

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

LETÍCIA MACHEL LOVO

A *ÉTHICA* DA CONTRADIÇÃO

uma análise retórica do *venire contra factum proprium*
e a perda de uma chance em decisões trabalhistas

Doutorado em Direito

São Paulo

2025

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

LETÍCIA MACHEL LOVO

A *ÉTHICA* DA CONTRADIÇÃO

uma análise retórica do *venire contra factum proprium*
e a perda de uma chance em decisões trabalhistas

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como requisito parcial para a obtenção do Título de Doutora em Direito, na subárea Filosofia do Direito, sob a orientação da Professora Doutora Nathaly Campitelli Roque.

São Paulo

2025

Lovo, Letícia Machel

A ÉTHICA DA CONTRADIÇÃO: uma análise retórica do venire contra factum proprium e a perda de uma chance em decisões trabalhistas. / Letícia Machel Lovo. -- São Paulo: [s.n.], 2025.

193p. il. ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Nathaly Campitelli Roque.

Tese (Doutorado)-- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. retórica. 2. venire contra factum proprium. 3. perda de uma chance. 4. ethos. I. Roque, Nathaly Campitelli. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

LETÍCIA MACHEL LOVO

A ÉTHICA DA CONTRADIÇÃO

uma análise retórica do *venire contra factum proprium*
e a perda de uma chance em decisões trabalhistas

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como requisito parcial para a obtenção do Título de Doutora em Direito, na subárea Filosofia do Direito, sob a orientação da Professora Doutora Nathaly Campitelli Roque.

Aprovada em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professora Doutora Nathaly Campitelli Roque (Orientadora).

Instituição: PUC-SP

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

*Dedico este trabalho aos meus pais,
Esdras e Silma,
e à minha orientadora,
Profa. Nathaly.*

AGRADECIMENTO

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Modalidade: CAPES Integral.

Número de processo CAPES: 88887.596156/2020-00

This study was financed in part by the Brazilian Federal Agency for Support and Evaluation of Graduate Education – Brazil – Finance Code 001.

Modality: CAPES Integral

Process Number: CAPES: 88887.596156/2020-00

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais Esdras e Silma, por me concederem o privilégio da vida, das oportunidades, das raízes, do exemplo, do colo e, sobretudo, por me impulsionarem a perseguir meus sonhos e me deixarem sempre segura quanto ao caminho de casa. Agradeço à minha irmã Laura, a quem também posso chamar de amiga.

À professora Dra. Nathaly que, com generosidade, me acolheu como orientanda de mestrado em 2016. Desde então, tenho a satisfação de tê-la como inspiração de docente, de pesquisadora e de mulher.

A todos que compõem a Secretaria de Pós-Graduação da PUC-SP, especialmente em nome do Rui e do Rafael, sempre presentes. Em todos esses anos, nada teria se concretizado sem a paciência e a eficácia destes seres humanos extraordinários.

Por fim, aos examinadores que aceitaram o convite para integrar a banca: às Professoras Doutoras da PUC-SP: Regina Villas Boas, Márcia Alvim e Déborah Regina Lambach, além dos professores doutores examinadores externos: Valton Pessoa, Henrique Garbellini e Allan Radi Ribeiro. Sinto-me extremamente honrada por saber que meu trabalho foi lido por professores e pesquisadores de altíssimo nível, os quais admiro e respeito pessoalmente.

*Por tanto amor, por tanta emoção
A vida me fez assim
Doce ou atroz, manso ou feroz
Eu, caçador de mim*

*Preso a canções, entregue a paixões
Que nunca tiveram fim
Vou me encontrar longe do meu lugar
Eu, caçador de mim*

*Nada a temer, senão o correr da luta
Nada a fazer, senão esquecer o medo
Abrir o peito à força, numa procura
Fugir às armadilhas da mata escura*

*Longe se vai sonhando demais
Mas onde se chega assim?
Vou descobrir o que me faz sentir
Eu, caçador de mim*

*Nada a temer, senão o correr da luta
Nada a fazer, senão esquecer o medo
Abrir o peito à força, numa procura
Fugir às armadilhas da mata escura*

*Longe se vai sonhando demais
Mas onde se chega assim?
Vou descobrir o que me faz sentir
Eu, caçador de mim*

Caçador de mim

(canção: Milton Nascimento)

composição: Luiz Carlos Sá/Sérgio Magrão)

[...] “*As coisas têm vida própria*”,
apregoava o cigano com áspero sotaque,
“*tudo é questão de despertar a sua alma*”.

MÁRQUEZ, Gabriel García. **Cem anos de solidão.**

Rio de Janeiro: Record, 1977.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C	antes de Cristo
ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
AIRR	Agravo de Instrumento em Recurso de Revista
art.	artigo
ASO	Atestado de Saúde Ocupacional
Atual.	Atualizado por
BDTD	Biblioteca Digital de Teses e Dissertações
C.	Colendo
CAPES	Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CC/1916	Código Civil de 1916
CC/2002	Código Civil de 2002
CCB/02	Código Civil Brasileiro de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEF	Caixa Econômica Federal
CF/1988	Constituição Federal de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Conjur	Consultor Jurídico
coord.	coordenado por
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
DEJT	Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho
Des.	Desembargador/a
DJ-e	Diário da Justiça Eletrônico
dr.	doutor/a
e-book	<i>eletronic book</i>
EC	Emenda Constitucional
ed.	edição
Eg.	Egrégio
<i>et al.</i>	e outros
Exmo.	Excelentíssimo

fl.	Folha
GOR	Górgias
http	<i>Hypertext Transfer Protocol</i>
IAPFESP	Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e Empregados dos Serviços Públicos
j.	julgado em
LTr.	Editora do Direito do Trabalho e Previdência Social
Min.	Ministro/a
n.	número
org.	organizado por
p.	página
PIS	Programa de Integração Social
POL	Polo
prof.	professor/a
Public	Publicado/a
PUC-SP	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
R\$	reais
Rel.	Relator/a
RH	Recursos Humanos
RT	Revista dos Tribunais
S.A.	Sociedade Anônima
SENAI	Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
SOC	Sócrates
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
t.	tomo
TAC-SP	Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo
trad.	traduzido por
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
Unifran	Universidade de Franca
UOL	Universo <i>OnLine</i>
v.	volume

<i>v.g.</i>	<i>verbi gratia</i>
<i>vs.</i>	<i>versus</i>
<i>www</i>	<i>world wide web</i>

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo possibilitar uma análise do discurso jurídico por meio da retórica. Para o exame proposto, a retórica foi utilizada como método. No tocante à estruturação teórica, à hermenêutica jurídica e à *ethica* do orador, foram selecionadas as contribuições dos juristas Tercio Sampaio Ferraz Junior e João Maurício Adeodato, os quais reconhecem a existência da retórica no direito e conceituam o tema, ordenando-o didaticamente como fenômeno linguístico. A proposta desta tese consiste, sobretudo, no exame do seguinte *corpus*: oito decisões trabalhistas, quatro favoráveis ao empregado e quatro em prol da empresa, envolvendo o *venire contra factum proprium* e a perda de uma chance. Como instrumento de análise, foram considerados o tripé-retórico (*ethos-pathos-logos*) e as virtudes do orador (*arete-eunoia-phronesis*). Embora não seja finalidade exaurir o tema, trata-se de tese inédita, que propõe a adoção de um olhar heterogêneo e não reificado sob as decisões trabalhistas, consolidando a posição do orador e dos elementos linguísticos lançados no discurso que envolve essa área do direito. O estudo contribui, ao final, para uma reflexão acerca do gênero jurídico textual e seus desfechos, todos atravessados pela persuasão em detrimento de constrições normativas e do comportamento contraditório das partes envolvidas nas demandas jurídicas trazidas ao debate.

Palavras-chave: retórica; *venire contra factum proprium*; perda de uma chance; *ethos*; decisões trabalhistas; argumentação jurídica.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the legal discourse from a rhetorical perspective. For this reason, rhetoric was used as a research method. Regarding the theoretical framework, based on legal hermeneutics and the speaker's *ethica*, the contributions from legal scholars like Tercio Sampaio Ferraz Junior and João Maurício Adeodato were elected. Those jurists recognize the existence of rhetoric in law and conceptualize the theme, classifying it didactically as a linguistic phenomenon. The purpose of this dissertation is to examine the following corpus: eight labor court decisions, four in favor of the employee and four in favor of the company, involving *venire contra factum proprium* (the prohibition of inconsistent behavior) and the loss of chance doctrine. The rhetorical tripod (*ethos-pathos-logos*) and the speaker's virtues (*arete-eunoia-phronesis*) were considered as an analytical tool. Although it is not intended to exhaust the subject, this is an unprecedented thesis, which proposes adopting a heterogeneous and non-reified view of labor decisions, consolidating the speaker's position and the linguistic elements introduced in the discourse involving this area of law. The study ultimately contributes to a reflection on the legal textual genre and its outcomes, all of which are transversed by persuasion to the detriment of normative constraints and the contradictory behavior of the parties involved in the legal demands brought up for debate.

Keywords: rhetoric; *venire contra factum proprium*; loss of chance; *ethos*; labor decisions, legal argument.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	INVESTIGAÇÃO PRETENDIDA	18
2.1	Relevância da teoria retórica como método de análise do texto jurídico	18
2.2	Do <i>corpus</i> selecionado à pesquisa: ineditismo da tese proposta	20
3	FORMAÇÃO DO SISTEMA RETÓRICO: DA ORIGEM À ATUALIDADE	22
3.1	Retórica antiga – uma visão geral	22
3.2	Natureza e finalidade da retórica: perspectiva platônica, aristotélica e a nova retórica de Chaïm Perelman	27
4	RETÓRICA E DIREITO: CONTRIBUIÇÃO TEÓRICA DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR E JOÃO MAURÍCIO ADEODATO	47
4.1	A teoria da argumentação jurídica à luz da contribuição teórica de Tercio Sampaio Ferraz Junior	47
4.1.1	Funções pragmáticas e a discutibilidade	53
4.1.2	Discurso jurídico: situação comunicativa, conflitos e reflexividade	57
4.1.3	Discurso judicial: lógica material, lógica formal e questões dogmáticas e zetéticas	62
4.1.4	Discurso da norma: justiça, valor e ideologia	68
4.1.5	Discurso da ciência do direito e suas possibilidades	72
4.2	Retórica na filosofia do direito: contribuição teórica de João Maurício Adeodato	76
4.2.1	Existência de um direito alternativo – o fenômeno da sociabilidade humana	77
4.2.2	Etimologia da ética – o termo <i>ethos</i>	79
4.2.3	Silogismo retórico (entimema) e a teoria da argumentação	83
4.3	Diálogo entre os teóricos: alinhavando as principais contribuições	87

5	DISPOSITIVO RETÓRICO – METODOLOGIA DE ANÁLISE	89
5.1	Instrumentos de análise retórica e o poder do <i>ethos</i>	89
5.2	Linguagem e argumentação jurídica	96
6	A ÉTHICA DA CONTRADIÇÃO: O <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i> E A PERDA DE UMA CHANCE EM DECISÕES TRABALHISTAS	98
6.1	Preceitos conceituais do <i>venire contra factum proprium</i> e da perda de uma chance	98
6.2	Decisões selecionadas para a análise	102
7	ANÁLISE RETÓRICA	104
7.1	Decisão 1: proferida pelo TRT-2 (favorável a reclamante)	104
7.2	Decisão 2: proferida pelo TRT-9 (favorável ao reclamante)	111
7.3	Decisão 3: proferida pelo TRT-15 (favorável ao reclamante)	125
7.4	Decisão 3: proferida pelo TRT-1 (favorável ao reclamante)	134
7.5	Decisão 5: proferida pelo TRT-12 (favorável à reclamada)	145
7.6	Decisão 6: proferida pelo TRT-15 (favorável à reclamada)	151
7.7	Decisão 7: proferida pelo TRT-12 (favorável à reclamada)	158
7.8	Decisão 8: proferida pelo TRT-9 (favorável à reclamada)	173
8	RESULTADOS DA ANÁLISE	179
9	CONCLUSÃO	184
	REFERÊNCIAS	188

1 INTRODUÇÃO

A presente tese tem por objeto a análise do gênero jurídico textual por meio da retórica. A intersecção entre o direito e a retórica é subsidiada, primeiramente, pelo aporte linguístico, desde sua origem até os postulados contemporâneos, em especial quanto à *éthica* do orador e, no tocante ao direito, tangenciada pelo método retórico, por meio do conteúdo teórico assimilado por juristas brasileiros referência no tema, como Tercio Sampaio Ferraz Junior e João Maurício Adeodato.

Diante das estruturas linguística e jurídica já consolidadas, para o *corpus* desta tese, foram selecionadas oito decisões as quais se assemelham da seguinte maneira: são decisões trabalhistas (um despacho que recebeu Recurso de Revista, quatro acórdãos e três sentenças de cinco regiões diferentes) que compulsam pretensões sobre o *venire contra factum proprium* e a perda de uma chance.

As decisões, por conseguinte, são analisadas com base nas virtudes *éticas* produzidas pelo discurso do orador, representado pelo magistrado. Sem pretensão de exaurir o tema ou proporcionar qualquer juízo de valor a respeito do desfecho processual, esta tese pretende responder às questões expostas a seguir.

Inicialmente, como o discurso judiciário, observado sob as lentes da retórica, que considera a pluralidade inerente à ficção jurídica, pode revelar-se? Para além da moldura projetada pela rigidez do gênero no tocante ao sistema e ao procedimento trabalhista, o que resta quando o elemento humano, heterogêneo por natureza, passa a ser contemplado?

As premissas da persuasão deixam de se aparentar superficiais, apenas como estratégias do discurso eloquente e adquirem, sobretudo, um formato sofisticado, na medida em que as palavras, o sentido e o tipo de texto escolhido pelo orador não são considerados aleatórios para a teoria retórica, especialmente quando a análise *ética* está em jogo.

Assim, para chegar ao resultado pretendido, esta tese foi dividida em nove capítulos – incluindo a Introdução e a Conclusão do trabalho – apresentados conforme descritos na sequência.

Logo após a Introdução, inicia-se a pesquisa, em seu segundo capítulo, versando sobre o ineditismo do trabalho, a concepção da teoria retórica e as oito decisões selecionadas como *corpus* da análise. Para corroborar o objeto, o capítulo traz uma síntese do que atualmente foi produzido no Brasil sobre o tema: 39 artigos encontrados no portal CAPES abordaram o *venire contra factum proprium*, mas nenhum com base na retórica. Na Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD), foram encontrados 20 resultados sobre o *venire*, no entanto, nenhum

relacionado à retórica. No repositório do programa de Pós-Graduação da PUC-SP, foram localizadas quatro pesquisas envolvendo o *venire* e apenas sobre as relações de trabalho. Por derradeiro, nenhuma investigação versou sobre o tema *venire contra factum proprium* e a perda de uma chance, especialmente com referência à retórica.

O terceiro capítulo contextualiza a formação do sistema retórico, da origem à atualidade. Elucida em panorama histórico a teoria platônica, aristotélica e a nova retórica de Chaïm Perelman, sem perder de vista as contribuições (ainda que periféricas nesta pesquisa) de Cícero e Brunetto. Além disso, inclui as premissas atualizadas de linguistas como Luiz Antonio Ferreira, José Luiz Fiorin, Michel Meyer e Olivier Reboul, com a tarefa de subsidiar a análise *éthica* das decisões selecionadas.

O quarto capítulo é edificado pelos fundamentos jurídicos que admitem uma análise retórica ao texto jurídico. Nesse momento, são reunidas as teorias consolidadas pelos juristas Tercio Sampaio Ferraz Junior e João Maurício Adeodato, que enfrentam o tema, cada um com suas peculiaridades, mas ambos no mesmo lastro: envolvendo a trama na conjuntura de uma hermenêutica amparada na pluralidade, inerente à própria experiência do direito.

Em seguida, o quinto capítulo esclarece o dispositivo retórico anteriormente reconhecido como método pelos juristas brasileiros, instrumentaliza o tripé retórico e as virtudes *éthicas*. O poder *éthico* do discurso é apresentado como indissociável às decisões judiciais, especialmente no tocante àquelas selecionadas para este exame.

Dando sequência ao estudo, o sexto capítulo, que leva o nome da tese – a *éthica* da contradição – se preocupa em conceituar o *venire contra factum proprium* e a perda de uma chance no cerne do direito, especialmente por terem sua origem no direito privado e serem incorporados no direito do trabalho.

O *venire* (que traz a máxima da boa-fé ante a proibição do comportamento contraditório, conduta obrigatória a todos os contratos – inclusive os trabalhsitas) e a *perda de uma chance* (teoria aplicada quando o indivíduo deixa de obter benefício em razão da conduta arbitrária da outra parte), corroboram a possibilidade de indenização ante a expectativa frustrada, ainda que na fase pré-contratual.

Tanta especificidade usufruída costumeiramente no direito civil não foi alcançada aleatoriamente pelo direito do trabalho. Os pactos trabalhistas concebidos pelos contratos entre o empregador e o trabalhador também devem obedecer à boa-fé; além disso, a torpeza de qualquer uma das partes deve ser coibida. A perda de uma chance, como acontece na esfera laboral (a exemplo de uma oportunidade de emprego perdida por atitude injustificável da empresa), não pode ser admitida por um sistema engendrado no princípio da proteção.

Assim, a partir da relevância do tema, esta pesquisa foi em busca de oito decisões que pudessem ser analisadas sob o arcabouço retórico. A varredura jurisprudencial mostrou que o assunto, apesar de reconhecido na esfera trabalhista, pouco foi tratado em conjunto (o *venire* mais a perda de uma chance) pela jurisprudência.

Não foi tarefa simples localizar quatro decisões favoráveis ao empregado e quatro decisões em prol da empresa, prolatadas após o ano de 2020 (em respeito à reforma trabalhista e a um marco temporal considerável após sua vigência).

A ideia inicial deste exame era analisar oito acórdãos. Entretanto, a dificuldade de localizar as decisões que contivessem o tema em cotejo, não permitiu que assim fosse. Novas pesquisas foram realizadas e sentenças foram incluídas. Ao final, um despacho de admissibilidade ao Recurso de Revista autoral também foi adicionado, pela excepcionalidade.

Dessa forma, feitas as escolhas, as jurisprudências foram categorizadas em duas premissas: 1) aquelas favoráveis ao reclamante e 2) os desfechos em prol da reclamada. A análise ocorreu em camadas, de maneira que os primeiros quatro exames versaram sobre as decisões que privilegiaram os autores e, da quinta até a oitava, foram analisados os convencimentos em benefício patronal.

Dessa conjuntura, nasce o sexto capítulo, que analisa as decisões, uma a uma, por meio do método retórico. A fim de estabelecer um cenário claro e instrumental, primeiro foi incluído o excerto da decisão (em regra, apenas a parte do mérito), para que houvesse conhecimento dos fatos e do desfecho, a partir da narrativa do relatório, sem apartes desta autora.

Na sequência, foi elaborada uma síntese do discurso do magistrado e o rumo tomado pelo caso, mas de uma forma condensada e, dessa vez em recortes, para que os trechos analisados fizessem sentido por terem sido cuidadosamente contextualizados.

Os trechos a serem examinados foram incluídos em uma tabela, com as nomenclaturas (trecho/análise), para que a proposta fosse ordenada de modo regular e propositalmente repetitiva, buscando o tempo todo coerência e conexão com o tema aventado. Por derradeiro, são apresentados quadros ilustrativos a fim de estabelecer comparações entre os resultados.

Assim, por meio da análise *ética* e da descoberta das virtudes predominantes (*eunoia* – *phronesis* – *aretê*) no discurso de cada orador, esta tese pode contribuir para uma reflexão não reificada do direito, legitimada pelo discurso jurídico como produto de análise textual e não apenas inspecionado pela operacionalidade impassível e compulsória do ordenamento jurídico – que, como demonstrado, não obsta a experiência da ficção jurídica como *verdade possível*.

2 INVESTIGAÇÃO PRETENDIDA

2.1 Relevância da teoria retórica como método de análise do texto jurídico

A relação complexa entre direito e retórica não foi tema simples ao longo da história. A tentativa de aclarar os principais conceitos teóricos, e assim, justificar a importância da retórica como método de análise dos textos jurídicos, tem sido objetivo desta autora ao longo de suas últimas pesquisas – tarefa árdua – que não é propriamente *novidade*.

No entanto, a possibilidade de intersecção entre a retórica e o direito advém, sobretudo, da ausência de rigidez interpretativa na posição do orador como responsável por enunciar e dirimir os mais diversos conflitos jurídicos. Não seria, portanto, factível, separar absolutamente o sujeito que enuncia o discurso do resultado experimentado pela sociedade.

O julgador seria de alguma forma persuadido pelas partes no processo e a convicção geraria uma decisão que tem a força do Estado. Por certo, isso não poderia ser visto de forma simplista e homogênea pelos estudiosos do direito.

Nesse diapasão, o *resultado* da convicção do julgador produziria o texto jurídico como *corpus* de análise acadêmica, e esta análise seria efetuada por meio de diversas teorias da linguagem. Para esta pesquisa, a teoria de análise textual escolhida foi a retórica, especialmente por sua característica basilar fundamentada no *ethos* do orador.

