistência observam uma relação hierárquica entre um fenômeno e outro. Sendo uma estruturalmente mais complexa que a outra.

Na versão de Perelman e Olbrechts-Tyteca:

[...] as ligações de coexistência unem duas realidades de nível desigual, sendo uma mais fundamental, mais explicativa do que a outra. O caráter mais estruturado de um dos termos é que distingue essa espécie de ligação [...] falamos de ligações de coexistência não para insistir na simultaneidade dos termos, mas para contrapor essa espécie de ligações do real às ligações de sucessão nas quais a ordem temporal é primordial (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 333, grifo nosso).

### 2.2.1 ARGUMENTO DE ESSÊNCIA E ATO

A condição de solidariedade pode ocorrer, como se depreende dos Argumentos baseados na estrutura do real, por ligações de Sucessão

ou de Coexistência. Este artigo elegerá unicamente as relações de Coexistência, cuja particularidade se revela na confluência de elementos de mesma natureza, mas de patamares diferentes. Dentre as diversas formas de Coexistência, optou-se pela que trata da *Essência* e do *Ato*.

Ao traçar esse mecanismo de persuasão, Perelman, na condição de jusfilósofo, pôde incorporar e adaptar nele a teoria do movimento de Aristóteles, que consiste em contemporizar a problemática da dinâmica desencadeada pelo embate filosófico entre Heráclito e Parmênides. Aquele sustentava a mudança constante e, portanto, a transitoriedade do ente; enquanto este, em oposição, defendia a absoluta imutabilidade do ser.

Diante desse paradoxo, Aristóteles (1969) forjou um novo olhar sobre essas posições contraditórias – imobilidade e movimento – ao elaborar a Teoria do Ato (energeia, entelecheia) e da Potência (dynamis). Dispõe essa tese, que o movimento se constitui na manifestação (Ato) de algo que já existe em estado potencial (Potência, aqui, numa equivalência oblíqua à Essência). Assim, considerando que o ser é não apenas ato, mas também potência, a essência pode se modificar em vista de sua dinâmica intrínseca, sem deixar de sê-lo, entretanto.

A potência se constitui numa capacidade inerente a seres animados<sup>9</sup> dotados de razão. Dessarte, as potências racionais são capazes de produzir efeitos contrários, resultando em atos incompatíveis.

Essa concepção metafísica não se restringiu ao pensamento filosófico, aliás, esse conceito de potência e ato foi incorporado na ciência como energia potencial e cinética. Grosso modo, aquela é uma categoria de energia que pode ser armazenada por um corpo e que depende de sua posição. Toda energia potencial pode ser transformada em outras formas de energias potenciais ou em energia cinética por meio da aplicação de uma força sobre o corpo.

A noção de Essência, sob o olhar de Perelman, pode ser concebida como um aglomerado coeso de elementos que se traduzem em sistemas, objetos, entes, acontecimentos, instituições ou conceitos que guardam propriedades similares ou afins. Nisso se enquadra, por exemplo, a cultura de uma época (Essência), cujas diversas manifestações de uma visão comum de mundo se constituem em Atos. Assim, a relação entre Essência e Ato equivale minimamente a que ocorre entre o todo e as

<sup>9</sup> Animado significa “aquele que possui alma” e é dotado de razão e por isso existe potência racional. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br>. Acesso em: 19 maio 2021.

suas partes, ou o gênero e a espécie. Do que se depreende que o vínculo é de mão dupla, isto é, falar de um é falar de outro.

No intuito de dar visibilidade a essa teoria abstrata, vale resgatar a colocação da ministra Carmem Lúcia do Supremo Tribunal Federal por ocasião do voto à constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, no quesito retroatividade da lei, ao expressar quanto à definição de vida pregressa do candidato, ponderando que o que se passa na vida de alguém não se desapega de sua história. O ser humano se apresenta inteiro (Essência) quando ele se propõe a ser o representante dos cidadãos, pelo que a vivência pretérita compõe a persona que se oferece ao eleitor, e o seu conhecimento há de ser de interesse público, para se chegar à conclusão quanto à sua aptidão que a Constituição Federal diz, moral e proba, para representar quem quer que seja, frisou.<sup>10</sup>

Ao asseverar que a trajetória vivida por alguém não se aparta de sua história, implicou dizer que a pessoa é forjada por seus pensamentos, valores e atitudes. Existe uma relação gregária e de solidariedade dos atos com o ente que os emanou. Nesta particularidade, a persona do candidato constituiria em sua *essência* e todas as suas expressões seriam os *atos*.

Das concepções trazidas, há de se inferir que a Essência se caracteriza por ser mais complexa e estável que o Ato, este por sua vez revela-se em fragmentos e derivações daquela. Pode acontecer, entretanto, que haja um desacorde entre Ato e Essência, como já vislumbrava Aristóteles, quando, então, se estabelece a incompatibilidade.

Esta, no entanto, nem sempre é inoportuna ou nociva, como parece à primeira vista, porquanto, às vezes o incompatível age como fator de atualização ou de depuração, isto é, de *manutenção da estabilidade da Essência*. Aliás, a estabilidade é o valor que se quer preservar, mesmo que o preço para a sua manutenção seja o sacrifício de um ou alguns de seus atos.

Valer-se do binômio Essência-Ato no campo do Direito, como recurso argumentativo, permitirá reportar elementos distintos e inusitados a um sistema já aceito e consolidado, ou seja, é um instrumento

<sup>10</sup> Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/bbf94b34eb32268ada57a3be5062fe7d>. Decisão do Supremo Tribunal Federal face às declarações de constitucionalidade e inconstitucionalidade da Lei Complementar 135/10, denominada Lei da Ficha Limpa. Acesso em: 22 maio 2021.

que permite tornar uma hipótese estranha ou refutável em algo plausível e até legítimo.

A concepção de estabilidade da Essência não se reduz à seara teórica da argumentação, encontra aplicação reflexiva principalmente no sistema legal pátrio. Assim, apenas para ilustrar, dispõe o artigo 6º, inciso V do Código do Consumidor sobre o *princípio da conservação* – cujas garantias instituídas implicam no resguardo do contrato de consumo. Do que se depreende que as alterações ou anulações de cláusulas contratuais da relação consumerista visam, na maioria das vezes, preservar o interesse maior: o pacto entre as partes.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (Brasil, 1990).

O escopo final dessa estratégia, ou seja, retificações ou anulações de Atos-cláusulas conflitantes é manter a Essência-contrato, como revelam os casos de prestações desmedidas e fatos supervenientes que as tornam abusivas. Esse princípio de conservação e continuidade do pacto subterrâneos aos termos do artigo 6º, inciso V, encontram-se de modo expresso no artigo 51, § 2º, *in verbis*:

A nulidade de uma cláusula contratual abusiva [ato] não invalida o contrato [essência], exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes (grifo nosso).

Visam os termos acima grifados evidenciar a intenção do dispositivo, em outro dito, embora ocorra o vício do abuso, a vigência do pacto é assegurada, uma vez que as relações contratuais, inclusive aquelas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, são orientadas pelo princípio da conservação dos contratos. Aliás, a nulidade de determinada cláusula tem o propósito de que a relação ajustada se mantenha válida. Portanto, a constatação de cláusula abusiva, a princípio, não resulta necessariamente na extinção do contrato, considerando que a tônica do Código de Defesa do Consumidor, é estimular a perpetuação dos negócios.

Em atenção ao prestígio desse fundamento conservacionista, pertinente é o recorte do Acórdão 1172526, ao asseverar que:

[...] O Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de declaração de nulidade das cláusulas contratuais abusivas (art. 51, inciso IV). Ainda segundo o CDC (§ 2º, art. 510), em homenagem ao princípio

da conservação dos contratos, o magistrado pode invalidar a cláusula abusiva (nulidade absoluta) como realizar a revisão do seu conteúdo (nulidade relativa), mantendo-se os efeitos jurídicos das demais disposições contratuais<sup>11</sup> (Brasil, 2019, grifo nosso).

Sob a vertente de garantir *os efeitos jurídicos das demais disposições contratuais*, é facultado ao magistrado invalidar, cirurgicamente, a cláusula abusiva ou, ainda, realizar a adequação do seu conteúdo, por força do preceito expresso no § 2º do art. 51.

Em outros termos, como se disse anteriormente, anular a cláusula viciada consiste num instrumento que permite tornar uma hipótese estranha ou refutável em algo plausível e até legítimo, uma vez que são preservadas as suas consequências jurídicas.

Por ser de relevância conhecer o que seja fator abusivo, entendeu-se de bom alvitre defini-lo. Assim, segundo o Dicionário Houaiss, no nível da linguagem familiar, “abuso é sinônimo de uso incorreto ou ilegítimo; uso excessivo ou imoderado de poder”; não diverge o sentido jurídico da palavra sob os dizeres de De Plácido e Silva, ao definir o que seja abuso: “É o termo usado na linguagem jurídica para expressar o excesso de poder ou de direito, ou ainda o mau uso ou má aplicação dele.”

Nesse sentido, o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor prescreve e ratifica que cláusulas abusivas são determinações contratuais que dão vantagens exageradas aos fornecedores em desrespeito às proteções e garantias previstas no CDC; além de determinar que as condições referentes ao fornecimento de produtos ou serviços de cunho abusivo e, portanto, lesivo ao consumidor, são nulas de pleno direito.

Semântica que permite inferir que existe uma atitude ou um princípio paradigmático. Agrega a esse entendimento Perelman, ao asseverar que a expressão abuso remete à noção de descompasso, que não cumpre uma referência legítima. Assim, oscilando o ato para o mais ou para o menos, deduz-se duas variáveis: o abuso e a falta.

Da mesma forma como o abuso, a falta demanda a existência prévia da Essência em relação à qual ela se posiciona. Nesse sentido o “critério que permite provar essa falta é inteiramente subordinado à concepção que se tem da forma da essência” (Perelman; Olbrechts-

---

<sup>11</sup> Acórdão 1172526, 07090648520188070003, Relatora: NÍDIA CORRÊA LIMA, Oitava Turma Cível, data de julgamento: 15/5/2019, publicado no PJe: 28/5/2019.

tyteca, 2017, p. 375). Do que se deduz que o instituto da falta se caracteriza sobre o que carece para se atingir o prumo.

Em suma, a Essência e o Ato tratados por Perelman versam questões atinentes à solidariedade entre colocações distintas; estabilidade da essência; falta e abuso. Observe-se que o termo Falta – variação para menos do ato em relação a essência –, nomeado por Perelman, insere-se no Código de Defesa do Consumidor sob a denominação de Abuso.

Apesar de esses temas serem forjados num mesmo cadinho, as implicações práticas são múltiplas. Neste estudo, a abordagem pragmática elegerá as figuras da falta e da estabilidade quando da análise ao Acórdão n. 356877, (Relator Des. Rômulo de Araújo Mendes, 2ª Turma Recursal – TJDF. Julgamento: 28/4/2009, DJe: 15/5/2009), em cujo recorte seletivo privilegia o ponto de vista da argumentação baseada na estrutura do real, quanto ao binômio Essência e Ato.

Ementa: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. CONTRATO QUE OMITE O MONTANTE DOS JUROS E A TAXA EFETIVA ANUAL (ART. 52, II, CDC). VÍCIO CONTRATUAL E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO (ART. 6º, III, CDC). DESOBRIGAÇÃO DO CONSUMIDOR QUANTO AO PAGAMENTO DA TAXA DE JUROS EMBUTIDA NO FINANCIAMENTO E NÃO INFORMADA AO CONSUMIDOR. O PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA NÃO PODE SE CONTRAPOR A EXPRESSA DETERMINAÇÃO LEGAL. À FALTA DE TAXA DE JUROS, ANTE A OMISSÃO CONTRATUAL, APLICA-SE A TAXA LEGAL PREVISTA NA LEI DE USURA (DEC. 22.626/1933). RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. O autor pretende a revisão de Contrato de Financiamento (arrendamento mercantil) ao argumento de que foram cobrados juros desproporcionais e abusivos, dos quais tomou conhecimento no transcorrer do contrato, tendo pugnado pela aplicação da taxa legal de juros de 1% ao mês, com redução da parcela paga (de R\$ 811,70 para R\$ 600,60).

2. Em que pese as instituições financeiras não estejam limitadas a qualquer taxa de juros remuneratórios, nos termos do verbete sumular nº 596 da Corte Excelsa (*“As disposições do Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional”*), os contratos de financiamento de que participem no âmbito das relações consumeristas obrigam à estipulação expressa do montante de juros cobrado e da taxa efetiva anual, consoante disposto no art. 52, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor (*“No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deve-*

*rá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: II – montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros”).* (Negritamos)

3. No caso, a controvérsia também não diz respeito à possibilidade de capitalização de juros pelas instituições financeiras, não cabendo discussão acerca do permissivo insculpido no art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, porque, como visto, cuidou-se de vício na formalização do contrato, ante a inexistência da taxa de juros contratada pelo consumidor (fls. 29-30, 31 e 32), em violação à norma do inciso II do art. 52 do Código de Defesa do Consumidor e ao princípio da informação, como direito básico do consumidor (“*Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam*”).

4. O princípio da obrigatoriedade dos contratos – pacta sunt servanda – não pode ser invocado quando sua aplicação resultar em descumprimento de expressa disposição de lei (art. 52, II, CDC), justamente porque, na espécie, não havendo a expressa estipulação da taxa de juros que incide sobre o financiamento, não se pode exigir o cumprimento da avença quanto a essa parte, embora restem íntegras as demais disposições contratuais, em obséquio ao § 2º do art. 51 do CDC (“*A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes*”).

5. Afastada a taxa de juros remuneratórios embutida nas prestações do financiamento, cujo índice não foi devidamente informado ao autor, há de aplicar-se, subsidiariamente, a taxa de juros de 12% ao ano, já considerada o dobra legal (art. 1º do Decreto 22.626/33) e ausente qualquer impugnação do recorrente na contestação quanto ao valor pleiteado pelo autor (redução da parcela para R\$ 600,60), uma vez aplicada a mencionada taxa de juros (12% ao ano), impõe-se a procedência do pedido formulado na inicial e, por conseguinte, o improvimento do apelo.

6. A minguia de impugnação específica em sede de recurso acerca dos fundamentos da sentença, ou seja, no que tange à argumentação de falta de destaque quanto à taxa de juros torna preclusa a matéria, não permitindo a sua devolução à instância recursal.

7. Recurso conhecido e improvido. Sentença confirmada pelos seus próprios fundamentos, autorizando a lavratura do acórdão nos moldes do art. 46 da Lei dos Juizados Especiais.

8. Condene a parte recorrente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, com base no art. 55 da Lei 9.099/95 (Brasil, 2009, grifo nosso).

Passa-se à análise da decisão colegiada sobre o Acórdão n. 356877, (2ª Turma Recursal – TJDF). Os dispositivos mencionados (artigos 6º, III, 31, 51, § 2º, 52, inciso II todos do CDC) compõem a Essência do qual a Falta é o ato desviado para menos. Portanto, acertada a

decisão que estabelece em sua ementa: “VÍCIO CONTRATUAL E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO (ART. 6º, III, CDC).”

Sob a égide da estabilidade (Essência) e da falta (Ato), a *prática de informar e o direito de ser informado* são princípios contemplados por normas pétreas, em especial pelo art. 5º da Constituição Federal, caso se trate de órgãos públicos. No entanto, quando tais ordens se referirem a pessoas de cunho jurídico privado, é o Código de Defesa do Consumidor que orienta a obrigatoriedade ao fornecedor.

O inciso III, do artigo 6º da Lei n. 8.078/90 incumbe ao fornecedor o encargo de prestar as informações atinentes ao produto ou serviço, quanto às suas características, qualidades e outras propriedades arroladas exemplificativamente no artigo 31 do mesmo Código, mesmo antes de se consumir o pacto. Contudo se restar prejudicada a informação é passível de nulidade ou anulação tão somente a cláusula que se omitiu, restando incólume a legitimidade e eficácia do acordado.

Dessa feita, ao se excluir o vício que maculava o contrato, tornou-o legítimo. O que importa dizer que o argumento baseado na estrutura do real teve sua aplicação demonstrada no binômio Essência e Ato.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Trad. Leonel Vallandro. Prefácio David Ross. Porto Alegre: Globo, 1969.

BENJAMIM, Antônio Herman V, MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 17. ed. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2017. ISBN: 978-85-203-7129. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com>. Acesso em: 2 fev. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Portal Câmara dos Deputados**. 1990. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=215761](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=215761).

BRASIL. **Acórdão n. 1172526**. Relatora: Nídia Corrêa Lima, 8ª Turma Cível, 15/5/2019, publicado no PJe: 28/5/2019. 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/principios-do-cdc/principio-da-conservacaodo-contrato>. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. **Acórdão 1172526**, 07090648520188070003, Relatora: NÍDIA CORRÊA LIMA, Oitava Turma Cível, data de julgamento: 15/5/2019, publicado no PJe: 28/5/2019. 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/principios-do-cdc/principio-da-conservacao-do-contrato>. Acesso em: 22 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Decisão do Supremo Tribunal Federal face às



declarações de constitucionalidade e inconstitucionalidade da Lei Complementar 135/10 (Lei da Ficha Limpa). Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/bbf94b34eb32268ada57a3be5062fe7d>. Acesso em: 23 fev. 2021.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

GASPAR, Cristiano Célio. **Princípio da Conservação dos Contratos**. 2017. Disponível em: <https://ecristiangasp.jusbrasil.com.br/artigos/464565781/principio-da-conservacao-dos-contratos>. Acesso em: 04 abr. 2021.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – A nova retórica. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

ROBERTO, Wilson. **Princípio da Conservação do Contrato**. 2018. Disponível em: <https://juristas.com.br/foruns/topic/principio-da-conservacao-do-contrato/>. Acesso em: 04 abr. 2021.

SANTOS, M. E. B. Cardoso dos. A relação entre ato e potência na metafísica de Aristóteles. **Revista Húmus**, v. 3, n. 7. 2013. Disponível em: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/1504>. Acesso em: 02 abr. 2021.

### 2.2.2 ARGUMENTO DE AUTORIDADE

Ainda na esteira dos Argumentos baseados na estrutura do real, insere-se o de Autoridade, visto que existe solidariedade entre a Essência e o Ato ou, ainda, entre a Pessoa e seus Atos, como já asseverado quando do estudo das referidas estratégias.

Neste artigo, citado vínculo é observado entre o experto e sua obra, gerando, assim, o vigor persuasivo da “autoridade de quem o enuncia, no seu conhecimento especializado, na sua credibilidade ou na sua integridade” (Fiorin, 2020, p. 176).

Essa mecânica, não obstante conotar uma força intrínseca de convencimento em decorrência da autoridade que *a priori* lhe fundamenta, precisa ser examinada sob outro ângulo, isto é, o elemento que lhe dá completude e instrumentalidade: o argumento.

Recorre-se a Granzinoli que bem trata dessa questão ao conceituar o que seja argumentação:

Argumentar, em sentido amplo, é aduzir razões a favor ou contra determinada posição. [...] Os argumentos são os meios usados para e chegar a determinada decisão (Granzinoli, 2009, p. 20).

Corroborar sob esse prisma Rodríguez:

Quem argumenta não trabalha com a exatidão numérica, por isso se afasta do conceito binário de *verdadeiro/falso, sim/não*. Quem argumenta trabalha com o *aparentemente verdadeiro*, com o *talvez seja assim*, com aquilo que é *provável*. É diante dessa carga de probabilidade com a qual se opera que surge a possibilidade de argumentos combinados comporem teses totalmente diversas, sem que se possa dizer que uma delas esteja *certa* ou *errada*, mas apenas podendo-se afirmar que uma delas seja mais ou menos *convvincente* (Rodríguez, 2011, p. 21).

Em face dessa gama de possibilidades de rotas, há de se optar por aquela que proporcione uma maior adesão à que se alega. O estudo em pauta se debruçará unicamente no argumento de autoridade, estratégia cuja pujança decorre da expertise do autor em uma determinada área, destacando-se pela sua destreza e know-how. Entretanto, preleciona Demo que conquanto a “autoridade não seja, por si mesma, argumento algum, não se pode desconhecer o fenômeno constante de que a evocação de certas autoridades desperta imensa respeitabilidade” (Demo, 1995, p. 41).

O conceito de autoridade está vinculado à pessoa ou ao instituto com poder de se fazer respeitado ou reverenciado. Essa chancela está condicionada à sua aceitação e reconhecimento por um determinado grupo, paramentando-se assim de legitimidade.

O argumento de autoridade, por sua vez, municia-se de duplo efeito persuasivo, eis que, primeiramente, há presunção de que a autoridade seja dotada de amplo saber sobre o que postula, além de que seu discurso seja imparcial.

Essas inferências decorrem de uma simples equação: existência, de um lado, de um versado, isto é, alguém/algo provido de respeitável capacidade em sua área de atuação e, de outro, por ser a fala originária de fonte que não a do próprio argumentante; esse traslado lhe atribui neutralidade e retidão, já que parece não atender interesses outros que não a verdade.

No âmbito do direito, o argumento de autoridade, pode assumir várias modalidades, desde um laudo elaborado por um perito, passando por decisões jurisprudenciais iterativas, doutrinas; ou, ainda, nas paten-

tes de juízes, delegados, etc. O fator que perpassa todas essas figuras traduz-se pelo *prestígio aclamado*.

Consolida essa assertiva a expertise de Perelman, que assevera:

O argumento de prestígio mais nitidamente caracterizado é o argumento de autoridade, o qual utiliza atos ou juízos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas como meio de prova a favor de sua tese (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2014, p. 348).

Destaque-se que embora, muitas vezes, possa se imprimir um quilate significativo à autoridade ou à sua obra, aquele não é absoluto; é preciso manter o espírito crítico diante delas; não se deve alçá-las ao ponto de uma cegueira cognitiva, pois que não são de cunho peremptório ou de caráter coercivo. Dessarte, a postura questionadora não pode se subjugar à presença de “autoridade”, seja ela, constituída por doutrinas, cânones, jurisprudências, pessoas detentoras de patentes, etc.; isso por uma questão obviamente natural: o Direito é evolutivo em função de seu ajustamento às novas realidades ou verdades.

Dessa feita, em situações antagônicas se posicionam o dogma e a postura indagatória, considerando que, enquanto a primeira visa produzir e sustentar “verdades”, blindada à perquirição; a última põe em “relevo a problemática das premissas e pontos de partida da dogmática” (Warat, 1995, p. 26).

Por esse prisma, note-se, que tanto na seara do discurso quanto a do convencimento, todas as autoridades referidas têm o poder de impingir suas afirmações; não sendo cabais, entretanto, porquanto estão sujeitas à criticidade.

A técnica de persuasão por autoridade se distingue das normas positivas, uma vez que a concordância ou a obediência não estão condicionadas à sanção, já que a autoridade está atrelada ao processo de lógica indutiva, estabelecendo uma relação de subordinação de modo participativo e não repressivo; possibilitando, contudo, o afastamento de resistências.

A título de consolidar a teoria até então traçada, recorre-se ao julgado trazido a exame – Agravo de Instrumento n. 8012704-64.2018.8.05.0000 – que revela o uso de uma gama variada dessa técnica de convencimento, no intuito de legitimar as decisões judiciais.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Processo: AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 8012704-64.2018.8.05.0000

Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível

AGRAVANTE: EDSON CARNEIRO DO VALE

Advogado (s) [...]

AGRAVADO: TATIANE RODRIGUES DO VALE

Advogado (s):

DECISÃO

Cuida-se de Agravo de Instrumento, interposto por EDSON CARNEIRO DO VALE, em face da decisão interlocutória, proferida pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara de Família, Sucessões, Órfãos e Interditos da Comarca de Feira de Santana/BA, nos autos da Ação de Alimentos, aforada por TATIANE RODRIGUES DO VALE, a qual determinou o pagamento de alimentos provisórios, no importe de 30% (trinta por cento) do salário mínimo.

Ab initio, postula os benefícios da Justiça Gratuita.

Em suas razões recursais, revela o Agravante que encontra-se [sic] desempregado há 08 (oito) anos, e vem sobrevivendo, exclusivamente, com o auxílio financeiro de sua irmã, a qual vem subsidiando suas despesas básicas de conservação. “Cabe registrar, Nobre Julgador, que há aproximadamente 08 (oito) anos, o agravante não possui emprego fixo. O último vínculo laboral foi temporário, durou apenas 30 (trinta) dias e deu-se em 10.05.16, conforme comprova-se através das cópias da CTPS anexas”.

Revela que a decisão hostilizada comprometerá o necessário ao seu sustento, tendo em vista que, em face de sua precária situação financeira, não tem capacidade econômica de adimplir o valor arbitrado.

Assevera, ainda, que a Agravada adquiriu a maioria e não comprovou nos autos a sua necessidade alimentar. “Desta feita, resta nítido, que a agravada possui meios para se sustentar sem a necessidade do genitor – ora agravante –, extinguindo-se o dever do agravante no pagamento de pensão alimentícia com a maioria da filha e ante a mesma conviver em união estável. De modo, que a ação de alimentos movida pela autora em face do réu, mostra-se procedimento indigno de quem recebe para com quem paga os alimentos”

Com base nessas considerações, pugnou pela concessão de efeito suspensivo ao presente instrumental, suspendendo os efeitos da decisão vergastada, a fim de evitar lesão grave ou de difícil reparação ao direito do Agravante.

Por fim, requer o provimento integral ao presente recurso a fim de exonerar o Agravante do dever alimentar e, subsidiariamente, a redução dos alimentos provisórios para o montante de 10% (dez por cento) do salário mínimo à luz do binômio necessidade/possibilidade.

É o relatório. Decido.

Verifica-se que restaram preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso, tendo sido interposto tempestivamente e estando instruído com todas as peças obrigatórias, previstas no art. 1.017 do CPC/2015, motivo pelo qual conheço do recurso e passo à análise do pleito de efeito suspensivo.

Inicialmente, cumpre examinar o pedido de gratuidade de justiça formulado pelo Agravante, conforme o disposto no art. 149, parágrafo único, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, in verbis:

Art. 149 – A parte comprovará o adiantamento das despesas processuais no ato de propositura da ação ou de interposição do recurso.

Parágrafo único. Compete ao relator examinar o requerimento de concessão de gratuidade da justiça, que pode ser formulado no próprio recurso.

A legislação pátria estabelece uma presunção relativa diante da afirmação de hipossuficiência da parte, com fulcro nos artigos 98 e 99, § 4º, do Código de Processo Civil.

Observa-se, ainda, que não obstante haver o patrocínio de advogado particular, este fato não constitui óbice para concessão dos benefícios da Justiça Gratuita, nos termos do artigo 99 § 4º do Diploma Processual Civil.

Na hipótese em análise, o Agravante declarou sua hipossuficiência econômica, não visualizando nos autos elementos capazes de elidir a presunção de veracidade das suas alegações.

Denota-se que o ordenamento jurídico garante amplo acesso à Justiça a todo cidadão, não podendo este ser privado de buscar a proteção jurisdicional, em razão de não ter condições de arcar com as despesas do processo, sob pena de comprometer o necessário para o seu sustento.