Independentemente da forma pela qual as decisões judiciais são proferidas, o texto jurídico pode ser explorado a partir dos atributos *éticos* escolhidos pelo orador e, neste exame, os critérios estruturantes da convicção, destrinchados e categorizados a partir da teoria retórica como método de análise.

Na retórica constitucional de João Maurício Adeodato, o autor explica:

Decorar fontes do direito, como as contidas no *Vade Mecum*, não tem sentido porque as “normas” não são textos estáticos, não “estão ali” na lei ou no código. O que os textos querem dizer, como efetivamente cooperam para o tratamento dos conflitos, vai depender de como os profissionais do direito entendem esses mesmos textos diante do caso concreto¹.

O texto jurídico não é estático porque dependerá de como os profissionais do direito irão interpretá-lo. Assim, a hermenêutica é essencial ao tratamento do conflito e esta

¹ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2013, p. 233.

interpretação poderia trazer certa instabilidade, na medida em que as decisões dependem da compreensão *individual* do direito que produzirá um resultado, em alguma medida, coletivo.

Ainda no entendimento de João Maurício Adeodato, a retórica seria uma maneira de “experimentar o mundo”, por sua longevidade e abrangência. A ideia de que a retórica pode ser utilizada como método é praticada pelo fato de que “[...] **a linguagem não é apenas o máximo de acordo possível, é o único** [...] ainda que esse acordo seja temporário, circunstancial e muitas vezes corrompido [...]”² (grifos nossos).

Por este motivo, seria inapropriado ao intérprete do direito partir de premissas estáveis e homogêneas ao tratar de linguagem. Quando o autor diz que “o máximo de acordo possível” seria produzido unicamente pela linguagem, examina o consenso que o direito almeja produzir, a verossimilhança, a incansável busca – ainda que circunstancial – pelo melhor e mais justo resultado do caso concreto. E disserta:

A retórica precisa considerar que jamais trata de sujeito, no singular, mas sempre de utentes de signos, para que a perspectiva relacional, intersubjetiva, afaste tanto os riscos do objetivismo empirista, reificador, quanto aqueles do subjetivismo cartesiano, ambos ontológicos. **A retórica se dá entre sujeitos, não há, a rigor, objetos (coisas), como dito; e objetos são acordos linguísticos que os sujeitos estabelecem em conjunto, sempre condicionais, temporários e autorreferentes**, conforme também enfatizado³.

Se a retórica trata de perspectivas plurais, no sentido de que jamais seria incluída como campo de análise superficialmente singular, é preciso afastar os riscos de interpretações reificadoras. A retórica como substrato das relações entre sujeitos-parte de acordos linguísticos que vão além da comunicação instrumentalizada – recorte simplificador utilizado como técnica de oratória – não é, por definição, o modo pelo qual esta pesquisa visa apresentar o tema.

Ao contrário, este trabalho tem por pressuposto legitimar o discurso jurídico como produto de análise textual, *éticamente* composto de um aparato cognoscitivo complexo da linguagem. Nesse sentido, na estrutura teórica consolidada por Tercio Sampaio Ferraz Junior e João Maurício Adeodato, a retórica será apresentada como método.

² ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2013, p. 51.

³ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2013, p. 83.

2.2 Do *corpus* selecionado à pesquisa: ineditismo da tese proposta

Ao admitir a retórica como método de análise do texto jurídico, sem pretensão de exaurir o tema, e compreendendo que os próximos capítulos irão minuciar o objeto, é preciso esclarecer, preliminarmente, os motivos pelos quais esta pesquisa é inédita, conforme quadro ilustrativo abaixo:

TEORIA UTILIZADA PARA ANÁLISE	CORPUS OBJETO DA ANÁLISE
Retórica	8 decisões trabalhistas
CONTEÚDO PRINCIPAL DAS DECISÕES	
i. Decisões envolvendo o <i>venire contra factum proprium</i> e a perda de uma chance; ii. 4 decisões favoráveis ao reclamante; iii. 4 decisões favoráveis à reclamada.	
INEDITISMO DA TESE	
i. No Portal CAPES ⁴ , foram encontrados 39 artigos com o tema princípio do <i>venire contra factum proprium</i> e <u>nenhuma</u> análise com base na retórica; ii. Na Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD) ⁵ , foram encontrados 20 resultados sobre o <i>venire contra factum proprium</i> e <u>nenhum</u> deles relacionado à retórica; iii. No repositório do programa de Pós-Graduação da PUC-SP ⁶ , foram encontrados 4 trabalhos que tratam do <i>venire contra factum proprium</i> ; apenas 1 deles analisa o princípio no bojo das relações de trabalho ⁷ ; iv. <u>Nenhuma</u> pesquisa foi encontrada com o tema <i>venire contra factum proprium</i> e a perda de uma chance em decisões trabalhistas, especialmente no tocante à análise retórica.	

Fonte: elaboração da autora.

⁴ BIBLIOTECA DIGITAL DE TESES E DISSERTAÇÕES. Gov.br. **Portal Capes**. Disponível em: <https://www-periodicos-capes-gov-br.ez1.periodicos.capes.gov.br/index.php/acervo/buscador.html?q=venire+contra+factum+proprium>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁵ BIBLIOTECA DIGITAL DE TESES E DISSERTAÇÕES. Gov.Br. **Portal Capes**. Disponível em: <https://bdt.d.ibict.br/vufind/Search/Results?lookfor=venire+contra+factum+proprium&type=AllFields>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁶ PUC-SP. **Repositório Digital do Programa de Pós-Graduação**. Disponível em: <https://bdt.d.ibict.br>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁷ A única tese encontrada que analisa o *venire contra factum proprium* nas relações de trabalho é de autoria de Valton Dória Pessoa e também subsidia a estrutura desta pesquisa. PESSOA, Valton Dória. **A incidência do *venire contra factum proprium* nas relações de trabalho**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2013. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/6176>. Acesso em: 10 ago. 2024.

Desse modo, ao longo do processo de escolha do *corpus* a ser analisado, identificou-se a ausência de pesquisas no direito e em outras áreas de conhecimento, que trouxessem elementos da proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) e a perda de uma chance em decisões trabalhistas.

Acredita-se que esta realidade se justifique pelo fato de o tema ter maior ênfase no direito privado. Todavia, em que pese a gênese do *venire* e da *perda de uma chance*, como institutos consolidados na responsabilidade civil, alguns trabalhos acadêmicos já ressaltam a aplicação de seus fundamentos para outras áreas do direito – por exemplo, na esfera trabalhista.

Com a reforma trabalhista e as decisões dos últimos anos, estabeleceu-se o cenário prático advindo das sentenças e dos acórdãos recentemente proferidos pela Justiça do Trabalho. Pois então, a CLT, um sistema de normas estruturalmente protetivo em sua natureza, sofreu alterações importantes que não escapam à hermenêutica e à *éthica* do orador.

Nesse viés residem alguns questionamentos aos quais esta pesquisa busca responder: Quais são as diferenças e as semelhanças entre as 8 decisões trabalhistas? Por que o magistrado, ao justificar sua convicção, utilizou-se *deste* ou *daquele* argumento? Quais virtudes dos *éthe* foram predominantes no discurso jurídico? E o que isso pode significar?

Assim, ao se perceber a necessidade de se examinar as decisões por um método que considerasse a posição do orador e os elementos linguísticos lançados no discurso (sobretudo por não reificar o texto e por não enquadrá-lo na posição de norma), a retórica foi a teoria escolhida para destrinchar os atributos selecionados pelo orador na construção da verdade (convicção).

No Brasil, a retórica não subsidiou nenhuma pesquisa envolvendo o *venire contra factum proprium* e a perda de uma chance em decisões trabalhistas, e possibilitou, por consequência, a hipótese da tese pretendida.

Em termos retóricos, o comportamento contraditório da parte, assim entendido pelo magistrado, pode ser atravessado, sobretudo, por questões persuasivas em detrimento de constrições normativas. Esta premissa será examinada a seguir com base no discurso jurídico circunstanciado ao método retórico e em consonância à pluralidade inerente ao próprio fenômeno jurídico.

3 FORMAÇÃO DO SISTEMA RETÓRICO: DA ORIGEM À ATUALIDADE

3.1 Retórica antiga – uma visão geral

Na medida de outros trabalhos desta autora⁸, a retórica já foi objeto de análise no que diz respeito à sua origem e formação. No entanto, para contextualizar a teoria que subsidia esta pesquisa, faz-se necessário, novamente, examinar pontos outrora elencados e, sobretudo, incluir outros deles.

Assim, a palavra do grego antigo “ῥητορικη”, que pode ser traduzida por retórica, possuía um significado semelhante à “arte da palavra”⁹. Sua origem é de difícil precisão. Alguns tentaram encontrar já em Homero, nos grandes poemas épicos *A Ilíada* e *A Odisseia*, algum traço do surgimento desta arte. É certo, não poderia ser negado que em Homero, por exemplo, “a eloquência é matéria de ensinamento”¹⁰, que “ela faz parte de uma educação global que prepara para a palavra e para a ação”, empregando mesmo substantivos que comporiam a palavra ῥητορικη, como ῥήτωρ.

Na introdução da obra *Retórica* de Aristóteles, Manuel Alexandre Junior explica:

Sendo uma das disciplinas humanas mais antigas e verdadeiramente internacionais, a retórica, à semelhança da gramática, da lógica e da poética, não é uma ciência *a priori* [...] a retórica de Aristóteles não é o produto de mera idealização de princípios nascidos com ele e por ele convencidos para persuadir e convencer outras pessoas. É, sim, o produto da experiência consumada de hábeis oradores, a elaboração resultante da análise das suas estratégias, a codificação de preceitos nascidos da experiência [...] ¹¹

Assim, como uma das disciplinas humanas mais antigas e verdadeiramente internacionais – no sentido de já ter sido estudada por pesquisadores do mundo todo – a retórica tem importância ao longo do tempo, justamente por seu caráter amoral e multifacetário. Para aqueles que conhecem o termo apenas na superficialidade, a retórica pode ser vista como mero instrumento de manipulação, com algum critério linguístico de estilo que se aglutina ao discurso

⁸ Outras pesquisas da autora: LOVO, Letícia Machel. **Os ethe dos oradores em diferentes gêneros do direito processual civil**. Dissertação (Mestrado em Linguística) Universidade de Franca (Unifran), Franca, 2017; LOVO, Letícia Machel. **A retórica no direito: um estudo a partir da Apologia de Sócrates**. 109 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2019.

⁹ PERNOT, Laurent. **La rhétorique dans l'antiquité**. Paris: LGF, 2000, p. 18.

¹⁰ PERNOT, Laurent. **La rhétorique dans l'antiquité**. Paris: LGF, 2000, p. 18.

¹¹ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. notas de Manuel Alexandre Júnior; Paulo Farnhouse Alberto; Abel do Nascimento (Centro de Estudos Clássicos da Universidade de Lisboa). 5. ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda S.A.: 2018, p. 15.

– seja para o discurso textual ou oralizado. No entanto, por outra via, na perspectiva aprofundada do tema, a retórica é sustentada por pilares sólidos: raciocínio crítico eficaz e, sobretudo, a restauração da argumentação persuasiva capaz de corrigir a noção de que o discurso retórico é enganoso. Por alguns autores, é visto até mesmo como ciência e arte, que opera na hermenêutica e faz emergir no discurso a eficácia da convicção e a mobilização do agir.

Deste modo, no trânsito entre a retórica antiga e a nova retórica “a arte do bem dizer”, foi sistematizada e aferida de maneiras diversas e transdisciplinar. Hoje, o papel da retórica na hermenêutica possibilita uma análise consciente dos processos de construção textual, especialmente no direito, que exacerba a essência da palavra, em que a ação é consolidada por critérios hermenêuticos que dependem, sobretudo, da convicção.

Estes critérios são examinados nos capítulos posteriores. No entanto, é apenas a partir do século VI a.C., com a literatura em prosa, especialmente obras de caráter histórico e filosófico, que a retórica oferece um papel fundamental à fala sem seus espaços públicos de discussão, seja nas cidades oligárquicas, como nas de regime democrático, que o discurso retórico começa a ser reconhecido em seu valor e dignidade. A noção fundamental de *ισηγορία*, cujo primeiro sentido é igualdade em relação ao dizer, vincula a necessidade de uma arte da palavra e as instituições políticas das novas πόλεις.

Se adotado o entendimento de Benoit Frydman¹², no que nos parece completamente correto, é no tribunal, mais do que na assembleia e no teatro, que a retórica foi gestada. Da mesma opinião é Laurent Pernot, que nela insere o caráter democrático, ao dizer: “o que conta é o caráter judiciário e democrático da nova invenção¹³”.

Ambos retiram de duas fontes esta conclusão: Cícero e Sextus Empíricus. Em sua obra *Brutus*¹⁴, Cícero, referindo-se a uma obra perdida de Aristóteles, afirma que a retórica teria sido originada na sequência de um processo de reivindicação judiciária ocorrido após a abolição da tirania na Sicília. Os tiranos haviam confiscado certas terras e estas tinham sido adquiridas por novos proprietários. Houve, daí, após a queda dos tiranos, um litígio entre os antigos proprietários confiscados e os novos adquirentes das terras. Dois homens, Tisias e Corax, que observavam todo o processo de debates em que os litigantes se punham frente ao *júri populus*, perceberam que alguns litigantes recorriam a certos procedimentos que garantiam a sua vitória.

¹² FRYDMAN, Benoit. **Le sens des lois**: histoire de l'interprétation et de la raison juridique. Bruxelles: Bruylant, 2011, p. 51-52.

¹³ “Ce qui compte est le caractere judiciaire et démocratique de la nouvelle invention”. PERNOT, Laurent. **La rhétorique dans l'antiquité**. Paris: LGF, 2000, p. 25.

¹⁴ CÍCERO. **Brutus**. Edited by A. E. Douglas. London: Oxford, 1966.

Teriam eles, então, “escrito um tratado para responder às necessidades dos litigantes, após a queda das tiranias e a instauração da democracia nas diferentes πόλεις da Sicília, por volta do meio do século V a.C.”¹⁵

Em Sextus Empíricus, em seu *Adversus Mathematicos*, livro segundo, há uma anedota que permite a percepção do vínculo entre a retórica e a política:

Um jovem homem, possuído do desejo pela retórica, foi encontrar Corax se comprometendo a lhe dar o salário que ele fixaria, desde que ganhasse seu primeiro processo. O acordo tendo sido concluído, logo que, na sequência, o rapaz manifesta uma aptidão suficiente, Corax reclama seu salário, mas o outro recusa. Os dois se apresentam ao tribunal para fazer julgar o caso, e é então a primeira vez que, diz-se, Corax emprega uma argumentação do gênero da que segue: Ele afirma que, mesmo que ele ganhasse ou não, ele devia receber seu salário: se ele ganhasse, porque ele teria ganho, e se ele fosse derrotado, em virtude dos termos do acordo, pois que a parte adversa tinha concordado de lhe dar o salário na condição de ganhar seu primeiro processo; tendo-o justamente ganhado, ela deveria cumprir com sua promessa. Os juízes gritaram que Corax tinha razão; mas o jovem homem, tomando a palavra, utiliza o mesmo argumento, sem nada mudar. “Que eu ganhe ou que eu perca”, ele diz, “eu não devo pagar o salário a Corax: se eu ganho, porque eu teria ganho, e se eu perco, em virtude dos termos do acordo, pois que não prometi pagar o salário senão na condição de ganhar meu primeiro processo; tendo perdido, eu não o pagarei”. Então os juízes, postos na indecisão e no embaraço pela igualdade de força dos discursos retóricos, expulsaram as duas partes do tribunal, comentando: “Ao maligno corvo (Κόραξ, em grego antigo, quer dizer corvo), maligna ninhada”¹⁶.

A retórica de Corax é desenvolvida, como se vê, no tribunal, uma habilidade que pouco tem relação com a moralidade e a justiça, tanto da parte do mestre, quando do aluno. Ainda que tal anedota seja inverificável, essa história manifesta o quanto o surgimento da retórica foi perturbadora para os homens desta época. A certeza que se pode ter é que, de origem judiciária, o ensino retórico, organizando-se pelo confronto de dois discursos opostos, manterá suas raízes: a *disputatio in utranque partem*, que preserva o modelo do processo adversarial.

Na sequência, é possível verificar como ela se dá em Aristóteles e Cícero. Para isso, Luiz Antonio Ferreira esclarece sobre o surgimento da retórica:

A retórica possui sete momentos: 1) origens na Sicília; 2) a retórica de Górgias e dos sofistas; 3) os estudos de Platão; 4) os estudos aristotélicos e dos autores helenísticos e romanos, especialmente Cícero e Quintiliano; 5) a

¹⁵ “[...] écrit leur traité pour répondre aux besoin des plaideurs, après la chute des tyrannies et l’instauration de la démocratie dans différentes villes de Sicile, vers le milieu du V siècle”. PERNOT, Laurent. **La rhétorique dans l’antiquité**. Paris: LGF, 2000, p. 25. Tradução livre.

¹⁶ SEXTUS EMPIRICUS, *Contre Les Professeurs*, II, 97-99 apud PERNOT, Laurent. **La rhétorique dans l’antiquité**. Paris: LGF, 2000, p. 26.

segunda sofística ou neorretórica; 6) a retórica medieval do trivium; 7) a retórica dos tempos clássicos¹⁷.

No que tange à sequência estabelecida, destaca-se que a retórica elencada por Górgias e os sofistas consistia em promover a eloquência e fazer desaparecer a necessidade de estabelecer uma verdade ao discurso. A argumentação concebida por esses filósofos era pautada nas emoções do auditório, com o objetivo de conduzir as almas por meio do bom uso da arte das palavras. O discurso deveria ser belo, uma vez que era em função das paixões da alma que vivia o cidadão comum da Grécia. Apenas os filósofos conseguiam usar a razão, por isso, eram considerados filósofos e possuidores dos mecanismos da eloquência.

Ainda segundo a ordem cronológica estabelecida por Luiz Antonio Ferreira¹⁸, dos estudos platônicos nessa sequência. Contrariando o estabelecido por Górgias, Platão cria oposição à retórica, uma vez que a arte de bem dizer não pactuava literalmente com a verdade. Para Platão, o homem só poderia ser feliz se tivesse o respaldo da verdade e da justiça.

Guiados pelas perspectivas anteriores sobre retórica, é possível entender seu surgimento segundo Aristóteles. O filósofo estagirita elencou elementos essenciais no que tange ao orador, ao auditório e às paixões ao deixar escritos importantíssimos para diferenciar a retórica das demais teorias.

Nesse contexto, Aristóteles apresenta a seguinte reflexão:

A retórica é a contraparte da dialética. Ambas igualmente dizem respeito a estas coisas que se situam, mais ou menos, no horizonte geral de todos os indivíduos, sem ser do domínio de nenhuma ciência determinada. De fato, em uma certa medida, todos procuram discutir e sustentar teses, realizar a própria defesa e acusação dos outros [...] Todos concordarão de imediato que tal indagação constitui a função de uma arte¹⁹.

Aliado a esse modelo de linguagem estabelecido por Aristóteles, o filósofo Cícero trouxe considerações sobre a retórica, principalmente para o campo dos estudos relativos ao orador. Segundo Luiz Antonio Ferreira²⁰, Cícero repensou a teoria Aristotélica e enfatizou a força e a beleza da palavra. É fundamental destacar a importância da retórica nessa época, pois era essencialmente utilizada nos debates; por essa razão, é inerente ao regime democrático.

¹⁷ FERREIRA, Luiz Antonio. **Leitura e persuasão**: princípios de análise retórica. São Paulo: Contexto, 2010, p. 41.

¹⁸ FERREIRA, Luiz Antonio. **Leitura e persuasão**: princípios de análise retórica. São Paulo: Contexto, 2010, p. 23.

¹⁹ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013, p. 39.

²⁰ FERREIRA, Luiz Antonio. **Leitura e persuasão**: princípios de análise retórica. São Paulo: Contexto, 2010, p. 44.

Sobre a contribuição de Cícero, a obra *A retórica*, de Brunetto Latini, traz em seu arcabouço capítulos do *De Inventione*, cujo autor apresenta a divisão geral aristotélica da retórica e analisa, sobretudo, as consequências nocivas da retórica quando não aliada à sabedoria. Nessa perspectiva, Emanuel França de Brito, na introdução à *Retórica* de Brunetto, explica:

É possível observar que na visão de Platão a técnica retórica corresponde no “plano da alma” àquilo que no “plano do corpo” corresponderia [...] a principal acusação de Platão para desqualificá-la é mostrar que sua falta de conexão com qualquer outra especialidade, ao mesmo tempo que seus defensores a apresentavam como capazes de discorrer sobre qualquer assunto. E se houvesse uma arte legítima do discurso, que lida com o duvidoso, essa não seria a retórica, mas a dialética, pela sua capacidade de “abarcар a unidade que naturalmente está no múltiplo” e devolvê-la com divisões, subdivisões e reunificações que a reconduziriam de forma única [...] nesse sentido, alguns séculos mais tarde, Quintiliano iria observar que “os especialistas nessa arte [...] por separarem a retórica do conhecimento do justo e preferirem o verossímil ao verdadeiro. Já Aristóteles, separando o joio do trigo, viria a colocar a questão de outra forma²¹.

Assim, na perspectiva de Cícero, segundo a *Retórica* de Brunetto Latini, em que pese a eloquência ser fundamental à persuasão, era preciso refletir se a retórica faria mal ou bem aos homens e às cidades, considerando os prejuízos de um discurso eloquente, mas sem sabedoria.