Neste sentido, defiro, inicialmente, o benefício da gratuidade da justiça. O artigo 1.019, inciso I, do Código de Processo Civil preconiza que não consistindo em uma das hipóteses de inadmissão ou de negativa imediata de provimento do Agravo de Instrumento, o Relator deverá apreciar o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso ou de antecipação da tutela recursal formulado pelo recorrente.

Consoante se depreende por meio da leitura do artigo 995, parágrafo único do Código de Processo Civil, é imprescindível o preenchimento dos requisitos: probabilidade de provimento do recurso, ou seja, a aparência de razão do Agravante e o perigo dano grave, de difícil reparação, comprovada quando for demonstrado que a espera do julgamento do recurso poderá gerar o perecimento de seu direito.

Desse modo, conclui-se que não se pode salvaguardar liminarmente qualquer interesse, mas tão somente aqueles que, pela sua aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo principal. Efetuando uma análise superficial do caso em comento, vislumbro a existência dos mencionados requisitos.

De início, impende destacar que a previsão para fixação dos alimentos encontra-se no art. 1.695 do Código Civil:

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Cumpra observar que para fixação da verba alimentar, deve haver a aplicação do binômio possibilidade/necessidade, de modo a existir proporcionalidade entre a capacidade econômica do alimentante e a necessidade do alimentando.

Neste passo, MARIA BERENICE DIAS preceitua:

Consagra a lei o princípio da proporcionalidade ao estabelecer que a fixação dos alimentos deve atentar às necessidades de quem os reclama e às possibilidades do obrigado a prestá-los (CC 1.694 § 1.º). A exigência de ser obedecido esse parâmetro é que permite a revisão

ou a exoneração do encargo. Havendo alteração em um dos vértices desse binômio é possível, a qualquer tempo, rever o valor do encargo (CC 1.699). (DIAS, MARIA BERENICE, Manual de Direito das Famílias, 3. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017)

Sobre a temática, Sílvio de Salvo Venosa leciona:

Não podemos pretender que o fornecedor de alimentos fique entregue à necessidade, nem que o necessitado se locuplete a sua custa. Cabe ao juiz ponderar os dois valores de ordem axiológica em destaque. Destarte, só pode reclamar alimentos quem comprovar que não pode sustentar-se com seu próprio esforço. Não podem os alimentos converter-se em prêmio para os néscios e descomprometidos com a vida. Se, no entanto, o alimentando encontra-se em situação de penúria, ainda que por ele causada, poderá pedir alimentos. Do lado do alimentante, como vimos, importa que ele tenha meios de fornecê-los: não pode o Estado, ao vestir um santo, desnudar o outro. Não há que se exigir o sacrifício do alimentante. (in Direito Civil: Direito de Família – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2004).

Considera-se, ainda, que deve haver maior cautela para concessão de alimentos provisórios, uma vez que é realizada sem a oitiva da parte contrária. Nesta toada, cabe ao requerente demonstrar a inequívoca possibilidade do alimentante e a prova cabal da necessidade de quem pleiteia, sob pena de ocorrer dano grave e de difícil reparação.

Tratando-se de cognição sumária, é imperioso que o pleito de alimentos provisórios esteja lastreado em provas inequívocas, considerando a irrepetibilidade da verba alimentar, bem como que o valor não suportado pelo alimentante pode ensejar a prisão civil.

Em verdade, a análise de decisões desta natureza deve ser feita de acordo com o caso em concreto, considerando os elementos carreados aos autos e os elementos jurídicos trazidos à baila.

In casu, verifica-se que o Agravante apresentou elementos probatórios aptos a embasar a pretensão, demonstrando a precariedade da sua situação econômica em razão da ausência de emprego fixo. Nesta senda, colaciona aos autos cópia da Carteira de Trabalho e do Bolsa Família, comprovantes de pagamentos das suas despesas pessoais e declaração de sua irmã informando que presta auxílio financeiro para o alimentante.

Acrescente-se a isto, o fato de que a Agravada é maior de idade, e não comprovou a necessidade alimentar que enseja o encargo ao genitor mesmo após o advento da sua maioridade. (Doc. ID 1269483, fls. 10/11).

É cediço que a percepção de alimentos após a maioridade possui respaldo na legislação pátria, uma vez que cessa o poder familiar, todavia o dever alimentar passa a ser devido por força da relação de parentesco, desde que haja efetiva comprovação da necessidade, consoante o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça.

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALIMENTOS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. EXISTÊNCIA. CURSO SUPERIOR CONCLUÍDO. REALIZAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO. NECESSIDADE/POSSIBILIDADE.

Os alimentos devidos em razão do poder familiar ou do parentesco, são instituídos, sempre, intuitu personae, para atender os ditames do art.

1.694 do Código Civil que exige a verificação da necessidade de cada alimentado e a possibilidade do alimentante, razão pela qual, quando fixados globalmente, ainda assim, consistem em obrigações divisíveis, com a presunção – salvo estipulação da sentença em sentido contrário – que as dívidas são iguais, 2. O advento da maioridade não extingue, de forma automática, o direito à percepção de alimentos, mas esses deixam de ser devidos em face do Poder Familiar e passam a ter fundamento nas relações de parentesco, em que se exige a prova da necessidade do alimentado.

3. O estímulo à qualificação profissional dos filhos não pode ser imposto aos pais de forma perene, sob pena de subverter o instituto da obrigação alimentar oriunda das relações de parentesco, que tem por objetivo, tão só, preservar as condições mínimas de sobrevivência do alimentado.

4. Em rigor, a formação profissional se completa com a graduação, que, de regra, permite ao bacharel o exercício da profissão para a qual se graduou, independentemente de posterior especialização, podendo assim, em tese, prover o próprio sustento, circunstância que afasta, por si só, a presunção *iuris tantum* de necessidade do filho estudante.

5. Persistem, a partir de então, as relações de parentesco, que ainda possibilitam a percepção de alimentos, tanto de descendentes quanto de ascendentes, porém desde que haja prova de efetiva necessidade do alimentado.

6. Recurso especial não provido. (REsp 1505079/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017)

Ademais, o pagamento de alimentos entre pais e filhos após a maioridade pode ter como o escopo o auxílio à adequada formação profissional. Ocorre que, o estímulo à qualificação profissional dos filhos não pode ser imposta aos genitores de modo perene e/ou sem comprovação da real necessidade, sob pena de subverter o instituto dos alimentos.

Nesta seara, à luz do binômio necessidade/possibilidade, é plenamente cabível o pleito do Agravante, considerando que, a priori, não foram carreados aos autos elementos suficientes para desincumbir a Agravada do ônus probatório.

Noutro giro, percebe-se que a manutenção da decisão do Magistrado de piso configuraria o *periculum in mora* inverso, visto que a manutenção da decisão impugnada ensejaria no comprometimento da renda necessária ao sustento do Agravante, tendo o condão de acarretar graves e irreparáveis prejuízos.

Esta é a linha de inteligência da jurisprudência pátria sobre o tema em situações similares. Confirmam-se:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. MAIORIDADE CIVIL ALCANÇADA ALIADO À CONCLUSÃO DO CURSO DE ENSINO MÉDIO. POSSIBILIDADE DA EXONERAÇÃO. MANTIDA A SENTENÇA. CONHECIDO E IMPROVIDO O RECURSO.** (Classe: Apelação, Número do Processo: 0354732-20.2012.8.05.0001, Relator (a): Roberto Maynard Frank, Quarta Câmara Cível, Publicado em: 01/06/2016) (TJ-BA – APL: 03547322020128050001, Relator: Roberto Maynard Frank, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 01/06/2016)

FAMÍLIA E CIVIL. ALIMENTOS. NECESSIDADE DO ALIMENTANDO E POSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE. MAIORIDADE. CAPACIDADE. EVIDENCIADA. ALIMENTANTE. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA. DEVER ALIMENTAR.

DESCABIMENTO. I – A obrigação alimentar, por não estar vinculada ao poder familiar e sim à relação de parentesco e ao dever de mútua assistência, preconizado no artigo 1696 do Código Civil pode persistir independentemente da maioridade do alimentando, diante de circunstâncias que demonstrem a necessidade da manutenção da prestação de alimentos pelos pais. II – Cabe ao alimentando, maior, capaz e saudável, buscar os próprios meios de subsistência, não mais subsistindo obrigação jurídica de seu genitor de lhe prover alimentos. III – Evidenciado que o Alimentando, já concluiu o ensino médio, é maior de 21 anos, e que houve alteração substancial na condição financeira do Alimentante, não mais persistindo o binômio necessidade x possibilidade, não há como impor ao Apelante a continuidade da prestação alimentícia, razão pela qual deve o mesmo ser exonerado da obrigação que lhe fora imposta na sentença. RECURSO PROVIDO. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0022273-48.2006.8.05.0001, Relator (a): Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 29/08/2015 ) (TJ-BA – APL: 00222734820068050001, Relator: Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 29/08/2015)

Desta forma, sem que esta decisão vincule o meu entendimento acerca do mérito recursal, e, ainda não sendo inviável a hipótese de chegar a conclusão diversa após criteriosa e aprofundada análise, DEFIRO O PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO, suspendendo de imediato a decisão que determinou o pagamento a título de alimentos provisórios em 30% do salário mínimo.

Em observância ao disposto no art. 318, § 5º, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, comunique-se ao Juízo de origem, enviando-lhe cópia integral desta, a fim de que adote as medidas cabíveis para o seu cumprimento.

Intime-se a parte Agravada para ofertar contraminuta, no prazo de 15 (quinze) dias, conforme estabelecido no artigo 1.019, inciso II, do CPC/15.

Transcorrido o prazo, com ou sem apresentação das contrarrazões, ouça-se a douta Procuradoria de Justiça.

Após, retornem-me conclusos.

Intime-se.

Salvador/BA, 15 de junho de 2018.

Des. Antônio Cunha Cavalcanti – Relator (Brasil, 2018, grifo nosso).

Passa-se ao exame do acórdão sob o ponto de vista do argumento de autoridade. Trata-se de decisão proferida em interposição de Agravo de Instrumento, diante de sentença interlocutória, proferida pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara de Família, Sucessões, Órfãos e Interditos da Comarca de Feira de Santana/BA, nos autos da Ação de Alimentos, aforada pela filha do agravante-alimentante, a qual determinou o paga-



mento de alimentos provisórios, no importe de 30% (trinta por cento) do salário mínimo.

Depreende-se da leitura do acórdão que o fundamento que se prestou de norte para a decisão “DEFIRO O PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO” observou o binômio necessidade x possibilidade, – fatores condicionados à demonstração inconteste –, por se tratar de solicitação de preliminar, isto é, demanda essa de natureza cautelar, pautada em doutrina de Dias, 2017:

Consagra a lei o princípio da proporcionalidade ao estabelecer que a fixação dos alimentos deve atentar às necessidades de quem os reclama e às possibilidades do obrigado a prestá-los (CC 1.694 § 1.º). A exigência de ser obedecido esse parâmetro é que permite a revisão ou a exoneração do encargo. Havendo alteração em um dos vértices desse binômio é possível, a qualquer tempo, rever o valor do encargo (CC 1.699).

No que versa sobre a *possibilidade* econômica do alimentante, sua incapacidade restou provada não por mera alegação de que havia aproximadamente 08 (oito) anos que o agravante não possuía emprego fixo, sendo que seu último emprego registrado ocorreu em 10.05.2016, por apenas um mês, mas suportada por documento hábil, no caso, mediante colação de cópias da CTPS e do Bolsa Família.

Evidência que o Tribunal não pode afastar, conforme asseverou: “Na hipótese em análise, o Agravante declarou sua hipossuficiência econômica, não visualizando nos autos elementos capazes de elidir a presunção de veracidade das suas alegações.”

O convencimento, no que diz respeito à concessão do postulado pelo agravante, decorre principalmente de determinações normativas – artigo 995, § único do CPC e art. 1.695 do Código Civil –, conforme recortes traslados:

Consoante se depreende por meio da leitura do artigo 995, parágrafo único do Código de Processo Civil, é imprescindível o preenchimento dos requisitos: probabilidade de provimento do recurso, ou seja, a aparência de razão do Agravante e o perigo dano grave, de difícil reparação, comprovada quando for demonstrado que a espera do julgamento do recurso poderá gerar o perecimento de seu direito. [...] Efetuando uma análise superficial do caso em comento, vislumbro a existência dos mencionados requisitos (grifo nosso).

A legitimidade quanto à previsão para fixação dos alimentos encontra-se no art. 1.695 do Código Civil, grifado, ao dispor que: “São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficien-

tes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.”

O destaque supra revela a axiologia que deve ser preservada, ou seja, é imprescindível que o alimentante esteja dotado de atributo financeiro, sem prejuízo a sua própria subsistência. Valor sopesado pelo juízo coletivo e corroborado pela doutrina à guisa de argumento de autoridade (Venosa, 2004): “Não podemos pretender que o fornecedor de alimentos fique entregue à necessidade [...].”

Entrecho que o relator *novamente busca o arrimo da doutrina* – autoridade – na figura de *Silvio de Salvo Venosa*, em seu livro de *Direito Civil: Direito de Família* (2004).

Quanto ao quesito *necessidade*, de responsabilidade da alimentada comprovar, esta, por sua vez, se desincumbiu do ônus que lhe era imperioso cumprir, como depõe o excerto em destaque:

Nesta seara, à luz do binômio necessidade/possibilidade, é plenamente cabível o pleito o Agravante, considerando que, a priori, não foram carreados aos autos elementos suficientes para desincumbir a Agravada do ônus probatório. [...] Acrescente-se a isto, o fato de que a Agravada é maior de idade, e não comprovou a necessidade alimentar que enseja o encargo ao genitor mesmo após o advento da sua maioridade (grifo nosso).

Lastreou o acórdão sua posição – sem comprovação da necessidade alimentar da agravada – principalmente no argumento de autoridade ao se apropriar de discurso de expertos, como Venosa, robustecendo a sua tese: “[...] só pode reclamar alimentos quem comprovar que não pode sustentar-se com seu próprio esforço” (Venosa, 2004)

Ainda, suportado pela mesma performance argumentativa, que preponderou no fundamento do desprovimento ao agravo em concreto: “Consagra a lei o princípio da proporcionalidade ao estabelecer que a fixação dos alimentos deve atentar às necessidades de quem os reclama [...]” (Dias, 2017), desde que evidenciada.

Reafirma esse entendimento a *Jurisprudência*, embora seja outra modalidade de argumento de autoridade, é uma forma de produzir uma *conotação de natureza normativa*:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALIMENTOS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. EXIS-

-TÊNCIA. CURSO SUPERIOR CONCLUÍDO. REALIZAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO. NECESSIDADE/POSSIBILIDADE.

Os alimentos devidos em razão do poder familiar ou do parentesco, são instituídos, sempre, intuitu personae, para atender os ditames do art. 1.694 do Código Civil que exige a verificação da necessidade de cada alimentado e a possibilidade do alimentante, [...] 2. O advento da maioria não extingue, de forma automática, o direito à percepção de alimentos, mas esses deixam de ser devidos em face do Poder Familiar e passam a ter fundamento nas relações de parentesco, em que se exige a prova da necessidade do alimentado (Brasil, 2016, grifo nosso).

Há de se verificar que o fundamento do acórdão, no que se refere ao tópico necessidade, teve assento especialmente nas várias modalidades do argumento de autoridade. Observe-se, entretanto, que esta forma de persuasão pode ser objeto de contestação, motivo pelo qual não se descuro o relator ao se embasar em disposição legal de cunho peremptório: Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção [...]”.

Nesse diapasão, relevante trazer a inferência, a contrário senso, de Perelman: “embora sempre seja permitido, numa argumentação particular, contestar-lhe o valor, não se pode, sem mais, descartá-lo como irrelevante [...]” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 348).

No direito pátrio, contudo, é preciso ressaltar que o emprego dessa técnica de convencimento é defeso na área penal, nos termos do artigo 478 do Código Processo Penal que dispõe:

Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008) I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

O sistema do direito penal confere uma especificidade ao conceito de *argumento de autoridade proibindo-lhe o emprego nos casos enunciados no item I, do art. 478 CPP, sob pena de nulidade*, quando atinente à lide em julgamento, apropriando-se da credibilidade e ascendência do *discurso de um terceiro* detentor de autoridade (juiz, promotor, delegado, desembargador, entre outros), para sustentar a tese, pois que atuaria como fio condutor de um resultado entrevisto.

Contudo, *não são considerados como argumento de autoridade* para fins desse dispositivo, *nem* a citação de decisões jurisprudenciais, *nem* os recortes de obras doutrinárias, sendo, portanto, passíveis de uso, uma vez que não defesos em lei.

Enfim, o artigo em pauta demonstrou, com vários exemplos, a relevância do argumento de autoridade para atuação do causídico em sua labuta de persuasão.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, G. A. de; GOMES JUNIOR, L. M. **Um novo código de processo civil para o Brasil**: análise teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

ATIENZA, M.; VALE, A. R. do. O argumento de autoridade no Direito. **Novos estudos jurídicos**, v. 17, n. 2, maio/ago. 2012. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em: 03 nov. 2021.

AZEVEDO, P. F. de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Agravo de instrumento n. 8012704-64.2018.8.05.0000**. Segunda Câmara Cível. Agrte Edson Carneiro do Vale Agrdo: Tatiane Rodrigues do Vale. 2018.

BRASIL. **Recurso Especial n. 1505079 – MG**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13 dez. 2016, DJe 01 fev. 2017. 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/425534818/inteiro-teor-425534832>. Acesso em: 22 mai. 2022.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DEMO, P. **Metodologia científica em ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. 1. ed. São Paulo: Contexto, 2020.

GRANZINOLI, Cassio Murilo Monteiro. **Interpretação e Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação – A nova retórica**. Trad. Maria Ermantina de A. Prado. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

RODRÍGUEZ, Vitor Gabriel. **Argumentação Jurídica**: técnicas de persuasão e lógica informal. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

VOESE, Ingo. **Argumentação Jurídica – Teoria, Técnica, Estratégia**. 2. ed. 4 reimp., Curitiba: Juruá, 2010

### 2.2.3 ARGUMENTO DA PESSOA E SEUS ATOS (*AD HOMINEM*)

O discurso persuasivo normalmente é constituído pelo imbricamento de diversos mecanismos argumentativos. No entanto, este estudo objetiva pinçar unicamente a estratégia *A pessoa e seus atos* (*argumentum ad hominem*), que está inserida numa classificação maior – Os argumentos baseados na estrutura do real, em especial, nas relações de Coexistência (Perelman, 2017, p. 372-377). A abordagem ocorrerá em duas vertentes: teórico e prático.

A Estrutura do Real em que assenta referida argumentação não se confunde com a realidade convencional – concreta e objetiva –, ao contrário, traduz-se na percepção que se tem dela mediante uma gama de juízos a ela pertinentes. Esse olhar, longe de reduzir-se meramente à inferência ou suposição, pode assumir a condição de uma verdade, de um fato.

Anteriormente, ocupou-se das Relações de Ligações, em que dois fenômenos guardam um vínculo sequencial provável, ou seja, de modo genérico, um ocorre posteriormente ao outro por força de um nexo possível. As relações de Coexistências, entretanto, não implicam a presença concomitante de dois fatores, como parece sugerir a nomenclatura, mas que o Um seja o fato gerador do Outro, na condição hierárquica de cerne e acessório.

No âmbito da argumentação, essa conexão tem como paradigma o elo entre a pessoa e seus atos. Nessa rota é a lição de Perelman: “A ligação de coexistência fundamental, [...], é a que relaciona uma essência com a suas manifestações. [...] o protótipo dessa construção teórica se encontra nas relações existentes entre uma pessoa e seus atos” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 333-334).

A esse propósito, resta a indagação quanto à completude do homem, visto que é cediço a sua manufatura ao longo da vivência, nesse sentido apenas a título de corroboração Sartre<sup>12</sup> entende o ser humano como aquele que está em constante mutação e forja.

---

<sup>12</sup> Jean-Paul Charles Aymard Sartre foi um filósofo, escritor e crítico francês, conhecido como representante do existencialismo. “O importante não é o que fazemos de nós, mas o que nós fazemos daquilo que fazem de nós” (1905 a 1980).

Não obstante essa dinâmica – “como sujeito livre, a pessoa possui essa espontaneidade, esse poder de mudar e de se transformar” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 336); na área da persuasão, retruca o jusfilósofo, “a pessoa, considerada suporte de uma série de qualidades, autora de uma série de atos e de juízos, [...] é um ser duradouro a cuja volta se agrupa toda uma série de fenômenos as quais ela dá coesão e significado [...]” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 336).

A conceituação de pessoa, distinta de sua exteriorização, considera-se necessária, sob pena de se perder em definições filosóficas não pertinentes à seara jurídica. Dessa feita, a confecção do ser diz respeito ao que lhe seja mais inerente, constante, característico e relevante, em contraste com seus atos transitórios, reputando esses “como ações, modos de expressar, reações emotivas, [...] ou juízos” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 339).

Desvelados esses traços peculiares, resta definido o que seja essência; aqui, leia-se pessoa, e o que seja ato. Dito isso, imprescinde delinear a noção dessa estratégia de persuasão *ad hominem* que distintamente de outras formas argumentativas, ela tem como alvo não o fenômeno ou fato objeto da discussão, mas os agentes envolvidos, denegrindo-os ou enaltecendo-os, segundo a intenção do argumentador, características que a inserem na categoria de falácia.

Assevera a este respeito o linguista Fiorin (2020, p. 171):

Esse argumento, em que não se discutem os méritos intrínsecos do ponto de vista ou da dúvida do oponente, mas se desqualifica o adversário como interlocutor sério, apresentando-o como alguém incompetente, não confiável ou inconsequente, recebe o nome de *argumentum ad hominem* (argumento dirigido à pessoa). Essa forma de resposta dirige-se à audiência e não ao oponente. Ela busca silenciá-lo, ao pôr em dúvida sua confiabilidade. Nesse argumento, confrontam-se a pessoa com seus discursos ou atos.

A expressão falácia, referida acima, admite alguns significados. Assim, na sede da linguagem familiar expressa qualquer ideia equivocada ou falsa crença. No campo da lógica, seu sentido é mais estrito e técnico, constitui num erro de raciocínio ou de argumentação. Observa Copi (1978, p. 73): “No estudo da lógica é costume reservar o nome ‘falácia’ àqueles argumentos ou raciocínios que, embora incorretos, podem, ser psicologicamente persuasivos.” Por consequência, admissível é de se entender por falácia um modo de raciocínio dotado de lógica

aparente, não o sendo, entretanto, pois não suporta a um exame mais acurado.

A falácia pode ser classificada em dois grupos: as formais e as não-formais. Tendo em vista que o argumento *ad hominem* se enquadra neste último, ater-se-á unicamente ao seu estudo, cuja característica reside no erro de raciocínio a que o receptor pode incorrer por inadvertência ou, ainda, por induzimento. A falácia não-formal admite duas formas: *falácias de relevância* e falácias de ambiguidade.

A eleição se restringirá à primeira modalidade – falácias de relevância –, visto que ela contempla o argumento *ad hominem*. Note-se que esse modelo é estruturado em premissas inconsistentes em relação à conclusão cognitiva. A irrelevância e/ou incoerência dos fundamentos quanto ao resultado obtido não é percebida, considerando, que muitas vezes a conexão não é lógica, mas de natureza psicológica.

Não obstante o vínculo ser destituído de lógica, ainda assim é capaz de gerar efeito persuasivo. Essa habilidade, do ponto de vista imediato, se deve principalmente à questão das fronteiras entre o racional e o psicológico se apresentarem difusas e assim se confundirem nessa manobra linguística. Quanto ao aspecto mediato, a linguagem é outro fator colaborador ao convencimento, visto que ela pode ser empregada de modo expressivo ou informativo, destinada a provocar atitudes suscetíveis de causar a aceitação das conclusões que instigam emoções – o medo, a hostilidade, a compaixão e a reverência (Copi, 1978).

Com efeito, o que se observa, por corolário, é que esse tipo de mecanismo, por ser intrinsecamente incongruente, torna-se incapaz de impingir veracidade na ilação, pois que destituído de provas que a demonstrem, embora apto a convencer.

Dentre esse tipo de falácia, insere-se o *argumentum ad hominem* que sob a visão dicotômica, pode se capitular em *ofensivo* e *circunstancial*. O primeiro, é literalmente traduzido por “argumento dirigido contra o homem”, que consiste no ataque direto à pessoa que fez a alegação, numa contenda; e não na refutação ao asseverado. Em outros termos, diz respeito à investida à pessoa do argumentador em qualquer uma de suas características, seja sua competência, inteligência, aparência, etc., no sentido positivo ou negativo.

No segundo caso – o circunstancial –, o autor do discurso poderá entrar em contradição com suas crenças e ser compelido a concordar

com o seu opositor, quando aquele manifestar uma posição diferente do que, *a priori*, seria previsível. Apontar a incompatibilidade consiste na tática de notabilizar as divergências de juízos e convicções anteriores se comparados com os atuais ou, ainda, entre o que diz e o que efetivamente faz, isto é, a desconexão entre o discurso e a ação. É o caso, por exemplo, de asseverar algo que está em dissonância com o que o sujeito sempre pregou ou da ideologia que defendia.

Ocorre, ainda, o *argumentum ad hominem* circunstancial quando houver discrepância entre a pessoa e sua persona, isto é, os reais valores podem ser distorcidos e moldados quando outros interesses, que não os verdadeiros, exsurgirem em determinadas circunstâncias. Pode traduzir-se num ataque pessoal indireto, visto que a afronta é quanto à “imparcialidade” do argumentador, uma vez que sua posição ou sua colocação não é refratária a um interesse implícito, não revelado. O que defende parece objetivo, isento de vantagem particular e, no entanto, no plano subterrâneo mascara conveniência pessoal ou de organização a que está filiado o autor do argumento.

Tanto na primeira como na segunda hipótese, o que se observa é que o objeto do discurso ou a sua verdade são preteridos e preferidos os ataques à pessoa da preleção, ora falante, porquanto não dispõe de uma logicidade cognitiva, visto que a estratégia se calca no aspecto psicológico de transferência – o psíquico é alçado à condição de lógica.

Portanto, o argumento *ad hominem* admite três vertentes: a) o ataque pessoal direto; b) o ataque pessoal indireto; c) a apresentação de contradições entre posições do oponente ou entre suas palavras e suas ações (Fiorin, 2016).

A versão, ora retratada pelo Acórdão n. 02734564, em Vara Criminal, presta de ilustração corroborativa do uso do argumento *ad hominem*, em especial sob a categoria de alusão direta da pessoa, isto é, o ofensivo, visto que os aspectos peculiares da vítima e do réu foram trazidos aos autos a título de argumentação.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – ACÓRDÃO – DECISÃO MONOCRÁTICA – ACORDÃO N. 02734564.

Vistos, [...] autos de Apelação com revisão n. 990081679531, da Comarca de Lençóis Paulista, em que é apelante A.L.S, sendo apelado Ministério Público.

ACORDAM, em quarta Câmara D – Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: por votação



unanime, NEGARAM PROVIMENTO O (sic) RECURSO, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

Participaram do julgamento [...]

São Paulo, 9 de dezembro de 2009.

PODER JUDICIÁRIO

São Paulo

Apelação com revisão n. 990081679531 – voto 1.373

Apelante: A.L.S

Apelado: Ministério Público.

PROVAS: A argumentação “ad hominen” não cria uma inferência válida em virtude de a preposição se fundamentar em fatos que não se encontram na cadeia de causalidade. Recurso improvido.

Vistos

Condenado o acusado como incurso nas penas do art.155, §4º, II do Código Penal, apela aquele requerente a reforma da r. sentença no mérito, pleiteando sua absolvição sob a argumentação de que não restou positivado nos autos a materialidade do crime, tendo em vista que o apelante justificou a origem do dinheiro que portava, e que se tratava de adiantamento de salário, momento em que trouxe aos autos documentação que comprove as alegações. Sustentou ainda que estaria em direção à cidade vizinha, para a devida efetuação de um exame de Raio-X. Afirma que o laudo pericial chegou à conclusão de que há a possibilidade de que a vítima estivesse privada parcialmente da capacidade de reconhecer pessoas no referido momento. Suscita que o apelante é simples, tímido, pacato, montador de estruturas e de baixa escolaridade, características estas que divergem das características das pessoas que se envolvem nos crimes de fraude.

Sustentou teses sob a alegação de que não foram devidamente analisadas no julgamento da sentença, tais como a não utilização dos óculos da Vítima, de maneira que ela é idosa e não tem condições de enxergar normalmente; a divergência dos depoimentos da vítima e das testemunhas; o comportamento do acusado no momento da abordagem, e a insuficiência de tempo para o Acusado praticar o delito.

Em contra-razões, o Ministério Público pugnou pela manutenção da r. sentença reiterando as alegações finais efetuadas.

A Douta Procuradoria de Justiça opinou no mérito, pelo não provimento do recurso da defesa porque os elementos colhidos servem à saciedade da incriminação do agente, e a demonstração da materialidade é plena diante do teor [do] auto de prisão em flagrante, auto de exibição, apreensão e entrega, e da prova oral colhida.

Este é o relatório.

#### **Da argumentação**

O argumento jurídico não foge da regra Lógica, portanto deve ser autossuficiente. Um dos tipos de argumentos que não são lógicos, mas aparentam sê-lo, é o “ad hominen”, ou seja, não há uma relação direta entre a ação e a consequência (premissas e conclusão), mas uma crítica, desqualificação do sujeito de quem se refere.

Não se olvida que outros argumentos foram utilizados, mas iniciemos o exame por este. Imputou-se à vítima um quadro negativo, seria ela muito idosa, com lapsos de memória (sofreu amnesia pós-traumática),

portadora de deficiência visual (uma vez que usa lentes corretivas) e utente de remédios tranquilizantes e antidepressivos.

De outro lado, também “ad hominen”, consta na apelação que o acusado tem emprego fixo, havia sacado, no dia anterior, vale salarial e as testemunhas disseram que iria o increpado o (sic) médico.

Todavia, em todos os momentos em que a vítima foi ouvida, no flagrante, em juízo, no setor de psiquiatria, a conclusão de todas as autoridades (policiais militares, delegado, juíza, médica psiquiatra) foi a mesma, que o reconhecimento dela foi firme e lúcido. A ausência de óculos seria impeditiva se houvesse nos autos prova de que a autora fosse míope, uma vez que a vista cansada (presbiopia) não interfere no reconhecimento de alguém.

Em relação ao acusado, o tempo entre o fato e a sua prisão não se demonstra incompatível e há dois impedimentos para reconhecer o seu álibi. O primeiro, é que, se iria pagar as contas, teria que estar com os boletos. As testemunhas de defesa garantiram que estava o acusado com “carnet”, todavia o policial Marcelo, ao responder às perguntas da defesa, nos narrou.

“O réu estava na posse de algumas contas de terceiros que estavam vencidas há algum tempo. A abordagem do réu [ocorreu] quando as lojas do centro estavam fechadas.” (fls62)

Qual será a utilidade da posse e contas de terceiros vencidas?

Quanto à consulta, no interrogatório o acusado alegou que foi ao médico, motivo da falta no serviço, enquanto as testemunhas de defesa disseram que ele iria ao esculápio. O documento de fls.97 prova que ele havia ido anteriormente, mas deveria retornar com o exame radiológico. Todavia este exame não se faz sem o encaminhamento, que inexistente nos autos.

Não se vê contradição nos depoimentos das testemunhas de acusação com o da vítima.

De relevo o relatório final da Autoridade Policial:

Quanto ao seu reconhecimento. Dona Anália não teve receio em vê-lo novamente, na presença do advogado. Fitou-o nos olhos e passou a dizer “foi você, foi você” apontando-lhe o dedo e caminhado em sua direção, mostrando [-se] indignada dele negar a autoria, sentimento este decorrente talvez de hábitos e de conduta moral que infelizmente não se vê mais na sociedade de hoje. O comportamento do acusado, entretanto, foi inverso, abaixou a cabeça como que envergonhado pelo ato que praticara e como quem tomara uma ‘bronca’ de alguém a quem devia respeito e obediência. Pelo comportamento da vítima e do acusado, da forma como ela descreve os fatos e o tempo que o acusado permaneceu na casa (pelo menos dez minutos) mais que suficiente para poder reconhecer o autor, esta autoridade policial não tem dúvidas acerca da autoria do acusado.

Quanto ao acusado, ciente [de] sua prisão, evidentemente este se encontrava nervoso mas de forma alguma inconformado com sua detenção, algo incomum se inocente fosse.

[...]

Com a esposa e filhos para sustentar difícil acreditar que este dinheiro tenha permanecido em sua carteira até o dia seguinte, mesmo porque

trata-se de um vale, um adiantamento de salário que as empresas fazem aos seus funcionários quando estes dele necessitam.”

Desta forma, resta clara a autoria, devendo ser mantida pelos seus fundamentos.

Ante o exposto, nega-se provimento à apelação (Brasil, 2009, grifo nosso).

Pretende o réu abonar a prática de seu delito recorrendo ao argumento *ad hominen* circunstancial, declinando suas qualidades pessoais, alegando ser de índole simples, tímido, pacato, trabalhador (montador de estruturas) e de baixa escolaridade, portanto incapaz de enredar crimes de fraude. Constata-se aqui contradição entre o discurso e a ação, porque o dito não corresponde ao que se fez.

Ainda, valendo-se desse recurso *ad hominen*, mas de natureza ofensiva, busca o réu inviabilizar o testemunho da vítima, dotando-a de atributos incapacitantes de reconhecimento: “seria ela muito idosa, com lapsos de memória (sofreu amnesia pós-traumática), portadora de deficiência visual (uma vez que usa lentes corretivas) e utente de remédios tranquilizantes e antidepressivos”.

Já de início, esse colegiado refutava o tipo de argumentação traçado (aspectos pessoais) por entender que não era válido *in casu*, porquanto não enfrentava diretamente a questão, objeto da discussão jurídica, tendo em vista que os “fatos” trazidos não se encontravam na cadeia de causalidade.

Com efeito, o Tribunal rejeitou o argumento *ad hominen* justificando que “não há uma relação direta entre a ação e a consequência (premissas e conclusão)”, mas uma intenção vazia de desqualificar o sujeito a quem se refere, ou seja, a vítima. Dito em outros termos, o nexos entre a causa e o delito é destituído de racionalidade necessária para fundamentar a pretensa inocência do agente.

Não obstante o argumento *ad hominen* esteja muitas vezes categorizado como uma falácia na esfera jurídica, porquanto não há um enfrentamento direto e imediato ao objeto da demanda e sim ao agente (autor/réu/juiz), é de bom alvitre esclarecer que em algumas hipóteses fáticas ele atua apropriada e convincentemente na cadeia lógica de causa e conclusão.

Nesse sentido ilustra o acórdão referente ao Agravo de Instrumento n. 2206335-22.2020.8.26.0000 (Registro 2020.0000932151) prolatado pelo TJ da Comarca de São Paulo, a seguir traslado:

Acórdão

Vistos, [...] estes autos de Agravo de Instrumento n. 2206335-22.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE SAÚDE SANTA MARCELINA – HOSPITAL CIDADE TIRADENTES, é agravado PEDRO [...]

Acordam em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça da Comarca de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso provido, [...].

Voto n. 20265

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que determinou que a agravante, OSS, e a Fazenda do Estado, agendassem consulta com especialista em favor do agravado – Justiça gratuita que deve ser concedida – ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE SAÚDE não tem fins lucrativos, de modo que os bens públicos e recursos orçamentários a elas destinados voltam-se ao cumprimento do contrato de gestão – Presunção **ad hominem** no sentido de que, havendo a OSS de investir recursos no pagamento de custas e despesas processuais, possivelmente faltarão para o desenvolvimento de suas atividades – Agendamento de consultas, no âmbito do SUS estadual é feito pelo sistema CROSS, de maneira que a Organização Social de Saúde não dispõe de meios para realizar o cumprimento da determinação judicial – Recurso com observação.

Vistos, etc.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, determinou que a agravante, OSS agendasse consulta com especialista em favor do Pedro, autor na ação ordinária, encaminhando-o em hospital público, sob pena de multa diária de R\$1.000,00. Argumenta a requerida, ora agravante, dizendo que não lhe compete o agente (sic) de consultas com especialidades médicas, mas apenas a prestação do serviço, que, no caso, não está em condições de realizar haja vista que no Hospital que administra inexistente profissional “Ortopedista especialista em coluna vertebral”.

É o relatório.

[...] Nestes (sic) termos, dou provimento ao recurso, com observação (Brasil, 2020).

No caso em comento, o argumento *ad hominem* interferiu diretamente na conclusão – concessão do benefício da gratuidade – ao considerar o colegiado, que em se tratando de *entidade sem fins lucrativos*, não teria disponibilidade financeira para arcar com custas e despesas processuais, sob pena desse desvio monetário afetar o objetivo do hospital – “Presunção *ad hominem* no sentido de que, havendo a OSS de investir recursos no pagamento de custas e despesas processuais, possivelmente faltarão para o desenvolvimento de suas atividades.” Essa condição de “sem fins lucrativos” e consequente recursos limitados são as qualidades da pessoa jurídica que desconstruíram a presumida falácia, visto que são relevantes para o encadeamento cognitivo.

Embora, em casos sob o crivo jurídico, o argumento em questão nem sempre tenha ímpeto de convencimento direto; no segmento político, contudo, é muito utilizado, em especial, em campanhas, cujos candidatos são avaliados e eleitos pelas suas condutas, perfis físico ou psicológico, etc.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Agravo de Instrumento n. 2206335-22.2020.8.26.0000 (Registro 2020.0000932151)**. TJ da Comarca de São Paulo. Agravante Organização Social de Saúde Santa Marcelina – Hospital Cidade Tiradentes. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão n. 02734564**. Vara Criminal. Autos de Apelação com revisão n. 990081679531, da Comarca de Lençóis Paulista. Apelante A.L.S. Apelado Ministério Público. 2015.

COPI, Irving M. **Introdução à Lógica**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. 1. ed. São Paulo: Contexto, 2020.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação – A nova retórica**. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

RODRÍGUEZ, Vitor Gabriel. **Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SCHMAELTER, Matheus Maia. Argumentum ad Hominem. **InfoEscola**. S.d. Disponível em: <https://www.infoescola.com/filosofia/argumentum-ad-hominem/>. Acesso em: 10 maio 2022.

SIGNIFICADO de Ad hominem. **Enciclopédia Significados**. S. d. Disponível em: <https://www.significados.com.br/ad-hominem/>. Acesso em: 09 maio 2022.

WALTON, Douglas N. **Lógica Informal: manual de argumentação crítica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

# 3

## LIGAÇÕES QUE FUNDAMENTAM A ESTRUTURA DO REAL

Trata-se de argumentos que compõem e organizam a estrutura do real. Não são estratégias estranhas à realidade, pelo contrário, elas se confundem com o real simulacro. Daí, os mecanismos persuasivos coincidirem com fenômenos empíricos, pois que o caso particular, *generalizado indutivamente*, atua como princípio basilar de outros argumentos desse naipe.

Na perspectiva do linguista Fiorin (2020, p. 185): “São os argumentos indutivos ou analógicos, ou seja, aqueles em que se generaliza a partir de um caso particular ou aqueles em que se transpõe para outro domínio o que é aceito num campo particular”.

Circunscrevem neste tipo de recurso persuasivo, dentre outros: *exemplo, ilustração, analogia, metáfora*, estes abordados individualmente, a seguir:

### 3.1 O FUNDAMENTO PELO CASO PARTICULAR

As ligações que fundamentam a estrutura do real podem ser abordadas sob dois aspectos, seja pelo caso particular, seja pelo raciocínio analógico. Na primeira hipótese, o caso particular pode dar causa ao Exemplo, à Ilustração e ao Modelo, o primeiro forjará a generalização; o segundo, atuará como lastro de norma já consolidada; finalmente o Modelo, estimulará a imitação. Tudo de conformidade aos conceitos de Perelman e Olbrechts-Tyteca (2017). Note-se que conquanto os autores mencionem três possibilidades, este estudo privilegiará somente o Exemplo e a Ilustração, por estarem intimamente ligados ao universo jurídico.

#### 3.1.1 ARGUMENTO PELO EXEMPLO

A gestação do Exemplo, na condição de argumento, é fásico porque implica etapas. Num primeiro momento, as circunstâncias fáticas simi-

lares se catalisam, para que no estágio seguinte, forje uma diretriz geral e abstrata, consubstanciada pelo método indutivo (Perelman, 2017), ou melhor, formula-se um princípio geral a partir de casos particulares ou da probabilidade de repetição de casos idênticos (Fiorin, 2020). Em outros termos, [...] é o processo que agrupa várias singularidades numa categoria mais ampla e geral, para o que elimina por abstração, os traços singularizantes e mantém apenas os traços genéricos (Voese, 2010, p. 68).

É pertinente pincelar o que seja o método indutivo, cuja origem remonta à filosofia de Francis Bacon (1561-1626). Consiste, minimalistamente, em investigações científicas, alicerçadas em estudos empíricos, isto é, em experimentos particulares, a fim de elaborar-se uma teoria geral.

Na seara do direito, o mesmo processo se verifica, isto é, do exame de vários casos judiciais concretos que apresentem decisões semelhantes, senão repetitivas, aufere-se uma orientação uniforme. Nessa perspectiva observam Perelman e Olbrechts-Tyteca:

Em direito, invocar o precedente significa tratá-lo como um *exemplo* que fundamenta uma regra, [...] pelo menos [nova] sob alguns de seus aspectos. Por outro lado, uma disposição jurídica é com frequência encarada como um exemplo de princípios gerais, reconhecíveis a partir dessa disposição (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 400, grifo nosso).

Aliás, situação que se observa nos Superiores Tribunais de Justiça pátrios, sobretudo quando deliberam acórdãos de modo qualitativamente similares, confeccionados e consolidados em Pareceres, Jurisprudências ou Súmulas, como fonte de direito.

Em sua categoria, alçada ao estado representativo, o Exemplo – travestido dessa performance na figura jurídica de Precedente, Jurisprudência e até de Súmula – atua como diretiva ou *exemplo*, a empregar a terminologia de Perelman, para novos casos.

Delibera a Carta Maior em seu art. 103-A que o “Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, *após reiteradas decisões* sobre matéria constitucional, *aprovar súmula* [...]” (grifo nosso), eis que este instituto, em termos jurídicos, constitui-se – como se deduz das expressões em destaque – numa consolidação sintética da jurisprudência predominante e pacífica de determinado tribunal, ou seja, torna-se um princípio geral decorrente de casos particulares ou da probabilidade de repetição de casos idênticos (Fiorin, 2020).

É pertinente discorrer-se em breve relato a noção de “Súmula”, a fim de aclarar o que seja o Exemplo, na visão do jurilinguista belga. O termo *súmula*, proveniente do latim *summa*, tem sentido de resumo, de sinopse. Por corolário, trasladada essa terminologia ao segmento jurídico, constitui-se numa síntese da jurisprudência consolidada de determinado tribunal. Nessa condição, atua como norte dos decisórios jurisprudenciais, assegurando a estabilidade ao sistema legal.

No direito, em esfera nacional, o art. 489, § 1º, inciso VI, do Código de Processo Civil de 2015 prevê que não se considera fundamentada a decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

Do que se depreende que a lei deixou de ser o único paradigma obrigatório que vincula a decisão do julgador. Referido preceito (art. 489, § 1º, inciso VI, CPC), agregado à norma, pretende que as decisões judiciais futuras não desafinem com as outras já prolatadas, sobre o mesmo tema.

A propósito, não é só o artigo 489 CPC que trata de referida exigência, mas a nova ordem processual civil, visando garantir segurança e estabilidade jurídicas, estendeu essas prerrogativas ao deliberar os artigos 926 e 927 do mesmo código.

Por essa via, constata-se, *a priori*, que aquele procedimento de caráter prático (aglutinar julgados similares) assumiu a condição normativa e positivada, como dispõem os artigos 926 e 927 CPC, sob a orientação maior do (103-A §1º Constituição Federal), que estabeleceram mecanismos de utilização do efeito vinculante aos precedentes. É o caso de súmulas em demandas iterativas, que atuam como orientadoras, impedindo a divergência de decisões nos múltiplos Tribunais do país ou até mesmo entre as turmas, a fim de reduzir à judicialização de ações de mesmo teor que ingressam nos Tribunais Superiores e, fundamentalmente, visando conferir a segurança jurídica dos vereditos.

Nesse sentido, informa Voese (2010, p. 68): “A generalização é, pois, um processo em que o argumentador, valendo-se de versões (sentidos) de fatos e situações particulares, constrói uma ideia geral, como se, através desse processo, pudesse alcançar uma verdade irrefutável.”

Dessa feita, reconhece-se, inegavelmente, que o Exemplo é tecido pelo raciocínio e método indutivo de situações particulares, manufatu-



rando-se uma referência geral, idealizada, pois objetiva ser um rumo à verdade.

O recorte do acórdão traslado – STJ – REsp 1602106 PR 2016/0137679-4 – visa demonstrar a força argumentativa do Exemplo como princípio orientador, senão determinante, para a solução de demandas, como ora se transcreve:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ – REsp 1602106 PR 2016/0137679-4, MIN. RELATOR RICCARDO VILLAS BÔAS CUEVA.

RECTE: MOMENTIVE QUÍMICA DO BRASIL LTDA E OUTROS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ACIDENTE AMBIENTAL. EXPLOÇÃO DO NAVIO VICUNÃ. PORTO DE PARANAGUÁ. PESCADORES PROFISSIONAIS. PROIBIÇÃO TEMPORÁRIA DE PESCA. EMPRESAS ADQUIRENTES DE CARGA TRASPORTADA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO CONFIGURADO.

[...]

Da necessidade de submissão do feito ao rito dos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/15

Centenas de demandas idênticas a esta aportaram na Justiça Comum do estado do Paraná, onde tem recebido, conforme informações apresentadas pelo próprio Tribunal de Justiça daquele ente da Federação, soluções díspares.

Com efeito, diante do mesmo cenário fático, ora tem concluído pela existência do dever das recorridas de indenizar, ora se tem afastado tal responsabilidade em virtude da inexistência do nexo causal a vincular qualquer ação ou omissão destas ao dano ambiental suscitado e, consequentemente, ao dano extrapatrimonial alegadamente suportado por pescadores da região atingida.

A não uniformização do entendimento jurídico aplicável a questionamento relativo à responsabilidade por um mesmo fato concreto, no caso, o acidente ambiental resultante da explosão do navio Vicunã na baía do Paranaguá – não têm se restringido ao primeiro grau de jurisdição, tanto que, ao invocar o presente feito como representativo da controvérsia, a Primeira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do estado do Paraná destacou que as centenas de ações idênticas à presente em curso também ali estariam recebendo tratamento distinto, haja vista a discrepância das orientações esposadas pelas Oitava e Nona Câmaras Cíveis daquela Corte (e-STJ fls 2.030/2.031).

Nesse particular, foi registrado na mencionada decisão de fls. 2.030/2.031 (e-STJ) que: [...] a oitava Câmara Cível desta Corte entende que se aplica ao caso a teoria de risco integral, de modo que, sendo objetiva a responsabilidade das empresas proprietárias da carga e exercendo atividade que acarrete risco ao meio ambiente, devem responder pelos danos decorrentes independente da perquirição de culpa. Presente

o nexo de causalidade diante da aplicação do princípio do poluidor pagador. (Ap. cível n 1.289.464-9/02).

Por sua vez, a Nona Câmara Cível deste mesmo Tribunal, em idêntica situação, concluiu que a adição da teoria do risco integral não afasta a necessidade de comprovar a existência do nexo de causalidade, como pressuposto necessário para caracterizar a responsabilidade civil. E entende que, no caso, “não há como estabelecer nexo de causalidade entre o simples fato de a carga transportada pelo navio ter sido adquirida pelas rés e os danos reclamados na inicial”, concluindo que “não se revela razoável imputar às rés a responsabilidade pelos prejuízos causados pela explosão do navio, já que o evento danoso ocorreu antes da tradição (Ap. Cível n. 1.335.427-7)

[...]

Cumpre registrar também que após a publicação da decisão de submissão do recurso ao rito dos arts. 1.036 e 1.0037 do CPC/15 (e-STJ fls. 1.888/1.890), decidiu-se, em dezenas de outros feitos que aqui pendiam de julgamento, determinar o retorno dos autos à Corte de origem para que lá o recurso aguardasse suspenso até o pronunciamento definitivo da Segunda Seção a respeito do Tema 957.

[...]

Desse modo, evidenciado o caráter multitudinário da demanda e sendo certa e existência de pronunciamentos judiciais discrepantes a respeito de um mesmo fato, revela-se salutar a atuação desta Corte Superior para impedir a manutenção de dissonantes interpretações da legislação federal relacionadas à questão ora controvertida que, como se pode facilmente inferir dos autos, é eminentemente de direito.

Impende salientar que essa postura uniformizadora tem sido assumida pela Segunda Seção em casos semelhantes. Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento dos recursos repetitivos referentes aos danos sofridos pelos pescadores em virtude da contaminação do rio Sergipe por vazamento de amônia (REsp n. 1.354.536/SE, DJe de 5.5.2014).

Trata de decisão de Recursos Especiais Repetitivos ingressos nos Tribunais do Paraná, em face da explosão ocorrida no navio Vicunã ancorado no porto, na noite de 15 de novembro de 2004, na baía do Paranaguá, causando baixa de quatro tripulantes e derramamento de milhões de litros de óleo e metanol no mar contíguo.

Os pescadores lesados com essa tragédia ambiental foram impedidos provisoriamente de praticarem a pesca, gerando danos a eles e suas famílias, daí centenas de ações de mesmo objeto perpetradas nas 1ª Instâncias e, posteriormente, revisadas nas instâncias superiores.

Devido às divergências de posições, isto é, diversos tribunais decidiram que havia nexo causal entre o a suspensão das atividades de pesca e os produtos tóxicos despejados e, outros, de que inexistia esse vínculo necessário, coube ao Superior Tribunal de Justiça daquele Estado deliberar uma decisão que **uniformizasse** as jurisprudências discrepantes sobre o mesmo tema, por questão de segurança jurídica. Assim *in verbis*:

Desse modo, evidenciado o caráter multitudinário da demanda e sendo certa e existência de pronunciamentos judiciais discrepantes a respeito de um mesmo fato, revela-se salutar a atuação desta Corte Superior para impedir a manutenção de dissonantes interpretações da legislação federal relacionadas à questão ora controvertida que, como se pode

facilmente inferir dos autos, é eminentemente de direito (Brasil, 2016, grifo nosso).

Da leitura ao segmento de acórdão tem-se que, do ponto de vista fático, diante do derramamento de toneladas de produto tóxico no porto de Paranaguá, várias famílias que vivem da pesca naquela região tiveram suas atividades e fonte de renda suspensas, o que as fizeram mover ações contra as empresas Momentive Química do Brasil Ltda e outras, tendo em vista, *a priori*, deflagrarem o sinistro ambiental.

Em face da quantidade expressiva de demandas, tanto na 1ª (primeira) quanto na 2ª (segunda) Instâncias, os decisórios foram categorizados em semelhantes entre si e divergentes em relação a outro “grupo”, clamando por um entendimento uniforme, sob pena de resvalar no desequilíbrio social, de imediato, e, jurídico de mediato.

Na versão do relator:

Com efeito, diante do mesmo cenário fático, ora tem concluído pela existência do dever das recorridas de indenizar, ora se tem afastado tal responsabilidade em virtude da inexistência do nexo causal a vincular qualquer ação ou omissão destas ao dano ambiental suscitado e, conseqüentemente, ao dano extrapatrimonial alegadamente suportado por pescadores da região atingida (grifo nosso).

Por corolário, diante das inúmeras e conflitantes decisões, revelou-se necessária e legítima a deliberação de julgamento único pelo Superior Tribunal de Justiça, que, nos moldes traçados por Perelman, traduz-se na figura do *Exemplo* como argumento diretivo – visto ser o resultado de aglutinação de hipóteses singulares versando sobre a mesma questão, ou seja. Prevalência do método indutivo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1602106 – PR**. Min. relator: Riccardo Villas Bôas Cueva. Resp. 1602106 pr. 2016/0137679-4, Recte.: Momentive Química do Brasil Ltda e outros, 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/523412367/inteiro-teor-523412371>. Acesso em: 07 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: STJ, 2015. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/113497/sumulas\\_stj.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/113497/sumulas_stj.pdf). Acesso em: 17 mar. 2021

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2020.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação – A nova retórica**. Trad. Maria E. de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

### **3.1.2 ARGUMENTO PELA ILUSTRAÇÃO**

Os argumentos pelo Exemplo e pela Ilustração estão enquadrados em As ligações que fundamentam a estrutura do real, categoria que compõe as Técnicas Argumentativas do jusfilósofo belga, Perelman. Contudo, enquanto o Exemplo consolida uma regra pela convergência de casos concretos similares; a Ilustração procede inversamente, ou seja, diante de um estatuto já estabelecido procura valer-se da Ilustração para lhe enfatizar a adesão pela visibilidade, considerando que ele “serve para reforçar a tese tida como aceita”, no caso, “ele figuratiza-a para dar-lhe concretude, [...] para aboná-la” (Fiorin, 2020, p. 188).

Este salto conceitual: do geral ao particular, garante a plasticidade da Ilustração, afastando-lhe o aspecto mais abstrato e genérico decorrente da normatividade que representa. É exatamente essa materialidade que dá eficácia persuasiva à Ilustração. Complementa Perelman:

Como a ilustração visa aumentar a presença, concretizando uma regra abstrata por meio de um caso particular, é comum a tendência de nela ver uma imagem, “a vivid picture of an abstract matter”. Ora, a ilustração não tende a substituir o abstrato pelo concreto, nem transpor as estruturas para outra área, como faria por analogia. Ela é verdadeiramente um caso particular, corrobora a regra, que até pode, como no provérbio, servir para enunciar (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 410).