Por esta razão, Brunetto Latini²² explica que, a retórica como arte, “é ensinada quando se demonstra o que deve ser feito com a matéria da fala e do ditado, ou seja, como devem ser feitos o exórdio, a narração e outras partes do discurso ou da epístola, isto é, de uma carta escrita”.

A retórica sofreu algumas complicações e foi esquecida durante um tempo em que se acreditava na ciência como método solucionador de conflitos, pois era tida como um método muito instável, por ser pautada em premissas e em perspectivas distintas, além de não se fixar aos conceitos absolutos de verdade. Todavia, posteriormente, retomou sua importância e credibilidade.

²¹ LATINI, Brunetto. **A retórica**. Trad. Emanuel França de Brito. São Paulo: Editora 34, 2023, p. 23-24.

²² LATINI, Brunetto. **A retórica**. Trad. Emanuel França de Brito. São Paulo: Editora 34, 2023, p. 47.

3.2 Natureza e finalidade da retórica: perspectiva platônica, aristotélica e a nova retórica de Chaïm Perelman

Preliminarmente, constata-se que, a contribuição da literatura como instrumento de acesso à cultura e à civilização grega foi, também, mobilizada pela retórica. Na perspectiva de Manuel Alexandre Júnior, “desde Homero que a Grécia é eloquente e se preocupa com a arte de bem falar”²³, ou seja, expressar-se bem não era só importante para o rei, mas também fazia parte da postura do herói.

A Grécia heroica era admirada por Quintiliano, uma vez que nela era reconhecido o desabrochar da oratória. Para Manuel Alexandre Júnior²⁴, a retórica acontece antes da oratória. Existe, portanto, uma natureza pré-retórica que pressupõe a eloquência e, como continuidade ao processo persuasivo, o fascínio da Grécia no que tange ao *discutir* e ao *dissertar* sobre *qualquer* assunto traz consigo reflexões expressivas sobre a força dos métodos empregados pelo orador e, a partir dos critérios platônicos, aristotélicos e perelmanianos, a percepção do discurso – especialmente do jurídico – será atravessada pela retórica.

Deste modo, por definição, a retórica não estaria preocupada com a moralidade, logo, não estaria condicionada à moralidade – de maneira adversa e flexível, estaria voltada à persuasão dos ouvintes e à produção de formas do discurso. O texto estaria, portanto, à serviço da função retórica, e não o contrário.

Em síntese, Manuel Alexandre Júnior aduz: “Platão sustenta que ela deve ser eticamente responsável e comprometida. Aristóteles defende a sua neutralidade e faz depender do orador, não do sistema retórico, o uso responsável ou não das técnicas de persuasão”²⁵.

Neste viés, a responsabilidade do orador existiria tanto na concepção platônica quanto aristotélica – em que pese a diferença de premissas – quando a retórica é concebida como a arte de bem falar. Subsiste a consciência de que pensar bem deve pressupor o falar, na medida em que a estética das palavras revelaria, também, uma conformidade com aquilo que se crê.

E, justamente no campo de definição do orador, é possível considerar que o texto *jamaiz* seria neutro, uma vez que os critérios retóricos estariam impregnados no discurso,

²³ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. notas de Manuel Alexandre Júnior; Paulo Farmhouse Alberto; Abel do Nascimento (Centro de Estudos Clássicos da Universidade de Lisboa). 5. ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda S.A., 2018, p. 14.

²⁴ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. notas de Manuel Alexandre Júnior; Paulo Farmhouse Alberto; Abel do Nascimento (Centro de Estudos Clássicos da Universidade de Lisboa). 5. ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda S.A., 2018, p. 16.

²⁵ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. notas de Manuel Alexandre Júnior; Paulo Farmhouse Alberto; Abel do Nascimento (Centro de Estudos Clássicos da Universidade de Lisboa). 5. ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda S.A., 2018, p. 19.

especialmente naquele que exige convicção e não verdade, que emerge da hermenêutica, assim como no discurso jurídico, objeto desta pesquisa.

Assim, em continuidade ao panorama histórico, a retórica sofrerá uma grande desvalorização com o advir da modernidade e sua cientificização do discurso jurídico, seja em seu modelo geométrico, filológico, sociológico ou normativista²⁶. Mesmo os lugares retóricos, quando incorporados na modernidade, serão interpretados como regras.

Naturalmente que o choque e a mútua influência entre os jurisconsultos e os retóricos na Roma antiga têm muita relação com a cristalização dos lugares retóricos como regras, mas mesmo no *Digesto*, não há um estatuto definido dos lugares retóricos ou uma oposição binária entre a letra e o espírito do texto, entre a *verba* e a *sententia*.

É apenas com a Modernidade que, seguindo o modelo geométrico, por exemplo, o direito seria deduzido de axiomas; posteriormente, eles poderiam ser “confirmados” pela herança romana que seria interpretada como melhor lhes aprouvesse.

Neste cenário, o aporte teórico desta pesquisa tem raízes nas seguintes concepções sobre a retórica: a) a retórica de Platão; b) a retórica de Aristóteles; c) a nova retórica de Perelman e Olbrechts-Tyteca.

Observa-se que a retórica se funde historicamente com a democracia, graças à sua utilidade prática nas assembleias como método de persuasão e eloquência. É, portanto, estrutural no que diz respeito à comunicação, sobretudo por influenciar decisões importantes no âmbito da *polis*.

Nesse viés democrático, era possível aprender e ensinar a “arte de bem dizer”, partindo de um pressuposto amoral, sem dar importância ao aspecto de verdadeiro e justo de um discurso. Para a retórica, os argumentos deveriam ser expostos conforme a conveniência, pois o orador carregava consigo a responsabilidade de persuadir e, apenas esse objetivo deveria ser considerado, sem critérios de valoração moral.

Nesse ponto, reside a grande crítica de Platão à retórica. Para o filósofo, a verdade e a justiça eram elementos indissociáveis ao bom cidadão e, mais do que isso, encontrar a felicidade somente seria possível dentro de um caminho repleto destes valores. A teoria Platônica debruça-se pela incansável busca à realidade essencial das coisas e a garantia da verdade.

A efetiva crítica de Platão à retórica sofista deu ensejo a uma notável ruptura no que diz respeito à credibilidade da retórica. Na mesma linhagem, Platão demonstra resistência à

²⁶ FRYDMAN, Benoit. **Le sens des lois**: histoire de l'interprétation et de la raison juridique. Bruxelles: Bruylant, 2011, p. 232.

poesia e a determina como um gênero mimético e ilusório. O filósofo, em *A República*, trouxe no livro X, um diálogo entre Sócrates e Gláucon, no qual propõe reflexões sobre juízos de valor e relações entre realidade e representação.

Segundo Platão, os gêneros presentes na poesia poderiam justificar as atitudes do poeta e justificar os sentimentos causados no auditório, diante da arte, segundo os gêneros sério e burlesco, representados, respectivamente, pela epopeia e pela tragédia, pela comédia e pela sátira.

Nesse sentido, Platão explana sobre o gênero poesia, fazendo analogia sobre o homem e suas percepções de verdade. Desse tema, extrai-se o seguinte diálogo:

- Assentemos, portanto, que, a principiar em Homero, todos os poetas são imitadores da imagem da virtude e dos restantes assuntos sobre os quais compõem, mas não atingem a verdade;
- Do mesmo modo diremos, parece-me, que o poeta, por meio de palavras e frases, sabe colorir devidamente cada uma das artes, sem entender delas mais do que saber imitá-las, de modo que, a outros que tais, que julgam pelas palavras, parecem falar muito bem, quando dissertam sobre a arte de fazer sapatos, ou sobre a arte da estratégia, ou sobre qualquer outra com metro, ritmo e harmonia. Tal é a grande sedução natural que estas têm, por si sós.
- Vamos lá então! Repara no seguinte: o criador de fantasmas, o imitador, segundo dissemos, nada entende de realidade, mas só da aparência. Não é assim?
- É²⁷.

Assim, a poesia e seu caráter mimético despertam as paixões humanas e afastam o homem da racionalidade, o que poderia ser prejudicial aos indivíduos, sobretudo por acreditar que as paixões corruptoras da alma os desviam, também, do caminho para a felicidade.

Contudo, em que pese as duras críticas à retórica, Platão não a ignora e, em suas obras *Protágoras*, *Górgias* e *Fedro*, mergulha neste universo da persuasão, de maneiras diferentes. A retórica que se defende em *Fedro* é uma retórica filosófica, enquanto a retórica de *Górgias* seria sofística.

Na estrutura de *Protágoras*, a personagem Sócrates dialoga com Protágoras e busca enfrentar o problema de distinguir o filósofo do sofista. Nesse enfrentamento, propõe que se faça uma diferença a respeito da natureza do discurso. Sobre esse entendimento, explica Marina McCoy:

A interdependência de ambos os interlocutores no discurso é visível não só no modo como Sócrates e Protágoras interagem, mas também nas afirmações mais diretas que Sócrates faz sobre a natureza do discurso. Há duas características proeminentes em suas descrições sobre seu método de

²⁷ PLATÃO. *A república*. Trad. notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 461-462.

questionamento em Protágoras. Primeiro, Sócrates caracteriza o objetivo de pergunta e resposta como um modo de descoberta. Não de vencer a discussão, uma afirmação que Protágoras parece não compreender totalmente. Mas Sócrates entende que o processo de descoberta seja empreendido por um agente racional e autônomo²⁸.

Para Sócrates, o filósofo diferencia-se do sofista graças a sua capacidade de reflexão racional e de propagar os ditames da justiça e da verdade. Platão expõe a personagem Protágoras como um sofista preocupado apenas em ganhar a admiração da sociedade e andar em segurança, por meio de suas palavras persuasivas²⁹.

No viés central da obra platônica *Górgias*, a personagem Sócrates busca entender o que leva Górgias a disseminar a retórica. Sócrates questiona que a retórica, segundo seu pensamento, se diferencia da filosofia, pois a primeira possui um caráter de adulação e bajulação, enquanto a segunda entende que o conhecimento e a razão são bases para a justiça e, assim, o conhecimento do justo torna-se suficiente para existir a virtude.

Dessa forma, a construção dos *ethe* das personagens do diálogo se configura da seguinte maneira: Sócrates como o protagonista conduz seus argumentos conforme cada tipo de personagem, revelando, assim, uma dinâmica dialógica, proposta por meio de certas disposições de caráter. Estas disposições de caráter coexistem graças às três personagens que dialogam com Sócrates no decorrer da obra: Górgias, Polo e Cálicles.

No início do diálogo, Sócrates demonstra respeito pelo *rétor* Górgias, o primeiro interlocutor, expondo seu interesse em conhecer os ditames da retórica, por isso, questiona a arte da persuasão comparada às demais artes:

SOC: Portanto, artífice da persuasão não é apenas a retórica.

GOR: Dizes a verdade.

SOC: Uma vez, então que não é apenas ela a desempenhar esse ofício, mas também as demais artes, é justo, como no caso do pintor, que em seguida tornemos a interrogar nosso interlocutor: “De qual persuasão, e persuasão concernente a que, retórica é arte?” Ou não te parece justo interrogá-lo novamente?

GOR: Parece-me.

SOC: Responde então, Górgias, visto que também a ti parece justo.

GOR: Pois bem, refiro-me a esta persuasão, Sócrates, à persuasão nos tribunais e nas demais aglomerações, como antes dizia, e concernente ao justo e ao injusto³⁰.

²⁸ MCCOY, Marina. **Platão e a retórica de filósofos e sofistas**. Trad. Livia Oushiro. São Paulo: Madras, 2010. p. 81.

²⁹ PLATÃO. **Protágoras**. Trad. Daniel R. N. Lopes. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 385.

³⁰ PLATÃO. **Górgias**. Trad. Daniel R. N. Lopes. São Paulo: Perspectiva, 2016, p. 195.

Neste trecho, Sócrates confronta Górgias a respeito da persuasão, se essa é fruto apenas da retórica ou se, também, pode ser vista nas demais artes. Apesar da concordância de Górgias no que tange à persuasão existente nas demais artes, por exemplo, na pintura, Górgias é categórico ao afirmar que a persuasão objeto de seus ensinamentos diz respeito aos métodos persuasivos inerentes aos tribunais. Além disso, assevera a respeito do justo e do injusto.

Nesse momento, Sócrates repreende a afirmação do sofista, visto que, para ele, a retórica não poderia estar no campo do justo, graças a seu caráter ilusório, mimético e, não por coincidência, persuasivo. Assim, dando continuidade aos seus argumentos, Sócrates questiona o *rétor* sobre o conhecimento, conforme trecho abaixo:

SOC: Segundo teu parecer “ter aprendido” e “acreditar em algo”, aprendizagem e crença, são a mesma coisa, ou coisas distintas?
 GOR: Eu julgo, Sócrates, que são distintas.
 E julgas bem; logo entenderás. Se alguém te perguntasse “Porventura há, Górgias, crença falsa e crença verdadeira?”, tu confirmarias, presumo eu.
 GOR: Sim.
 SOC: E então? Há conhecimento falso e conhecimento verdadeiro?
 GOR: De forma nenhuma.
 SOC: Portanto, é evidente, por sua vez, que não são a mesma coisa.
 GOR: Dizes a verdade.
 SOC: Contudo, tanto aqueles que aprendem algo quanto aqueles que em algo acreditam são persuadidos.
 GOR: É isso.
 SOC: Queres, assim, que estabeleçamos duas formas de persuasão: a que infunde crença sem o saber, e a que infunde conhecimento?
 GOR: Com certeza.
 SOC: Qual é, então, a persuasão que a retórica produz nos tribunais e nas demais aglomerações, a respeito do justo e do injusto? A que gera crença sem o saber ou a que gera o saber?
 GOR: É deveras evidente, Sócrates, que aquela geradora de crença.
 SOC: Portanto, a retórica, como parece, é artífice da persuasão que infunde crença, mas não ensina nada a respeito do justo e do injusto.
 GOR: Sim.
 SOC: Portanto, tampouco o *rétor* está apto a ensinar os tribunais e as demais aglomerações a respeito do justo e do injusto, mas somente a fazê-los crer; pois não seria decerto capaz de ensinar a tamanha multidão, em pouco tempo, coisas assim tão valiosas.
 GOR: Certamente não seria³¹.

Em outras palavras, Sócrates contesta Górgias sobre as aptidões do *rétor* ao ensinar a arte do discurso, especialmente no âmbito da crença e do conhecimento, e questiona o sofista quanto à possibilidade de ensinar, em tão pouco tempo, assuntos pertencentes ao campo do justo e do injusto.

³¹ PLATÃO. *Górgias*. Trad. Daniel R. N. Lopes. São Paulo: Perspectiva, 2016, p. 199.

Górgias, por sua vez, assume que não caberia à arte retórica, tampouco ao orador, definir questões de justiça, o que corrobora com o pensamento de Luiz Antonio Ferreira³² ao aduzir que a retórica é amoral, ou seja, mantém-se alheia aos julgamentos de valores.

Sobre o tema, Górgias esclarece que não se pode chamar de injusto aquele que ensinou a arte da persuasão:

GOR: [...] o rétor é capaz de falar contra todos e a respeito de tudo, de modo a ser mais persuasivo em meio à multidão, em suma, acerca do que quiser; porém, nem mesmo por esse motivo ele deve furtar a reputação dos médicos – pois seria capaz de fazê-lo – nem a de qualquer outro artífice, mas usar a retórica de forma justa, como no caso da luta. E se alguém, julgo eu, tornar-se rétor e cometer, alguma injustiça por meio desse poder e dessa arte, não se deve odiar e expulsar da cidade quem os ensinou. Pois este último lhe transmitiu o uso com a justiça, enquanto o primeiro usa-os em sentido contrário. Assim, é justo odiar, expulsar ou matar quem usou incorretamente, e não quem os ensinou³³.

Ainda na sequência, Sócrates irá dialogar com outro debatedor, Polo. Contudo, a partir daí, uma outra espécie de disposição de caráter socrático entra em cena, deixando em evidência um tom bem mais enfático. Sócrates se apresenta mais intolerante à retórica, talvez, inclusive, pelo fato de que Polo se expressa de maneira pouco eloquente, sobretudo quando Sócrates faz a seguinte crítica à retórica:

SOC: [...] Cada par possui algo em comum por concernir à mesma coisa, a medicina e a ginástica, de um lado, e a justiça e a legislação, de outro, embora haja algo em que se difiram. Assim, a medida em que são quarto e que cuidam sempre do supremo bem do corpo e da alma cada qual a seu turno, a adulação, percebendo esse feito – não digo que sabendo, mas conjecturando – divide-se em quatro e, infiltrando-se em cada uma dessas partes, simula ser aquela na qual se infiltra. Ela não zela pelo supremo bem, mas, aliada ao prazer imediato, encalça a ignorância e assim ludibria, a ponto de parecer digna de grande mérito.

Não afirmo que ela é arte, mas experiência, porque não possui nenhuma compreensão racional da natureza daquilo a que se aplica ou daquilo que aplica, e, conseqüentemente, não tem nada a dizer sobre a causa de cada um deles. Não denomino que seja irracional, mas se tiveres algum ponto a contestar, desejo colocar à prova o argumento.

POL: Mas o que dizes então? A retórica te parece ser adulação?

SOC: Eu disse, deveras, que ela é parte da adulação. Mas com essa idade não te recordas, Polo? O que farás agora?³⁴

³² FERREIRA, Luiz Antonio. **Leitura e persuasão**: princípios de análise retórica. São Paulo: Contexto, 2010, p. 57.

³³ PLATÃO. **Górgias**. Trad. Daniel R. N. Lopes. São Paulo: Perspectiva, 2016, p. 205.

³⁴ PLATÃO. **Górgias**. Trad. Daniel R. N. Lopes. São Paulo: Perspectiva, 2016, p. 234-235.

Sócrates desafia Polo ao acreditar que a retórica é parte da adulação e, por isso, nada alcança de conhecimento, mas estimula a ignorância, sem zelar pelo supremo bem, que neste contexto poderia ser entendido como o conhecimento, a verdade e a busca pela justiça.

Neste viés, é cristalina a mudança de paradigma do discurso Socrático. Quando Polo entra em cena, Sócrates transforma o diálogo (outrora sutil, respeitoso, e em termos de curiosidade), em um espaço propício para críticas severas à retórica, sem poupar palavras ao dizer que a esta é meramente adulação, ilusão, bajulação e, por vezes, responsável por injustiças.

Ressalta-se que, para Platão, o homem só poderia ser feliz se suas atitudes estivessem de acordo com a justiça. E, reafirmando esta crença, Sócrates afirma:

SOC: Porém, segundo a minha opinião, Polo, quem comete injustiça e é injusto é absolutamente infeliz, mais infeliz, contudo, se não pagar a justa pena e não encontrar o desagravo, tendo certa vez cometido injustiça, e menos infeliz, se pagá-la e encontrar a justiça, quer a divina, quer a humana³⁵.

Sócrates, então, deixa de lado a discussão anterior com Górgias, centrada na definição de retórica e de sua prática discursiva e, no diálogo com Polo, afere as questões morais por excelência, por exemplo, a *eudaimonia* (felicidade) e sua estreita relação com a justiça.

A última personagem que também dialoga com Sócrates é Cálicles. Diferentemente de Polo, Cálicles demonstra-se atento ao discurso que, por sua vez, diz respeito a conteúdos filosóficos relativos a problemas de ordem moral determinados pela razão.

Neste sentido, Cálicles atenta-se sobre a possibilidade de conflito interno da alma, determinando que, ao contrário do pensamento Socrático, o homem pode desviar-se dos desígnios da razão, justamente por sua existência compreender o fenômeno da incontinência, provocado pela falta de conhecimento, pela falta de razão ou, ainda, pelos possíveis conflitos inerentes à alma, em razão de seus três elementos: a inteligência, a coragem e os apetites, este último, com maior preponderância a provocar os denominados *desvios*.

Como resposta ao pensamento de Górgias, Polo e Cálicles, as seguintes palavras de Sócrates:

SOC: Todavia, vês neste momento que vós três, tu, Polo e Górgias, os mais sábios entre os helenos contemporâneos, não sois capazes de demonstrar que se deve viver uma vida diferente desta, a qual se revele vantajosa também no além-mundo. Entre tantos argumentos, porém, todos os demais foram refutados e somente este persiste, que é preciso ter maior precaução para não cometer injustiça do que para sofrê-la; que o homem deve, sobretudo,

³⁵ PLATÃO. *Górgias*. Trad. Daniel R. N. Lopes. São Paulo: Perspectiva, 2016, p. 259.

preocupar-se em ser bom, e não parecer sê-lo, quer privada ou publicamente; que se alguém vier a se tornar mau em alguma coisa, ele deve ser punido; que tornar-se justo e, uma vez punido, pagar a justa pena, é o segundo bem depois de ser justo; que se deve evitar toda forma de adulação, em relação a si próprio ou aos outros, sejam esses poucos ou muitos; e que se deve empregar a retórica e qualquer outra ação visando sempre o justo³⁶.