Esse mérito – figuratizar – maximiza a credibilidade e consequente adesão do preceito-tese consubstanciado. Isso se deve principalmente ao fato de que a Ilustração pode assumir vários gêneros discursivos, tomando uma diversidade de formas, mas todas passíveis de observação.

O aspecto tangível e real da Ilustração, por se tratar de casos concretos, alarga a capacidade cognitiva do argumentante, estratégia que por certo, se não garante, ao menos potencializa a adesão, ensejando a perceptividade e inteligibilidade quanto à ideia-tese abstrata.

A decisão da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, referente à Apelação Cível 20170610060585APC, reflete a Ilustração, porquanto esta atua como pilar e lastro ao fundamento do acórdão, por evocar casos reais e similares ao que está sob exame.

*A propósito, o traslado e colação de estudos de fatos correlatos é que lhe concede visibilidade e, via de consequência, municia de força argumentativa a tese que se quer aceita – a incidência e aplicação da súmula 469 do STJ:*

APELAÇÃO CÍVEL N. Processo: 20170610060585APC (0005936-26.2017.8.07.0006) Apelante(s): BENEDITA DE ALMEIDA ULER E OUTROS Apelado(s): OS MESMOS Relatora : Desembargadora CARMELITA BRASIL Acórdão N. : 1096973 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. CDC. APLICAÇÃO. CIRURGIA DE EMERGÊNCIA CARDÍACA. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA. COBERTURA. RECUSA INDEVIDA. **DANO MORAL**. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIO PEDAGÓGICO-PUNITIVO. Nos termos da súmula 469 do STJ, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. Apesar de o STJ no RESP 1285483 / PB, na 2ª Seção, em 2016, ter afastado a aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC aos planos de saúde na modalidade autogestão, a súmula 469 do STJ não foi cancelada e o julgamento do referido recurso não procedeu na sistemática de recurso repetitivo, motivo pelo qual mantenho meu posicionamento para aplicar as normas consumeristas aos contratos de plano de saúde, independente da modalidade de gestão. As cláusulas abusivas não devem prevalecer frente ao artigo 6º do CDC, e a cláusula restritiva deve ser escrita com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão, nos termos do § 42, do artigo 54 do CDC (STJ, AGI no REsp 744.607, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, 22/9/2015). Quanto à cirurgia de urgência para correção de aneurisma de aorta abdominal, constata-se que há previsão contratual de cirurgia torácica e de cirurgia vascular, ambas com carência de 18 meses, o que foi cumprido. Ademais, não há qualquer vedação expressa ao procedimento cirúrgico solicitado. Diante da negativa injustificada ao procedimento cirúrgico indicado pelo médico assistente, tem-se clarificadas as lesões aos direitos da personalidade, impondo-se o dever de reparação por danos morais. No que tange ao valor arbitrado para a referida indenização, a jurisprudência pátria tem consagrado a dupla função do quantum devido a título de danos morais, como compensatória e penalizante, devendo-se levar em consideração, na sua fixação, o dano suportado pela vítima e a condição econômica de ambas as partes. A indenização não deve ser estabelecida em quantia ínfima, incapaz de coibir a reiteração da conduta, e tampouco arbitrada em patamar excessivo, a ponto de gerar enriquecimento sem causa daquele que suportou as consequências do dano perpetrado. (negritamos)

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª TURMA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, CARMELITA BRASIL – Relatora, CESAR LOYOLA – 1º Vogal, SANDOVAL OLIVEIRA – 2º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador CESAR LOYOLA, em proferir a seguinte decisão: NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO DA AUTORA. UNÂNIME, de acordo com

a ata do julgamento e notas taquigráficas. Brasília(DF), 16 de Maio de 2018. Documento Assinado Eletronicamente.

R E L A T Ó R I O

[...]

VOTOS

A Senhora Desembargadora CARMELITA BRASIL – Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Analisando conjuntamente os apelos, em razão da confluência das matérias tratadas.

Trata-se de apelação interposta por UNIMED CUIABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO e apelação adesiva interposta por BENEDITA DE ALMEIDA ULER, objetivando a reforma da r. sentença que, na ação de indenização ajuizada por Benedita de Almeida Uler em desfavor de Unimed Cuiabá Cooperativa de Trabalho Médico, julgou parcialmente procedente o pedido, confirmando a tutela antecipada deferida, para determinar que a ré “autorize a cobertura e arque com o custeio de todas as despesas médicas e hospitalares, inclusive honorários médicos, materiais e internação, para realização do tratamento percutâneo do aneurisma/dissecção da aorta feito pela autora no dia 31/5/2017, nas dependências do Hospital Alvorada Brasília/DF”.

[...]

Delimitado o objeto da controvérsia, observo que, dos elementos de convicção coligidos aos autos, a irresignação da operadora de plano de saúde/ré não comporta acolhimento.

Sobre a questão, tive a oportunidade de me manifestar no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0711811-51.2017.8.07.0000, onde ratifico os mesmos argumentos, in verbis: Fls. \_\_\_\_ Apelação Cível 20170610060585APC

[...] Como é cediço, o direito à saúde é um direito fundamental, de índole constitucional, consagrado de modo especial pelo art. 196 da Constituição Federal. Referido artigo, na lição de Uadi Lammêgo Bulos<sup>1</sup>, deve ser interpretado de forma a “garantir o direito à saúde, através da prevenção, tratamento e recuperação do estado de higidez física e espiritual da pessoa humana”. Está, pois, intrinsecamente jungido à dignidade da pessoa humana. Assim, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, emergiram novos princípios para a teoria contratual, corolário da socialidade que passou a informar todo o Direito Privado. Cumpre destacar que a Lei nº 9.656/98 refere-se aos planos e seguros privados de assistência à saúde ora como “produto”, ora como “serviços”. Ora, resta evidente que o legislador demonstrou que o plano privado amolda-se ao conceito de consumidor delineado no artigo 3º previsto no Código de Defesa do Consumidor. Dessa feita, entendendo ser inquestionável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica que envolve as partes, sendo de grande relevância o fato de que o princípio da obrigatoriedade dos contratos, apesar de ser um dos pilares do Direito Privado, deve ser mitigado quando se observa que há ameaça ou violação a um direito fundamental. Nesse norte, restou sedimentado o entendimento supra no enunciado de súmula 469 do STJ,” Súmula 469 – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. Não obstante meu posicionamento e a súmula retrotranscrita, cumpre registrar que a 2ª Seção do STJ prola-

tou decisão no RESP 1285483 / PB no sentido de afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor-CDC aos planos de saúde na modalidade autogestão, in verbis: [...]

Nesse cenário, tendo em vista que o julgado em tela não cancelou a súmula 469 do STJ e não procedeu na sistemática de recurso repetitivo, mantenho meu posicionamento atual para aplicar o CDC aos contratos de plano de saúde, independente de ser na modalidade autogestão ou não. Vale lembrar que as cláusulas abusivas não devem prevalecer frente ao artigo 6º, do CDC, e a cláusula restritiva deve ser escrita com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão, nos termos do § 42 do artigo 54 do CDC (STJ, AGI no REsp 744.607, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, 22/9/2015).

No concernente à aplicação da Lei 9.656/98, constata-se que, se o contrato tiver sido celebrado em momento anterior a vigência da norma, mas for de trato sucessivo, ou seja, cativo, incide a norma vigente.

No particular não se controverte que a agravada é cliente da ré desde 25/8/1998, está em dia com as mensalidades, na condição de dependente do Contrato 056.0801.008243.00-4, que tem por objeto a prestação de serviços de assistência médico-hospitalar, ambulatorial, exames complementares e serviços auxiliares, para eventos mórbidos, aleatórios e independentes da vontade humana. Quanto à cirurgia de urgência para correção de aneurisma de aorta abdominal, no Hospital Alvorada de Brasília, credenciado junto à RE, em análise detida do contrato de ID 2215425, constato que há previsão de cirurgia torácica e de cirurgia vascular, ambas com carência de 18 meses, o que foi cumprido pelo agravado. Ademais, não há qualquer vedação expressa para cirurgia cardiovascular.

Ainda que houvesse algum empecilho, neste caso, tal previsão vulneraria o próprio objeto do contrato, saúde do beneficiário, tendo em vista a emergência cirúrgica de alto risco à vida do agravado. Ora, é o profissional da saúde que dispõe dos meios e conhecimentos hábeis a indicar a opção terapêutica mais adequada ao tratamento, não se afigurando razoável, in casu, que o agravante se recuse a custear a cirurgia prescrita. Portanto, ainda que não fosse aplicado o CDC, a negativa do plano de saúde é abusiva, diante das circunstâncias do caso em epígrafe, das cláusulas contratuais e da legislação que rege a matéria.” [grifado]

[...]

Em sinfonia com o CDC, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor em face de sua hipossuficiência perante a operadora de plano de saúde. Assim, não basta à operadora oferecer a adaptação do contrato à beneficiária, deve comprovar.

De fato, ao exercer a função de prestadora de serviços, a ré está nesse seguimento, indubitavelmente, inserida na política nacional de relação de consumo, que tem por objetivo o “atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida...” (art. 4º do CDC).

[...]

O art. 6º, III, do CDC anota que é direito básico do consumidor o direito à informação adequada e clara sobre os serviços e produtos postos à



disposição no mercado de consumo, depreendendo-se daí o direito de saber, exatamente, quais os serviços compreendidos naqueles ofertados num contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares.

Ao contrário do defendido pela ré, o contrato não prevê a exclusão do referido procedimento, conforme cláusula VIII – “Serviços não cobertos pelo contrato”, item 8.1 (fl. 26). Verifica-se que há previsão de cirurgia torácica e de cirurgia vascular, ambas com carência de 18 meses, o que foi cumprido pela autora. Ademais, não há qualquer vedação expressa para cirurgia cardiovascular.

[...] Assim, a conduta perpetrada pela requerida destoa do melhor entendimento jurisprudencial aplicável à espécie. É que, como é cediço, compete exclusivamente ao médico ou a equipe profissional responsável pelo acompanhamento do paciente a indicação do tratamento que melhor se adequa à patologia apresentada, sendo que a recusa no custeio de procedimento ou de insumos e materiais necessários à consecução das finalidades curativas esperadas com a adoção dos protocolos médicos resplandece desprovida de qualquer razoabilidade.

Dessa forma, revela-se ilegítima a conduta da ré, operadora de plano de saúde, violando-se a boa-fé objetiva e a dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, os argumentos expendidos pela ré não são capazes de infirmar a conclusão adotada no julgamento do mencionado agravo e da sentença, que confirmou a antecipação de tutela para determinar que a ré autorize e custeie o procedimento cirúrgico necessário à saúde da autora.

Passo ao exame do apelo da autora, que postula a condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral.

Importante salientar que a jurisprudência do c. STJ firmou-se no sentido de que a hipótese de negativa de cobertura ao tratamento proposto pelo médico ao seu paciente autoriza a condenação das operadoras de planos de saúde ao pagamento de compensação pelos eventuais **danos morais** suportados pelo consumidor. Nesse sentido, transcrevo os arestos adiante ementados:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. PROCEDIMENTO MÉDICO. 1. Passível de indenização a título de danos morais a recusa indevida/injustificada pela operadora do plano de saúde à autorização da cobertura financeira de tratamento médico. 2. Inviabilidade de ser alterado valor indenizatório, quando não se revelar irrisório ou exorbitante. incidência da Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno não provido.” (AgInt no AREsp 925.779/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA A TRATAMENTO DE DOENÇA COBERTA PELO PLANO. CONDUTA ABUSIVA. DANOS MORAIS. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO RECORRIDA EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. JUROS DE MORA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA N. 284/STF. DECISÃO MANTIDA. 1. Consoante a jurisprudência desta Corte, é abusiva a negativa de cobertura do plano de saúde a algum tipo de procedimento, medicamento ou material necessário para assegurar



o tratamento de doenças previstas pelo contrato. 2.[...].” (AgInt no AREsp 877.577/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 16/08/2016)

**CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. Tratamento cirúrgico POR VIA ENCODOSCÓPICA. RECUSA INJUSTIFICADA. ABUSIVIDADE. DANO MORAL IN RE IPSA. CONFIGURAÇÃO. REVISÃO DO VALOR. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULAS NºS 7 E 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.** 1.[...]. 2.[...]. 3.[...]. [...] 6. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp 708.704/PE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 03/02/2016)

De tal sorte, é notório que, conforme a jurisprudência supramencionada, cabível a reparação por danos morais ao consumidor que é surpreendido com a negativa de cobertura por parte do plano de saúde, notadamente quando o procedimento a que será submetido é essencial ao tratamento da enfermidade que lhe acomete.

Impende destacar que a autora sofreu abalo moral quando se deparou com a negativa da ré em autorizar e custear o procedimento cirúrgico, tendo que se socorrer da prestação jurisdicional.

[...] Ademais, o nexo de causalidade existente entre a conduta e o resultado danoso se mostra evidente, motivo pelo qual se encontram presentes os elementos caracterizadores da responsabilização civil da ré.

Sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho assim explana:

O que configura e o que não configura o dano moral? Na falta de critérios objetivos, essa questão vem-se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade. Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.

Este é um dos domínios onde mais necessárias se tornam as regras da boa prudência, do bom-senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. [...]

A gravidade do dano – pondera Antunes Varella – ‘há de medir-se por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deve ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado’ (Das obrigações em geral, 8. ed., Almedina, p. 617).

Dissemos linhas atrás que dano moral, à luz da Constituição vigente, em sentido amplo é agressão a um bem ou atributo da personalidade e, em sentido estrito, é agressão à dignidade humana. Que consequências podem ser extraídas daí? A primeira diz respeito à própria configuração do dano moral. Se dano moral é agressão à dignidade da pessoa humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade.

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, [...]. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.”

No particular, tem-se que os fatos narrados representaram violação aos direitos da personalidade da autora, porquanto evidenciada a perturbação em sua esfera anímica.

Cabe destacar, ainda, que para a caracterização do dano moral não existe a obrigatoriedade da presença de sentimentos negativos por parte da vítima, uma vez que tal malefício se caracteriza por uma ofensa e não por uma dor ou padecimento.

Nesse sentido é o entendimento positivado no Enunciado nº 445, aprovado na V Jornada de Direito Civil, segundo o qual “o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.”

Com efeito, presentes os requisitos da responsabilidade civil, bem assim, o liame subjetivo entre a conduta ilícita da ré e o dano moral suportado pela autora, cumpre analisar a expressão do valor assegurado à vítima a título de compensação.

Flávio Tartuce, ao versar sobre o tema em debate, apregoa que na reparação do dano moral “não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo.”

Segundo o supracitado autor, se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais, vez que ausente a finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, prevalecendo, por outro lado, a imprescindibilidade de compensação pelos males suportados.

O STJ, de seu turno, tem consagrado a doutrina da dupla função na indenização do dano moral: compensatória e punitiva. Dentre os inúmeros julgados que abordam o tema, destaco o REsp 318.379-MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que asseverou em seu voto, in verbis:

“[...] a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar de sua ratio essendi compensatória, e, assim, causar enriquecimento indevido à parte. É preciso que o prejuízo da vítima seja aquilutado numa visão solidária da dor sofrida, para que a indenização se aproxime o máximo possível do justo.”

O entendimento acima, há muito externado pelo Superior Tribunal de Justiça, encontra ressonância no seio desta Corte local, consoante se afere da leitura dos seguintes arestos, adiante ementados, no que interessa:

“CIVIL. CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE EMPRESARIAL. PRORROGAÇÃO. ARTIGOS

1º, I E §1 E ARTIGO 30 DA LEI 9.656/98. CÂNCER DE TIREÓIDE. TRATAMENTO. RECUSA. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. [...] [...]. 5. Recurso improvido.” (Acórdão nº 878.831, 20140111720415APC, Relator: JOÃO EGMONT, Revisor: LEILA ARLANCH, 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 01/07/2015, Publicado no DJE: 09/07/2015. Pág.: 244)  
“DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MINORAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. [...] 2. [...] 4. Apelo desprovido.” (Acórdão nº 809.106, 20110710258880APC, Relator: SILVA LEMOS, Revisor: NÍDIA CORRÊA LIMA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 23/07/2014, Publicado no DJE: 06/08/2014. Pág.: 137)

Diante do parcial provimento do recurso da autora, deve a parte ré suportar exclusivamente os ônus sucumbenciais. Isso porque, no caso, restou configurada a sucumbência mínima da autora, visto que foi vencedora na parte mais expressiva dos pedidos, referente ao custeio do procedimento cirúrgico, no valor aproximado de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), além do pedido de indenização por danos morais, arbitrados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). [...]

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso da ré e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso adesivo da autora, reformando-se parcialmente a r. sentença, para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais à autora, arbitrados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com incidência de correção monetária a contar do arbitramento (súmula 362 do STJ) e juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso (súmula 54 do STJ), bem como ao pagamento da integralidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, majorados para 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação, conforme art. 85, § 11 do CPC.

E como voto.

O Senhor Desembargador CESAR LOYOLA – Vogal Com o relator O Senhor Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA – Vogal com relator  
DECISÃO NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO DA AUTORA.  
UNÂNIME (Brasil, 2017, grifo nosso).

Como informado anteriormente, por esse julgado pretende-se demonstrar a relevância do emprego do argumento de Ilustração e, a reboque, o de Exemplo. De início, na fase de Ementa já se aponta a ideia-tese – aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde –, ou seja, aquela que se quer provar e que se quer a aquiescência das partes interessadas. Trata-se da *Súmula 469 do STJ*, que ora atua na condição de Exemplo, em vigor quando da decisão em pauta.

Lastreia a validade e eficácia do Exemplo os casos de natureza real, julgados e validados pelos Tribunais. Casos esses que se traduzem em Ilustração, porquanto sua função e atuação é no sentido de dar con-

cretude ao abstrato e ao geral (súmula). As circunstâncias particulares são significativas, quando não condicionantes, para o convencimento da tese em questão.

Por essa via, a relatora utilizou de várias Ilustrações, como demonstram a pluralidade de ementas trazidas, à guisa de fio condutor da receptividade à tese, cujo reconhecimento se pretende por meio destas e outras presentes no corpo do acórdão em exame, que se encontram transcritos nos diversos: AgInt no AREsp 925.779/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016; AgInt no AREsp 877.577/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 16/08/2016; AgRg no AREsp 708.704/PE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 03/02/2016, além de outras decisões gritadas no corpo do acórdão examinado.

Todos esses julgados tratam de um fato em comum: as cláusulas abusivas e negativas injustificadas de convênios médicos aos seus clientes, não há como prevalecerem frente ao artigo 6º, do CDC, cabendo, portanto, a incidência do dano moral. O que se observa, é que as hipóteses trazidas como ilustrações serviram de esteio à Súmula (Exemplo) que se pretende aceita.

Dessarte, pertinente fazer-se um adendo quanto à Súmula 469 do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”, cujo teor foi revogado e substituído em razão da publicação da Súmula 608 (aprovada em 11.04.18, DJe 17.04.18 STJ 2ª seção), que delibera: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.

Interessante que, embora o acórdão em comento seja anterior à nova Súmula, que exclui os planos de saúde administrados por entidades de autogestão, a relatora já refutava a ressalva como fator de impedimento à incidência da Súmula 469 do STJ: “mantenho meu posicionamento atual para aplicar o CDC aos contratos de plano de saúde, independente de ser na modalidade autogestão ou não.”

A teor dessa súmula 469, aos contratos de convênio médico-hospitalar concernem os preceitos diretores do Código de Defesa do Consumido, como reforça a colocação da relatora: “Cumpre destacar

que a Lei nº 9.656/98 refere-se aos planos e seguros privados de assistência à saúde ora como ‘produto’, ora como ‘serviços’”. Daí, concluir que “o legislador demonstrou que o plano privado amolda-se ao conceito de consumidor delineado no artigo 3º previsto no Código de Defesa do Consumidor. Dessa feita, entendendo ser inquestionável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica que envolve as partes, [...]”.

Essa justificativa transforma-se em argumento, no sentido de que a aplicabilidade da Súmula 469 do STJ é irrefutável e necessária ao caso investigado. O mesmo sucede ao trazer outro fato também analisado e similar à questão em pauta – Agravo de Instrumento nº 0711811-51.2017.8.07.0000 – porque este e outras ementas transcritas atuam como *Ilustração* ao conceder materialidade e inteligibilidade àquela diretriz sumular, ratificando-a.

Outro tópico de relevância quanto ao decisório diz respeito ao *Dano* – apontado na ementa – instituto positivado no *Enunciado nº 445*, aprovado na V Jornada de Direito Civil, segundo o qual “o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.”

No âmbito deste estudo será categorizado como Exemplo, sendo imperiosa a figura da Ilustração. Nessa trajetória, a relatora utilizou de várias Ilustrações novamente, como revela a multiplicidade de ementas trazidas para direcionar e induzir a adesão à tese da relevância da ofensa em detrimento da angústia sentida, dentre elas as ora transcritas:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. PROCEDIMENTO MÉDICO. 1. Passível de indenização a título de danos morais a recusa indevida/injustificada pela operadora do plano de saúde à autorização da cobertura financeira de tratamento médico. 2 [...] Agravo interno não provido.” (AgInt no AREsp 925.779/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016) (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA A TRATAMENTO DE DOENÇA COBERTA PELO PLANO. CONDUTA ABUSIVA. DANOS MORAIS. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO RECORRIDA EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. JUROS DE MORA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA N. 284/STF. DECISÃO MANTIDA. (AgInt no AREsp 877.577/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 16/08/2016) (grifo nosso).

Por fim, há de se notar que Ilustração e Exemplo são, cada qual, rota de mão dupla, dependendo do raciocínio a se aplicar: dedutivo ou indutivo.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Apelação Cível n. 20170610060585APC**. Apelante(s): Benedita de Almeida Uler e outros. Apelado(s): os mesmos. Relatora: Desembargadora Carmelita Brasil Acórdão n. 1096973, 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 469**. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. 2018.
- COPI, Irving. **Introdução à lógica**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
- FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2020.
- GRANZINOLI, Cassio Murilo Monteiro. **Interpretação e Argumentação Jurídica** – Uma contribuição para a fundamentação e justificação das decisões judiciais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- MIZUNO, Erika Louise. Súmulas relacionadas aos planos de saúde. **Migalhas de Peso**, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/281396/stj-aprova-novas-sumulas-relacionadas-aos-planos-de-saude>. Acesso em: 15 jan. 2021.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação** – A nova retórica. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.
- STJ edita quatro novas súmulas e cancela uma sobre planos de saúde. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF. 16 abr. 2018. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-04-16\\_15-47\\_STJ-edita-quatro-novas-sumulas-e-cancela-uma-sobre-planos-de-saude.aspx?\\_\\_cf\\_chl\\_tk=M38n3pKJ6OTEkdQbsagX3XcMV44odbTvvs\\_eS4TxjqE-1721145852-0.0.1.1-4863](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-04-16_15-47_STJ-edita-quatro-novas-sumulas-e-cancela-uma-sobre-planos-de-saude.aspx?__cf_chl_tk=M38n3pKJ6OTEkdQbsagX3XcMV44odbTvvs_eS4TxjqE-1721145852-0.0.1.1-4863). Acesso em: 15 jan. 2021.

## 3.2 RACIOCÍNIO POR ANALOGIA

A valer o entendimento de que a argumentação faz progredir o discurso por inferência (Fiorin, 2020), mister se faz examinar quais os fatores propulsores desse ato persuasório. A lógica contempla os raciocínios por dedução e por indução, como dínamos daquela mecânica.

Tratou-se de raciocínio por analogia, por ocasião do argumento *a pari*, Oportunidade em que se discorreu sobre conceito e características do que o fosse. Lembrando que sua propriedade mais significativa reside no fato de ser um raciocínio indutivo.

Apenas visando resgatar nocionalmente, analogia consiste em desvelar um ou mais aspectos em que as entidades comparadas sejam significativamente semelhantes. Toda inferência analógica parte da identidade de duas ou mais fenômenos/circunstâncias encontrada em uma ou mais particularidades relevantes.

Esse processo advém em grande parte do raciocínio comum, cuja peculiaridade consiste em ancorar-se em experiências passadas com possibilidade de prognosticar ato vindouro. Nesse sentido, este método afasta conclusões decorrentes de necessidade lógica e, portanto, dota-se de resultado provável. Assim, os argumentos analógicos não podem ser classificados como válidos ou inválidos, mas sim prováveis ou não.

Destaque-se que do ponto de vista da lógica, que essa metodologia torna-se significativa se: a) os elementos afins forem verdadeiros e relevantes; b) a quantidade dos elementos semelhantes for expressiva; c) as diferenças não forem acentuadas (Fiorin, 2020).

É unânime que ao se tratar de analogia, um requisito universal se revela: a semelhança. Contudo, sob a visão de Perelman o protótipo desse tipo de raciocínio consiste numa similitude de estruturas, cuja fórmula genérica seria: A está para B como C está para D.

Por essa via, denomina de tema o grupo dos termos A e B, sobre os quais embasa a conclusão e de foro o binômio C e D que servem para respaldar as premissas, sendo o tema de caráter mais abstrato, enquanto o foro é mais figurativo.

Assim como os olhos dos morcegos são ofusca os pela luz do dia, a inteligência de nossa alma é ofuscada pelas coisas mais naturalmente evidentes (Aristóteles *apud* Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 424).

Nesse quadrante metafórico aristotélico, A e B – temas – se traduzem em inteligência da alma e evidência, enquanto C e D – foros – representam olhos do morcego e luz do dia.

Ainda segundo esse jusfilósofo, para que ocorra a analogia, tema e foro devem pertencer a áreas diferentes, sob pena de ser a analogia substituída por um raciocínio como o Exemplo ou a Ilustração.

A melhor representação do que seja esta técnica cognitiva, na versão daquela relação dual, é a *metáfora* traduzida como uma analogia condensada, resultante da fusão de um elemento do foro com um elemento do tema.

Dessa feita, embora a analogia-padrão comporte quatro termos, pode ocorrer que esse número se reduza a três, ou seja, ocasião em que um deles figura duas vezes no esquema, resultando na equação: B está para A assim como C está para B, constituindo a figura tropo da metáfora.

Nesse sentido, resgata Perelman: Na tradição dos mestres de retórica, a metáfora é um tropo, ou seja, “uma mudança bem sucedida de significação de uma palavra ou de uma locução” (Quintiliano, v. III, liv. VIII. cap. VI, § 1, cf. Volkmann *apud* Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 40) seria mesmo o tropo por excelência. Pela metáfora, diz-nos Dumarsais “transporta-se, por assim dizer, a significação própria de um nome para a outra significação, que só lhe convém em virtude de uma comparação que existe na mente” (Dumarsais *apud* Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 167-168).

## REFERÊNCIAS

COPI, Irving Marmer. **Introdução à Lógica**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2020.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação** – A Nova Retórica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

### 3.2.1 ARGUMENTO PELA METÁFORA

Dos vários aportes argumentativos elencados por Perelman consta o por Metáfora; entretanto, como já se informou no início deste estudo de que, não obstante o Tratado da Argumentação opere como fio condutor, esta obra não seria a única a ser contemplada, outras se somariam para melhor esclarecer cada um dos tópicos.