Assim, a fala socrática reafirma a opinião de que as questões de justiça devem ser observadas, sobretudo releva mencionar que, ao final do trecho, Sócrates não refuta a retórica, mas assevera que deverá ser utilizada visando sempre o justo. Sob essa perspectiva, encontra-se o ponto importante para fundamentar esta pesquisa: a reflexão Platônica acerca das diferenças e utilidades da *doxa*³⁷ e da *episteme*, sob a égide de uma possível *boa retórica*.

A *boa retórica*, idealizada por Platão, tem respaldo na obra *Fedro*. Nesta obra, há um diálogo entre Sócrates e Fedro e, diferentemente do que se vê em *Górgias*, Sócrates não denomina a retórica como mera adulação, já que este significado serviria apenas à retórica dos sofistas e, com certa polidez e sutileza, assevera a respeito da retórica filosófica (*boa retórica*). Talvez por isso, durante algum tempo, tenha existido o pensamento de que a obra aduzia sobre a “retórica do amor”. Neste liame, há o seguinte entendimento:

Platão aponta no *Fedro* a importância de conhecer as condições e o propósito que fazem a arte dialética o mais adequado cultivo da alma. O vínculo amoroso de certos tipos de alma seria então, por assim dizer, um requerimento ontológico da visão que Platão tem da própria filosofia: as asas da alma para crescerem tem necessidade de alimento, e este se encontra na beleza percebida no amado com apetite por sabedoria. A ligação entre o erôs e a dialética ou a filosofia, em outras palavras, é patente e estaria muito além do elo evidente já numa primeira leitura do diálogo: o fato de ser o amor o tema de discursos que serão examinados e avaliados por Sócrates quanto às suas respectivas qualidades retóricas³⁸.

Ao usar o amor como sentido para a persuasão neste diálogo, Sócrates percebe que Fedro deseja entender o que ele ama e, uma investigação filosófica sobre a natureza da retórica acaba sendo o melhor modo de atrair Fedro à prática da filosofia³⁹. A prática de Sócrates com

³⁶ PLATÃO. *Górgias*. Trad. Daniel R. N. Lopes. São Paulo: Perspectiva, 2016. p. 457.

³⁷ Luiz Antonio Ferreira entende que no universo da *doxa* digladiam diversas opiniões. Este campo é fértil para as mais diversas argumentações, visto que trabalha com o verossímil, o plausível, o provável. Diferente da *episteme*, que considera o conhecimento científico, que se opõe veementemente à opinião infundada e irrefletida. FERREIRA, Luiz Antonio. *Leitura e persuasão: princípios de análise retórica*. São Paulo: Contexto, 2010, p. 44.

³⁸ REIS, Maria Cecília Gomes dos. Apresentação. In: PLATÃO. *Fedro*. Trad. Maria Cecília Gomes dos Reis. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 30.

³⁹ MCCOY, Marina. *Platão e a retórica de filósofos e sofistas*. Trad. Livia Oushiro. São Paulo: Madras, 2010, p. 183.

Fedro é simultaneamente filosófica e retórica: filosófica no sentido de perguntar sobre a natureza da retórica, mas também retórica ao persuadir Fedro a fazer perguntas filosóficas, quando antes ele estava interessado apenas na beleza e na sagacidade dos discursos (o que, de maneira geral, era o que os sofistas ensinavam com a “arte de bem dizer”).

Sócrates, então, define retórica como uma “condução de almas”, tanto em situações públicas quanto particulares⁴⁰. Neste diálogo, Platão trata do amor para refletir a respeito da persuasão. E, a fim de estabelecer sobre o comportamento do orador na tentativa de conduzir as almas por meio do discurso, propõe:

De modo análogo, é preciso que ele compreenda a natureza da alma, descubra a classe de discurso que se ajusta a cada natureza, organize e ordene seu discurso em consonância com isso, proporcionando discursos elaborados e harmoniosos às almas complexas, e simples conversações às almas simples. Enquanto não executar isso, não se capacitará a empregar o discurso com arte, na medida em que se possa controlar metodicamente um discurso, quer com propósitos de ensino, quer com propósitos de persuasão⁴¹.

Interessa admitir que a crítica à retórica sofista e as sugestões para uma retórica guiada pela filosofia (leia-se *boa retórica*) veio a ser concebida por Platão, numa tentativa de admitir a presença da retórica, como importante instrumento para a vida humana, sobretudo nos assuntos jurídicos e políticos.

Em suma, sem capacidade retórica, o homem justo, sábio e conhecedor da razão, ovacionado por Platão, não poderia causar efeitos relevantes em prol da justiça, no âmbito na política e nas demais atividades humanas.

Na sequência, tem-se a retórica proposta por Aristóteles que, em termos gerais, sugere uma reflexão de suas diferenças com a dialética e, sobretudo, a instrumentaliza linguisticamente, determinando um ponto crucial utilizado até hoje: o tripé-retórico, mais conhecido como *ethos*, *pathos* e *logos*.

Diversamente da tradição platônica, o estagirita não redige sua obra *Retórica* em forma de diálogo e, ainda no campo destas diferenças, Aristóteles parece adotar um estilo próprio, quando a denomina não somente como arte, mas, também, como técnica. Neste sentido, observa-se nítida diferença com o pensamento de Platão a respeito da *doxa* (opinião) e da *epistème* (verdadeiro conhecimento): enquanto Platão enxergava um nítido contraponto entre as duas e, até mesmo certa resistência no que tange a *doxa*, Aristóteles apoiava seus postulados

⁴⁰ MCCOY, Marina. **Platão e a retórica de filósofos e sofistas**. Trad. Livia Oushiro. São Paulo: Madras, 2010, p. 183.

⁴¹ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013, p. 109.

justamente atento às doxografias. Entendia que, apesar de mantida a separação entre as duas terminologias, a distância entre os dois conceitos deverá concebida de maneira atenuada⁴².

Nesse contexto, sobre a *Retórica* de Aristóteles, ensina Pedro Parini:

A retórica, na *Retórica*, se apresenta tanto no estilo mais acessível empregado por Aristóteles ao redigi-la, como no recurso de entimemas e paradigmas pelos quais se fundamenta teoricamente suas teses, inclusive no que diz respeito à analogia formulada entre retórica e dialética.

Aristóteles tenta superar os autores que o precederam ao direcionar suas atenções, no estudo da retórica, aos elementos lógicos [...] Retórica estaria situada, pois, entre o estudo da ciência analítica, a ética da política e dos estudos sofísticos⁴³.

Dessa forma, na intenção de superar os estudiosos de retórica, ainda segundo Pedro Parini⁴⁴, Aristóteles busca estabelecer uma classificação tópica dos assuntos relativos a cada campo da retórica, que servirão de base aos entimemas. Para o filósofo, o bom orador seria aquele que argumentasse com conhecimento prévio, antevendo o impacto do seu discurso no auditório e, mais do que isso, possuindo sabedoria suficiente para persuadir de diversas maneiras, tudo isso por meio da divisão do discurso em três gêneros.

Nesse diapasão, Aristóteles⁴⁵ ensina que os referidos gêneros do discurso oratório se dividem em três: o discurso deliberativo, o discurso forense e o discurso demonstrativo.

No campo do discurso deliberativo, o orador delibera sobre acontecimentos futuros e, desta forma, o utiliza para tratar de interesses públicos; é muito comum na política.

No que diz respeito ao discurso forense ou judiciário, o orador trata de elementos do passado. E, justamente porque depende de fatos que já aconteceram, o orador parte da defesa ou da acusação. Na esfera do discurso judiciário, elenca Olivier Reboul:

No judiciário, o diálogo “ecumênico” dá lugar ao debate polêmico, em que o objetivo não é convencer a parte adversária, mas uma terceira parte, o tribunal [...] sua finalidade é fazer de tudo para tornar válida a causa de seu cliente, para lhe dar todas as oportunidades de vitória. Só que o advogado não está sozinho, mas tem diante de si colegas capazes de desmentir sua retórica, de contraditá-la com outra. E as duas partes preparam dessa maneira o julgamento do tribunal⁴⁶.

⁴² PARINI, Pedro. **Retórica como método no direito**: o entimema e o paradigma como bases de uma retórica judicial analítica. João Pessoa: UFPB, 2015, p. 35.

⁴³ PARINI, Pedro. **Retórica como método no direito**: o entimema e o paradigma como bases de uma retórica judicial analítica. João Pessoa: UFPB, 2015, p. 49.

⁴⁴ PARINI, Pedro. **Retórica como método no direito**: o entimema e o paradigma como bases de uma retórica judicial analítica. João Pessoa: UFPB, 2015, p. 49.

⁴⁵ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. e notas. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013, p. 53.

⁴⁶ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 106.

Já no discurso demonstrativo ou laudatório, o orador elenca fatos relacionados ao presente, pois é utilizado para apresentar situações já resolvidas, e o discurso existe para qualificar essas situações para o auditório.

Todavia, apesar de Aristóteles⁴⁷ ter distinguido esses três tipos de discurso, ressalta-se, conforme ensina Luiz Antonio Ferreira⁴⁸, que, na prática, é difícil fragmentar e distinguir esses discursos, pois é quase impossível encontrar um discurso puro. O que se encontra é um gênero predominante. A explicação para isso é a presença de valores como útil, justo, bom, intrínsecos a todos os tipos de discurso, ao modo pelo qual o orador produz seu discurso e o meio pelo qual busca a verossimilhança e a adesão de seu auditório.

No que tange ao orador, o ponto-chave, segundo Aristóteles, é sua credibilidade, sedimentada em seu caráter e em suas virtudes, por exemplo, a honra, a confiança e a coragem. Conforme abordado⁴⁹, o orador deixa marcas sobre sua personalidade, características e valores ao imprimir sua visão de mundo em diferentes aspectos. Para o orador, é indispensável conhecer o perfil de seu auditório para utilizar esses valores em prol de seu discurso. Por essa razão, salienta Olivier Reboul⁵⁰, o orador depende do auditório no que tange à escolha de seus argumentos, baseados nas reações, verificadas ou imaginadas, de seus ouvintes.

Assim, é notório discorrer sobre o auditório e suas variações, afinal, elas são a presença do auditório universal e do auditório particular. Para compreensão do auditório universal, contempla-se o entendimento de Antonio Suarez Abreu⁵¹, para quem esse auditório é composto por pessoas das quais não se tem controle sobre as variáveis envolvidas. Já, no auditório particular, é possível observar as variáveis das pessoas presentes.

Segundo Antonio Suarez Abreu⁵², uma sala de aula com alunas de segundo grau configurará um auditório de pessoas jovens, do sexo feminino, e com o mesmo nível de escolaridade; o que levará o orador a ter mais controle sobre esse auditório, justamente por tratar-se de pessoas com similaridades em seu comportamento ou condição de vida. Desse modo, configura-se o auditório particular.

⁴⁷ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. e notas. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013, p. 55.

⁴⁸ FERREIRA, Luiz Antonio. **Leitura e persuasão**: princípios de análise retórica. São Paulo: Contexto, 2010, p. 57.

⁴⁹ Sobre o orador: LOVO, Leticia Machel. **Os ethe dos oradores em diferentes gêneros do direito processual civil**. Dissertação (Mestrado em Linguística) Universidade de Franca (Unifran), Franca, 2017, p. 24-29.

⁵⁰ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 97.

⁵¹ ABREU, Antonio Suarez. **A arte de argumentar**: gerenciando razão e emoção. Cotia: Ateliê Editorial, 2009, p. 40.

⁵² ABREU, Antonio Suarez. **A arte de argumentar**: gerenciando razão e emoção. Cotia: Ateliê Editorial, 2009, p. 40.

O orador, ao identificar seu tipo de auditório, terá condições favoráveis para construir o seu discurso no que concerne ao tipo de pessoas as quais irá direcionar a sua fala, podendo escolher melhor os métodos mais eficazes para persuadi-las.

Nesse prisma, relevante considerar a distinção entre orador, auditório e discurso. No que tange ao orador, observa-se uma construção de caráter, de valores e de credibilidade, necessários à construção da imagem de si em relação ao auditório.

O auditório simboliza o grupo de pessoas aos quais o orador precisa convencer, persuadir, emocionar e comover, conforme os interesses e as crenças desse auditório, seja ele universal ou particular. Conforme leciona Luiz Antonio Ferreira⁵³, o auditório tem natureza de leitor e ouvinte de um ato retórico. Nele se concentra toda a atividade do orador. Já o discurso é o meio pelo qual o orador irá buscar a persuasão, com o uso da palavra, da razão.

O entendimento elencado sobre o orador, o auditório e o discurso é a base para compreender seus aspectos, segundo a teoria proposta por Aristóteles. O filósofo mostra que, para haver retórica, é necessário existir *ethos*, *pathos* e *logos*, tríade conhecida como o tripé-retórico.

Conforme observado, outros filósofos tratavam sobre argumentação e métodos para persuadir, contudo, foi Aristóteles quem descreveu o tripé-retórico em sua obra, sistematizando, assim, a teoria retórica, e ensinando os desdobramentos de cada passo para o convencimento.

O *ethos* está ligado à figura do orador, compreendido com o aspecto da imagem de si perante o auditório. Salienta-se que, a presença do orador e o *ethos* por ele constituído é responsável pelo convencimento.

Nesse sentido, ensina Aristóteles:

Há três tipos de meios de persuasão supridos pela palavra falada. O primeiro depende do caráter pessoal do orador; o segundo, de levar o auditório a uma certa disposição de espírito; e o terceiro, do próprio discurso no que diz respeito ao que demonstra ou parece demonstrar. A persuasão é obtida graças ao caráter pessoal do orador, quando o discurso é proferido de tal maneira que nos faz pensar que o orador é digno de crédito⁵⁴.

Quando Aristóteles diz que o “discurso é proferido de tal maneira que nos faz pensar que o orador é digno de crédito”, refere-se exatamente ao *ethos* do orador. O *ethos* é parte indissociável do discurso, e para o orador ser digno da confiança de seu auditório deverá estar

⁵³ FERREIRA, Luiz Antonio. **Leitura e persuasão**: princípios de análise retórica. São Paulo: Contexto, 2010, p. 21.

⁵⁴ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. e notas. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013, p. 45.

munido de virtudes, por exemplo: a justiça, a coragem, a moderação, a generosidade, a prudência e a sabedoria. Essas virtudes são responsáveis pelo sucesso do orador, no momento em que este constitui determinado *ethos* para persuadir seu auditório.

Em síntese, para compreender o significado de *ethos*, José Luiz Fiorin⁵⁵ explica se tratar de uma imagem do orador, não o orador real, mas um orador discursivo, implícito, pelo fato de não estar em jogo considerar quem é a pessoa do orador, mas qual o *ethos* que esse orador constituiu como imagem de si para se apresentar ao auditório.

Concomitantemente, importante destacar sob qual prisma encontra-se o auditório. Para melhor depreender esse conceito, basta pensar que, para o orador conseguir persuadi-lo, deverá suscitar paixões, logo, o *pathos* está relacionado ao auditório.

O orador precisa ponderar a importância de conhecer seu auditório, pois, conforme explica Luiz Antonio Ferreira⁵⁶, o auditório poderá atuar como juiz (ao analisar uma causa passada e decidir se o desfecho será justo ou injusto), como assembleia (diante de uma causa futura, para decidir se será promissora ou prejudicial) e como espectador (ao analisar a capacidade no ato de louvar ou censurar alguém, no ato de falar sobre determinado tema, e decidir se esse discurso foi belo, ou se foi feio o que foi dito).

Assim, as paixões do auditório são altamente relevantes ao discurso proferido pelo orador. As paixões, segundo Aristóteles⁵⁷, dão razão de ser aos julgamentos, que estão acompanhados de dor ou prazer, por isso, o orador deve conhecer as paixões para poder distingui-las.

Conforme explica Michel Meyer⁵⁸, o orador deverá tirar proveito dos valores do auditório, percebendo o que entristece, o que enraivece, o que despreza, o que indigna e o que deseja, e assim por diante, pois esses sentimentos “fazem do *pathos* do auditório a dimensão retórica da interlocução”.

O filósofo Estagirita, Aristóteles⁵⁹, elenca em sua obra algumas paixões responsáveis pela resposta do auditório ao discurso do orador. Nesse diapasão, cabe definir o conceito da cólera, sentimento que remete ao desejo de vingança, uma vez que o indivíduo encolerizado se sente humilhado por não ter experimentado algo de seu desejo; esse indivíduo sente a existência de obstáculos que frustram suas expectativas e, assim, começa a sentir prazer em

⁵⁵ FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2015, p. 70.

⁵⁶ FERREIRA, Luiz Antonio. **Leitura e persuasão**: princípios de análise retórica. São Paulo: Contexto, 2010, p. 22.

⁵⁷ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. e notas. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013, p. 122.

⁵⁸ MEYER, Michel. **Questões de retórica**: linguagem, razão e sedução. Trad. António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 39.

⁵⁹ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. e notas. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013, p. 123.

pensamentos de vingança. A paixão oposta à cólera é a tranquilidade, definida por Aristóteles⁶⁰ como o sentimento presente nas relações com pessoas de bem ou que conosco se assemelham.

É essencial, portanto, que o orador crie um *ethos* capaz de suscitar o *pathos* de seu auditório⁶¹, buscando determinado desfecho, relacionado à persuasão e ao convencimento. O *pathos* é responsável por conduzir as almas a determinado estado de espírito. O orador estimula seu auditório por meio das paixões e o leva a decidir, ponderar, aceitar determinada ideia conforme o que sente em prol do discurso do orador. Conforme elenca José Luiz Fiorin⁶², o *pathos* constrói a imagem do enunciatário e o *ethos*, a imagem do enunciador.

Nesse sentido, afirma Michel Meyer:

A paixão é, portanto, um poderoso reservatório para mobilizar o auditório em favor de uma tese. Isso reforça a identidade dos pontos de vista, ou a diferença em relação à tese que procuramos afastar. A função da paixão consiste em comunicar ao outro a diferença que é a sua: é uma resposta sobre um problema que separa, e há paixão na cólera que insulta, assim como no amor, que visa a aproximação⁶³.

Naturalmente, o discurso está atrelado à condição do *ethos* e do *pathos*, uma vez que o orador se vale de determinado estereótipo do auditório para criar seu *ethos*. Será fruto do discurso a persuasão do auditório. Por essa razão, o discurso está associado ao *logos*, que traz o preceito de sabedoria e de racionalidade. O *logos* atribui certa veracidade ao discurso, pois em conjunto com uma imagem criada pelo *ethos* do orador, é capaz de sustentar a adesão do auditório.

Ademais, relevante suscitar o entendimento de Michel Meyer sobre o *logos*:

Em conclusão, o *logos* é tudo *aquilo que* está em questão. Todo julgamento é uma resposta a uma questão que se coloca e é composto de termos que são formados como aderidos a questões que não mais se colocam e graças as quais é possível se comunicar⁶⁴.

⁶⁰ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. e notas. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013, p. 130.

⁶¹ “Porque, en verdad, lo justo en el discurso consiste en no pretender otra cosa, como, por ejemplo, entristecer o alegrar (al auditório). Pues por lo justo se debe luchar con los mismos, de manera que todo lo que cae fuera de la demonstración es superfluo. Pero, sin embargo, puede resultar de gran importancia, como se ha dicho, a causa de la corrupción del oyente”. MÁYNEZ, Eduardo García. **Doctrina aristotélica de la justicia**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1973, p. 235.

⁶² FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2015, p. 70.

⁶³ MEYER, Michel. **Questões de retórica: linguagem, razão e sedução**. Trad. António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 38.

⁶⁴ MEYER, Michel. **Questões de retórica: linguagem, razão e sedução**. Trad. António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 45.

Dessa forma, compreende-se a importância do tripé-retórico ao se averiguar se de fato o discurso (*logos*) foi persuasivo e verossimilhante, por meio da imagem de si constituída pelo orador (*ethos*) utilizada para convencer o auditório (*pathos*).

Em síntese, conforme analisa Ekkehard Eggs:

O que é preciso reter inicialmente aqui é o fato de que, em todos esses contextos, o *logos* convence em si e por si mesmo, independentemente da situação de comunicação concreta, enquanto o *ethos* e o *pathos* estão sempre ligados à problemática específica de uma situação e, sobretudo, aos indivíduos concretos nela implicados⁶⁵.

O tripé-retórico consiste na atuação conjunta entre orador, discurso e auditório, respectivamente *ethos*, *logos* e *pathos*. O discurso está sedimentado na racionalidade e “convence em si por si mesmo”, enquanto o *ethos* consiste na imagem de justo e ponderado que o orador cria de si, com o intuito de persuadir o auditório, suscitando suas paixões.

Nesses termos, resume Michel Meyer:

Observemos que o desenvolvimento do edifício retórico, da introdução à conclusão, recobre três grandes momentos: o *ethos* se apresenta ao auditório e visa captar sua atenção a respeito de uma questão, em seguida ele expõe o *logos* próprio dessa questão, eventualmente apresentando o pró e o contra. E o orador conclui pelo *pathos*, pois dessa vez se trata de atuar no coração e no corpo do auditório, se possível agindo sobre suas paixões, em todo caso sobre seus sentimentos, e mesmo sobre suas emoções⁶⁶.

Esse edifício retórico age envolvendo todos os aspectos do discurso, isto é, atua tanto no campo da racionalidade, quanto no campo da emoção. Indissociáveis e sistematizados, perfazem os elementos indispensáveis à eficácia da teoria retórica. Agora, o que importa aqui é indicar contra quais características do pensamento filosófico sobre o direito Chaïm Perelman irá se indispor.

A primeira destas características é a proposição segundo a qual “não existem conhecimentos científicos (e filosóficos) válidos senão os que procedem da observação e de um raciocínio conforme ao ideal da lógica e das matemáticas”⁶⁷. Significa dizer que, apenas os

⁶⁵ EGGS, Ekkehard. *Ethos* aristotélico, convicção e pragmática moderna. In: AMOSSY, Ruth (org.). **Imagens de si no discurso**: a construção do ethos. Trad. Dilson Ferreira da Cruz, Fabiana Komesu e Sírío Possenti. São Paulo: Contexto, 2005, p. 41.

⁶⁶ MEYER, Michel. **Questões de retórica**: linguagem, razão e sedução. Trad. António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 48.

⁶⁷ “[...] *il n’y a de connaissances scientifiques (et philosophiques) valides que celles qui procedent de l’observation et d’un raisonnement conforme à l’idéal de la logique et des mathématiques*”. FRYDMAN,

conhecimentos de matriz matemática ou ancorados nesse modo de pensar seriam, segundo Chaïm Perelman, admitidos como válidos para o pensamento moderno do direito, especialmente para o positivismo jurídico.

A segunda destas proposições é aquela que afirma ser a lei um comando a qual exprime a vontade arbitrária de um soberano ou de um subordinado deste soberano, o juiz, a quem o soberano delegou o poder de tornar precisa sua vontade e de a executar. Esta segunda proposição, já encontrada em germen na obra de Thomas Hobbes of Malmesbury, seria consagrada no normativismo do século XX.

É para romper com este racionalismo normativista de matriz moderna que Chaïm Perelman procura na retórica dos antigos uma nova maneira de pensar o direito. Essa nova maneira teria como função principal retomar a discussão axiológica, os juízos de valor. Isso ocorre em razão dos “horrores do nazismo e da segunda guerra mundial”, os quais tinham tornado as teses do positivismo jurídico, “segundo as quais os julgamentos de valores são arbitrários no sentido que eles não enunciam senão preferências subjetivas entre as quais é impossível de decidir racionalmente”⁶⁸, impossíveis de sustentar.

Após a publicação de *Traité de l'argumentation*, Chaïm Perelman começou a se interessar seriamente pelas questões de direito e do raciocínio jurídico. Em 1967, após ter se reencontrado com seus colegas da faculdade de direito da *Université Libre de Bruxelles*, funda com eles o Centro de Filosofia do Direito, neste centro que irá se constituir a “Escola de Bruxelas” do pensamento jurídico.

Assim como Chaïm Perelman, seus colegas também haviam prosseguido estudos jurídicos influenciados pela mesma escola: a Escola da Livre Pesquisa Científica, a qual possuía inspiração alemã, e se constituiu no famoso *moment 1900* francês, na virada do século XX, que teve por figura de proa François Géný. Assim como Chaïm Perelman, Geny e seus discípulos, inclusive belgas, criticam fortemente o “legicentrismo” da escola da exegese⁶⁹ francesa, denunciando como ficção a ideia de que a legislação escrita é plena, ou seja, que as leis possuem

Benoit. **Perelman et les juristes de l'école de Bruxelles**. Working Papers du Centre Benoit Frydman. Perelman de philosophie du droit, n. 2011/4. Disponível em: <http://www.philodroit.be>. Acesso em: 24 out. 2018, p. 5.

⁶⁸ FRYDMAN, Benoit. **Perelman et les juristes de l'école de Bruxelles**. Working Papers du Centre Benoit Frydman. Perelman de philosophie du droit, n. 2011/4. Disponível em: <http://www.philodroit.be>. Acesso em: 24 out. 2018, p. 4.

⁶⁹ A Escola da Exegese revelou notáveis estudiosos do direito, como Jean Charles Demolombe, Raymond-Théodore Troplong, François Laurent e Victor-Napoléon Marcadé. O posicionamento fundamental da referida Escola é que o direito se revela pelas leis. Para os seus pensadores, a interpretação parte unicamente do direito positivo. É desnecessária a utilização de elementos que lhe são extrínsecos. CARNIO, Henrique Garbellini; GONZAGA, Álvaro Luiz Travassos de Azevedo. **Curso de sociologia jurídica**. São Paulo: RT, 2011, p. 89-91. CAENEGEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2. ed. Trad. Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 153-154.

e fazem um sistema coerente e completo. O juiz, perante esse sistema, seria reduzido ao papel de “boca-da-lei”, devendo deduzir todas as soluções jurídicas por meio de um silogismo científico. Para Geny, as lacunas da lei são imensas e inúmeras, ou seja, não permitem a decisão sobre todos os casos apresentados. Ora, se não se pode decidir sobre todos os casos pela insuficiência da lei, que fazer? O juiz retorna com uma certa liberdade e um grande poder: ele deveria descobrir a solução dos litígios por meio de uma pesquisa livre e científica, a “sociologia aplicada”, de matriz Comtiana⁷⁰. O juiz deveria observar a realidade social e ponderar os interesses sociais em presença mais do que interpretar a lei.

Se a Escola da Livre Pesquisa Científica procurou construir uma escala científica de valores para melhor arbitrar os interesses sociais presentes em cada litígio, Chaïm Perelman recusa “a quimera da ciência objetiva dos valores e mostra como, num contexto político pluralista em que não existe acordo universal sobre a hierarquia dos valores, nem mesmo sobre critérios de justiça, o juiz recorre aos recursos da argumentação e às técnicas específicas da argumentação jurídica para entregar uma solução razoável⁷¹” a todos os que se postam diante de si. Daí a ideia da motivação do julgamento se tornar essencial: é por ela que o juiz dá as razões de sua decisão e ela passa a ser o novo campo da investigação privilegiada da razão jurídica. Eis o horizonte de trabalho que Chaïm Perelman deixa para a Escola de Bruxelas.

A nova retórica retomou seu lugar de destaque mesmo com toda a resistência das teorias científicas baseadas em dados matemáticos e estáticos. Ressurgiu, portanto, com um novo espírito, como explica Luiz Antonio Ferreira⁷², pois atualmente consiste também na integração entre as ciências humanas e as ciências dos discursos axiomáticos de demonstração.

Assim, elenca Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca:

O objeto da retórica antiga era, acima de tudo, a arte de falar em público de modo persuasivo; referia-se, pois, ao uso da linguagem falada, do discurso, perante uma multidão reunida na praça pública, com o intuito de obter a adesão desta a uma tese que lhe apresentava. Vê-se, assim, que a meta da arte oratória – a adesão dos espíritos – é igual à de qualquer argumentação⁷³.

⁷⁰ “François Géný”. In: CAYLA, Olivier; HALPERIN, Jean-LOUIS. **Dictionnaire des grandes oeuvres juridiques**. Paris: Dalloz, 2008.

⁷¹ FRYDMAN, Benoit. **Perelman et les juristes de l'école de Bruxelles**. Working Papers du Centre Benoit Frydman. Perelman de philosophie du droit, n. 2011/4. Disponível em: <http://www.philodroit.be>. Acesso em: 24 out. 2018, p. 9.

⁷² FERREIRA, Luiz Antonio. **Leitura e persuasão**: princípios de análise retórica. São Paulo: Contexto, 2010, p. 46.

⁷³ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6.

Por meio dessa explicação, entende-se que a retórica antiga era baseada em uma argumentação não sistematizada, preferindo a linguagem falada, que dava importância a uma argumentação estabelecida sem nenhuma sistemática. Em outras palavras, essa retórica era igual a qualquer outro meio de argumentar, e pelo fato de parecer tão “genérica”, surgiu a nova retórica, explicada por Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca:

Buscamos, acima de tudo, caracterizar as diversas estruturas argumentativas, cuja análise deve preceder qualquer prova experimental à qual se quisesse submeter sua eficácia [...] Nosso procedimento diferirá radicalmente do procedimento adotado pelos filósofos que se esforçam em reduzir os raciocínios sobre questões sociais, políticas ou filosóficas, inspirando-se em modelos fornecidos pelas ciências dedutivas ou experimentais [...] Muito pelo contrário, nos inspiraremos nos lógicos, mas para imitar os métodos que lhes têm propiciado tão bons resultados de um século para cá⁷⁴.

Ademais, fica evidente a intenção de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca de aproximar a retórica dos textos escritos e não só a linguagem falada. Essa busca consiste em analisá-los de forma axiomática, considerando um critério baseado na lógica moderna, buscando evitar ambiguidades e controvérsias.

A nova retórica tem o escopo de sistematizar os meios de argumentação para além da “arte de bem dizer” – demonstrando tratar-se de uma teoria consolidada, com métodos específicos e nada subjetivos em sua construção. Em que pese a subjetividade na presença das paixões inerentes ao auditório, o orador se encontra em posição racional, uma vez que utiliza um discurso sistematizado em seu favor, com o intuito de persuadir.

Não bastasse isso, a mudança de sentido entre o valor da retórica para Platão e o valor da retórica para Aristóteles, foi, em alguma medida, assumida por Chaïm Perelman ao transpor o discurso filosófico no campo da retórica e, finalmente, criar uma teoria de composição do discurso.

Igualmente, importante destacar os ensinamentos de Michel Meyer⁷⁵, que toma a retórica como um estudo fundado em questões e respostas, pautado em fatores ideológicos e até manipuladores. Por essa razão, todo discurso pressupõe um questionamento e gera a necessidade de responder a alguma questão iminente.

⁷⁴ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 10.

⁷⁵ MEYER, Michel. **Questões de retórica**: linguagem, razão e sedução. Trad. António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 47.

Apesar da constituição retórica de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca se pautar em entendimentos sistematizados inerentes à racionalidade, Michel Meyer salienta o uso de estratégias poderosas para aferir eficácia à argumentação:

Conhecemos os preceitos em vigor desde os Gregos para conferir eficácia à argumentação: não estipular imediatamente a questão de modo a adormecer a faculdade crítica do adversário; utilizar argumentos aceitáveis por ele mas relativamente afastados da conclusão; apoiar-se em analogias que de antemão sabemos que o adversário partilha à partida⁷⁶.

Em suma, a compreensão da retórica abrange conhecimentos complexos não só da adesão dos espíritos com base na sistematização teórica explicada por Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, mas percorre igualmente o caminho da sedução.

Sobretudo, a presença imprescindível do orador e seu discurso sistematizado só funciona se coexistir com a aceitação do auditório, que com suas emoções afloradas, traduz a eficácia pretendida pelo orador. Por vezes, os sentimentos produzidos pelo auditório são responsáveis por conduzir o discurso desse orador, sedimentado na persuasão, na possível manipulação, na condução de almas e na verossimilhança.

Sobre esse entendimento, leciona Michel Meyer:

[...] o mesmo vale para a linguagem: ela serve a verdade, mas não basta para garantir por si só. Ela pode encobrir a mentira, pode seduzir e convencer, tal como pode manipular e enganar. Se a retórica é útil, isso deve-se ao facto de permitir que os homens exerçam o seu sentido crítico e o seu juízo em plena consciência⁷⁷.

Como se vê, é lícito ao indivíduo utilizar a linguagem em plena consciência para arguir um discurso sedutor. A ideia central é a presença da razão inerente ao orador que percorre o caminho do convencimento sob os preceitos da teoria retórica.

Além disso, a retórica contempla benefícios extraídos por estudos de outras ciências configuradas no século XX, como a linguística, a semiótica, a pragmática e a análise do discurso. Então, fica o questionamento primordial desta reflexão: Por que a retórica é importante para o direito?

Até aqui, seu surgimento pressupõe um vasto contexto histórico. Em sua obra, Aristóteles já dedicava um espaço para discorrer sobre o gênero “forense” ao explicar que,

⁷⁶ MEYER, Michel. **Questões de retórica**: linguagem, razão e sedução. Trad. António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 48.

⁷⁷ MEYER, Michel. **Questões de retórica**: linguagem, razão e sedução. Trad. António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 51.

naquele enquadramento, o orador deveria tratar de assuntos passados, enfatizando a atuação do advogado, que conduzia sua fala com argumentos do passado, justificando e ordenando as palavras para que seu discurso fosse eficaz e convincente.

A divisão de gêneros proposta por Aristóteles era vista como parâmetro inflexível, ou seja, havia três gêneros (deliberativo, epidítico e forense ou judiciário), e os discursos deveriam encaixar-se em algum deles. O orador era responsável por utilizar os parâmetros específicos de cada um na realização de seu discurso.

Aristóteles⁷⁸ tratou do judiciário como uma espécie de gênero inerente aos estudos retóricos e ao orador. Para o filósofo, as etapas do discurso judiciário deveriam ser definidas para não haver injustiça já que as leis eram elaboradas após prolongada consideração, enquanto as sentenças nos tribunais eram pronunciadas imediatamente, o que dificultava aos juízes atender perfeitamente ao justo e ao útil. A retórica, portanto, foi pensada para atenuar os conflitos relacionados à Justiça ou, ao menos, propor outros meios de reflexão.

Por outro lado, Chaïm Perelman decidiu rever a retórica, pois enxergou utilidade nos ensinamentos deixados por Aristóteles. Trouxe, contudo, a nova retórica amplamente reabilitada, com métodos retóricos que contemplam a exploração da verossimilhança e dos diferentes pontos de vista sobre um objeto ou situação.

Chaïm Perelman justifica sua teoria de argumentação jurídica embasado em conceitos de diversas áreas de conhecimento, considerando diversos tipos de auditórios, e deixando reflexões importantes tanto para os tribunais, quanto para a atuação prática do advogado.

Assim, encontra-se um terreno fértil para as discussões sobre o direito, as quais não ocupam apenas os campos positivista e dogmático. A intenção primordial é demonstrar que a lei é insuficiente para justificar todas as decisões do Poder Judiciário, que muitas vezes acontecem com base na persuasão e no verossímil, o que reforça a possibilidade de conceber a retórica como uma forma de pensar o direito.

⁷⁸ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. e notas. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013, p. 40.

4 RETÓRICA E DIREITO: CONTRIBUIÇÃO TEÓRICA DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR E JOÃO MAURÍCIO ADEODATO

No cerne desta pesquisa e, para haver possibilidade de intersecção entre o discurso jurídico e a retórica, questiona-se: o que os teóricos da atualidade pensam sobre a retórica?

Esta indagação é ainda efêmera no âmbito jurídico e, sendo um terreno para diversas interpretações, adotam-se teorias e contribuições metodológicas de Tercio Sampaio Ferraz Junior e João Maurício Adeodato que irão consolidar o discurso jurídico ao discurso retórico e, sobretudo, possibilitar esta pesquisa.

Portanto, a fim de reunir uma estrutura teórica robusta para a análise proposta, fez-se uma leitura estrutural, restrita ao objeto desta pesquisa, das obras: *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*⁷⁹, de Tercio Sampaio Ferraz Junior e *Ética e retórica*, de João Maurício Adeodato⁸⁰.

4.1 Teoria da argumentação jurídica à luz da contribuição teórica de Tercio Sampaio Ferraz Junior

A teoria da argumentação jurídica trazida por Tercio Sampaio Ferraz Junior subsidiou, ao longo dos anos, outras pesquisas desta autora. Por isso, o capítulo contará com análises já elencadas em outros ensaios, além de olhares inéditos que possibilitaram esta tese de doutoramento.

Assim, tendo em vista o propósito de destrinchar a retórica como fundamental à teoria da argumentação jurídica, Tercio Sampaio Ferraz Junior esclarece que a finalidade de sua análise é o discurso jurídico, especialmente a retórica jurídica, calcada nos diferentes modelos argumentativos presentes no direito. Para tratar do assunto, apoia-se na *argumentatio*, e propõe o seguinte:

É costume, de modo de tratar o discurso, considerar os momentos da semiótica ou teoria dos signos – a *sintaxe*, enquanto conexão dos signos entre si; a *semântica*, enquanto conexão dos signos com os seus objetos (cuja designação é afirmada); e a *pragmática*, enquanto conexão situacional na qual os signos são usados – de qual modo que a sintaxe venha em primeiro plano, muitas vezes até como região isolada da pesquisa, daí partindo-se para a semântica,

⁷⁹ A obra foi apresentada ao concurso de livre-docência do Prof. Dr. Tercio Sampaio Ferraz Junior, no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1973. Para esta pesquisa, selecionamos sua 3. ed. (2015).

⁸⁰ A obra utilizada para esta pesquisa foi a 5. ed. (2012), cujo autor, na apresentação, afirma: “[...] refleti mais sobre o tema por conta do concurso a que me submeti para livre-docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo”.

aparecendo, por último, a pragmática, com sentido subsidiário. Esta, enquanto campo da retórica, ao qual pertence basicamente a teoria da argumentação jurídica e das suas formas discursivas, é caracterizada, no tratamento habitual, por uma certa ausência de rigor, se comparada com a sintaxe e a semântica, tomando, por isso, em relação a elas, uma posição de inferioridade. Ora, o desenvolvimento experimentado pela moderna teoria da argumentação, tendo em vista a redescoberta da *retórica* no seu relacionamento com a teoria da informação, da comunicação, da organização e da decisão, tal como encontramos, por exemplo em Theodor Viehweg, no campo jurídico, em Chaim Perelman, na lógica, tem tentado inverter a ordem habitual da investigação semiótica, acentuando a importância do momento da “discutibilidade”, tomando-o como ponto de partida para a análise do discurso [...]”⁸¹.

O autor entende que a sintaxe e a semântica superam a retórica no que diz respeito ao rigor, o que faz todo sentido se se partir das premissas metodológicas compostas por questões gramaticais. No entanto, para este exame, cabe mensurar a preponderância da pragmática no que tange às questões retóricas.

Importante questionar a *discutibilidade* do discurso no âmbito jurídico arraigado no seguinte entendimento: “[...] como ‘ação linguística’, isto é, como a ação dirigida a outros homens, à diferença do mero agir, a posição da pragmática, dentro da semiótica, se modifica, aparecendo em primeiro lugar, construindo-se a sintaxe e a semântica a partir dela”⁸².

Por meio dessa explicação, no âmbito da *discutibilidade*, há espaço para refletir sobre a pragmática como estrutura que antecede a sintaxe e a semântica, fazendo as duas últimas surgirem em razão da primeira, sobretudo por considerar o sentido dialógico do discurso.

Tercio Sampaio Ferraz Junior⁸³ toma como referência o teor lógico encontrado na obra de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca e, na sequência, menciona a concepção aristotélica, também a respeito da lógica. Aduz que a visão do estagirita em tratar a lógica como *techné* corrobora com a concepção do discurso enquanto produção de pensamento.

Menciona, também, que toda essa concepção tem origem na dialética sofística de Sócrates e de Platão, que continua a se desenvolver na Idade Média, perdendo sua credibilidade e importância com as teorias epistêmicas, que transformou a retórica, aos poucos, em simples oratória, haja vista o estudado nos capítulos introdutórios deste trabalho.

⁸¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-2.

⁸² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2.

⁸³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2.

Anteriormente, aferiram-se os pontos estruturais das retóricas platônica, aristotélica e perelmaniana. Descobriu-se, assim, que as três teorias concordam com sua existência. Embora cada uma delas traga uma concepção diferente, todas são essenciais ao patamar encontrado hoje sobre o assunto.

Recordando brevemente estes conceitos, em Platão defende-se uma boa retórica ou retórica filosófica, subsidiada pela busca incansável à justiça e denominada “condutora de almas”, apesar do abismo entre a *doxa* e a *episteme*.

No âmbito aristotélico, depara-se com uma retórica estruturada e instrumental. O filósofo não nega as diferenças entre *doxa* e *episteme*, contudo, as atenua para que a prática retórica possa acontecer. Sua teoria arraigada à personalidade do orador, às paixões, às virtudes e à persuasão, descreve uma retórica de possível aplicação graças à divisão dos gêneros do discurso e ao tripé-retórico (*ethos-pathos-logos*).

Todavia, Chaïm Perelman propõe uma releitura da obra estagirita e, reconfigura a retórica, especialmente para tratá-la no campo jurídico. Neste diapasão, recupera a estabilidade dos estudos retóricos, sem negar as percepções platônicas no que diz respeito à “condução de almas”, nem mesmo refutando a lógica proposta por Aristóteles, mas investigando a retórica como método, e chegando ao detalhe de cada passo argumentativo, distinguindo, por exemplo, persuasão de convencimento.

Todo esse aparato é utilizado por Tercio Sampaio Ferraz Junior como referencial da retórica, uma vez que propõe uma nova investigação do discurso enquanto ato de discutir e, parte de uma premissa dialógica, a fim de compreender como estes diálogos são compostos.

Na premissa dialógica, com o surgimento da prosa comunicativa, Mikhail Bakhtin desenvolveu estudos fundamentais consistentes no dialogismo do processo comunicativo. Nessa conjuntura, Mikhail Bakhtin se debruçava sobre as relações interativas, processos produtivos de linguagem, que se fundam no texto escrito ou na linguagem falada.

Para Mikhail Bakhtin⁸⁴, os diversos campos da atividade humana estão ligados ao uso da linguagem, ou seja, deve-se considerar a amplitude sugerida pelo autor em relação aos estudos de gênero, uma vez que a proposta era valorizar a cultura prosaica nas relações entre os homens comuns⁸⁵.

⁸⁴ BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. Trad. Paulo Bezerra. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 261.