Dessa feita, considerando que o argumento, enquanto estratégia de convencimento, tem a função de maximizar a adesão do seu interlocutor, adotou-se o estudo, dentre outros, de Francis Vanoye na orientação da mais adequada construção discursiva metafórica.

Com efeito, no manuseio das palavras, procura-se articulações e/ou imagens com a intenção deliberada de enfatizar a mensagem, ainda que para isso tenha que se transgredir a normatividade gramatical e/ou apartar do sentido denotativo do termo. Esses desvios, enquanto reforço da comunicação tem função estilística e constituem as figuras de linguagem.



Na preleção de Vanoye (1987, p. 48-50):

As figuras constituem os “ornamentos” do discurso. A figura se opõe à linguagem simples. Ela desvia os elementos da linguagem comum do seu uso normal, criando uma linguagem nova, [...] é possível afirmar que existe uma estreita relação entre as “técnicas de expressão” e a retórica.

Embora essas figuras estejam consolidadas na linguagem e nela incorporada, é preciso ressaltar que a metáfora, na condição de estética linguística e fator de argumentação, deve ser elaborada de modo a estimular o intelecto para o fim de tornar o seu emprego mais eficazmente persuasivo – plurissignificação do enunciado –, e não meramente decorativo.

A metáfora, em suma, consiste num recurso estilístico capaz de criar sentido diverso de sua referência original, assim passível de transpor o significado literal para o figurado. Por esse procedimento, o falante/narrador rompe, de maneira calculada, as regras combinatórias das figuras, criando uma impertinência semântica e, dessa maneira, forjar novos conceitos linguísticos (Fiorin, 2011).

Distante de se tratar de uma substituição de uma palavra por outra, constitui-se numa outra possibilidade de leitura de um termo criada por contexto distinto de seu uso primário. Trata-se de uma alteração semântica pela incorporação de um novo significado ao literal. Esse agregar tem como critério a identidade entre o conceito usual e o inusitado, engendrando uma nova forma expressiva mais adequada ou mais eficaz ao seu objetivo retórico.

Sob a versão de Perelman, a metáfora guarda estreito vínculo com o raciocínio analógico desde as antigas tradições, em que é vista como tropo, sob a equivalência de A está para B (tema) como C está para D (foro). Contudo, vai mais além, imbricando um tema com um foro (B está para A assim como C está para B) deflagra o efeito argumentativo.

Deveras, a intersecção decorrente de traços semânticos comuns entre os significados cotejados gera modificação do sentido habitual do termo e constrói um olhar mais criativo e adequado na estrutura sintática, quando da confecção do texto.

Por essa vereda, trasladou-se um recorte da decisão monocrática, de relatoria do min. Marcos Aurélio Bellizze, quando do exame do Agravo em Recurso Especial n. 2037397 – DF (2021/0383293-0) relator:

## Decisão

Trata-se de agravo interposto por Carlos Iberê e Freitas contra a decisão de fls. 483-485 (e-STJ), proferida em juízo provisório de admissibilidade, a qual negou seguimento ao recuso especial. O apelo extremo foi deduzido com base no art. 105, III, a e c da CF, em desafio ao acórdão prolatado pelo TJDF e dos Territórios assim ementado (fls. 369-371, e-STJ):

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. CONSUMIDOR. BANCO. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA NÃO RECONHECIDA. FRAUDE. CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR. CONFIGURAÇÃO. LEI N. 14.155, DE 2021. FRAUDES BANCÁRIAS ELETRÔNICAS. CONCURSO DA VÍTIMA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

[...]

11.O § 4º do mesmo artigo (171) passou a punir, com causa especial de aumento de pena, a situação do idoso ou vulnerável: “estelionato contra idoso ou vulnerável. § 4º pena aumenta-se de 1/3 ao dobro, se o crime é cometido contra idoso ou vulnerável, considerada a relevância do resultado gravoso”

12. O engano fraudulento, o *dolus malus*, tem características típicas milenares: quem engana não deixa prova contra si quando o objetivo é ilaquear a boa-fé da vítima e apropriar-se, indevidamente, do que é dela.

13. A aparência de boa-fé, de credibilidade, é fonte do sucesso de quem frauda expectativas alheias legítimas para obter indevida vantagem econômica, o impostor não se assemelha aos impostores. O astuto não traz a má-fé estampada na face nem nasce com estrela na testa. O impostor apresenta-se, sempre, como um ser humano perfeito. Jamais diz à vítima, como o personagem de Plauto dramaturgo romano (Titus Maccius Pautus, 205-184 a.C), em Epidicus: “Eu me transformarei em sanguessuga e sugarei o seu sangue)

14. A metáfora da sanguessuga, repetida algumas vezes por Plauto, também consta no Velho Testamento (Provérbios, 30:15: “A sanguessuga tem duas filhas Dá e Dá. Estas três coisa nunca se fartam; e com a quarta, nunca dizem: basta!”) para retratar a pessoa que procura causar grande prejuízo econômico a outrem, subtraindo-lhe os bens, sem nunca se saciar.

15. O **camaleão**, um lagarto mosqueado, com manchas em forma de estrela (Stella), dotado de mimetismo, que é a capacidade de ajustar a aparência a cada nova situação, muda a cor da pele para enganar as presas e para não ser apanhado por predadores. O *nomem juris* do crime tipificado no art. 171 do CP brasileiro veio da palavra latina *Stellionatus* (Stellio + natus.) Literalmente: nascido de, oriundo de um camaleão), que Ulpiano, jurista romano, (Eneo Domitius Uloianus, 150 – 223 d.C), utilizou para nomear os crimes com fraudes, as burlas. Nos humanos, o mimetismo do Stellio, do camaleão, é usado para enganar pessoas, obter vantagem econômica ilícita e escapar da Justiça.

16. Os meios eletrônicos facilitaram a vida de todos, mas impõem às pessoas que deles se utilizam, como contrapartida, prudência compatível com essas facilidades porque viabilizaram, por outro lado, novas

fraudes. Os camaleões eletrônicos estão por toda parte e se reinventam a cada inovação tecnológica.

17. Recurso conhecido e não provido (Brasil, 2021, grifo nosso).

Esse novo traçado linguístico (sanguessuga e camaleão) – elaborado pelo relator do calibre de Marcos Aurélio Bellizze – trouxe, num primeiro plano discursivo, uma estética impregnada de ironia, mas dotada de leveza; e num nível mais subliminar, adjetivos como asqueroso, repulsivo e astuto, finório para tipificar o estelionatário, sem o dizê-lo, entretanto. Qualidades não expressas no recorte do acórdão traslado, mas assimilado implícita ou inconscientemente pelo receptor.

Talvez se o relator empregasse expressões como estelionatário ou delinquente para nomear o agente infrator, provavelmente não invocasse tanta atenção e repúdio, considerando que tais expressões fazem parte usual do acervo linguístico penal. No entanto, o manejar de recursos estilísticos como *sanguessuga* e *camaleão* infundiria, no imaginário do leitor/receptor, imagens mais bem elaboradas e otimizadas, além de imprimir maior expressividade ao discurso.

O aspecto do anelídeo (sanguessuga) refere-se a invertebrados repulsivos e asquerosos, tendo como agravante a propriedade vampiresca, porquanto suga o sangue de suas vítimas. Figura de linguagem que remete a indivíduo que explora e usurpa do outro, fazendo-lhe a sangria.

O camaleão, por sua vez, dispondo de matizes diversos e dotada de cores – desde frias às quentes – e texturas cambiantes, alude à pessoa dissimulada, que de acordo com as circunstâncias traveste-se de boa-fé e credibilidade miméticas, com o fito de burlar a vítima.

A modificação semântica das palavras – ao incorporar características similares quanto ao sentido etmológico – gera formas plásticas inusitadas, dotando de maior visibilidade imaginária e robustez argumentativa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Agravo em recurso especial n. 2037397 – DF**. Relator: Min. Marcos Aurélio Bellizze, 2021. Agravante: Carlos Iberê e Freitas contra a decisão de fls. 483-485 (e-STJ). 2021.

FÁVERO, Leonor Lopes. **Coesão e Coerência Textuais**. 6. ed. São Paulo: Ática. 1999.

FIORIN, José Luiz. **Elementos de Análise do Discurso**. 15. ed. São Paulo: Contexto. 2011.

KOCH. Ingedore. G. Villaça. **Argumentação e Linguagem**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

KOCH. Ingedore. G. Villaça. **O texto e a construção dos sentidos**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2011.

SOUZA, Warley. Metáfora. **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/gramatica/metafora.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação – A Nova Retórica**. Trad. Maria E. A. Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

VANOYE, Francis. **Uso de linguagem**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

## 4

### ARGUMENTO BASEADO NA DISSOCIAÇÃO DAS NOÇÕES

A rede classificatória de Perelman é dicotômica: se de um lado contempla argumentos lastreados em processo de ligação – na tentativa de aproximar elementos, inclusive, díspares; de outro, traça esquemas argumentativos, cuja tônica reside na prática dissociativa: procedimento de ruptura de fenômenos considerados usualmente conexos.

Aliás, a recusa dessa conexão se traduz pela negativa de reconhecimento quanto à existência de uma ligação. Este argumento se caracteriza pela desconstrução da unicidade original de alguma situação ou conceito ou, ainda, da relação promovida pelo desempenho associativo.

Para dar visibilidade e generalidade à condição dissociativa, visando a sua análise e extensão, Perelman concebe um protótipo por meio da fórmula:

Quadro 4 – Par filosófico

Aparência	Termo I
Realidade	Termo II

Fonte: Elaborado por Chaïm Perelman; Lucie Olbrechts-Tyteca *in* Tratado da Argumentação – A Nova Retórica, 2017.

Nesse sentido, o termo I representa o aparente, algo que se localiza na superfície, que se desvela de imediato, que se faz percebido diretamente, configura-se num invólucro da realidade, que se pretende passar por ela.

[...] elas constituem um véu, um amparo, uma máscara, um obstáculo ao conhecimento da realidade; isso porque o termo I é aparente e visível, imediatamente dado; na medida em que não nos revela o termo II, arrisca-se a não-lo ocultar (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 498).

O termo II, por seu turno, aquele que é autêntico, verdadeiro, real não é visível ao primeiro olhar, porque se encontra na sombra ou encapsulado. Embora seja reconhecido por ser o “propriamente dito”, a

essência, sua busca não constitui senão a expressão sistematizada dessa correspondência entre realidade e o que seja relevante e essencial ao ser (algo).

Referida equação, a que se denominou de *par filosófico* – em que o termo I representa a aparência, enquanto que o II, a realidade –, foi eleita como padrão de dissociação nocional, tendo em vista que dele decorrem outras situações duais como: meio/fim; letra/espírito; subjetivo/objetivo, apenas para citar.

É, entretanto, no continente do termo I, mediante rotas múltiplas e equivocadas, que se traça o roteiro ao cerne do que se procura. Aliás, na hipótese de não se perceber nenhuma inconsistência ou incompatibilidade na quimera exteriorizada esta passará por verdade. Pois que a aparência é um simulacro do que seja o legítimo, visto que o termo I se confunde com este ou, ainda, que induz a erro quanto à sua natureza:

Enquanto não tivermos razão alguma de duvidar dela, a aparência é apenas o aspecto sob o qual o objeto se apresenta, entende-se por aparência a manifestação do real (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 472).

A cisão, a fim de separar o real de seu reflexo, se vale do critério de valorização das características pertinentes ao termo II e rejeição aos aspectos que se lhe são adversos. Esse processo não se restringe à mera separação, mas a uma desconstrução do termo I e reconstrução do termo II.

[...] por ocasião da dissociação, ele permitirá valorizar ou desqualificar determinados aspectos sob os quais se apresenta o termo I; permitirá distinguir, entre as aparências cujo estatuto é equivoco, as que não passam de aparências das que representam o real. [...] a dissociação em termos I e II valorizar os aspectos conformes ao termo II e desvalorizar os aspectos que se lhe opõem: o termo I, a aparência, no sentido estrito da palavra, não passa de ilusão e erro (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 473).

Do ponto de vista argumentativo, é possível valer-se de dissociações já assimiladas e aceitas ou, então, elaborar dissociações geradas de forma *ad hoc* (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 484).

*Ad hoc* formulado com o único objetivo de legitimar ou defender uma teoria, e não em decorrência de uma compreensão objetiva e isenta de realidade. Diz respeito a argumento, proposição ou hipótese.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Dicionário on line: Definições de Oxford Languages.

A fim de traçar por meio deste mecanismo, via *ad hoc*, uma proposição ou hipótese à guisa de argumentação, recorre-se ao uso da linguagem de forma estratégica ao se agregar os adjetivos “aparente” ou “real”, ou dos advérbios “aparentemente” ou “realmente” ao se elaborar o discurso.

Deveras, a qualquer noção que se adicionar citados adjetivos, advérbios ou seus correlatos, tais como *supostamente*, *pseudo*, *quase*, ou ainda do verbo “pretender”, denuncia-se a quimera – termo I.

No direito, esse exercício dissociativo é sua vocação, pois que a busca da verdade no emaranhado contextual da aparência é incessante e acurada. Deslindar o que seja fato do que seja versão do fato exige expertise legal, psicológica e teleológica, dentre outras habilidades.

Para melhor visualizar essa divergência no que parece ser indissociável, com base na estratégia persuasiva em comento, é interessante socorrer-se ao exame do acórdão exarado pelo TJ – RJ na Apelação Cível n. 0233724-57.2010.8.19.0001 – 23ª Câmara Cível – RJ. Apelante: RSM. Apelado: Supervia Concessionária de Transporte Ferroviário S/A:

Acórdão. Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Acidente. Transporte coletivo. Sentença de improcedência. Apelação do autor. [...]

Voto

Trata-se de ação de indenizatória em que alega a parte autora, em síntese, que no dia 22 de julho de 2010, por volta das 19 horas, viajava na qualidade de passageiro em uma composição ferroviária pertencente à parte ré, ocasião em que, ao trafegar entre Estações de Honório Gurgel e Barros Filho, ramal de Belford Roxo, iniciou-se um incêndio na composição, resultando em dezenas de vítimas, dentre as quais o autor. Sustenta que sofreu sérias lesões corporais, sendo encaminhado ao Hospital da Posse com escoriações nas pernas. Pleiteia, portanto, a condenação da parte ré em indenização por danos morais e materiais (grifo nosso).

A sentença julgou improcedentes os pedidos.

Pretende o autor/apelante a reforma da sentença para que sejam julgados procedentes os pedidos.

Não assiste razão ao apelante, senão vejamos:

A relação jurídica se enquadra no conceito de relação de consumo regulado pela Lei n. 8078/90, norma de ordem pública, cogente e de interesse social, sendo a parte ré fornecedora de serviços e a parte autora consumidora, na forma da legislação consumerista.

A responsabilidade da fornecedora de serviços é objetiva, portanto, independe de culpa, nos termos do artigo 14 do CDC e só pode ser afastada se demonstrada a existência de uma das causas excludentes previstas no § 3º do citado artigo.

Mas apesar da responsabilidade do prestador de serviço ser objetiva, cabe ao consumidor comprovar a ocorrência do fato, dano e nexo causal. A ocorrência do acidente narrado pela parte autora é fato incontroverso, uma vez que a parte ré, em sua defesa, não nega a sua ocorrência.

Todavia, os elementos constantes dos autos não autorizam a conclusão pela existência de danos de qualquer espécie a amparar a pretensão de indenização.

O autor instruiu sua petição inicial com Registro de Aditamento do Boletim Policial em que narra a ocorrência do fato, mas não individualiza nenhum tipo de lesão sofrida pelo autor (id x)

Verifica-se, ainda, que foi expedido ofício ao Hospital que o autor alega ter sido atendido no dia do acidente, não tendo sido encontrado registros de atendimento médico em nome do autor (id x).

Além disso, as testemunhas arroladas pelo autor, em que pese reafirmarem o acidente narrado, não sabem dizer se o autor era passageiro do trem, não sendo possível concluir por meio dos depoimentos das testemunhas que o autor sofreu algum tipo de lesão no dia do acidente (id x) [...]

Ademais, o autor não junta aos autos qualquer documento que comprove que houve despesas com o seu tratamento, não havendo como reconhecer o dever de indenizar por dano material.

Assim, ausentes os requisitos da responsabilidade objetiva, impõe-se a improcedência dos pedidos, devendo a sentença ser mantida na íntegra. Sonia de Fátima Dias. Des. Relatora (Brasil, 2010).

No caso em apreço, da relação, a princípio, indiviso de relato-fato vislumbra-se uma fissura entre esses dois eventos a ponto de a ruptura ser absoluta. Com efeito, relata o autor, em suma:

[...] que no dia 22 de julho de 2010, por volta das 19 horas, viajava na qualidade de passageiro em uma composição ferroviária pertencente à parte ré, ocasião em que, ao trafegar entre Estações de Honório Gurgel e Barros Filho, ramal de Belford Roxo, iniciou-se um incêndio na composição, resultando em dezenas de vítimas, dentre as quais o autor. Sustenta que sofreu sérias lesões corporais, sendo encaminhado ao Hospital da Posse com escoriações nas pernas.

Pode se enumerar os tópicos da *narração* (termo I), que *parecem* guardar uma relação com o real:

1. Houve um incêndio na composição do trem em 22 de julho de 2010, aproximadamente às 19 horas;
2. Várias pessoas foram vitimadas por esse sinistro, inclusive o autor;
3. Este informa que sofreu sérias lesões corporais;
4. Foi encaminhado ao Hospital da Posse.

Como se disse anteriormente, a unicidade entre o real e a sua versão pode ser ilusória e seu desvelamento é o escopo do argumento



dissociativo, uma vez que ele consiste no mecanismo de cisão aplicado a premissas similares ou unas, a fim de expor suas diferenças, distinguindo-as, identificando-as como lances individuais.

A ruptura entre o acontecimento e sua respectiva enunciação é evidenciada e corroborada principalmente pelo cotejo entre os elementos probatórios e o discurso. Assim, do exame ao Registro de Aditamento do Boletim Policial, nada é informado sobre o tipo de lesão sofrido pelo autor.

Além do que, nada se verifica nos autos que comprove despesas com o dito tratamento. E, finalmente, o Hospital da Posse não detêm ou dispõe de cadastro ou prontuário que corrobore com o relato do autor de que lá estivesse por ocasião do acidente. Resultando em uma fenda entre os termos I e II que, em tese, deveriam compor uma unidade.

## REFERÊNCIAS

- BENVENISTE, Emile. **Problemas de linguística geral**. São Paulo: Nacional/Edusp, 1976.
- BRASIL. **Apelação Cível n. 0233724-57.2010.8.19.0001**. 23ª Câmara Cível – RJ. Apelante: RSM. Apelado: Supervia Concessionária de Transporte Ferroviário S/A. Sonia de Fátima Dias. Des. Relatora, 2010.
- COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou.
- FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. São Paulo: Contexto, 2011.
- KOCH, I.G.V. O funcionamento polifônico da argumentação. **Investigações**, n. 4, Universidade Federal de Pernambuco, 1994, p. 31-36.
- KOCH, I.G.V. **Argumentação e linguagem**. São Paulo: Cortez, 1984.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação – A nova retórica**. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.
- REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. BALLY, Charles; SECHEHAYE, Albert (Org.). Trad. José P. Paes e outro. 20. ed. São Paulo: Cultrix, 1995.
- TRUBILHANO, Fabio Souza. **Retórica Clássica e Nova Retórica nos recursos judiciais cíveis: a construção do discurso persuasivo**. Tese (Doutorado em Letras). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8142/tde-29012014-111509/publico/2013\\_FabioSouzaTrubilhano.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8142/tde-29012014-111509/publico/2013_FabioSouzaTrubilhano.pdf). Acesso em: 03 jun. 2021.
- VOESE, Ingo. **Argumentação Jurídica: Teoria, técnicas, estratégias**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

## 4.1 ARGUMENTO PELO DISTÍNGUO

Por ocasião do estudo sobre o argumento de Definição aventou-se sobre a polissemia da palavra, isto é, que ela é intrinsecamente dotada de pluralidade aceptiva, porquanto o matiz de significados se aflui de acordo com cada contexto.

Na dicção de Saussure, linguista e filósofo suíço, que propiciou o desenvolvimento da Linguística, o termo se constitui de dupla face: significante (imagem acústica) e significado, ambos são arbitrários e convencionados e, portanto, capazes de gerar uma gama de sentidos, embora encapsulados numa única expressão:

O signo linguístico une não uma coisa e uma palavra, mas um conceito e uma imagem acústica. Esta não é o som material, coisa puramente física, mas a impressão (empreinte) psíquica desse som, a representação que dele nos dá o testemunho de nossos sentidos; tal imagem é sensorial [...] (Saussure, 1995, p. 80).

O aspecto vantajoso desse campo semântico para a estratégia persuasiva reside na possibilidade de o emissor cunhar uma acepção à palavra segundo seu propósito, dando-lhe um rigorismo que não lhe é característico sem que o receptor, contudo, perceba de que se trata apenas de um recorte interpretativo. Com efeito, a prestidigitação sucede em virtude do manejo da estrutura nocional que se aproxima do pensamento lógico – parece decorrer do raciocínio analítico-demonstrativo, tão caro às ciências exatas; razão pela qual se enquadrar, inclusive, nos argumentos quase-lógicos.

Por essa vertente trilha Perelman, embora sob outro ponto de vista, ou seja, este adverte que o significado de uma expressão é sempre uma escolha, pois que aqueles “que a ela procedem, mormente quando se trata de definição dissociativa, pretenderão geralmente ter discernido o verdadeiro, o único sentido da noção, pelo menos o único razoável ou o único correspondente a um uso constante” (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 504, grifo nosso).

Dessa feita, pelo processo segmentário a ilusão se instala, considerando que o argumento de definição dissociativa chancela sua tônica à dicotomia de um vocábulo (termo I e termo II), cujos conceitos são opostos (aparência/verdade) e validados seus empregos de conformidade com a situação discursiva.

Sob esse olhar, o estudo em pauta resgata o conceito de Dissociação das Noções de formulação do filósofo belga ao contemplar a argumentação de distinguir, embora não o fizesse expressamente. Em outro dito, a estratégia em tela não se encontra consignada no rol de suas técnicas argumentativas, não obstante esse conceito seja passível de extensão a outras formas de persuasão, inclusive o de distinguir.

Ainda, previne-o textualmente:

Acrescentemos que a definição dissociadora de uma noção pode consistir em afirmar que ela é irremediavelmente confusa, que seu uso unívoco não passa de ilusão, termo I, uso parcial, momentâneo, e que para resolver as incompatibilidades que esses aspectos do termo I não deixam de suscitar, não há outro recurso senão distingui-los ciosamente [cuidadosamente] de um termo II, que seria a noção real, essencial, inapreensível diretamente em sua plenitude e sua confusão (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 510, grifo nosso).

No direito, a aplicação dessa dupla icônica – aparência e realidade (par filosófico) – traslada-se no binômio narração e fatos. *A priori*, ao leitor incauto essas duas figuras (expressão e circunstâncias) parecem associadas, quase unívocas. Tendo em vista que a narrativa confere visibilidade aos fatos.

Essa concretude discursiva seria a representação linguística dos acontecimentos ocorridos, contudo, no âmbito forense, o relato nem sempre reproduz o sucedido, pois que, *a princípio*, se ocupa de versões e verossimilhanças. O que leva a inferir que nem sempre a explanação reflete o real, motivo pelo qual a árdua e temerária busca do factual, que se encontra emaranhado ou encapsulado no termo I.

Para melhor visualizar essa divergência do que se revela indissociável, sob a ótica da estratégia persuasiva em comento, é interessante socorrer-se ao exame do acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Paraná TJ-PR – Agravo de Instrumento: 1.422.939-9 da 19ª Vara Cível do Foro Central de Curitiba.

## Ementa

Decisão: ACORDAM os integrantes da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao Recurso, nos termos do voto da Relatora.

EMENTA: DIREITO EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR CONCORRÊNCIA DESLEAL. PEDIDO DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA PARA IMPEDIR A REQUERIDA DE PRODUZIR E COMERCIALIZAR PRODUTO DE REGISTRO DE DESENHO INDUSTRIAL AINDA NÃO CONCEDIDO PELO INPI. CIRCUNSTÂNCIA QUE AFASTA A VEROSSIMILHANÇA NECESSÁRIA À ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (tjpr – 12ª C. Cível – AI – 1.422.939-9 – Curitiba – Rel. Ivanise M. T. Martins – Unânime – 14.12.2016)

## Acórdão

[...]

DIREITO EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR CONCORRÊNCIA DESLEAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PEDIDO DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA PARA IMPEDIR À REQUERIDA DE PRODUZIR E COMERCIALIZAR PRODUTO ALEGADAMENTE DESENVOLVIDO PELOS AUTORES. PEDIDO DE REGISTRO DE DESENHO INDUSTRIAL AINDA NÃO CONCEDIDO PELO INPI. CIRCUNSTÂNCIA QUE AFASTA A VEROSSIMILHANÇA NECESSÁRIA À ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. [...]

VISTOS [...] trata-se de Agravo de Instrumento de Y em face de X, impugnando a decisão proferida na Ação de Indenização por Concorrência Desleal autuada sob o n. xxx [...] através do qual o juízo de origem revogou tutela antecipada concedida anteriormente, oportunidade de que havia proferido determinação proibindo a Requerida/Agravada de fabricar os produtos apontados na petição inicial pela Agravante. Irresignada, a Autora alega, em síntese, que o Juízo de origem foi levado a erro pela Agravada, a qual teria feito alegações inverídicas na defesa apresentada nos autos. Diz que a pretensão deduzida na inicial tem por fundamento ato de concorrência desleal praticada pela Agravada, e não propriamente violação de propriedade industrial, razão pela qual o fato de não ter sido concedido pelo INPI até o momento, o seu pedido de concessão de registro de desenho industrial, não seria empecilho à concessão da tutela antecipada. Requereu a concessão da antecipação dos efeitos da tutela recursal e, no mérito, a reforma da decisão. O Recurso foi recebido através da decisão de fls., oportunidade em que foi indeferida a antecipação da tutela recursal pleiteada. Intimada, a Agravada apresentou contrarrazões. II. FUNDAMENTAÇÃO. [...] Conforme se extrai do instrumento formado pelos Agravantes, estes ajuizaram, em face da Agravada, Ação de Indenização por Ato de Concorrência Desleal. Alegaram, na inicial, em breve síntese, que “desenvolveram fechadura para vidros temperados totalmente inovadora, inserindo, na mesma, sistema único de travamento e destravamento com denticção, cremalheira e gatilho, a qual não necessitava mais de chaves como a

grande maioria das demais fechaduras para vidros”. Esclareceram que, para proteger a propriedade da inovação desenvolvida, protocolaram pedido de registro de desenho industrial, o qual não foi concedido até o momento. Dizem, contudo, ter sido “surpreendidos com a notícia de que a Ré vem comercializando o produto idêntico ao dos Agravantes, qual seja, fechadura para vidro temperado, denominada também “Bate Fecha”, [...] desenvolvido pelos Agravantes e objeto de pedidos de patente Desenho Industrial junto ao INPI, empregando [a Agravada] meios fraudulentos para desviar, em proveito próprio, os clientes dos Agravantes, gerando-lhes prejuízos que aumentam dia a dia”. Ao receber a inicial, o juízo de origem concedeu a tutela antecipada [...] determinando que a Agravada se abstinhasse de produzir o produto em questão. Contudo, após a apresentação da contestação, o Juízo *a quo* revogou a liminar, sob os fundamentos: “Em apreciação ao contido nos autos, verifica-se através dos novos documentos apresentados pela requerida que a tecnologia desenvolvida no tipo de fechadura produzida tanto pelos autores, quanto pelos réus encontra-se em domínio público. Dessa forma, o pedido de tutela antecipada para a finalidade da proibição da requerida produzir a fechadura ‘Bate e Fecha’ com sistema único de travamento e destravamento com denticção, cremalheira e gatilho, acarretaria muitos prejuízos à empresa requerida, uma vez que a Requerente possui apenas o pedido de registro, sendo que existem outras empresas que produzem a mesma tecnologia, antes mesmo de 2012, que foi quando a Requerente alega ter criado o produto. Diante dos novos fatos apresentados, com fundamento no artigo 273, § 4º do CPC, REVOGO a decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela.” Em sua insurgência a Agravante alega que a Agravada levou o Juízo de origem a erro pois fez acreditar que o produto teria caído em domínio público, quando na verdade o melhoramento desenvolvido não estaria em tal condição. Aduz, ainda, que o ato de não ter sido concedido, até o momento, o pedido de registro de desenho industrial protocolado junto ao INPI não seria empecilho à concessão da tutela antecipada, na medida que sua pretensão se encontra fundada nos atos de concorrência desleal praticados pela Agravada, e não na pretensão de sua propriedade industrial. O pedido não comporta provimento. Frise-se inicialmente, que apesar de a Agravante afirmar repetidas vezes que sua pretensão não estaria ancorada na proteção de sua propriedade industrial, mas sim em atos de concorrência desleal praticados pela Agravada, tais situações se confundem na hipótese dos autos, conforme a seguir exposto. Segundo a narrativa desenvolvida pela Recorrente, os supostos atos de concorrência desleal consistiriam justamente na apropriação, pela Agravada, de tecnologia produzida pela Agravante, situação que estaria lhe causando graves prejuízos. Desta forma, de acordo com a causa de pedir deduzida, não há como desvincillar a pretensão da Agravante da proteção de seus direitos industriais. Ocorre, contudo, que conforme disposição prevista no art. 109, Lei 9.279/1996, a proteção sobre o desenho industrial se adquire pelo registro validamente concedido, de modo que não tendo havido até o pleito pelo INPI, conforme reconhecido pela Agravante em suas razões não se poderia, a princípio, garantir exclusividade de exploração do Art. 209. a propriedade do desenho industrial a determinada pessoa. [decisões

de outros tribunais neste mesmo sentido] Vale dizer, existindo procedimento legal através do qual se regulamenta a proteção à propriedade industrial, deve ser observado rito previsto, garantindo-se segurança jurídica e tratamento isonômico aos interessados. Ademais, proibir que outra empresa produza determinada tecnologia, antes da conclusão do processo de proteção da propriedade industrial pelo pretense desenvolvedor, viola os valores constitucionais de economia e da livre iniciativa (art. 170, CF) na medida em que impede o particular de desenvolver determinado negócio sem motivação idônea reconhecida em lei. Não se olvide, ainda, que na hipótese de restar efetivamente configurada a lesão à propriedade industrial dos Agravantes, poderá ser cobrada indenização perante aqueles que violaram seus direitos, medida que, diante das peculiaridades, se mostra mais razoável e adequada ao caso concreto. Frise-se, também, que o processo de origem está em fase de produção da prova pericial, através da qual se busca, dentre outras finalidades, apurar se efetivamente houve inovação no produto desenvolvido pelos Agravantes, bem como se há, de algum modo violação à sua propriedade industrial. Assim após a conclusão da instrução, o Juízo de origem terá elementos mais fidedignos para reanalisar o pedido relativo à tutela antecipada. Desta forma, diante da incerteza, até o momento, de efetiva lesão à propriedade industrial dos Agravantes, a decisão agravada deve ser mantida, negando-se provimento ao pedido recursal. III. VOTO Diante do exposto, voto por conhecer e negar provimento ao pedido recursal [...] (Brasil, 2016).

Da leitura ao acórdão, depreende-se que o autor, ora agravante, enfatiza que seu pleito consiste em impedir unicamente a *concorrência desleal* praticada pelo réu, ora agravado, porquanto é idealizador de tecnologia inovadora em fechadura para vidros temperados, “inserindo, na mesma, sistema único de travamento e destravamento com denteção, cremalheira e gatilho, a qual não necessitava mais de chaves como a grande maioria das demais fechaduras para vidros”. E, portanto, visa coibir a produção e comercialização de fechaduras similares.

Note-se, inicialmente, que o termo *concorrência desleal* é ambíguo, pois embora a expressão *concorrência* seja de significado mais preciso, o seguinte, isto é, o adjetivo *desleal* abarca uma gama de atos reprováveis nas relações comerciais, tais como desonestidade, lesão aos bons costumes e boa-fé, métodos abusivos e outros afins, capazes de causar prejuízos; por isso alguns autores preferem renomear de práticas negociais *ilícitas*.

Nessa esteira, trafega a alegação da Agravante, uma vez que ela forja uma cisão artificial entre a definição de *concorrência desleal* e de *ato ilícito*, este último referente à violação ao direito intelectual. Por esse viés, justifica textualmente que “a pretensão deduzida na inicial tem por

fundamento *ato de concorrência desleal* praticada pela Agravada, e *não propriamente violação de propriedade industrial*”.

Nesse propósito, diz a Agravante em sua exordial, que:

[...] sua pretensão se encontra fundada nos atos de concorrência desleal praticados pela Agravada, e não na pretensão de sua propriedade industrial (grifo nosso).

Destaque-se que do ponto de vista argumentativo, é possível valer-se de seções já assimiladas e aceitas ou, então, elaborar dissociações geradas de forma *ad hoc* (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017, p. 484).

*Ad hoc* formulado com o único objetivo de legitimar ou defender uma teoria, e não em decorrência de uma compreensão objetiva e isenta de realidade. Trata-se de argumento, proposição ou hipótese.<sup>14</sup>

Ao maquinar essa segmentação imaginária (*ad hoc*), pretendeu, sob a designação de concorrência desleal, imputar atitudes condenáveis à Agravada em face do uso de técnicas ilegais ou abusivas para desviar e atrair clientes com o objetivo de prejudicar a Agravante. Procedeu a essa tese diversas vezes, quiçá para fazer crer quanto à legitimidade e pertinência da fissura semântica arquitetada.

Entretanto, o juízo *ad quem* não se iludiu quanto à manobra dissociativa, promovendo, dessa feita, o discernimento entre o termo I e o termo II, isto é, *distinguiu* o que fosse aparência do que fosse real:

Frise-se inicialmente, que apesar de a Agravante afirmar repetidas vezes que sua pretensão não estaria ancorada na proteção de sua propriedade industrial mas sim em atos de concorrência desleal praticados pela Agravada, tais situações se confundem na hipótese dos autos, conforme a seguir exposto.

*A concorrência desleal e a proteção da propriedade intelectual estão inextricavelmente coesas, ex vi* artigo 2º da 9.279/1996; porquanto aquela está condicionada à apropriação indevida do desenho industrial que a Agravante alega ter requerido a concessão de patente junto ao INPI. Ao setorizar conceitos originalmente agregados, pretendeu, por certo, embasar na reprodução de produto similar para caracterizar a prática de suposto engodo e, na sequência, obliterar a sua venda. *Artimanha, cujo escopo residia em ocultar a ausência de registro capaz de outorgar o direito de exclusividade*, visto ter meramente o depósito do pedido (Capítulo III, Seção I).

<sup>14</sup> Dicionário online: Definições de Oxford Languages.

Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

*II – concessão de registro de desenho industrial;*

*V – repressão à concorrência desleal.*

Com efeito, a unicidade nocional no direito intelectual quando da proteção da propriedade industrial implica blindar a concorrência desleal, ou seja, esta ocorre em decorrência daquela. “Desta forma, de acordo com a causa de pedir deduzida, não há como desvencilhar a pretensão da Agravante da proteção de seus direitos industriais” (grifo nosso).

Destaque-se que só há exclusividade de exploração do desenho industrial pela Agravante se fosse titular do registro validamente expedido pelo INPI, por força do artigo 109, Lei 9.279/1996 e, via de consequência, teria o direito de impedir que terceiros explorassem industrial e comercialmente referido desenho, fato que não se vislumbrou no caso examinado.

Entretanto, não obstante a hipótese apreciada, a dissociação é um expediente que o causídico pode se apropriar, visto ser uma estratégia válida e, por vezes, eficiente.

## REFERÊNCIAS

BENVENISTE, Emile. **Problemas de linguística geral**. São Paulo: Nacional/Edusp, 1976.

BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Portal Câmara dos Deputados**. Brasília, DF, 1996.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de instrumento n. 1.422.939-9**. 19ª Vara Cível do Foro Central de Curitiba. 2016.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**, v. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. São Paulo: Contexto, 2011.

KOCH, I.G.V. O funcionamento polifônico da argumentação. **Investigações**, n. 4, Universidade Federal de Pernambuco, p. 31-36, 1994.

KOCH, I.G.V. **Argumentação e linguagem**. São Paulo: Cortez, 1984.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação – A nova retórica**. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. In: BALLY, Charles; SECHEHAYE, Albert (Org.). Trad. José P. Paes. 20. ed. São Paulo: Cultrix, 1995.



## 4.2 ARGUMENTO POR EXCLUSÃO

Em revisita à ordem de argumentos baseados em *dissociação de ideias* de Perelman, admite-se enquadrar o de Exclusão nessa categoria, porquanto o conceito que lhe define encontra-se na equação paradigmática aparência/realidade. Par filosófico que desvela a solidariedade entre a versão (exterior e visível) e a essência (interior e oculta). Destaque-se que tal denominação persuasória não consta arrolada em sua obra (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017).

Deveras, a exclusão se caracteriza em oferecer um leque de proposições, e a cada uma delas (quiméricas) são apontadas suas fragilidades e incoerências em relação à tese defendida, até restar uma que suporte todas as provas (essência). Estratégia, aliás, que permeia diversos tipos argumentativos no segmento jurídico.

Esse tipo de tratamento requer maestria e expertise, uma vez que sua confecção resulta na elaboração de várias hipóteses e suas respectivas desconstruções. Maestria, principalmente, para se evitar o risco de o interlocutor valer-se do argumento eleito para, em seguida, rechaçá-lo.

A decisão abaixo ilustra com primazia essa dinâmica:

TJ do RS – Ap. Cível: AC 70082426644-RS  
APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMARCA DE CAMAQUÃ. MUNICÍPIO DE DOM FELICIANO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. 05 A 06 DE JANEIRO DE 2017. INTERRUÇÃO INFERIOR A 24 HORAS. AUSÊNCIA DE FORÇA MAIOR. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CURA DE FUMO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO CONCORRENTE. DANOS MATERIAIS. CONFIGURAÇÃO.

1. Relação de consumo decorrente do fornecimento de energia elétrica. Serviço público essencial, de prestação contínua. Interrupção por prazo não superior a 24 horas, ausente comprovação de situação que configure força maior.

2. [...] 3[...] 4[...]

5.O prejuízo material experimentado pela parte autora em razão da falta de energia elétrica, que prejudicou o processo de cura do fumo, reduzindo o seu valor de mercado, resta suficientemente comprovado pela prova documental produzida, conforme apurado em laudo de vistoria de perdas, corroborado pelos demais elementos de prova dos autos.

[...]

Vistos.

1. Trata-se de recursos de apelação propostos por X e pela Cia Estadual de Energia Elétrica contra sentença de fls. Que, nos autos da ação de

indenização ajuizada por aquele em face desta, julgou parcialmente procedente a pretensão da exordial, ao efeito de condenar a ré a pagar a autora o valor de R\$2.851,00 [...]

[...]

Pois bem.

A situação dos autos envolve pedido de indenização em razão da falha do serviço público de fornecimento de energia elétrica em que a jurisprudência desta Câmara, e de um modo geral na Corte Gaúcha, tem assentado há longos anos orientação pacífica reconhecendo o dever de indenizar das empresas fornecedoras de energia elétrica, considerando tratar-se de relação de consumo e, igualmente, serviço público essencial, cuja prestação deve ocorrer com qualidade e de forma contínua, não sendo reconhecida, em muitos casos, sequer a excludente de responsabilidade de força maior devido a fortes intempéries que se têm abatido sobre as diversas regiões do Estado, situação que somente por exceção tem merecido reconhecimento.

Não resta nenhuma dúvida, porque assim sempre foi tratada, a relação envolvendo as partes trata-se de relação de consumo, a qual há de ser regida pelas normas e regras dos CDC.

[...]

Portanto, a companhia de energia elétrica de geração ou distribuição, embora possa se constituir em sociedade de natureza privada, será sempre uma concessionária de serviço público, prestando-o por delegação do Estado.[...]

Desse modo, essas empresas ficam enquadradas na teoria do risco administrativo, sendo, assim, objetiva a sua responsabilidade pelos danos causados a terceiros.

[...]

Entretanto, necessário se fazer alguma digressão quanto à maneira de consumo de energia efetuado pela parte autora, inobstante cadastrada como tomadora de serviço como pessoa física e presumivelmente recebendo o serviço em unidade domiciliar familiar, diferentemente do que originariamente ocorre, no setor da agricultura e beneficiamento de fumo, o trabalho desenvolvido pelo agricultor e o pequeno produtor rural, ocorre em regime de economia familiar, e a energia elétrica utilizada no domicílio para a satisfação das necessidades normais de um conjunto familiar, nesse setor a energia também é utilizada com a finalidade econômica de insumo da atividade produtiva, ou seja, no beneficiamento ou cura do fumo, especialmente na época de secagem do produto.

Desta forma, é indiscutível que o tratamento dispensado aos agricultores que utilizam da energia com tal finalidade, não pode ser o mesmo dispensado ao consumidor comum, que emprega a energia elétrica nas atividades normais de uma residência unifamiliar, para as tarefas de uso doméstico. Evidente que a carga de consumo é absolutamente dispare entre uma e outra situação. E não raro, se observa nos elementos de prova nos diversos processos da espécie que não há informação diferenciada sobre a carga de consumo da economia nessas propriedades, figurando normalmente como economias domésticas. [...]

Mas para além dessa diversidade de emprego de energia elétrica, que exige tratamento diferenciado, igualmente diferente deve ser a exigên-

cia para aqueles que utilizam a energia elétrica em processo de produção, como o caso dos produtores de fumo, onde na época da cura é imprescindível o emprego da energia elétrica de forma ininterrupta, sob pena de perda de qualidade do produto.

Mesmo que o sistema legal, especialmente norma do código do consumidor, preveja que o serviço público essencial, caso da energia elétrica, deva ser prestado de modo contínuo, a própria regulamentação do sistema prevê em suas normativas situações de descontinuidade, [...] Nessas circunstâncias, evidentemente, não há como exigir que não haja descontinuidade, daí porque a necessidade de que o tomador de serviço se resguarde com forma alternativa para manter o beneficiamento do produto através da indispensável utilização de energia elétrica.

8. O novo entendimento desta Câmara restringe-se às hipóteses em que os danos sofridos pelo demandante derivam da interrupção do fornecimento de energia elétrica durante tempo inferior a 24 horas ininterruptas. Nessa hipótese, os prejuízos sofridos pelo fomicultor serão por ele suportados à razão de 2/3, imputando-se à concessionária de energia elétrica o restante de 1/3.

9. Nas hipóteses de interrupção por período superior a 24 horas, a responsabilidade é integralmente da concessionária, ressalvadas as hipóteses de força maior e a orientação jurisprudencial da Câmara.

[...]

Com efeito, tenho por adequado à espécie o emprego da teoria do dever de mitigar os próprios prejuízos, ainda que não comungue integralmente com a exclusão absoluta da responsabilidade da empresa fornecedora de energia elétrica.

Explico.

No regime do CDC, resta indiscutível que a prestadora do serviço público, cuja responsabilidade é objetiva, ressalvadas aquelas situações excepcionabilíssimas, onde o fortuito ou a força maior justificam a descontinuidade do serviço, em razão da magnitude avassaladora do fenômeno da natureza, mantém responsabilidade na interrupção do serviço e com isso, concorre, indiscutivelmente, para o resultado prejudicial ao interesse do usuário do serviço público, não havendo como excluí-la da relação causal, especialmente, considerando as circunstâncias legais previstas na legislação consumerista que autorizam as excludentes legais, salvo a situação, como referido de fortuito e força maior.

Por outro lado, também concorre o tomador de serviço, que exercendo atividade produtiva que não prescinde do uso contínuo da energia elétrica, como é o caso dos autos, não se previne de modo alternativo para garantir a continuidade do sistema de produção e beneficiamento do produto, de maneira a evitar a perda na qualidade do produto beneficiado, o que pode ser razoavelmente contornado através da implantação do gerador tipo no-break, que propicia a continuidade da atividade produtiva independente da falha no sistema de fornecimento oficial.

[...] destacando que trata-se (sic) de ponto fulcral do estudo, através da argumentação jurídica do mais para o menos ou do maior para o menor (*argumentatio a maiori ad minus* ou *argumentum a maiore ad minus*) devendo entender-se que a culpa ou fato concorrente da vítima e de terceiro servem como atenuantes da responsabilidade civil na ótica consumerista. Afirma, para sintetizar, que se a culpa exclusiva da vítima

e de terceiro afastam a responsabilidade, a culpa concorrente de ambos atenua.

[...] À vista do exposto, de plano, nego provimento ao recurso da demandada e dou parcial provimento à apelação do autor, para o fim de manter o benefício da assistência judiciária gratuita concedida (Brasil, 2018, grifo nosso).

A prática do convencimento pelo método de exclusão consiste no fiar e desfiar de argumentos. Assim, os tópicos abaixo *pretendem* elencar as razões do relator a favor da obrigatoriedade de fornecer energia elétrica pela concessionária de modo incessante ao usuário, num primeiro momento. Destaque-se que o verbo *pretender* traduz-se num dos muitos recursos linguísticos que prenuncia tratar-se de propostas ilusórias, para, na sequência, desarrazoá-las:

1. as Câmaras e a Côrte gaúchas têm consolidado, em suas jurisprudências, que a relação entre as empresas ou concessionárias fornecedoras de energia elétrica e seu adquirente é regida pelo CDC;
2. por se tratar de serviço de natureza essencial, seu fornecimento deve ser contínuo, não sendo aceito como excludente de responsabilidade a força maior, com raras exceções;
3. mesmo em caso de a empresa geradora ou distribuidora de energia elétrica ser de caráter privado sua condição equivalerá a de uma concessionária de serviço público, por delegação do Estado;
4. independentemente de a empresa ser de constituição pública ou privada, estão enquadradas na teoria do risco administrativo, prevista no CDC, portanto sua responsabilidade pelos danos gerados a terceiros será intrinsecamente objetiva;
5. a pessoa física, tomadora de serviço, do segmento da agricultura poderá consumir a energia elétrica sob o pálio de unidade domiciliar ou, ainda, sob o regime de economia familiar.

Em suma, esses foram os fundamentos, matizado com o verniz da verossimilhança, a favor do pequeno agricultor na condição de consumidor de energia elétrica domiciliar.

Pela enumeração supra, *parecia* haver razão à autora em seu pleito de ser ressarcida pelo dano sofrido. Observe-se que a expressão decorrente do verbo *parecer* é um predicativo, cujo significado se reporta a “ter o aspecto de, a aparência de, assemelhar-se” ao autêntico:

O prejuízo material experimentado pela parte autora em razão da falta de energia elétrica, que prejudicou o processo de cura do fumo, reduzindo o seu valor de mercado, resta suficientemente comprovado pela prova documental produzida, conforme apurado em laudo de vistoria de perdas, corroborado pelos demais elementos de prova dos autos (grifo nosso).

O relator, contudo, arquitetou a dinâmica de fundamentação e justificativa numa plataforma de duas vias: construção e desconstrução paulatina, isto é, ao forjar um argumento, edifica outro que o repelirá e, assim, sucessivamente.

Dessa feita, se por um lado, afirma que por se tratar de serviço de natureza essencial, seu fornecimento deve ser contínuo; por outro lado, em sentido reverso, sustenta que a condição da autora não é de pessoa física de consumo familiar, exclusivamente, já que assume a categoria de empresária doméstica e, portanto, deve providenciar, por exemplo, um gerador *no-break* para atender sua demanda.

Dessarte, parte da energia por ela apropriada é revertida na fabricação e secagem do fumo, fato que a descaracteriza e a desqualifica como beneficiária de unidade familiar e assume a condição de produtora domiciliar.

Prossegue na cadência de fluxo e refluxo argumentativo, aludindo que se, de um lado, a autora está cadastrada como pessoa física e é a consumidora final em face dos documentos acostados aos autos; por outro lado, do exame mais acurado dos elementos probatórios se revela um novo tipo de consumidor, aquele que utiliza da energia elétrica além do consumo familiar propriamente dito, estendendo-se especialmente à produção de fumo.

Nessa nova conjuntura (o real), o dispêndio de energia elétrica principalmente no período de secagem do produto deve ser contínuo, sob pena de sua interrupção ocasionar queda na qualidade do fumo. Infortúnio esse que sucedeu à autora quando da fabricação do produto, na travessia dos dias 5 a 6 de janeiro de 2017. Razão pela qual a autora cabia a incumbência de garantir a consecução da eletricidade e não a empresa distribuidora.

Ainda, na dinâmica de mão dupla, se de um lado, a responsabilidade da concessionária é de caráter objetivo e está ausente a comprovação de situação que configure força maior, não há cogitar de exclusão na relação causal do dano, visto que é sua obrigação a ininterrupção do

fornecimento e, portanto, concorre inegavelmente para o prejuízo ocasionado ao usuário desse serviço.

Por outro lado, entretanto, nessa hipótese, uma atenuante se revela, porquanto o critério observado aos agricultores que utilizam da energia com a finalidade lucrativa, não pode ser o mesmo utilizado ao consumidor comum. Devendo aquele tomar as medidas necessárias para suprir a demanda quando essa cessar.

Com efeito, “a própria regulamentação do sistema [da concessionária] prevê em suas normativas situações de descontinuidade”, o que impede que se exija fornecimento permanente e ininterrupto.

Por consequência, o que se observa no caso é que a categoria da autora como tomadora de energia não é exclusivamente doméstica, como parecia ser à primeira vista, motivo pelo qual essa constância energética não pode ser de encargo unicamente da concessionária, ela deve ser extensiva e compartilhada ao produtor de fumo, principalmente durante a sua cura:

Nessas circunstâncias, evidentemente, não há como exigir que não haja descontinuidade, daí porque a necessidade de que o tomador de serviço se resguarde com forma alternativa para manter o beneficiamento do produto através da indispensável utilização de energia elétrica (grifo nosso).

Por fim, o relator pelo método dissociativo (aparência/realidade) sob a égide da exclusão, deduziu que tanto a concessionária como a autora concorrem com o ônus de manter a assiduidade do fornecimento. E, considerando que a cessação da energia ocorreu num prazo menor de 24 horas, a Câmara rio grandense, determinou que o fumicultor arcasse com a razão de 2/3 e à empresa de energia elétrica, o restante de 1/3.

## REFERÊNCIAS

BENVENISTE, Emile. **Problemas de linguística geral**. São Paulo: Nacional/Edusp, 1976.

BRASIL. **Apelação Cível n. 70082426644-RS**. Responsabilidade Civil. Comarca de Camaquã. Município de Dom Feliciano. 2018.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou. 1978.

FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. São Paulo: Contexto, 2011.

KOCH, I. G. V. O funcionamento polifônico da argumentação. **Investigações**, n. 4, Universidade Federal de Pernambuco, 1994, p. 31-36.

- KOCH, I. G. V. **Argumentação e linguagem**. São Paulo: Cortez, 1984.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação** – A nova retórica. Trad. Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.
- REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. In: BALLY, Charles; SECHEHAYE Albert (Org.). Trad. José P. Paes. 20. ed. São Paulo: Cultrix, 1995.
- TRUBILHANO, Fabio Souza. **Retórica Clássica e Nova Retórica nos recursos judiciais cíveis**: a construção do discurso persuasivo. Tese doutorado. 2013. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8142/tde-29012014-111509/publico/2013\\_FabioSouzaTrubilhano.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8142/tde-29012014-111509/publico/2013_FabioSouzaTrubilhano.pdf). Acesso em: 03 jun 2021.
- VOESE, Ingo. **Argumentação Jurídica**: Teoria, técnicas, estratégias. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

## AINDA ESTRATÉGIAS DE PERSUASÃO

Este manual privilegiou, por questão de didática, tratar individualmente cada tipo de mecanismo de persuasão, entretanto, como já havia sido mencionado, na elaboração de um texto de natureza conativa, seja oral ou escrito, a abordagem múltipla de estratégias persuasivas se instala, é o caso, por exemplo, que se verifica no artigo: *Por que a argumentação jurídica?*

Outra técnica, ainda, pode ser observada em estatuto de micro-estrutura discursiva, em que o convencimento ocorre no interior da própria Língua, não carecendo necessariamente das táticas referidas anteriormente. Uma ilustração pertinente se desenha no artigo: *Partículas orientadoras da argumentação*.

Por fim, não exaurindo a matéria, contudo, há o recurso da hermenêutica como instrumento persuasivo, como traduz o artigo: *Interpretação Teleológica*.

Os artigos em questão, revelam a real face da aplicação dos argumentos em sua prática, no universo discursivo.

### 5.1 POR QUE A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA?<sup>15</sup>

A análise em questão não pretende ser exaustiva e tampouco se prender a normas legais vigentes, uma vez que a intenção precípua é de trazer ao leitor deste artigo sua colaboração no sentido de demonstrar que a eficácia da persuasão se deve muito ao domínio e manejo das diversas estratégias argumentativas, concebidas desde a Grécia dos oradores.

Isso porque o manuseio competente da língua, em última instância, traduz-se na manufatura do raciocínio lógico. Língua e raciocínio estão tão imbricados que ao desvendar as várias organizações sintático-lin-

<sup>15</sup> Liem Hani de Alcântara. **Visão Jurídica**. Por que a argumentação jurídica? São Paulo: Escala, pp. 56-61. Este artigo se calca no seu homônimo, com pequenas adequações a este Manual.



guísticas revela-se um caleidoscópio de formas de se pensar o caso-fato, nesta hipótese, o jurídico.

Para melhor ilustrar essa visão, proceder-se-á ao exame do acórdão do Supremo Tribunal Federal sobre a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, com o objetivo de desvelar a estrutura que a sustenta.