⁸⁵ Nota-se, assim, uma considerável diferença com o estudo de gêneros fornecido por Aristóteles e Platão. Para os filósofos da Grécia antiga, apenas os poetas eram capazes de expressar os gêneros, uma vez que eles eram fruto da poética. Até mesmo no que concerne à Retórica, apenas o orador, dotado dos conhecimentos da arte de bem dizer, era possuidor dos mecanismos para proferir discursos nesses gêneros. Não raro, nota-se um abismo entre o poeta, o orador e o cidadão comum. Contudo, a obra de Bakhtin ganha vultosa importância quando

Em sua obra, o autor define os gêneros como primários e secundários, para ser possível dimensionar o uso da linguagem no processo dialógico. Os primários são aqueles que abarcam a comunicação cotidiana, enquanto os secundários representam o diálogo científico e elaborado, representado, por exemplo, pelos gêneros jornalísticos, pelos romances e pelos ensaios filosóficos. Na teoria bakhtiniana, essas esferas não se sobrepõem nem se modificam, mas se complementam, conforme se vê do trecho escrito por Irene Machado:

O gênero, na teoria do dialogismo, está inserido na cultura, em relação a qual se manifesta como “memória criativa” onde estão depositadas não só as grandes conquistas das civilizações, como também as descobertas significativas sobre os homens e suas ações no tempo e no espaço. Os gêneros se constituem a partir de situações cronotópicas particulares e também recorrentes, por isso são tão antigos quanto as organizações sociais⁸⁶.

De fato, essa definição associada ao dialogismo, além da perspectiva de gêneros primários e secundários, foi essencial para tratar de assuntos abordados nas teorias platônica e aristotélica, apresentando um novo cenário agregado até mesmo à retórica. Como visto, Aristóteles definiu os três principais gêneros retóricos, enquanto Mikhail Bakhtin, posteriormente, aplica essa teoria de gêneros na seguinte percepção:

Nos gêneros secundários do discurso, particularmente nos retóricos, encontramos fenômenos que parecem contrariar essa nossa tese. Muito amiúde o falante (ou quem escreve) coloca questões no âmbito do enunciado, responde a elas mesmas, faz objeções a si mesmo e refuta suas próprias objeções, etc⁸⁷.

Nesse aspecto, Mikhail Bakhtin faz alusão às fases e aos aspectos do discurso, e indaga que os fenômenos retóricos podem contrariar até mesmo sua tese, sobretudo no que diz respeito a definir se a retórica integra os gêneros primários ou secundários. Quando explica que cabe ao orador formular questões, respondê-las, e ao mesmo tempo refutá-las, entende que, na

enquadra os gêneros nas mais diversas relações humanas, colocando em questão todo tipo de linguagem, inclusive nas relações habituais do dia a dia. Sob esse ponto de vista, trecho da obra Bakhtiniana: “A riqueza e a diversidade dos gêneros do discurso são infinitas porque são inesgotáveis as possibilidades da multiforme atividade humana e porque cada campo dessa atividade integra o repertório de gêneros do discurso, que cresce e se diferencia à medida que se desenvolve e se complexifica um determinado campo. Cabe salientar, em especial, a extrema heterogeneidade dos gêneros do discurso (orais e escritos), nos quais devemos incluir breves réplicas do diálogo cotidiano”. BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. Trad. Paulo Bezerra. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 262.

⁸⁶ MACHADO, Irene. Gêneros discursivos. In: BRAIT, Beth (org.). **Bakhtin: conceitos-chave**. São Paulo: Contexto, 2016, p. 159.

⁸⁷ BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. Trad. Paulo Bezerra. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 276.

realidade, os gêneros retóricos se confundem entre secundários e primários, por conta do sistema de enunciação. E, assim, explica como se realizam as escolhas do gênero:

A vontade discursiva do falante se realiza antes de tudo na escolha de um certo gênero de discurso. Essa escolha é determinada pela especificidade de um dado campo da comunicação discursiva, por considerações semântico-objetais (temáticas), pela situação concreta da comunicação discursiva, pela composição pessoal dos seus participantes, etc. A intenção discursiva do falante, toda a sua individualidade e subjetividade, é em seguida aplicada e adaptada ao gênero escolhido, constitui-se e desenvolve-se em uma determinada forma de gênero⁸⁸.

Compreende-se, então, a necessidade de dialogar com as mais diversas culturas e esferas da comunicação, sobretudo no campo do dialogismo e do estudo da linguagem. A vida em sociedade, no que diz respeito ao comportamento humano, além da ciência, da filosofia e da política, sustentam os pilares da teoria de gêneros proposta por Mikhail Bakhtin, que vai muito além dos gêneros poéticos e da imitação, fornecidos pelos filósofos da Grécia antiga.

O propósito do estudo da teoria de gêneros é assimilar o sentido de dialogar com várias culturas através do tempo. Esse estudo demonstra que cada novidade e avanço socioculturais, além dos meios de comunicação de cada época, são relevantes e sustentados, até hoje, pela teoria proposta na estética de Mikhail Bakhtin. Sob esse prisma, é possível seguir adiante e apreender como o dialogismo das operações lógicas integra a interpretação do diálogo.

Nesse propósito, Tercio Sampaio Ferraz Junior⁸⁹ colabora com o mesmo entendimento ao propor uma aproximação entre a ética e a lógica, considerando a existência de justificativa para toda e qualquer forma de argumentação:

Talvez se possa dizer – e isso constitui o âmago da nossa própria tese – que, no discurso jurídico, reflete-se, ou melhor, manifesta-se numa dimensão especial, aquilo que constitui e regula, racionalmente, numa dimensão genérica, toda e qualquer discussão. Embora nesse terreno faltem ainda trabalhos que se dediquem especificamente à investigação do fenômeno da “discutibilidade”, não se pode negar que, em princípio, a *discussão racional*, isto é, a operação racional do discurso, constitui um campo problemático de extraordinária importância para a compreensão das diferentes formas do discurso humano⁹⁰.

⁸⁸ BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. Trad. Paulo Bezerra. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 282.

⁸⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3.

⁹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3.

Em síntese, sua obra sugere uma pragmática do discurso jurídico à luz de um modelo retórico (afastando-se da teoria semiótica), convidando ao mergulho no universo da argumentação, no que diz respeito ao discurso jurídico. Para perscrutar os assuntos pertinentes à obra, Tercio Sampaio Ferraz Junior provoca a pensar no discurso como discussão, ou seja, tendo em vista o modelo retórico, conjugado com os modelos da teoria da informação e da comunicação, a situação discursiva parte dos conceitos de *perguntar* e *responder*.

Colocados os conceitos de *perguntar* e *responder* para a investigação teórica, examina-se a possibilidade de estabelecer o discurso como instrumental para a relação entre um sujeito emissor e um receptor. É neste contexto que se aflora a essência da investigação de Tercio Sampaio Ferraz Junior: descobrir como e porque o discurso toma esta ou aquela estrutura.

O ponto de partida adotado pelo autor é o modelo dos gêneros retóricos proposto por Aristóteles e já aqui abordado (judicial, deliberativo e demonstrativo). Acerca dos gêneros, esclarece:

O gênero judicial manifesta mais claramente o caráter dialético (dialógico) da discussão, na medida em que aí todo tema é discutido a partir de, pelo menos, dois pontos de vista opostos. O gênero deliberativo tem caráter dialógico menos manifesto, sendo o gênero demonstrativo aquele que tem expressão dialógica mais frágil.

Os elementos que compõem a situação comunicativa discursiva, o orador, o ouvinte e ação linguística enquanto objeto do discurso, entrosam-se em virtude de regras, dentre as quais a fundamental é a regra do dever de prova, que obriga aquele que fala a dar razões do seu falar⁹¹.

Na sequência, Tercio Sampaio Ferraz Junior trata da “discussão-contraria” como um discurso racional, e explica que esta espécie de discurso se refere ao estado em que as partes são “heterólogas”, novamente fazendo alusão ao dialogismo. Argumenta, portanto, que essa linhagem de discurso, em regra, envolve o problema da decisão. Ademais, para aferir esse contexto⁹², observa que sua obra não tem o condão de investigar o que é direito, o que é norma e, menos ainda, propor uma teoria da ciência jurídica. O propósito da obra contempla um esquema pragmático do discurso jurídico que, a despeito de não ter um sentido transcendental, pretende apenas ser um modelo pelo qual seja possível estudar e pesquisar a ação discursiva empírica dos agentes jurídicos. É neste esquema pragmático que a retórica será acolhida.

⁹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5.

⁹² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5.

4.1.1 Funções pragmáticas e discutibilidade

Para dar sentido ao esquema pragmático fruto de sua obra, Tercio Sampaio Ferraz Junior⁹³ propõe três componentes fundamentais de uma discussão: orador, ouvinte e objeto da discussão⁹⁴.

No campo do orador, devemos pensá-lo como aquele que abre a discussão, aquele que propõe a primeira asserção, aquele que tem em si atribuído os valores de autoridade. Na perspectiva aristotélica⁹⁵, o caráter pessoal deste orador é essencial para levar o auditório a certa disposição de espírito, tendo em vista um discurso construído nos parâmetros da persuasão. É justamente neste certame que o orador enfrenta sua função: proferir um discurso que o faz parecer digno de crédito e, em razão disso, ser persuasivo.

Nessa linha, Tercio Sampaio Ferraz Junior:

Nesse sentido podemos entender o relevo atribuído pela retórica antiga à qualidade ética, ao definir o orador como vir *bonus dicendi peritus*. Aqui também o orador é captado numa relação (dever de prova). O orador é aquele dotado de engenho (*ingenium*), no sentido de produtividade ou fantasia, uma capacidade (natural), que deve ser orientada pelo discernimento (*judicium*) e pela prudência (*consilium*), qualidade referida ao ouvinte e cujo conteúdo básico é a *utilitas*, manifestando-se fundamentalmente no planejamento, poder-se-ia também dizer, na estratégia do discurso⁹⁶.

Ao orador, portanto, é atribuído o dever de prova ou, como mencionado, o dever de conduzir o auditório por meio da construção de seu discurso e de sua personalidade (*ethos*), que deverá estar pautada na confiança preestabelecida com os ouvintes, e é eficaz para um discurso persuasivo e verossímil.

O segundo componente desta linha de raciocínio é o ouvinte. Para Tercio Sampaio Ferraz Junior⁹⁷, esse elemento pode ser entendido como aquele ao qual se dirige a ação linguística do orador. A diferença trazida por Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, no que diz respeito às espécies de auditório, esclarece: a) o primeiro auditório poderá ser chamado

⁹³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 18.

⁹⁴ Para esta lógica, Tercio Sampaio Ferraz Junior se inspira em: LORENZ, Paul; KAMLAH, Wilhelm. **Logische Propädeutik**: Vorschule des vernünftigen Redens. Mannheim-Wein-Zürich, 1967.

⁹⁵ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013, p. 45.

⁹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 19.

⁹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 19.

de “universal”, e será constituído pela “humanidade inteira” ou, pelo menos, por indivíduos adultos e em condições mentais favoráveis; b) o “interlocutor” será uma única pessoa (diferente da pessoa do orador) à qual se dirige a discussão; c) o “próprio sujeito”, quando o orador delibera ou se representa a respeito de seus próprios atos.

Segundo a teoria Perelmaniana:

Nesses termos é que afirmamos ser o ouvinte, como componente da discussão, não um “produto do orador”, isto é, aquele que o orador, com sua argumentação, quer conquistar tendo em vista uma tese proposta – o que pressupõe um conflito cognitivo, mas sim aquele do qual se espera uma reação – o que pressupõe um conflito prático.

O tipo de reação do ouvinte coestabelece também as linhas da argumentação do orador. Assim podemos aceitar a afirmação de Perelman e Tyteca segundo a qual a natureza do auditório determina em larga medida quer o aspecto que tomarão as argumentações, quer o caráter do alcance que se lhes atribuirá [...] ⁹⁸.

Assim, arremata que a ideia de ação e reação é passível de uma relevância pragmática, pois antecede a articulação sintática e semântica do discurso e, em razão disso, “os termos de *racional, irracional, verdadeiro, falso* são conquistados na situação comunicativa, dentro e não fora do discurso anteriormente a ele” ⁹⁹.

Na sequência, o terceiro e último componente do discurso será o objeto da discussão. Nesse contexto, Tercio Sampaio Ferraz Junior assevera a respeito do dever de prova inerente ao discurso. É a necessidade de sustentar este dever que irá determinar os argumentos a serem empregados pelo orador com o intuito de persuadir:

Dada a decorrência de todo discurso numa situação comunicativa dominada pelo dever de prova, o objeto da discussão pode ser determinado como questão. As questões, tendo em vista a reflexividade da discussão, variam em complexidade, conforme elas se componham de uma ou várias ações linguísticas, constituindo uma unidade ou desdobrando-se em uma ou mais alternativas ¹⁰⁰.

De acordo com estas ideias, o discurso provocaria uma função sintomática no ouvinte, em razão de produzir sensações, sejam elas de discordância, concordância, ódio, astúcia e, como

⁹⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22.

⁹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22.

¹⁰⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 24.

consequência, determinaria o comportamento do ouvinte, podendo, inclusive, fazê-lo mudar de opinião.

Em consonância com a referida explicação, encontra-se o motivo pelo qual Tercio Sampaio Ferraz Junior se apoia no pensamento aristotélico: o despertar do discurso é prova de que é preciso estabelecer algumas diferenças, e a maneira encontrada pelo estagirita foi determinar os gêneros retóricos (judiciário, deliberativo e demonstrativo). Graças a essa diferenciação, conclui-se que o ouvinte pode comportar-se de diferentes maneiras perante o objeto da discussão.

Nessa conjuntura, encontra-se um ponto inexorável ao esquema pragmático: se o discurso é capaz de persuadir pelos meios da fundamentação, seja ela estabelecida para qualquer dos gêneros aristotélicos, como o orador é capaz de produzir uma fundamentação convincente e persuasiva? Tercio Sampaio Ferraz Junior¹⁰¹ argumenta a respeito da capacidade de “verdade” no discurso, já que, em linhas gerais, a verdade é que produz o consenso, ou seja, o consenso é a condição para a “verdade”.

Nesta linha, o autor observa que “a função da fundamentação não é produzir convicção, mas persuasão”¹⁰² e, a referida persuasão ocorre pela ideia da produção de verdade que, para o discurso retórico deverá ter aspecto de consenso e verossimilhança, uma vez que a persuasão, neste caso, trata-se de um sentimento de natureza eminentemente prática ocorrida no nível da ação.

Embora muito se discuta sobre a persuasão e o convencimento, o autor pondera a respeito da decisão, no seguinte viés: se no aspecto retórico a decisão seria fruto da verossimilhança e da persuasão, o ato de proferir determinado veredito eliminaria completamente o conflito que motivou a discussão?

Em primeiro lugar, se a resposta fosse sim, poder-se-ia partir da premissa de que o ato decisório seria um tipo de neutralidade e de distanciamento, o que o tornaria meramente idealista e não situacional, ou seja, o discurso, dentro desta premissa dialógica e retórica, estaria prejudicado:

Ao nosso ver, a finalidade imediata da decisão está na *absorção de insegurança*, no sentido de que, a partir das alternativas incompatíveis, enquanto premissas relativamente inseguras da decisão, novas alternativas são obtidas, sem a necessidade, em princípio, de um retomo constante às incompatibilidades primárias, tendo em vista decisões subsequentes. A função da fundamentação do ato decisório, enquanto discurso racional, é construir,

¹⁰¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 59.

¹⁰² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 59.

então, um elemento de ligação e de controle de uma discussão superveniente, isto é, a fundamentação da decisão fornece aos partícipes da discussão as indicações para o seu comportamento (por exemplo, numa discussão judicial, se esta deve ser recorrida ou não)¹⁰³.

Neste ato, o autor começa a mostrar a relevância da *discutibilidade* para o discurso judicial. Por que o fundamento de uma decisão é motivo para que esta seja reexaminada? O discurso jurídico, enquanto instrumento de controle e absorção de insegurança é, também, palco das mais diversas espécies de fundamentações, em grande parte com raízes retóricas. Justamente nesse sentido, a discussão-contra não é necessariamente irracional, mas racional: “o discurso fundamentante. Ela pressupõe a *certeza* de que uma decisão deve ocorrer, mas também a *incerteza* sobre qual decisão será tomada”¹⁰⁴.

Nesse ponto, Tercio Sampaio Ferraz Junior menciona novamente a teoria de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca no que concerne às “provas retóricas” ou, mais conhecidas como tripé-retórico, na linha aristotélica de *ethos-pathos-logos*, enquanto instrumentos de perscrutar a persuasão. Sobre as provas retóricas, admite:

Entretanto – concluem eles, a “prova retórica” não sendo jamais constrangedora, o silêncio imposto “não deve ser considerado como definitivo, se, além disso, as condições que permitem uma argumentação são realizadas”. Na verdade, a concepção de Perelman e Tyteca, que põe, genericamente o discurso dialógico a serviço da estratégia do consenso, conduz-no à necessidade da eliminação do *dubium* como fato de sobrevivência da ordem social. Por outro lado, eles não podem negar a impossibilidade dessa eliminação, sob pena de eliminação do próprio diálogo [...]¹⁰⁵.

Finalizando este raciocínio, arremata o pensamento proposto sobre a discussão contra o discurso dialógico e os instrumentos retóricos no contexto de seu *esquema* pragmático, além de justificar suas intenções:

[...] a discussão-contra dificilmente perde o seu caráter tópico, a não ser por um artifício que é, ele também, um recurso dialógico: homologização artificial de partes necessariamente heterólogas. Sem querer estabelecer aqui uma teoria geral desse complexo, desejamos torná-lo objeto das considerações que se

¹⁰³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 63.

¹⁰⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 65.

¹⁰⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 65.

seguem e que pretendem apontá-lo de modo tecnicamente limitado, no que se refere ao discurso jurídico¹⁰⁶.

Assim, propõe o primeiro desfecho no que tange à discussão-contra e sua importância para justificar o esquema pragmático enquanto possibilidade retórica. Nesses moldes, a sequência de raciocínio da obra trata de tudo o que já foi exposto, mas, desta vez, à luz do discurso jurídico, tema de interesse direto desta pesquisa.

4.1.2 Discurso jurídico: situação comunicativa, conflitos e reflexividade

Na sequência da obra, Tercio Sampaio Ferraz Junior retoma o conceito de discurso como ação linguística dirigida a outrem e o seu caráter de discussão, em um espaço que possui três eixos: alguém que fala, alguém que ouve e algo que é dito. Neste aporte, o autor justifica a *situação comunicativa*:

O que faz com que o discurso ocorra, conforme vimos em referência à teoria da “situação comunicativa imperativa”, não é uma forma preestabelecida ritualmente, mas o comportamento seletivo dos partícipes, que ensinam, aprendem ou se recusam a aprender, determinam alternativas, escolhem caminhos, absorvem incertezas, transformam questões complexas em problemas claros etc. Vimos ainda que uma situação comunicativa não se manifesta num vácuo, mas ocorre em um conjunto de articulações complexas que a circundam [...] ¹⁰⁷.

Se a situação comunicativa pressupõe tantas questões complexas, manifestações e articulações, dada a heterogeneidade do discurso, pergunta-se: Qual a situação comunicativa do discurso jurídico?

Para Tercio Sampaio Ferraz Junior, não há que se falar em definição ostensiva do direito mas, sim, de um procedimento operacional, da espécie de experiência aferida quando se diz que algo é uma situação comunicativa jurídica. Para alcançar esta resposta, o autor tem como eixo a concepção de “bilateralidade”, compreendida na teoria de Miguel Reale¹⁰⁸, a qual reconhece que toda ação humana é uma ação social, pois sempre possui um aspecto de alteridade.

¹⁰⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 76.

¹⁰⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 80.

¹⁰⁸ Nesse contexto, Tercio Sampaio Ferraz Junior faz alusão à seguinte obra: REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

O autor explica o discurso jurídico no âmago da situação comunicativa, como conjunto de ações sociais, alinhado por uma relação bilateral ou dialógica. E, aferindo a esta concepção, retorna ao explanado: “assumimos, assim, que as partes, na situação comunicativa, estão motivadas, isto é, tem, em princípio, interesse pelo que se diz, certeza de que algo vai ser alcançado e incerteza sobre o que será alcançado”¹⁰⁹.

Aduz, também, que no discurso jurídico existe a faculdade de perguntar e responder, o que por si só geraria a hipótese de exigir informações. Para justificar esta fala, se apegando à teoria de Miguel Reale¹¹⁰ acerca da “exigibilidade”, explicando este termo como uma regra da situação comunicativa, em que pelo menos um dos comunicadores, ao se recusar a se comunicar e, na medida desta renúncia (voluntária ou não), deixa espaço para que o outro comunicador possa reclamar de seu comportamento. Dessa forma, a exigibilidade mudaria a função sintomática e a função de sinal do discurso.

Neste diapasão, Tercio Sampaio Ferraz Junior¹¹¹ assevera que “a ‘exigibilidade’ tem, além disso, um outro efeito. Ela amplia a situação comunicativa social, acrescentando-a de mais um comunicador: o árbitro, o juiz, o legislador, mais genericamente a norma. A situação, torna-se, assim, triádica.”