Recurso extraordinário 101.223-4 – SP

Recte: J.S.

Recdo: Banco Itaú de investimentos S/A

Rel.: Aldir Passarinho

STF – 31.03.1989

### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigrafadas por unanimidade de votos, conhecer do recurso e lhe dar provimento.

### **Relatório**

O Sr. Ministro Aldir Passarinho (Relator): – o Banco Itaú de Investimento S/A concedeu empréstimo, mediante cambial, à firma B. V. Ltda. Essa firma entrou em regime falimentar e o Banco, então, procedeu execução contra os avalistas das letras cambiais.

Posteriormente, houve o reconhecimento por parte do Banco, de que um dos valores cambiais estava reduzido. A soma total, que era de US\$ 135.596,20 (cento e tinta e cinco mil, quinhentos e noventa e seis dólares e vinte cents), ficava reduzido para RS\$116.023,52 (cento e dezesseis mil, vinte e três dólares e cinquenta e dois cents), em virtude da soma desses dois débitos.

Proposta a execução, dois dos avalistas se compuseram com o Banco Itaú, comprometendo-se a fazer o pagamento do débito em 48 prestações, pelo valor da época, e pagando, inclusive, juros de mora.

O Banco aceitou, e ficou constando dessa transação, em relação a esses dois avalistas, que a ação prosseguiria com relação ao terceiro avalista que não se compôs. Ficou estabelecido, também, numa das cláusulas dessa transação, que os dois avalistas ficavam sub-rogados, sub-rogação legal, nos direitos do Banco Itaú, em relação ao avalista que não se compôs.

Então, o prazo era de quarenta e oito prestações mas, antes do término deste prazo, houve uma antecipação das prestações, e foi liquidado o débito antes do término, quando estava ainda a ação em curso.

O Banco prosseguiu na execução, depois dos embargos do avalista. Este, porém, nos embargos, alertara que tinha havido a composição e, portanto, deveria ser extinta a ação.

O Banco prosseguiu na demanda, e o Tribunal, por maioria, entendeu que poderia a ação ter prosseguido contra o avalista que não se compusera, porque se tratava de títulos cambiais, e poderia, portanto, o Banco continuar a execução contra esse avalista que não transacionara.

Em face do voto vencido, houve embargos infringentes, mas prevaleceu, ao final, a decisão anterior.

No recurso extraordinário, volta a sustentar o executado J. S., que a execução não poderia continuar contra ele em virtude do débito ter sido

pago. O Banco por sua vez, alega que prosseguirá na execução para receber o pagamento da diferença, porque houve a composição pelo valor cambial da época, sem alteração. Também deveria receber custas e honorários de advogado. Foram mencionados dispositivos da lei cambial e do Código Civil, e o executado volta a sustentar que o avalista se exonera da responsabilidade quando o débito é liquidado por alguns ou por todos os demais (Brasil, 1989).

Diante do Relatório, passa-se ao estudo extraído e segmentado do acórdão, embora seu texto integral não esteja aqui expresso.

### **I. Suporte jurídico**

1. Art. 43 da Lei Cambial estipula que:

a) As obrigações cambiais são autônomas e independentes;  
b) Mas o pagamento do título por qualquer dos coobrigados extingue a obrigação para o credor.

2. Art. 745CPC c/c Artigo 741 CPC:

3. Em se tratando de título extrajudicial, pode ser alegada qualquer causa extintiva da obrigação (como o pagamento e a transação).

4. Art. 1.031, § 3º CC:

O pagamento do débito por um dos devedores solidários extingue o débito em relação aos demais co-devedores.

5. Lei Cambial (Artigo 24 da Lei 2.044, de 1908):

Define a Letra de Câmbio e a Nota Promissória e regula as operações cambiais: “O pagamento feito pelo aceitante ou pelos respectivos avalistas desonera da responsabilidade cambial os coobrigados posteriores”.

6. Artigo 891, § Único c/c Artigos 985, III e 898 todos do CC:

Os avalistas que quitarem o débito se encontram sub-rogados do direito do credor.

### **II. Referência Fática**

Proposta a execução, dois dentre três avalistas (J. W. B. e H. A.) pagaram ao Banco-credor **o total do débito** em 48 (quarenta e oito) parcelas, com acréscimo de juros e taxas de 2% ao mês, com conversão em moeda nacional do valor que fora estipulado em dólares.

A ação prosseguiu em relação ao terceiro avalista, J. S.. Este, porém, nos embargos informava que o acordo pactuado fora devidamente quitado e, portanto, extinta a ação.

O Banco, contudo, prosseguiu a demanda, e o Tribunal, por maioria acordou pelo prosseguimento do feito. Diante do voto vencido, interpôs-se embargos infringentes, prevalecendo, entretanto a decisão anterior. Daí, o Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

### **III. Conclusão**

O ministro-relator conhece do recurso e dá provimento, para julgar extinta a obrigação do recorrente ao recorrido quanto a sua obrigação de pagar, porquanto o débito fora pago na sua integralidade pelos outros avalistas.

Do exposto, indaga-se: Qual a estrutura argumentativa que dá suporte a essa função conativa?

Quadro 5 – Raciocínio silogístico

Premissa Maior	equivale ao conjunto de regramentos jurídicos
Premissa Menor	equivale aos fatos/provas
Conclusão	equivale à inferência

Fonte: Elaborada pela autora, 2016.

O silogismo – conteúdo latente deste acórdão – atua como um tripé que ampara e norteia a eficácia persuasiva em questão.

O acórdão do STF se assenta, panoramicamente, no raciocínio prático e se compatibiliza com a lógica informal. O mecanismo argumentativo para o convencimento eficaz encontra na aplicação do silogismo, contudo não o do método racional-matemático e sim no do razoável.

Nessa rota, os estudos de Perelman abordam as estratégias do raciocínio prático, principalmente no que versa sobre a aptidão da razão para lidar com os valores, para organizar as preferências e para fundar, com razoabilidade, as decisões.

O salto conceitual de raciocínio puramente racional (Descartes) para o do razoável permitiu a concepção da lógica além da lógica formal, ingressando em universo próximo, que é o da lógica informal, dinâmica, do qual se vale o raciocínio jurídico, inclusive no caso em apreço.

Por esse viés da nova retórica – resgatada da antiga Grécia, principalmente por Perelman e Olbrechts-Tyteca – trafega, a seguir, a análise do acórdão do Supremo Tribunal Federal, que examinado sob o olhar aristotélico, encontram-se vários exemplos de aplicação das estratégias persuasórias observadas pelos mencionados tratadistas.

### **a. Argumento de Retorsão**

Consiste em usar a seu favor aquilo que é apresentado pelo adversário, a fim de ressaltar a incoerência do discurso do outro.

Excerto extraído do Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo ao negar provimento aos embargos infringentes promovidos por J. S. “o fato de ser devedor solidário não lhe faz nenhuma vantagem no caso, sendo inaplicável o art. 1.031, par. 3º, do CC em razão das cláusulas do acordo...”

O ministro-relator do Supremo Tribunal Federal se valeu do mesmo artigo 1.031 CC mencionado pelo TJSP, mas deu-lhe outra interpretação, com reforço na Lei Cambial:

Na conformidade do disposto no artigo 745 do CPC, combinado com o art. 741, V, do mesmo Código, em se tratando de título extrajudicial, pode ser alegada qualquer causa extintiva da obrigação, como o pagamento e a transação, e, segundo o art. 1.031, par. 3º do Código Civil, o pagamento do débito por um dos devedores solidários extingue o débito em relação aos demais co-devedores. Ademais, segundo a Lei Cambial (Lei n 2.044, de 1908, que define a letra de câmbio e a nota promissória e regula as operações cambiais), “o pagamento feito pelo aceitante ou pelos respectivos avalistas desonera da responsabilidade cambial os coobrigados posteriores”, segundo o seu art. 24.

Da mesma estratégia retorsiva se socorreu o ministro-relator quanto ao seguinte argumento do TJSP:

A solidariedade dos devedores cambiários mesmo entre os avalistas, não é a comum, mas sim a especial denominada por Pontes de Miranda de solidariedade solta [...], a existência de uma ação contra um coobrigado não impede o ajuizamento de outra, contra outro coobrigado.

Em resposta a isso, o STF:

Não resta dúvida, e daí o ensinamento de Pontes de Miranda lembrado pelo recurso e no despacho indeferitório de processamento do extraordinário, que o credor cambial pode acionar apenas um ou alguns avalistas, mesmo em ação autônoma.

O que, entretanto, não é possível é que se ajuste transação em relação a um ou mais dos coobrigados, deles receba a integralidade do débito, como no caso ocorreu, e pretende o credor obter o recebimento da dívida daquele que não participou da transação.

## **b. Argumentação Tautológica**

Quando a mesma ideia se repete sob diversas formas. Segundo o STF: “O que, entretanto, não é possível é que se ajuste transação em relação a um ou mais dos coobrigados, deles se recebe a integralidade do débito, como no caso ocorreu, e pretende o credor obter o recebimento da dívida daquele que não participou da transação.”

Parafraseado pelo próprio ministro-relator:

Ora, apesar de haver autonomia na posição do exequente no tocante à cobrança do débito, no todo ou em parte, de um apenas, ou de mais de um, dos coobrigados na cambial, o que não lhe possível é prosseguir na execução pelo total do débito, embora com o esclarecimento de dedução, ao final, do valor pago pelos outros que participaram da transação,

quando se é que o ajuste com estes foi para liquidação total da dívida, embora sob condições favorecidas, a tal liquidação veio a realizar-se plenamente.

### **c. Argumento de Definição**

Ocorre quando o emissor pretende esclarecer rigorosamente o sentido de determinado termo, segundo seu interesse, de modo que elementos de uma mesma definição possam receber tratamento mais extensivo ou mais sumário. Equivale à função metalingüística.

Do ponto de vista do TJSP:

[...] a solidariedade dos devedores cambiários entre os avalistas não é a comum, mas sim especial, denominada por Pontes de Miranda de solidariedade solta [...], a existência de uma ação contra um coobrigado não impede o ajuizamento de outra, contra outro coobrigado.

Quando o relator do Tribunal de Justiça definiu o que fosse solidariedade solta, na verdade, ele pretendia reforçar a ideia de que apesar de os avalistas J. W. B. e H. A. M. terem pago o débito, a ação de execução poderia prosseguir em relação ao terceiro avalista (J.S.) porque a solidariedade, no caso em apreço, é a solta, isto é, independente.

O STF, por sua vez, ao empregar o termo solidariedade solta o fez realinhando, isto é, reduzindo o conceito a favor de sua tese:

Ademais, segundo a lei Cambial (Lei nº 2.044, de 1908, que define a letra de câmbio e a nota promissória e regula as operações cambiais), “o pagamento feito pelo aceitante ou pelos respectivos avalistas desonera da responsabilidade cambial os coobrigados posteriores”, segundo o seu art. 24”.

O ministro-relator valeu-se dessa definição para ratificar e reforçar a ideia que já tratava no art. 1.031, § 3º do Código Civil, cuja aplicação foi rejeitada pelo TJSP.

### **d. Argumento de autoridade**

Esse tipo de argumento está inscrito num campo maior, que Perelman denominou de Argumentos Baseados na Estrutura do Real, ou seja, a essência desses argumentos reside em fatores contextuais – exteriores ao texto.

Dessa forma, o argumento de autoridade visa trazer para o discurso a voz de outra pessoa cujo entendimento seja igual ou similar à ideia a que se está defendendo. Esse alguém deve gozar de prestígio face ao

receptor para o qual o discurso é dirigido, para ter força persuasiva, que neste caso contempla o jurista Pontes de Miranda.

Não resta dúvida, e daí o ensinamento de Pontes de Miranda lembrado pelo recurso e no despacho indeferitório de processamento do extraordinário, que o credor cambial pode acionar apenas um ou alguns avalistas, mesmo em ação autônoma.

Note-se que, o critério utilizado para elaboração deste Manual foi o estudo particularizado de cada uma das modalidades de estratégia argumentativa, por questão didática; no entanto, na tessitura de peças forenses, re-conhecer a gama de mecanismos de convencimento permitirá ao artesão do Direito forjá-las de modo coerente e, portanto, mais eficazmente persuasivo.

## REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Liem Hani. **Visão Jurídica**. Edição 120. São Paulo: Escala, julho/agosto, 2016.

ARAÚJO, Ubirajara Inácio de. **Tessitura Textual**: coesão e coerência como fatores de textualidade. São Paulo: Humanitas, 2000.

BRASIL. **Recurso extraordinário 101.223-4**. SP – STF – Recte.: J.S., Recdo.: Banco Itaú de investimentos S/A. Rel.: Aldir Passarinho, 31 mar. 1989. 1989.

NIEL, André. **A análise estrutural do texto**. São Paulo: Cultrix, 1973.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de Argumentação** – A nova retórica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1996.

## 5.2 PARTÍCULAS ORIENTADORAS DA ARGUMENTAÇÃO: OPERADORES ARGUMENTATIVOS<sup>16</sup>

Os discursos se elaboram e se condicionam nas relações de comunicação, isto é, a situação concreta de comunicação é que define a configuração de linguagem. Assim, conforme a seara em que os discursos são realizados, praticam-se “tipos relativamente estáveis de enunciados”, chamados por Bakhtin de “gêneros do discurso” (Bakhtin, 2003, p. 262).

No caso do segmento jurídico, tem-se que o gênero discursivo segue o padrão da norma culta. Dessarte, se de um lado, a escritura adequada dessa tessitura linguística concorre para aumentar o poder de

<sup>16</sup> Este artigo originalmente foi objeto de publicação na revista **Visão Jurídica**. Edição 143 – Agosto/2018. São Paulo: Escala, pp. 46-51. Contudo, o artigo, aqui transcrito, é resultado de diminutas alterações apenas na seara das terminologias.

persuasão, por outro, a transgressão aos ditames da língua culta pode até desqualificar o conteúdo daquilo de que se trata ou, ainda, o emissor.

Por esse caminho envereda o conceito de comunicação, visto que o ato de comunicar é inclusive agir sobre o outro, ou melhor, quando se comunica não se pretende unicamente que o receptor decodifique a mensagem, mas principalmente que a assimile em duas vertentes: a que creia nela e a que faça o que nela se propõe. Dessa forma, comunicar não se restringe a um fazer saber, estende-se a um *fazer crer* e um *fazer fazer*. Do que se depreende que a eficácia da comunicação reside em persuadir o outro a admitir com o que está sendo dito e levá-lo a fazer aquilo que se “determina” (Platão; Fiorin, 2009).

Aliás, essa é a tônica da redação forense, porquanto visa a produzir um resultado efetivo, entenda, levar ao convencimento. Por consequência, a organização do discurso jurídico deverá observar as técnicas persuasórias, visto que ao causídico incumbe convencer o outro da “veracidade” de suas alegações, e ao juiz cabe atentar-se convenientemente quanto à motivação e fundamento de suas decisões.

Vários são os recursos retóricos de que se poderão valer os obreiros do Direito. Entretanto, há uma estratégia bem ao alcance do próprio instrumento enunciativo: a Língua. A teoria da argumentação da língua, herdeira dos estudos de Oswald Ducrot e Jean Claude Anscombe (1970), propala que a argumentação se encontra inserida no próprio tecido linguístico. Pare eles, a esta constitui no estudo das orientações semânticas dos enunciados e dos encadeamentos que as expressam (Fiorin, 2020).

Com efeito, os verbetes constituintes da gramática, que adotam as funções morfológicas ou sintáticas identificados em classes como advérbios, conjunções, locuções conjuntivas, conectivos, ou ainda não inseridos em nenhuma das classes gramaticais tradicionais, constituem em palavras geradoras de significados de inclusão, de exclusão, de retificação, etc. (Koch, 2009) – que podem atuar como diretrizes de uma inferência específica, forjando os **operadores argumentativos**.

A composição discursiva que se impõe ao texto forense – quando priorizados os recursos da língua –, deixa marcas nos enunciados que permitem atribuir-lhes a responsabilidade de persuasão. Com efeito, em se tratando do enunciado jurídico, seja numa petição ou num veredicto, a figura dos operadores argumentativos de Ducrot é de especial rele-

vância, porquanto as teses nele elaboradas têm em vista induzir a todos envolvidos quanto à legitimidade do pedido ou a justeza da decisão.

Saindo da esfera do conceito e ingressando na pragmática da constatação quanto à força condutora dos operadores argumentativos, entende-se de bom alvitre examinar um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em especial a proferida pela sua 4ª Câmara Criminal Extraordinária, referente à Apelação nº 0007415-81.2008.8.26.0510, de Rio Claro.

Esse tem por objeto a ausência de tipicidade quanto ao crime de violação de direito autoral, com a consequente absolvição do réu. O fato se resume na apreensão de 180 CDs e DVDs expostos à venda por N.J.P.O. e sua concomitante detenção por policiais militares e agentes de fiscalização da prefeitura, em final de dezembro de 2007, na cidade de Rio Claro.

Por força desse incidente, sofreu o detido ação penal, com base no art. 184, § 2º, do Código Penal. Contudo, da sentença de fls. 81/84 depreende-se a improcedência da ação, resultando na absolvição do réu. Inconformado, o representante do Ministério Público recorre. Daí, o presente acórdão que ora se transcreve no que é pertinente.

#### **Ementa**

Apelação. Violação de direito autoral. Absolvição. Manutenção. Laudo pericial que não indica detalhadamente quais obras e autores tiveram seus direitos violados. Generalidade incompatível com o Direito Penal. Sentença absolutória mantida. Recurso de apelação não provido.

#### **Acórdão**

Vistos.....

Acordam,.....: “negaram provimento ao recurso. V.u.

#### **Relatório**

A sentença de fls. 81/84 julgou improcedente a ação penal, absolvendo N.J.P.O. da imputação de prática do crime capitulado no art. 184, § 2º, do Código Penal, com fulcro no art. 386, inciso VII, do CPP. Inconformado, o representante do Ministério Público apelou, buscando a condenação nos termos da denúncia ou, subsidiariamente a conversão do julgamento em diligência para que fosse realizada a complementação do laudo, apontando os nomes dos titulares dos direitos autorais. [...] É o relatório.

#### **Voto**

Consta da denúncia que, no dia 23 de dezembro de 2007, na intersecção da Rua... com a Avenida..., cidade de Rio Claro, N.J.P.O. expôs à venda cópias de fonogramas e obras intelectuais reproduzidos com violação de direito autoral.

Segundo o apurado, policiais militares e agentes de fiscalização da prefeitura surpreenderam o réu expondo à venda 180 CDs de títulos va-



riados e diversos artistas, sobrevivendo sua confissão quanto ao comércio das mídias, mas sob a justificativa do desconhecimento da ilicitude da conduta.

É certo que a conduta imputada ao agente incide no art. 184, § 2º, do CP, norma vigente e eficaz.

Ocorre que mencionado crime – cujo *nomen juris* é “violação de direito autoral” – pressupõe, como elemento do tipo penal, a identificação do bem jurídico tutelado e a especificação de seus detentores supostamente vitimados.

Na hipótese dos autos, após a apreensão das mídias e a realização da perícia, embora se tenha constatado que se tratava de cópias ilegítimas, não foram identificadas as pessoas supostamente prejudicadas com a ação do acusado, tampouco se individualizou o bem jurídico tutelado pela norma legal.

Os peritos oficiais se limitaram a atestar a falsidade de alguns dos discos apreendidos, o que foi feito por amostragem, dada a quantidade de peças em questão e as características similares entre elas.

Concluiu-se que tais produtos não apresentavam as características comuns aos discos compactos legítimos, porém sem identificação dos autores e das obras artísticas. Aliás, nem sequer foi realizado o exame em todas as mídias, que foram analisadas por amostragem.

O conjunto probatório também carece de elementos técnicos ou testemunhais que poderiam certificar a violação do direito autoral; a mera constatação da ausência de características indicativas de originalidade não pode lastrear a condenação por um crime contra a propriedade imaterial, uma vez que o que se pune é a violação do direito alheio, e não a comercialização irregular de mídias digitais.

Nesse sentido, confira-se:

“ Os cantores, compositores, os artistas e os representantes deles não foram identificados nem foram inquiridos para que pudessem confirmar que seus direitos autorais haviam sido violados. Em suma, houve a apreensão de CDs e DVs falsificados, mas não se demonstrou o direito autoral de que foi violado. Logo, não há como manter a condenação imposta em primeiro grau” (TJSP, 16ª Câmara de Direito Criminal, Ap. 990.08.1050008-0).

[...] A sentença, portanto, não comporta qualquer alteração. Assim, pelo meu voto, nego provimento ao recurso. Andrade de Castro (relator) (Brasil, 2008, grifo nosso).

O estudo a ser realizado privilegia o campo da Semântica da Argumentação no que se refere aos mecanismos que a Língua insere e disponibiliza para orientar o discurso jurídico a um determinado resultado, excluindo qualquer outro possível. O exame, contudo, não é restrito; desse modo, estratégias de convencimento fora do âmbito estritamente linguístico também será objeto de menção, tal como a *ilustração* e a *tautologia* (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 2017).

De início, a visão analítica busca os sinais linguísticos condicionantes da diretriz argumentativa, isto é, pretende-se nesta varredura

desvendar os termos que – inscritos na gramática da Língua – sejam dotados de valor retórico capaz de imprimir um rumo necessário das premissas (p / p1 / p2...) à conclusão (r), em detrimento de todas as outras prováveis.

Contudo, no limite do *corpus* escolhido, seleciona-se aqui unicamente um elenco de conjunções argumentativas e suas respectivas funções, visando sua pertinência ao texto examinado, com fulcro nos estudos de Guimarães (2007, p. 35-186), Koch (2008, p. 104-110) e Vogt (2009, p. 35-72), todos lastreados em Ducrot e Anscombe:

- a. operadores que orientam duas ou mais premissas para o mesmo sentido: *e, também, nem, tanto... como, não só... mas também, além de, além disso* etc.;
- b. operadores que introduzem uma relação de oposição: *no entanto, embora, ainda que, mesmo que, apesar de que, mas, porém, contudo, todavia, entretanto*.

O objeto de análise se desmembra em dois segmentos: Ementa seguida de Acórdão propriamente dito; sendo que aquela traduz um relato sucinto dos fatos, da fundamentação legal e dos motivos da inferência: “*Laudo pericial que não indica detalhadamente quais obras e autores tiveram seus direitos violados.*”

Por sua vez, o Acórdão resgata minuciosamente o histórico sucedido, bem assim, no Voto, desenvolve as razões que motivaram a decisão. Todavia, a despeito da legislação penal (art. 184, §2º, do CP, com fulcro no art. 386, inciso VII, do CPP) sustentar o presente Acórdão, o estudo volta seu olhar aos códigos linguísticos que conduzem o sentido de reafirmar, em segunda instância, a absolvição do réu decretada em juízo singular.

Assim, da leitura à Ementa, constata-se que o elemento verbal que conecta os dois argumentos incisivos é a conjunção coordenativa aditiva “e”, termo protótipo de adição, pois liga ideias de/para mesmo sentido. Para melhor visualizar esse entendimento, recorre-se ao modelo de Koch:

Quadro 6 – Adição de ideias

p1		p2
Laudo pericial		[não indica que os]
que não indica	e	autores tiveram seus
detalhadamente		direitos violados
quais obras		
	[r = absolvição]	

Fonte: Elaborado pela autora com base na fórmula de Koch, 2022.

Por conta dessa partícula aditiva (*e*) tem-se que dois requisitos (premissas) são determinantes: (p1) detalhamento das obras *e* (p2) prova da violação dos direitos dos autores, para que a tipicidade penal ocorra. A conjunção (*e*) exige que se atenda esse par de condições, sob pena de não se configurar o ilícito, no caso, a violação do direito autoral.

Contudo, a manutenção da sentença apelada se deve, não apenas pelo operador argumentativo “*e*”, encontra esteio, inclusive, em versão elaborada do fator adição no corpo do acordão. Em outros termos, agrega àquela partícula de convencimento outra estratégia de persuasão além do sistema linguístico propriamente dito, professado por Ducrot.

Deveras, a absolvição lastreia-se, conjuntamente, na *tautologia* (Perelman, 2017), expediente que consiste na repetição de determinada ideia como procedimento argumentativo, ou melhor, traduz-se num paralelismo semântico. Através desse mecanismo de persuasão, vale-se o relator de morfemas de um mesmo campo de significado, conforme se depreende da transcrição de trechos do Voto, em que concorrem novamente a conjunção “*e*” e suas variantes:

Ocorre que mencionado crime – cujo nomen juris é “violação de direito autoral” – pressupõe, como elemento do tipo penal, [p1] a identificação do bem jurídico tutelado e [p2] a especificação de seus detentores supostamente vitimados.

Segue o relator em ressonância com o entendimento supra, mas desta vez em sua versão negativa, valendo-se de terminologias com noções similares a *e*: aqui transcrito por **não... tampouco**:

[...] embora se tenha constatado que esse tratava de cópias ilegítimas, [p2] **não** foram identificadas as pessoas supostamente prejudicadas com ação do acusado, [p1] **tampouco** se individualizou o bem jurídico tutelado pela norma legal (grifo nosso).

Observe a equivalência: na primeira citação, a concatenação argumentativa encontra-se na forma afirmativa, expressa pela conjunção “e”, enquanto que na segunda, o desenvolvimento do mesmo tema assume o formato negativo constituído pelos conectivos : *não... tampouco*, tendo neste caso a sua função comparada a *nem* isto... *nem* aquilo.

Os dois segmentos congregam em si as *premissas* (p1 e p2 = *não p2... tampouco p1*) que afluem necessariamente ao *resultado* “r” (*absolvição*), uma vez que na esfera da semântica argumentativa tais operadores reúnem expressões cognitivas de mesma força de convencimento, remetendo inexoravelmente a esta inferência:

[...] a mera constatação da ausência de características indicativas de originalidade não pode lastrear a condenação por crime contra a propriedade industrial, uma vez que o que se pune é a violação do direito alheio, e não a comercialização irregular de mídias digitais.

O que se percebe aqui é um imbricar de duas estratégias retóricas: uma no limite da unidade linguística (a palavra); outra no espaço de frase-oração. Tanto o operador “e” quanto a *tautologia* ( *não... tampouco*) instruíram o relator ao mesmo veredicto.

Ainda na esteira dos procedimentos persuasivos alheios à estritamente linguística, testemunha-se a modalidade *ilustração* (Perelman, 2017) de uso recorrente pelos militantes do Direito. Consiste em se valer de um entendimento já consolidado, a fim de enfatizar ou até garantir a adesão da tese defendida. Neste caso, a jurisprudência:

Os cantores, compositores, os artistas e os representantes deles não foram identificados nem foram inquiridos para que pudessem confirmar que seus direitos autorais haviam sido violados. Em suma, houve a apreensão de CDs e DVs falsificados, mas não se demonstrou o direito autoral de que foi violado. Logo, não há como manter a condenação imposta em primeiro grau (TJSP, 16ª Câmara de Direito Criminal, Ap. 990.08.1050008-0).