Ao determinar o conceito de exigibilidade, convida a uma reflexão acerca da não passividade do discurso jurídico e sobre como esta característica se manifesta na situação comunicativa e na participação ativa do orador e reativa do ouvinte, além da indispensabilidade de acrescentar um comunicador que, de maneira geral, é denominado juiz.

Apresentada essa tríade, o autor ressalta a presença do *dubium* no discurso jurídico aludindo à discutibilidade e, propõe: é possível afirmar que este *dubium* é jurídico? Diante de todo o exposto, responde que “a relação entre orador e ouvinte jurídicos manifesta uma situação comunicativa instável. Sendo o discurso uma expressão carregada da personalidade das partes, estas atuam e se obrigam na medida da sua personalidade”¹¹².

Justifica, portanto, que a instabilidade do discurso jurídico arremata a assertiva de que o *dubium* é um elemento fundamental. Não obstante todas essas questões, vale lembrar que as provas retóricas são estruturais para analisar a personalidade das partes, no viés específico do *ethos*, conforme será examinado mais adiante.

¹⁰⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 83.

¹¹⁰ REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 607.

¹¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 84.

¹¹² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 85.

É nessa estrutura que reside o conflito que perdurou muito tempo a respeito da retórica. Conforme trazido, a retórica sofista foi criticada por Platão por ser uma prática considerada distante da verdade e da justiça, Platão não tolerava a possível amoralidade e a ambiguidade retórica. Nesta mesma linha, Tercio Sampaio Ferraz Junior provoca dizendo que “se ela pressupõe que as partes, ao discutir, tenham a intenção de convencer e, pois, de dizer e buscar a “verdade”, pressupõe também que as partes possam mentir”¹¹³.

Quando o autor oferece este enunciado, reverbera um conflito inerente ao discurso jurídico: “a liberdade faz, por isso, da situação comunicativa jurídica uma relação insegura e instável”¹¹⁴. Significa dizer que, apesar do discurso jurídico ser um instrumento de controle, pondera-se a respeito de uma instabilidade fenomenológica, em razão do *dubium*, da *exibilidade* e da *liberdade*. E reitera:

Em outras palavras, permitem um *dubium* na medida em que garantem essa permissão. Ora, é exatamente isso que torna o discurso jurídico, em princípio, ambíguo em relação à verdade: é sempre reconhecida mais de uma possibilidade como ponto de partida da discussão. Essa ambiguidade leva-nos, por sua vez, a ver a relação dialógica jurídica, basicamente, como uma discussão-*contra*. Como tal, ela envolve um tipo característico de questão que denominamos conflito e uma função igualmente típica, que é a de possibilitar uma decisão¹¹⁵.

Sobretudo no discurso jurídico, o *dubium* se reafirma na medida em que uma ação linguística pode ser questionada, sobretudo por um terceiro comunicador, responsável por analisar qual discurso mais se aproxima da verdade. Neste viés, a caracterização do conflito jurídico como um *dubium*, para Tercio Sampaio Ferraz Junior, se acentua diante de possibilidades divergentes, que a própria norma não se faz totalmente apta para diferenciá-las.

Sobre essas possibilidades, ocupa-se dos escritos de Miguel Reale¹¹⁶ ao assinalar que, apesar de a norma impedir a proliferação de conflitos, ao mesmo tempo, deverá se encontrar aberta a novas possibilidades conflitivas, isto é, em que pese o imperativo da norma, é preciso observar a conjuntura do discurso e seus efeitos persuasivos.

Por esta razão, elenca:

¹¹³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86.

¹¹⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86.

¹¹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86.

¹¹⁶ REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 210.

Essa peculiaridade, em oposição a outros meios de solução e conflitos (sociais, políticos, religiosos etc.), revela-se na sua capacidade de terminá-los e não apenas de solucioná-los. Vimos, porém, que as decisões não eliminam conflitos no sentido de que a questão dúbia jamais perde esse seu caráter. Que significa, pois, a afirmação de que as normas terminam conflitos? Isso significa, simplesmente, que a norma (a lei, a norma consuetudinária, a decisão do juiz etc.) impede a continuação de um conflito: ela não o termina por meio de uma solução, mas o soluciona, pondo-lhe um fim. Pôr-lhe um fim não quer dizer eliminar o *dubium* primitivo que ocorre na situação diática, mas trazê-lo para a situação triádica, em que ele se torna decidível¹¹⁷.

Revela-se, neste contexto o caráter peculiar do discurso jurídico enquanto discussão contra. Na medida em que se enxerga possível a coexistência de comportamentos e diferenças entre discursos e oradores, tendo como critério a decisão de um participante como instância que neutraliza a atividade e a reatividade direta dos conflitantes, pode-se dizer que o conflito é fator de ordem para esta linha de pensamento.

Quanto às possibilidades do discurso jurídico, propõe a superação de que para determinada situação exista um “dono de sua verdade” que se dispõe a ser convincente em relação ao outro em busca da adesão, de fazê-lo abandonar sua própria opinião e aceitar outra. Para ele, a fundamentação jurídica busca encontrar “motivos para uma decisão” e, não tão somente uma simples “mudança de opinião”:

A fundamentação jurídica, por isso, deve ser persuasiva enquanto apresentação de motivos de decisão. Vê-se por aí o caráter específico do discurso jurídico e sua técnica de tratamento de problemas, que permitem a apresentação como corretas de decisões obtidas de premissas e informações que eram mais ou menos obscuras, inseguras ou discutíveis [...] Segue-se daí uma constelação de relacionamentos em que as táticas do discurso configuram estratégias por meio das quais cada parte está obrigada não só a levar em conta a estratégia de outra, mas também de planejar seu comportamento, não apenas em função de cada processo singular, mas, sobretudo, em função de procedimentos futuros¹¹⁸.

Assim, o discurso jurídico permite que a complexidade de suas relações possa conceber decisões singulares a depender do caso e de quem estará na situação comunicativa. A verdade, portanto, não é fator essencial, mas, sim, a verossimilhança, o discurso que se comporta de maneira mais acertada, que possua motivação bem fundamentada, que tenha critérios objetivos e identificáveis. Deste modo, o campo operacional das decisões está calcado no plano do “possível”. É imprescindível que também se possa pensar na reflexividade do discurso jurídico.

¹¹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 89-90.

¹¹⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 91.

Para completar a situação comunicativa jurídica como manifestação dialógica da discussão-contra, propõe um exame sobre as questões conflitivas do direito, vistas sobre a ótica da reflexividade. Para ele, o discurso jurídico é passível de questões dúbias, graças aos oradores e seus meios de persuasão, fazendo transparecer o conflito institucionalizado que, por sua vez é reflexivo:

É reflexivo, na medida em que a constituição da alternativa em relação a norma pode ser de novo questionada, isto é, o que se questiona, então, não são as possibilidades estruturadas em alternativas, mas a própria *relação* à norma que permite essa estruturação. Vale dizer, reflexivamente, o *dubium* jurídico acaba por se instalar dentro da própria norma. Sendo a norma jurídica não um a *priori* formal, mas, ela própria, o produto de um processo decisório multidimensional, sob o ponto de vista do discurso, ela é uma ação linguística racional, no sentido de discurso fundamentante. Nesse sentido, o direito não é apenas um discurso *sobre* normas, mas é, ele próprio, normativo. Daí o caráter normativo da sua dialogicidade, no sentido de que estamos, no plano jurídico, obrigados a dialogar¹¹⁹.

Quando Tercio Sampaio Ferraz Junior trata da alternativa em relação à norma, preconiza o que já esclareceu em sua proposta: o discurso jurídico é instável em razão da discutibilidade e do conflito. Mas, não se deve pensar que esta característica diminua sua eficácia ou sua atuação enquanto controle social, pois, na realidade, esta espécie do discurso obriga os oradores e a sociedade a dialogar e, felizmente, o diálogo é elementar para o direito. Sobre esse raciocínio, dispõe:

Ao mesmo princípio linguístico vincula-se ainda a doutrina tradicional, ao sustentar o princípio da divisão dos poderes, que implica, por sua vez, uma concepção da norma jurídica como um imperativo acabado e dado antes do caso concreto a que ela se aplica. Daí a tendência a confundir o texto da norma com a própria norma, ou, pelo menos, a tendência em admitir que a palavra da norma exprime basicamente, de modo suficiente e adequado, a sua validade. Prevalece aí, como decorrência, o aspecto técnico-formal da vigência da norma, cujo sistema se ordena, então, segundo uma escala linear e hierárquica, tornando-se a dogmática jurídica cega para as exigências da operacionalidade e comunicabilidade do discurso jurídico¹²⁰.

Enxerga-se, assim, certa dificuldade em se admitir as verdadeiras exigências para a operacionalidade e comunicabilidade do discurso jurídico, exigências que passam pelo esquema pragmático e, por vezes, se desviam do excesso de dogmática jurídica. Para Tercio Sampaio Ferraz Junior, apesar desse revés, o fazer e aplicar do processo normativo também enfrenta a estrutura dialógica.

¹¹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 93-94.

¹²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97.

Para arrematar, relembra que sua proposta tem caráter exemplificativo e que o caminho deste pensamento é a pragmática do discurso jurídico em geral o que, como visto, dependerá de uma situação comunicativa.

4.1.3 Discurso judicial: lógica material, lógica formal e questões dogmáticas e zetéticas

Dando continuidade ao seu propósito, Tercio Sampaio Ferraz Junior relembra que a situação comunicativa é composta pela “exigibilidade”. Esse é um dos fatores que desencadeia a instabilidade e a assimetria do discurso jurídico, os quais são resultados das funções pragmáticas específicas do discurso judicial. Para ele, “as diferenças sintomáticas do discurso tornam-se então patentes: o discurso dos emissores deve expressar uma certa ‘objetividade’, no sentido de que eles ‘falam o direito’; o dos receptores, uma certa ‘subjetividade’, no sentido de que eles falam o fato”¹²¹.

Dada essa questão, o jurista propõe pensar em um duplo caráter do controle manifestado no discurso judicial, responsável por conferir ambiguidade em relação à “verdade”:

No que se refere ao discurso judicial, cuja dialogicidade normativa estabelece a obrigação de interpretar, o planejamento (“psico-lógico”) se dá de acordo com um conjunto de prescrições interpretativas de natureza tópica. Essa natureza nos faz vê-las como fórmulas de procura ou ainda operações estruturantes, como dissemos anteriormente, que nos ajudam a controlar, no sentido de delimitar, restritiva ou amplificadamente, a comunicação discursiva, na medida em que, com seu auxílio, as estratégias e as táticas se deixam programar¹²².

À luz dessa concepção, o autor distingue esse conjunto de prescrições interpretativas sob a égide da tópica, uma de natureza formal, e outra de natureza material.

Acerca da tópica material, explica que será constituída por um conjunto de prescrições interpretativas e que trata das intenções persuasivas, no que se refere ao ponto de vista de interesse do orador. Na sequência, sugere que este repertório de “pontos de vista” seja instrumento capaz de persuadir ou dissuadir o receptor de sua ação linguística. Neste viés, aponta em direção à teoria aristotélica ao aduzir que “ao desejar influenciar o decurso do

¹²¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 101.

¹²² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 109.

discurso-contra, precisam produzir uma impressão convincente e confiante; as suas ações linguísticas devem ser dignas de crédito”¹²³.

Nesta linha, o *ethos* pode ser visto como produto indissociável da análise da postura do orador digno de crédito, fator essencial ao discurso persuasivo:

Por isso as partes, por exemplo, numa discussão processual, sabem o quanto importante é para elas a produção de autoconvicção, embora, tendo em vista a astúcia tática, elas procurem “esconder” o modo da sua manifestação, pois a concomitante apresentação do modo da automanifestação, dada a reflexividade do diálogo, torna visível outra possibilidade de apresentação, que pode desacreditar ou enfraquecer a impressão de convicção e confiança. Na discussão-contra judicial, portanto, os partícipes perdem a sua eventual “ingenuidade”¹²⁴.

A explicação de Tercio Sampaio Ferraz Junior para a tópica material remete aos ditames retóricos expostos nesta análise. Quando o teórico afirma que os participantes do discurso perdem a sua “ingenuidade”, reitera o que já se sabe sobre as provas retóricas, e como a arte de bem dizer se instrumentaliza conforme a percepção e a intenção dos oradores.

Sobretudo com base nesse raciocínio, Tercio Sampaio Ferraz Junior apresenta a personalidade do orador como “táticas do discurso”¹²⁵. Entende, assim, que no discurso judicial é possível as partes “anteciparem” a decisão e seus fundamentos materiais (graças ao instrumento retórico de se pensar racionalmente antes de construir um discurso, conforme as possíveis paixões do auditório).

Para além disso, provoca ao dizer que as decisões e seus fundamentos materiais têm origem na maneira pela qual as normas são interpretadas – têm caráter de justas ou injustas – com serventia ao bem, sendo eficazes ou ineficazes, coerentes ou incoerentes. Tudo isso, fruto do *dubium* inerente à ação discursiva judicial, em especial na discussão-contra.

Assevera, também, que “a discussão-contra judicial ultrapassa, por assim dizer, os limites do conflito concreto e se mostra reveladora de uma ordem, em relação à qual os conflitos se definem”¹²⁶. Para o jurista, o discurso judicial apresenta surpresas nas raízes de sua

¹²³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 110.

¹²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 110.

¹²⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 114.

¹²⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 114.

instabilidade e, notoriamente, no viés das incertezas, parte-se para a possível reflexão sobre a inerente retórica, situada no campo da pragmática:

Nesses termos, o discurso judicial não pretende conduzir as partes, incondicionalmente, a um consenso real, a uma harmonia sobre o Direito e o Não Direito, mas criar condições para que as partes possam suportar a pressão social, obrigando-as a discutir outras questões que não as “formais” do Direito, especializando, assim, a sua insatisfação. Isso ocorre pela assunção de “*topoi* materiais”, por meio dos quais as partes não profissionais costumam expressar sua insatisfação e justificar suas decepções em termos de “vítimas das circunstâncias”, “injustiçadas”, “enganadas” etc., o que manifesta, do lado das partes profissionais uma imagem estereotipada e negativa de juízes, promotores e advogados, por meio de “*topoi* materiais” como “astuciosos”, “donos de uma retórica invejável”¹²⁷.

Vê-se que, a tópica material é tão nitidamente retórica. Assim, se o profissional do direito não se resguardar, poderá ser visto como “não profissional”, dadas as manifestações insistentes de defesa, reverberando, incansavelmente, possíveis falácias como “vítimas das circunstâncias”, “injustiçadas” e “enganadas”. Nesse contexto, há um discreto propósito de repreender a excessiva retórica em detrimento das provas, por exemplo, documentais, técnicas, e de outras naturezas.

Na outra ponta das prescrições interpretativas, Tercio Sampaio Ferraz Junior trata da “tópica formal” “que se refere ao controle objetivo da comunicação discursiva, tendo em vista a produção de convicção, e que confere à fundamentação do discurso judicial um caráter próprio”¹²⁸.

A tópica formal trata da institucionalização própria do diálogo jurídico, admitindo técnicas e regras que variam conforme a situação comunicativa. Ainda sob essa ótica, acerca da terceira pessoa que possui o condão de decidir o que lhe foi submetido, é imprescindível que nenhuma das partes esteja sob coação e, que este terceiro decida em razão de “uma ordem à qual todos se submetem e em função de uma alta probabilidade de constatação de fatos apresentados”¹²⁹.

Aqui, apesar de a discussão-contraria ter sua essência nas ações linguísticas divergentes (numa forma dialética), no direito, as provas jurídicas têm o encargo de incutir o controle nas

¹²⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 115.

¹²⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 116.

¹²⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 116.

relações sociais. Por isso, o discurso judicial é tão peculiar no que diz respeito às regras e técnicas. Sobre o dever de prova:

Enquanto nos demais discursos dialógicos de discussão-contra o dever de prova constitui um elo de natureza mais subjetiva, no discurso judicial a consistência das afirmações recebe um tratamento especial, que, como já dissemos, objetiva-se de tal modo que os partícipes da discussão se vinculam mesmo quando não queiram engajar-se tão profundamente.

Em função do *dubium*, a prova no Direito não visa a transformar a incerteza em certeza, no sentido de substituir o *dubium* por um *certum*, onde os partícipes da discussão passassem a comportar-se passivamente, mas sim à produção de uma convicção necessariamente partidária.

A prova jurídica, dada a prospectividade da discussão-contra, constitui, assim, um instrumento com a ajuda do qual se procura não eliminar a possibilidade de contestação da outra parte, mas de resguardar-se contra ela. Isso faz da prova um instrumento situacional. Mas o desenvolve, nesse sentido, uma série de ficções (“tópica-formal”), que garantem essa situacionalidade¹³⁰.

Nesse diapasão, as tópicas material e formal encontram-se entrelaçadas. A primeira, alinhada ao caráter do orador, no sentido de fazê-lo digno de crédito em busca da persuasão, a segunda, arraigada à técnica jurídica e suas provas elementares ao discurso.

Com esse propósito, Tercio Sampaio Ferraz Junior¹³¹ aduz que esse conjunto manifesta uma combinação entre o *delectare*, *movere* e *docere*.

A primeira (*delectare*) corresponde pelo chamado perelmaniano de “condução de almas”, e desperta o interesse do auditório pela simpatia, autoconvicção e segurança do orador. A segunda (*movere*) é responsável por tirar o ouvinte de sua zona de conforto ou possível indiferença ao discurso. Aqui importa o dado psicológico e passional, combustível para provocar emoções no auditório e influenciá-lo. A terceira (*docere*) é o momento em que o orador estabelece sua segurança, apresenta argumentos objetivos, com fundo racional e conclusivo, com o uso, por exemplo, de dados numéricos, gráficos etc., arrebatando os ouvintes.

Para sintetizar esse entendimento:

Quer-nos parecer, por outro lado, que dentre eles assume importância a função do ouvinte e, em referência a ela, a qualificação do objeto do discurso como questão conflitiva. Isso nos permite ver o discurso judicial como um processo de questionamento. É, pois, a questão o ponto decisivo, que servirá de orientação para a análise subsequente do decurso da discussão-contra judicial¹³².

¹³⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117.

¹³¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 118.

¹³² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 119.

Para esta pesquisa, o entendimento do jurista é prestigioso, pois destrincha o discurso jurídico em cada etapa e remete ao instrumental retórico, especialmente ao *ethos*, que, conforme salienta Michel Meyer¹³³, é o ponto final do questionamento.

Na sequência, Tercio Sampaio Ferraz Junior recomenda pensar na norma enquanto fundamento para a decisão dos conflitos e endossa o mencionado a respeito da reflexividade instaurada por meio do *dubium*, autorizando que uma norma possa se contrapor em relação à outra.

Esse contraponto fica nítido quando o dizer do direito encontra meios para despir-se da obrigação de “verdade”. O discurso da norma é, portanto, passível de certa autonomia, quando o jurista defende que “podemos interpretar normas a partir de fatos do caso em tela ou os fatos a partir de normas”¹³⁴.

Ao tratar da autonomia fruto de uma possível instabilidade, o autor preconiza que a organização das normas permite instaurar alternativas, dentro de um contexto inteligível de discutibilidade e *dubium*, que resguardam o caráter problemático e fenomenológico do direito, permanecendo aberto ao diálogo e à crítica.

Nesse diapasão, há que se tratar das questões de *dogmática* e *zetética*. Tercio Sampaio Ferraz Junior enxerga que não se deve compreendê-las de maneira completamente diversa ou oposta. No campo do discurso jurídico, elas se entremeiam, por vezes se opõem e se colocam paralelamente, “estabelecendo um campo de possibilidades bastante diversificado”¹³⁵.

Para entender esse campo diversificado, o jurista esclarece o significado de cada uma das terminologias e sua utilidade para o discurso judicial. No que toca à dogmática, entende tratar-se de uma “função diretiva explícita”, orientada como um “dever-ser”¹³⁶. Significa dizer que, as questões dessa natureza existem para alimentar certa segurança que orientam e possibilitam determinada decisão de determinada maneira, e explica:

De modo geral, as questões judiciais são “dogmáticas”, as quais são sempre restritivas (*finitae*), e, nesse sentido, “positivas” (de positividade). As questões judiciais que se reduzem, entretanto, às “dogmáticas”, na medida em que as ações linguísticas postas fora de dúvida e que estruturam as alternativas – os dogmas – podem ser submetidas a um processo de questionamento, por meio do qual se exige uma fundamentação deles, procurando-se, com a ampliação

¹³³ MEYER, Michel. **Questões de retórica**: linguagem, razão e sedução. Trad. António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 35.

¹³⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 120.

¹³⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 121.

¹³⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 122.

do *dubium*, mediante o estabelecimento de novas conexões, facilitar a orientação da ação¹³⁷.

Nessa perspectiva, assume a importância da dogmática no sentido de nortear as decisões, ou é possível dizer, no que tange à segurança jurídica em ter um parâmetro que corresponda ao “dever ser”. Acredita, contudo, que esses dogmas do dever, ao serem submetidos a alternativas, promovendo uma ampliação do *dubium*, poderiam provocar situações que facilitem a orientação do discurso e do posicionamento judicial.