Portanto, na elaboração do enunciado forense de função conativa-apelativa é valioso conhecer e re-conhecer as técnicas de convencimento. E principalmente aquelas que estão ao alcance da mão: os operadores argumentativos – elementos articuladores de persuasão e intrínsecos à própria Língua –, que ao causídico se revelam úteis no ato de redigir suas peças.

## REFERÊNCIAS

- ALCÂNTARA, Liem Hani. Partículas orientadoras da argumentação. **Revista Visão Jurídica**, Edição 143, São Paulo: Escala, ago. 2018.
- BAKHTIN, Mikhail. **Estética da Criação Verbal**. Trad. Paulo Bezerra. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- BAKHTIN, Mikhail. **Os Gêneros do discurso**. Trad. Paulo Bezerra. São Paulo: Editora 34. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 4ª Câmara Criminal Extraordinária. Réu N.J.P.O. **Apelação nº 0007415-81.2008.8.26.0510**. Rio Claro, 2008.
- DUCROT, Oswald. **Dizer e não dizer**. Princípios de semântica linguística. Trad. Eduardo Guimarães. Campinas, São Paulo: Pontes, 1987.
- FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. São Paulo: Contexto, 2011.
- FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2020.
- GUIMARÃES, Eduardo. **Texto e Argumentação**: um estudo das conjunções do Português. Campinas, São Paulo: Pontes, 2007.
- GUIMARÃES, Eduardo. Argumentação e “topoi” argumentativos. In: GUIMARÃES, Eduardo (Org.) **História e sentido na linguagem**. Campinas: Pontes, 1989, p. 13-38.
- KOCH, I.G.V. O funcionamento polifônico da argumentação. **Investigações**, n. 4, Universidade Federal de Pernambuco, p. 31-36, 1994.
- KOCH, I.G.V. **Argumentação e linguagem**. São Paulo: Cortez, 1984.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Trad. Maria E. Al. P. Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.
- PLATÃO, Francisco; FIORIN, José Luiz. **Para entender o texto**: leitura e redação. São Paulo: Ática, 2009.
- VOGT, Carlos. **O intervalo semântico**: contribuição para uma teoria semântica argumentativa. Campinas: Editora Unicamp, 2009.

## 5.3 INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA

Este artigo, distintamente dos anteriormente escritos, faz uma abordagem da técnica de persuasão de modo oblíquo, ou seja, recorre à *interpretação* como estratégia argumentativa. Sua proposta consiste em dupla intenção: a primeira teórica, quanto ao que seja o raciocínio teleológico e o Direito Tridimensional, sem exaurir, contudo, referidos temas; e, seguidamente, análise do Acórdão TJRS – 17ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70056800253 – Canoas-RS, visando dar visibilidade à ótica abstrata.

É de entendimento que todo e qualquer preceito jurídico passa pelo crivo da Hermenêutica, sistema que comporta a *Interpretação* e a *Construção*, noções que muitos operadores da lei aglutinam sob àquela terminologia. No entanto, a nomenclatura técnico-jurídica as distingue. A Interpretação visa, grosso modo, perquirir e *revelar* o significado da regra legislada – nem sempre evidente –, e *dimensionar* o seu alcance; enquanto que a Construção examina a norma jurídica em seu conjunto e em relação a perspectiva do Direito, e ao final elabora uma obra sistemática, um todo orgânico (Maximiliano, 2009).

Neste estudo, o termo interpretação será aplicado na confluência desses dois institutos, isto é, o exame ocorrerá na disposição legal propriamente dita e, concomitantemente, em relação a outras que lhe guardem pertinência.

De início, é oportuno e necessário conceituar-se o objeto dessa lida, a fim de que não se configure uma leitura claudicante: *interpretação teleológica* consiste num método de exegese jurídica apropriada para perquirir a finalidade legal, sopesando e procurando preservar o equilíbrio entre os interesses envolvidos. Essa concepção interpretativa orbita em torno dos conceitos de equilíbrio, razoabilidade, bom senso, justa medida, proporcionalidade e utilidade social.

Traduz-se num esquadriñar de sentido em busca da intenção da lei, que não se confunde com a vontade do legislador, porquanto não se investiga a disposição psicológica e, sim, a normativa. Daí, a possibilidade de adaptar e imprimir à vocação dos preceitos antigos, novos significados à procura de soluções alusivas a questões atuais.

Em linhas gerais, contrapõe-se à hermenêutica tradicional, cujo discurso jurídico dominante consistia numa interpretação formalística e dogmática. O que importa dizer que o formato gramatical não supera a semântica finalística, do contrário a exegética restaria estática e imutável.

Não obstante a lei esteja confinada à sua literalidade, como meio de expressão, seu entendimento não está limitado à letra do dispositivo. O caráter axiológico é que legitima a elasticidade da interpretação. Aliás, considerando o *valor* como a característica intrínseca do *fim* é pertinente sua ductilidade. Com efeito, é peculiar da axiologia a mobilidade, adaptabilidade, transigibilidade, fatores, aliás, inerentes à dinâmica histórico-evolutiva.

Por força dessa cinética valorativa, observou-se que o Direito marcha sem necessariamente se revogarem total ou parcialmente os termos legalizados; evolui, adapta-se, atualiza-se pelos mecanismos da interpretação e da supressão de lacunas, como ensina Reale:

O modelo jurídico assim positivado é momento de um processo, podendo sofrer alterações semânticas através do tempo. Tais mudanças de sentido, ligadas ao caráter criador do ato interpretativo, equivalem a verdadeiras criações normativas, independente da providência, às vezes tardia ou desnecessária, da revogação parcial ou total da norma originalmente formulada (Reale, 1975, p. 486, grifo nosso).

Ressoa nesse sentido o artigo 4º – “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” – e, principalmente, artigo 5º – “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” –, ambos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, anteriormente denominada Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que estabelecem diretrizes sobre a aplicação dos dispositivos jurídicos em várias vertentes, dentre elas a interpretativa.

Dessarte, apesar da conduta imparcial do juiz em face da demanda ou do causídico em suas argumentações, o exame e avaliação do caso frente à lei serão direcionados pela instituição dos fins sociais, isto é, o seu norte traduz-se na finalidade social intrínseca na concepção valorativa da norma. O entendimento deve guiar-se pela busca do propósito legal, do *fim* que inspirou o *dever ser* (Reale, 1975), consoante preleciona Maximiliano:

A norma enfeixa um conjunto de providências protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi redigida (Maximiliano, 2009, p. 125, grifo nosso).

Por esse viés, é interessante revisitar o conceito Tridimensional do Direito, quanto à *gênese da norma jurídica*, consolidado pelo jurista e filósofo, Miguel Reale, em obra inscrita entre os estudos mais relevantes nessa área – Filosofia do Direito. Convém, entretanto, informar que a ideia germinal da teoria tríplice não é de exclusividade desse pensador, mas de outros autores que lhe antecederam, como Emil Lask, Gustav Radbruch, Roscoe Pound Wilhelm Sauer e Werner Goldschmidt, apenas para citar, que por sua vez já tratavam dessa questão, em seus estudos, ainda que de forma embrionária e singela.

Não obstante a complexidade e densidade do labor realizado por Reale, o presente artigo visa fazer, tão somente, um traçado sumário desse pensamento e torná-lo continente do conteúdo – note-se, adstrito tão somente no tópico alusivo ao presente estudo –, que se voltará à análise do acórdão mencionado, de tônica teleológica.

A tridimensionalidade jurídica – atente-se, recortada aqui apenas em sua relatividade, visto flertar com o positivismo –, se formula, em linhas gerais, na confluência existente entre *fato*, *valor* e *dever ser*. A dialética que permeia a trinca de elementos se condiciona na capacidade do valor assumir o caráter constitutivo da experiência ético-histórica.

O aspecto germinal, de que trata o autor, atrela-se na certeza de que o *valor*, em seu sentido lato, é o fator motriz da ação humana. Diante dele, o homem assume uma atitude positiva ou negativa, resultando a condição de *dever ser* (deontológico), isto é, se algo é dotado de valor ético, *deve ser* realizado, protegido; por outro lado, se algo o é destituído, *deve ser* rechaçado e até proibido. Essa medição é aferida através dos juízos de valores.

Referido tripé observa que um fenômeno jurídico está calcado em um *fato* – econômico, social, tecnológico, etc.; um *valor*, cuja natureza confere importância ao fato ao assumir a envergadura de *fim/finalidade*, tornando-o significativo a ponto de lhe garantir existência e manutenção obrigatórias, ou seja, tornando-o num *dever ser* normativo de caráter permissivo ou proibitivo. Daí, resta autorizado concluir que cada um desses elementos guarda uma relação dinâmica e dialética entre si, apartado da visão – segmentária e estática – dominante e vigente até início do século XX.

Portanto, admissível é se inferir que o *valor*, na condição de *fim*, torna legítima a conduta obrigatoriamente permissiva ou proibitiva. O *valor-fim* é o elemento que autoriza sopesar ou determinar a legalidade da norma positivada, e conseqüentemente a ductilidade da exegese.

Nesse sentido, confere-se à *flexibilidade* do valor a estatura de elemento essencial na condição de critério de interpretação e não mais a literalidade do dispositivo, possibilitando, dessa forma, adaptar e contemporizar o significado da norma antiga à finalidade presente, pelo raciocínio teleológico.

Em arremate, é pertinente a convergência e o imbricamento da teoria tridimensional do direito com o pensar teleológico; como duas



faces de um mesmo instituto, eis que se a regra jurídica é lastreada pela finalidade, interpretar é revelá-la, mesmo que oculta pela letra da lei, como sucede na hipótese examinada.

A interpretação teleológica – até então forjada no seio da teoria –, aqui travestida de cunho persuasivo, encontra aplicação prática no recorte do Acórdão TJRS – 17ª Câ. Cível, Agravo de instrumento nº 70056800253 – Canoas, j. 28/11/2013, m.v, (Brasil, 2013), ora transcrito.

### **Relatório**

Desembargadora : Elaine H. Macedo (presidente e relatora): cuida-se de agravo de instrumento interposto por W.S.f.F.M.Ltda contra decisão do exmo sr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Canoas, que, nos autos da ação de execução veiculada em face de V.S.A. e V.B.V., indeferiu o pleito de penhora de salário para adimplemento de verba sucumbencial.

Em suas razões, em síntese, refere ser plenamente possível a constrição de verba salarial quando visa satisfazer honorários, cuja natureza é alimentar. Salienta não ter localizado outros bens de constrição. Assim, busca a penhora do salário da executada V. no patamar de 30% de seus vencimentos, cita jurisprudência. Acosta documentos.

### **Votos**

Elaine H. Macedo: orientando a decisão, entende ser caso de provimento de recurso.

Isso porque, em que pesem os fundamentos exarados pela parte ora recorrente, o entendimento desta relatoria é no sentido de que os valores percebidos a título de salário são impenhoráveis, a teor do disposto pelo art. 649, inciso IV, do CPC [Lei 5869/73], independentemente de a pretensão versada no pleito expropriatório se fundamentar em créditos que também sejam alimentares na hipótese, honorários advocatícios. (negritamos)

Nesse sentido a jurisprudência [...]

“O salário é absolutamente impenhorável nos termos do art. 649, incisos IV e X, do CPC, mesmo quando o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais. Inaplicabilidade da exceção prevista no § 2º do art. 649 do CPC, em razão de que os honorários sucumbenciais não se equiparam à verba alimentícia. Decisão agravada. Agravo regimental recebido como agravo interno e desprovido, por maioria.” (Agravo Regimental nº 70054964341, 17ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Liege P. Pires, j. 4.7.2013)

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

Por seu turno, no corpo do exame em Tribunal, o Desembargador Gelson R Stocker (revisor), se manifesta:

Com a devida vênia da e. relatora, estou divergindo de seu voto, na esteira do precedente nº 70054964341, citado, cuja divergência é de minha autoria.

Tenho a convicção de que a verba honorária, devida ao advogado, decorrente da sucumbência e até mesmo da contratual, possui natureza alimentar. Assim sempre decidi desde que assumi a TJRS, em fevereiro de 2008.

Nesse sentido não estou sozinho, se assim me permitem esclarecer, pois o STJ, está unânime em reconhecer o caráter alimentar dos honorários advocatícios, senão vejamos exemplificativamente: “Agravamento interno. Recurso especial. Honorários advocatícios. Natureza alimentar”. [...] (Ag.Rg. nos EDcl no REsp nº 801.398-Sc, Rel. Raul Araújo, 4ª T., J. 5.3.2013 –

“Processual civil. Execução fiscal. Honorários advocatícios. Sociedade de advogados. Natureza alimentar. [...]” (REsp nº 1358331-RS.Min. Mauro C. Marques, 2ª T., j. 19.02.2013”

Vencida a questão do caráter alimentar dos honorários advocatícios, restaria saber se tal verba seria prevalente e, assim, excepcionar a impenhorabilidade prevista no art. 649, inciso IV, do CPC.

Tenho enfrentado essa questão e dito que não se deve optar por uma interpretação literal ao referido inciso IV do art. 649 do CPC, mas, sim, em consonância com a sua finalidade. Assim, como não deve ser absoluta sua prevalência, que deve se dar dentro de critérios de razoabilidade.

Por estar a verba honorária prevista no art. 20 e §§ do CPC e deve ser justa a remuneração do advogado, indo ao encontro da sua indispensabilidade à administração da Justiça, conforme determina o art. 133 da CF, e de sua natureza alimentar, a penhora de parte dos valores excepcionalizados pelo art. 649, inciso IV, do CPC não só deve ser permitida como vai exatamente ao encontro dos princípios que norteiam tanto a limitação da penhora como a sua excepcionalidade, tudo nos casos também previstos na regra legislativa.

[...] “A regra do art. 649, inciso IV, do CPC constitui uma imunidade desarrazoada na espécie. Isso porque: i) a penhora visa a satisfação e crédito originado da ausência de repasse dos valores que os recorrentes receberam na condição de advogados do recorrido; ii) a penhora de parcela dos honorários não compromete a subsistência do executado; e iii) a penhora de dinheiro é o melhor meio para garantir a celeridade e a efetividade da tutela jurisdicional, ainda mais quando o exequente já possui mais de 80 anos. 2 – A decisão recorrida conferiu a máxima efetividade às normas em conflito, pois a penhora de 20% não compromete a subsistência digna do executado – mantendo resguardados os princípios que fundamentam axiologicamente a regra 649, inciso IV, do CPC – e preserva a dignidade do credor e o seu direito à tutela executiva. [...]” REsp nº 12.3.2013, j. 18.3.2013 (grifo nosso)

Assim, eminentes colegas, com o reiterado pedido de vênias, estou divergindo do voto da e. relatora e dando provimento ao recurso. É como voto.

Desembargador: Luiz Renato Alves da Silva: peço vênias à relatora, mas acompanho o voto do revisor no caso concreto.

Por maioria de voto, deram provimento ao agravo de instrumento, vencida a relatora, que negava provimento” (Brasil, 2013, grifo nosso).

Assim, passa-se à análise do acórdão, do ponto de vista da relatora e, posteriormente, do revisor, conferindo-se um contraponto exegético ao Art. 649 do CPC/73:

São absolutamente impenhoráveis:

[...] IV – os vencimentos, subsídios, soldos, *salários*, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; [...] (grifo nosso).

A relatora diante do agravo de instrumento, repeliu-o por conta de aplicação mecanicista do *caput*, do artigo 649, inciso IV, do CPC, abraçando a literalidade do preceito legal como único caminho a trilhar. A exegese filológica, eleita, restringiu-se à gramaticalidade e apego aos vocábulos de modo servil, desconsiderando, no caso examinado, que se tratava de interesses colidentes e, no entanto, legítimos.

Vitória triunfante do brocardo: *In claris cessat interpretativo*, que na versão pátria diz: Lei clara não carece de interpretação, ou seja, em sendo claro o texto, não se admite pesquisa de sua finalidade.

Dessa feita, justifica que são *absolutamente* impenhoráveis os salários, mesmo quando para pagamento de honorários advocatícios de sucumbência. O advérbio *absolutamente* impôs-se como uma ditadura no decisório. Palavra de um rigorismo ímpar, cuja conotação parece engessar e afastar qualquer possibilidade de questionamento.

No entanto, a colocação assumida pela relatora defronta o senso de justiça que deveria orientar a decisão, uma vez que o critério aplicado para *preterir o credor e preferir o devedor* na relação jurídica verificou-se incongruente. Com efeito, o dogma axiomático, dominador dos pretórios há século, não há lograr êxito na atualidade. Desse modo, embora o dispositivo de forma perfeita – sem lacuna ou ambiguidade –, cumpre perquirir o sentido e o alcance respectivos, isto é, interpretá-lo.

Diante do insustentável – desprovimento do agravo –, o revisor aborda a hipótese, em análise, buscando uma solução que não afrontasse o estatuto em questão, de um lado, e que garantisse, de outro, a satisfação do crédito do exequente, cuja natureza inclusive era de caráter alimentar.

Tenho enfrentado essa questão e dito que não se deve optar por uma interpretação literal ao referido inciso IV do art. 649 do CPC, mas, sim, em consonância com a sua finalidade. Assim, como não deve ser absoluta sua prevalência, que deve se dar dentro de critérios de razoabilidade (grifo nosso).

A interpretação literal desse artigo não atende ao equilíbrio que o caso exige, forjando-se, então, uma interpretação teleológica. Essa nova perspectiva autoriza que o pensar jurídico não se restrinja à aplicação meramente dogmática, em busca unicamente do sentido filológico do direito positivo. Ao revés, a exegese em questão resgata o fundamento, o escopo original da proposição legal em exame: garantir a subsistência digna do executado, sem, contudo, lesar o instituto da execução deflagrado com a finalidade de satisfazer o direito do credor.

Contudo, a ótica assumida não se ateve meramente à busca da axiologia imersa no dispositivo, estendeu-se à perquirição de princípios compatíveis, sob pena de comprometer ou falsear a interpretação. Dessarte, o artigo 649, CPC/73, não obstante autônomo, não implica separação ou isolamento, ao revés, interage organicamente com seus pares, daí a *Construção* ao lado da interpretação, mencionada no início deste artigo.

Portanto, era mister aferir a interdependência do preceito examinado com o artigo 612, CPC/73, “ressalvado o caso e insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (artigo 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados” (grifo nosso).

Desse cotejo, o advérbio *absolutamente*, que antecede o adjetivo impenhorável, deve ser compreendido como uma terminologia orientadora e não lhe ser conferido um caráter despótico, sob pena de distorcer a exegese da norma em apreço, cujo escopo constitui-se em *assegurar a capacidade alimentar*. Do contrário, se veria impraticável e totalmente inútil a garantia ao credor em questão, apesar de munido de crédito legítimo.

Diante dessa celeuma, a interpretação literal do art. 649, inciso IV do CPC/73 transcrito, resta frustrada; caso contrário, sua prevalência consolidaria uma solução desequilibrada, senão injusta.

Em suma, a interpretação não pode se restringir unicamente ao artigo em análise, deve inclusive observar outros regramentos para que com eles não venha a colidir. No caso examinado, há bivalência de direitos – de um lado, do devedor protegido pela impenhorabilidade

de e, de outro, do credor, por força de um título de crédito legítimo –, cujo valor e natureza são equânimes, visto serem ambos institutos de envergadura constitucional (artigo 6º da CF), não havendo possibilidade de eleger um em detrimento do outro.

Os preceitos trazidos pelo revisor para suportar o argumento finalístico foram, essencialmente, os artigos 20 e §§ do CPC/73, artigo 612 CPC/73, artigo 133 da Constituição Federal e entendimentos jurisprudenciais. Entretanto, neste estudo, a autora pretende contribuir singelamente com esse raciocínio, declinando os artigos 22 e 24 do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94) que ora transcreve:

Art. 22 – A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Art. 24 – A decisão que fixar ou arbitrar honorário e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e *constituem crédito privilegiado* na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial (grifo nosso).

Guardadas suas particularidades, a prestação de serviço advocatício se assemelha ao serviço prestado pelo empregado. O esforço laboral – a título empregatício ou liberal – é compensado pela remuneração, e esta tem aspecto alimentício. Ratifica essa visão de equivalência a decisão: “Na falência, a habilitação ao crédito por *honorários advocatícios equipara-se ao trabalhista-alimentar* e deve ser habilitado na mesma categoria deste” (STJ – 3ª T., REsp 793.245, M. Gomes de Barros, DJ 16.04.07, grifo nosso).

Enfrentada a incerteza quanto à natureza alimentar dos honorários advocatícios sucumbenciais, resta investigar se a excepcionalidade do art. 649, §2º, do CPC/73 os contempla: “O dispositivo inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia” (grifo nosso), ou seja, é hipótese de suspensão e relativização do *absoluto*, quanto à impenhorabilidade.

Essa medida, contudo, não pode ser integral, sob pena de pôr em risco o sustento do devedor. A fim de contemporizar o dilema, recomenda-se a adoção dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a impor o menor sacrifício possível a ambos direitos fundamentais tutelados.

Referidos critérios tornam possível a penhora do salário até a extensão suportado pelo devedor (20%) de um lado, e de outro, constitui-se

em medida justa diante da possibilidade de o credor não sofrer restrições de seu direito e, conseqüentemente, ter o seu crédito satisfeito.

Por fim, o mérito da eleição do acórdão examinado estriba no fato de que a decisão (2013) foi proferida antes do advento do Novo Código de Processo Civil, em 2015, mas que já prenunciava pelo sistema argumentativo teleológico o ESCOPO concebido e concedido ao artigo 649, inciso-IV, do CPC/73. Circunstância, não rara, em que a jurisprudência se antecipa ao labor legislativo, pois lhe é próprio o incansável e dinâmico estudo das relações entre pessoas – físicas ou jurídicas.

Com efeito, posteriormente (2015), o NCPC reescreve em dispositivo equivalente (artigo 833), suprimindo apenas a expressão *Absolutamente* para dar maior relatividade e visibilidade ao significado inerente ao artigo. A nova redação:

Artigo 833. São impenhoráveis:

[...]

IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º.

Do cotejo realizado entre os “caput” dos artigos 649 CPC/73 e 833 NCPC/15 mencionados, revela-se incontestemente a *relativização* do que seja impenhorável, sob à luz da proporcionalidade e da razoabilidade, – aspectos essenciais e determinantes do pensar teleológico –, porque não perde de vista, no caso examinado, os direitos que estão sob a égide axiológica.

Dentre os diversos sistemas hermenêuticos, o teleológico foi eleito a título de exemplo da força argumentativa no desempenho da prática jurídica.

## REFERÊNCIA

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Portal Câmara dos Deputados**. 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html#:~:text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil.&text=Art.,disposi%C3%A7%C3%B5es%20que%20este%20C%C3%B3digo%20estabelece>.

BRASIL. Lei n. 13.105 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano CLII, n. 51, 17 mar. 2015.

BRASIL. **Agravo de instrumento n. 70056800253**. TJRS – 17ª Câmara Cível. Agravante: W.S.f.F.M.Ltda – Canoas. 28 nov. 2013.

GRANZINOLI, Cassio Murilo Monteiro. **Interpretação e Argumentação Jurídica** – uma contribuição para a fundamentação e justificação das decisões judiciais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – A Nova Retórica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1975.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, a. 91, n. 798. São Paulo: RT, 2002.

VOESE, Ingo. **Argumentação Jurídica**. Juruá, 2010.



A Universidade de Caxias do Sul é uma Instituição Comunitária de Educação Superior (ICES), com atuação direta na região nordeste do estado do Rio Grande do Sul. Tem como mantenedora a Fundação Universidade de Caxias do Sul, entidade jurídica de Direito Privado. É afiliada ao Consórcio das Universidades Comunitárias Gaúchas - COMUNG; à Associação Brasileira das Universidades Comunitárias - ABRUC; ao Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras - CRUB; e ao Fórum das Instituições de Ensino Superior Gaúchas.

Criada em 1967, a UCS é a mais antiga Instituição de Ensino Superior da região e foi construída pelo esforço coletivo da comunidade.

## *Uma história de tradição*

Em meio século de atividades, a UCS marcou a vida de mais de 120 mil pessoas, que contribuem com o seu conhecimento para o progresso da região e do país.

## *A universidade de hoje*

A atuação da Universidade na atualidade também pode ser traduzida em números que ratificam uma trajetória comprometida com o desenvolvimento social.

Localizada na região nordeste do Rio Grande do Sul, a Universidade de Caxias do Sul faz parte da vida de uma região com mais de 1,2 milhão de pessoas.

Com ênfase no ensino de graduação e pós-graduação, a UCS responde pela formação de milhares de profissionais, que têm a possibilidade de aperfeiçoar sua formação nos programas de Pós-Graduação, Especializações, MBAs, Mestrados e Doutorados. Comprometida com excelência acadêmica, a UCS é uma instituição sintonizada com o seu tempo e projetada para além dele.

Como agente de promoção do desenvolvimento a UCS procura fomentar a cultura da inovação científica e tecnológica e do empreendedorismo, articulando as ações entre a academia e a sociedade.

## *A Editora da Universidade de Caxias do Sul*

O papel da EDUCS, por tratar-se de uma editora acadêmica, é o compromisso com a produção e a difusão do conhecimento oriundo da pesquisa, do ensino e da extensão. Nos mais de 1.500 títulos publicados é possível verificar a qualidade do conhecimento produzido e sua relevância para o desenvolvimento regional.



Conheça as possibilidades de formação e aperfeiçoamento vinculadas às áreas de conhecimento desta publicação acessando o QR Code:





Esta obra não está acondicionada ou condicionada a uma área específica do Direito, já que se trata de um instrumento de persuasão como plataforma discursiva dialógica. Sua aplicação, estatuída como mecanismo, é validada no emprego do tecido conativo para os artífices da palavra em seu desempenho profissional. Nesse sentido, os expertos do Direito estão largamente contemplados, por força de seu ofício de convencer de modo elegante, mas incisivo.

O escopo principal deste manual se confunde com o seu objeto, pois ambos tratam de estratégias de convencimento, no nível do cognitivo, visando a induzir o Outro a acreditar, por intermédio da argumentação, na plausibilidade da versão apresentada no discurso oral ou escrito.

O diferencial desta obra em relação às existentes no mercado consiste em sua abordagem, uma vez que sua configuração se traduz num manual, cujo critério que lhe permeia é de natureza prática, tanto no aspecto de manuseio – compilação de artigos – quanto no método de sua elaboração, isto é, observa um roteiro teórico, inicialmente, seguido de respectivas visão e prática analíticas de acórdãos.

Seu texto tem caráter utilitário e sua estrutura conduz, passo a passo, para cada uma das modalidades argumentativas. Sua consulta é simples, considerando que cada um dos tópicos está segmentado em artigo e, nesse aspecto, o tratamento é dual: teoria e prática.

Quanto à linguagem, sua plataforma é a culta por exigência do ofício a que se dirige, ou seja, em especial, aos militantes da área de Direito. Sua redação alcança, inclusive, os não iniciados, porque o discurso, embora dotado de formalidades linguísticas, é palatável. Outro coeficiente facilitador da compreensão se destaca nos acórdãos, decisões dos Tribunais, tendo em vista que atuam como elementos ratificadores dos conceitos forjados e lhe dão visibilidade.