O teórico propõe, então, se pensar nas questões zetéticas como forma de ponderar a respeito das “certezas” dogmáticas. Assim, na importância atribuída pelos juristas aos dogmas, há uma crença de que as questões zetéticas pelo fato de supostamente serem

Mais livres, no sentido de mais abertas, e, por isso mesmo, muitas vezes dispensáveis, pois a pesquisa pode trocar com facilidade os seus conceitos hipotéticos, enquanto a “dogmática” (num sentido restrito e até mesmo mal-entendido), conforme nos faz ver Reale, presa a conceitos fixados, obriga-se muito mais ao trabalho de interpretação¹³⁸.

Nessa fala, reside um ponto interessante: na sequência dessa afirmativa, Tercio Sampaio Ferraz Junior aponta para uma linha oposta ao pensamento de Miguel Reale. Defende que, para o discurso judicial iminente, o recurso das questões zetéticas tem sido inevitável. Por mais que o meio jurídico reafirme a prevalência da dogmática como estrutura fundamental, não se tem conseguido eliminar e nem mesmo promover uma “separação radical entre questões zetéticas e dogmáticas, como querem normativistas como Kelsen”¹³⁹.

A prática jurídica, portanto, é dotada das duas vertentes, o que, para esta pesquisa tem grande valia, se considerado o momento de transição, em que se pode trilhar os caminhos do ser e o do dever-ser. Nesse padrão, leciona:

Isto posto, podemos ensaiar uma descrição do decurso da discussão judicial, elaborando um esquema que não deve ser tomado num sentido rígido, mas como adaptável a um grande número de situações [...]. Aceitamos, por outro lado, que o decurso do discurso judicial se revela como um processo de

¹³⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 122.

¹³⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 123.

¹³⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 123.

questionamento. Isso nos permite referir o esquema a ser descrito diretamente à retórica antiga, que denominava *status* o processo de questionamento [...]¹⁴⁰

Aprimorando o exposto em sua obra, Tercio Sampaio Ferraz Junior¹⁴¹ completa o entendimento sobre dogmática e zetética afirmando a correlação entre os dois termos e reforçando que o questionamento zetético ocorre na reflexividade do *dubium*, ecoando na base do questionamento dogmático, no que diz respeito ao preparo e às possibilidades de uma decisão, sempre relacionada à discussão-contraria.

4.1.4 Discurso da norma: justiça, valor e ideologia

Segundo o autor, deve-se questionar o ponto de vista tradicional da norma. Nesse aspecto, explica que o “discurso da norma se relaciona com a produção de normas”¹⁴². Acredita, ainda, não ser possível isolar a norma como “discurso do discurso de quem produz e de quem recebe”¹⁴³ e, assim, defende que sob a égide do discurso pragmático não se pode ver a norma como entidade separada da situação comunicativa.

Contudo, sobre as diferenças em relação ao pensamento tradicional, esclarece:

Não é esse, entretanto, o ponto de vista tradicional da doutrina jurídica. Esta costuma ver a norma como um imperativo acabado e dado antes do caso concreto ao qual ela se aplica. Daí a tendência em confundir o texto da norma com a própria norma ou, pelo menos, a tendência em admitir que a palavra norma exprime, basicamente, de modo suficiente e adequado, a sua validade. Um sintoma disso podemos observar na constante atribuição à norma do caráter de generalidade, mesmo quando isso não é entendido num sentido estritamente lógico-formal¹⁴⁴.

A norma, portanto, é vista como um discurso que experimenta o controle, isto é, em razão de sua existência, pode se expressar certa estabilidade ao direito, principalmente no tocante ao sentido e justificativa das decisões que, não por acaso, dizem basear-se nos preceitos

¹⁴⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 129.

¹⁴¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 130.

¹⁴² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 142.

¹⁴³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 142.

¹⁴⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 142.

da justiça. Todavia, a realidade apresentada pelo teórico se apoia em uma consciente explicação acerca de certas expressões largamente reverberadas.

A primeira expressão a desmistificar é a palavra “justiça”. Tercio Sampaio Ferraz Junior esclarece:

nas mais antigas manifestações do pensamento grego, essa palavra não apreze¹⁴⁵ [pois], nem Homero nem Hesíodo conhecem o termo *dikaiosyne*. Para designar o que se costuma entender por ‘justiça’, utilizam-se eles de outros vocábulos como *dike* (originalmente “decisão judicial”) e *themis* (originalmente “bom conselho”)¹⁴⁶.

Na sequência, menciona que o termo “justiça” ganhou operacionalidade ao ser colocado como aperfeiçoamento da comunicação, no sentido aristotélico. Contudo, com o passar dos séculos, a palavra sofre modificações graças ao fundamento de outras prescrições jurídicas.

Nessa linha, reflete sobre o jargão “dar a cada um o que é seu”, no sentido de perscrutar a justiça que, entretanto, se prejudica, quando o discurso toma consciência de que é um tanto quanto complexo determinar “o que é seu”. Por isso, todas essas concepções perdem espaço e conduzem a um rompimento com a situação comunicativa. A fim de estabelecer os ditames de uma análise da norma, elenca:

Já por isso podemos perceber em que sentido uma análise da norma como discurso envolve e requer um exame prévio da situação comunicativa. Isso prende a norma, enquanto discurso, à relação orador-ouvinte, sem o que ela não pode ser captada. Vimos anteriormente que a norma decide conflitos, mas, dada a estrutura do discurso que ela instaura é necessário ver a própria norma, reflexivamente, como um *dubium* e, pois, como produto de decisão¹⁴⁷.

Quando a proposta de Tercio Sampaio Ferraz Junior permeia as questões conflitivas, até mesmo na norma, sobretudo no campo do *dubium* e, desmistifica o significado falacioso de justiça, é possível considerar: se a justiça não pode ser simplesmente captada pelo dogma da norma, como, então, dar a esse discurso o fator imperativo de controle social?

A resposta a esse questionamento tem raízes no campo do valor. A valoração da norma é reproduzida nos mais diversos discursos coexistentes no meio jurídico, especialmente no viés escolhido da discussão-contrário. Ainda, segundo o pensamento do jurista, em que pese a

¹⁴⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 144.

¹⁴⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 144.

¹⁴⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 146.

relevância da dogmática para o direito, esta é incapaz de esgotar o discurso normativo. Acredita-se, então, que a norma se manifesta concomitantemente como uma opção axiológica.

Ainda, observa que “o discurso da norma revela por vezes e inevitavelmente uma duplicidade de movimentos”¹⁴⁸, e anota:

No direito moderno, tomando como exemplo os discursos parlamentares num sentido lato (que abarca também as leis de gabinete, os decretos do Executivo etc.), percebemos, de um lado, a presença de um grupo altamente interessado e convidado a participar partidariamente, instaurando entre si uma discussão-contra. Sessões parlamentares, nesses termos, não ter por função a busca pela verdade (no sentido de discussão-com), mas representam a luta política e a manifestação partidária dos valores sociais¹⁴⁹.

No que dialoga com a norma enquanto estrutura dialógica, Tercio Sampaio Ferraz Junior¹⁵⁰ propõe que “tem por função sintomática característica expressar valores” e, em razão disso, tende a despertar opiniões divergentes que serão resolvidas em meio a fundamentos eminentemente axiológicos.

Assim, se a justiça se apresenta como meta ou fundamento para o direito, a norma, possuindo questões valorativas, representaria, também, um fator de instabilidade. Para aclarar esta percepção, resume: “o valor, então, é estabelecido como *fim* e a função pode ser *modificadora*”¹⁵¹.

No âmbito dessa explicação, é possível entender que a norma possui dois momentos valorativos: as funções justificadora e modificadora; e que ambas, atuando conjuntamente, constituem pontos fundamentais sobre o discurso da norma. Para o autor, a função justificadora tem certa predominância:

No Direito moderno, das democracias ocidentais, nota-se, por exemplo, a ocorrência mais frequente de funções justificadoras. Essa predominância, que não deve ser entendida como característica essencial do discurso da norma, explica-se pelo processo de “positivação” (normas jurídicas valem por força de decisão) que sofre o Direito em nossos dias e pela sobrecarga das responsabilidades burocráticas, o que exige técnicas de planejamento da atividade jurídica [...] Observa-se, nesse caso, uma subordinação da função modificadora à justificadora, de modo que, por meio

¹⁴⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 147.

¹⁴⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 148.

¹⁵⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 149.

¹⁵¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 150.

dela, a massa dos conflitos axiológicos pode ser mais eficientemente reduzida¹⁵².

Nesse sentido, a norma, apesar de possuir caráter axiológico graças ao discurso alicerçado no *dubium*, possui, também, aspecto de exigência e de obediência, fruto da dogmática. De maneira geral, explica, a lei é impositiva, pois “não se pode aceitar parcialmente uma lei, desejar cumpri-la apenas em parte”¹⁵³. Por isso, em uma primeira análise, a lei teria aparência homogênea, ou melhor, um aspecto monológico.

Ao se aprofundar no tema, o autor justifica essa aparência imperativa: o discurso normativo segue uma ação linguística cujo “o orador goza de autoridade, no sentido de capacidade e prontidão na justificação de objetivos e fundamentos”¹⁵⁴. Por isso, seria necessário ater-se à reflexão de que, tendo a norma a finalidade de ser, simplesmente, repetida e reproduzida, seu caráter seria apenas ideológico.

Por isso, nesse contexto, discorda da rigidez que, para alguns, constitui a norma. Para ele, ideologia tem outro sentido, a corroborar, na realidade, com todo o exposto que diz respeito à flexibilidade e à reflexibilidade da situação comunicativa:

Ideologia é, ao nosso ver, um conceito de natureza axiológica, ou seja, o ponto de vista ideológico envolve também uma atitude valorativa. Só que, enquanto os valores em geral constituem prisma, critério de avaliação de ações, a valoração ideológica tem por objeto imediato os próprios valores. Não desconhecemos, ao fazer essa asserção, que os próprios valores se julgam, na medida em que é sempre possível submeter um valor a outro e, a partir daí, num processo reflexivo, constituir ordens valorativas hierárquicas. Essa valoração, porém, dada e reflexividade regressiva e circular dos valores – valores julgam-se uns aos outros *ad infinitum* – é necessariamente flexível e instável¹⁵⁵.

Dessa maneira, a racionalidade proposta pela norma implica diferentes concepções para o discurso. A proposta de Tercio Sampaio Ferraz Junior para o conflito citado é repensar a estrutura sistêmica de forma a motivar o discurso persuasivo e não o autoritário, e acreditar na possibilidade de construção discursiva dentro de um sistema axiomático, repensando a monologicidade ideológica, a fim de priorizar um discurso da norma no ângulo pragmático.

¹⁵² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 155.

¹⁵³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 156.

¹⁵⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 157.

¹⁵⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 158.

4.1.5 Discurso da ciência do direito e suas possibilidades

O direito visto como ciência ainda é parte de discussão no meio jurídico. Há quem defenda plenamente essa concepção¹⁵⁶, partindo de uma ideia sistematizada como argumento. Outras correntes encontram respaldo justificando que a ciência acontece no momento em que as pesquisas não se dão por acabadas, e que é possível sempre descobrir novas maneiras de “se fazer” o direito.

Tercio Sampaio Ferraz Junior¹⁵⁷, ao abordar o assunto, propõe que, primeiramente, se pense na cientificidade do direito como a obtenção de conhecimentos sistemáticos, metodicamente obtidos e comprovados. Essa conjuntura deu ensejo às relações lógicos-formais dos fenômenos jurídicos, deixando de lado seu aporte empírico e axiológico. Para o jurista, “essa possibilidade de fundar-se a Ciência do Direito nunca chegou a realizar-se”¹⁵⁸.

Em meio a questões tipicamente polêmicas, esclarece que pretende sugerir um modelo que possa atenuar o problema, contudo, dentro do ponto de vista da pragmática do discurso, sem pretensão de esgotar o tema. E questiona: “Existe um discurso científico do Direito?”¹⁵⁹

Sendo todo discurso uma discussão ou ação linguística dirigida a outrem, começamos essa análise pragmática pela relação intersubjetiva e também pelo objeto, que se põe, de certo modo, concomitantemente. Evitamos, assim, uma definição de “ciência” e de “direito”, isto é, uma definição ostensiva de ambos, para captá-los, então na própria experiência discursiva de orador e ouvinte¹⁶⁰.

Nesse contexto, sob a ótica da pragmática, parte-se da situação comunicativa para dar início às explicações sobre o tema. Na sequência, o autor recomenda uma ponte acerca da relação entre o homem, o estado e a sociedade que, como preceito provocador de conflito durante séculos, levou o indivíduo a assumir certa oposição perante a própria sociedade.

Nesse contexto, o mundo deixava de ser o lugar natural do homem e sua relação com o Estado era feita de paradoxos: de um lado a proteção, de outro, a ameaça. Esse contraponto é

¹⁵⁶ Para uma discussão filosófica das diferentes teses formuladas pelas diversas escolas jurídicas, ver: REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo, 1969, p. 123.

¹⁵⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 172.

¹⁵⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 199.

¹⁵⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 205.

¹⁶⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 205.

nítido quando se pensa na Lei como instrumento do direito. O dever-ser ou o não-dever-ser serão tidos como pressupostos essenciais à ciência jurídica.

Com efeito, essa perspectiva, para Tercio Sampaio Ferraz Junior, começa a provocar mudanças no comportamento humano, e o direito começa a transitar entre diferentes âmbitos da experiência humana. Um desses âmbitos seria a relação pragmática do homem com o mundo, que “transforma sua ação em simples decisão, ou seja, numa situação hipotética que se modifica ou se deve modificar de acordo com os resultados e cuja validade repousa no seu bom funcionamento”¹⁶¹.

Para o viés pragmático, o direito deveria observar o funcionamento de suas decisões as quais poderiam ser modificadas conforme a situação iminente. Ao contrário dessa conjuntura, opta-se por se desvencilhar dos valores aplicados pela pragmática, tendo como ponto basilar a positivação, vista friamente como preceito seguro e fundamento unívoco das decisões.

Sobre a positivação, leciona:

No campo jurídico, a positivação vai exigir do homem um papel ambíguo: fundamento de todas as positividades, ele é também o objeto da positivação. Sob o ponto de vista do discurso, a positivação expressa, assim, de um lado o domínio de valores e finalidades valorados ideologicamente, onde se permite apenas a discussão técnico-instrumental¹⁶².

No aporte técnico-instrumental admitido pela norma positivada, aduz que o homem seria o fundamento e ao mesmo tempo o objeto da positivação. Significa dizer que, a expressão da norma seria baseada pelo *certum*, a exercer, em princípio, um momento monológico do discurso, possibilitando pensar o discurso dogmático como forma de discussão-com, pois “desenvolve uma fundamentação cuja função não é configurar um conflito e, imediatamente, preparar uma decisão, mas sim procurar a possibilidade de ‘verificação interpessoal’ de uma questão hipotética”¹⁶³.

Ainda que à primeira vista o discurso da norma pareça monológico e formalizado por uma discussão-com, na tentativa de controlar e, talvez, provar cientificamente o direito, o momento dialógico surge quando o objeto começa a ser visto como na ótica do *dubium*. Ao explicar essa possibilidade, ensina que o momento monológico perde seu espaço quando se

¹⁶¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 210.

¹⁶² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 212.

¹⁶³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 215.

relaciona com outros certames e, novamente, outros valores. Quando o dogma “põe-se à prova a sustentabilidade de ações linguísticas, mas tendo em vista assinalar sugestões, apontar possibilidades, desvendar caminhos para uma eventual discussão contra”¹⁶⁴.

Nesse viés das ações linguísticas, há que se reconhecer a coexistência da dogmática e da zetética, do discurso-com e do discurso-contras, da relação monológica e dialógica. E, sobre essa condição, explica:

Não sejamos indiferentes à produção partidária de uma imagem persuasiva e sua demonstração (básica para a discussão-contras), mas o objetivo do discurso é convencer a outra parte, conquistar-lhe o assentimento. A produção do consenso, um elemento importante do discurso jurídico enquanto discussão-com¹⁶⁵.

O jurista não abre mão de pensar a norma enquanto fundamento de controle social e esteio para o funcionamento do direito, sobretudo no campo das certezas que precisariam existir para falar de ciência. Pondera, contudo, sobre a relação da norma com o homem e, como essa experiência influencia o modo de pensar, questionar e agir dos oradores na situação comunicativa.

E, com base nessa consciência de amplitude do discurso judicial, a ciência também existe em razão de possibilidades que, embora “não acabadas”, sobrevivem em meio às possíveis novas interpretações, melhores ou piores para a sociedade, conforme o momento social e as necessidades emergentes:

É evidente que essa concepção depende, ela própria, de certas condições culturais e é válida para culturas suficientemente diferenciadas, aquelas em que o fenômeno da positividade já ocorreu, em que o ser humano é tematizado como centro das positividades. Como dissemos, o objeto do discurso da Ciência do Direito não é, pois, nesse caso, nem a positividade nem o conjunto das normas positivadas, mas o próprio homem, que, no interior da positividade que o cerca, apresenta-se o sentido das normas que ele estabelece¹⁶⁶.

Ao dar esse sentido humanista à cientificidade do direito, Tercio Sampaio Ferraz Junior arremata o raciocínio propondo três eixos sobre a ambiguidade do homem refletida no discurso judicial.

¹⁶⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 215.

¹⁶⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 216.

¹⁶⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 230.

A primeira delas encara a decidibilidade como “relação hipotética entre conflito e decisão”¹⁶⁷. Nessa conjuntura, o ser humano se apresentaria como dotado de interesses por meio dos quais se revelariam suas necessidades e, por vezes, essas imposições não estariam de acordo com o previsto na norma. Daí que a exigibilidade dessa decisão é vista como fator para sanar o conflito.

Na segunda, a decidibilidade é “examinada em termos das condições de possibilidade da decisão possível”¹⁶⁸. Nesse viés, o ser humano é encarado como reflexivo e passível de suportar as exigências sociais do meio em que vive. Significa que pode moldar-se conforme as experiências e, a norma, seria posta nos ditames dessas condições.

A terceira opção enxerga a decidibilidade como “ângulo de sua relevância significativa; trata-se de um relacionamento da hipótese da decisão possível com seu *sentido*”¹⁶⁹. O ser humano, então, precisaria ser analisado desde seus menores gestos, na totalidade de seu agir, pois isso daria sentido às formas axiológicas, como propósito de justiça e de equidade:

O discurso científico do Direito nasce, nesse sentido, de uma situação comunicativa indecisa, em que se misturam caracteres da discussão-com científica com elementos de discussão-contra, vale dizer, em que se aglomeram atores homólogos com intenções partidárias, questões zetéticas de pesquisa jurídica desinteressada, caráter tecnológico da discussão-com jurídica, nada mais é, nesses termos, que um reflexo desses contrastes¹⁷⁰.

Ainda nesse sentido:

Mas no tratamento dialógico de alternativas, caso em que temos um discurso que não se estrutura a partir de asserções certas, na forma de regras e exceções, mas a partir de asserções dúbias que permitem apenas uma constância de problemas e uma necessidade de decisões, quando esses problemas constituem conflitos. Vale dizer, um discurso que manipula, em princípio, não as “formas” (fixas, essenciais) e “matérias” (variáveis, contingentes), nem mesmo “premissas” que ocorrem sempre, como componentes estruturais do decurso do discurso, mas uma correlação funcional de questões e solução de questões¹⁷¹.

¹⁶⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 230.

¹⁶⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 230.

¹⁶⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 230.

¹⁷⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 232.

¹⁷¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 233.

A variedade inerente à experiência do direito, portanto, pressupõe um discurso que exista não apenas em favor da rigidez do controle social, institucionalizada pela dogmática, pela norma e pela proposta da cientificidade, mas, sobretudo, por caráter múltiplo enquanto situação comunicativa, enquanto reflexível e nuance da *discutibilidade*.

Para o jurista, a égide pragmática propõe a racionalidade retórica como método de construção do discurso, em que pese não pretenda reduzir o fenômeno jurídico a um mero operacionalismo. Adianta, contudo, sobre a necessidade de se refletir sobre os instrumentos retóricos como possibilidade de se analisar o discurso judicial em sua amplitude.

4.2 Retórica na filosofia do direito: contribuição teórica de João Maurício Adeodato

A obra *Ética e retórica*, de João Maurício Adeodato, na edição utilizada para esta pesquisa, conta com 15 capítulos que, segundo o autor, foram escritos e publicados ao longo dos últimos 20 anos dedicados à vida acadêmica. Como autoridade no assunto, o docente, que foi orientado por Tercio Sampaio Ferraz Junior no doutorado e substituiu Lourival Vilanova¹⁷² na cátedra de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito do Recife, busca demonstrar como a ética e a retórica fornecem base filosófica para a teoria da dogmática jurídica.

Para ele, a abordagem retórica é “fruto de necessidades de dogmatização eficiente diante de um pluralismo jurídico, entendido no contexto brasileiro como multiplicidade de fontes produtoras de direito, por vezes inconciliáveis [...]”¹⁷³. Assim, a produção inconciliável de fontes produtoras de direito enseja uma espécie de **contradição** sobre o papel do Estado e a garantia de segurança jurídica.

A contradição acabaria privilegiando um contexto em maior parte jornalístico e ornamental do que retórico, por definição:

Finalmente, a ética competente mas tolerante, tentativamente neutra, uma simpatia cética que parece melhor responder às necessidades e problemas do mundo contemporâneo, altamente complexo, sobrecarregado de diferenciações e informações. Isso leva à associação dos três temas mais cruciais para o jurista no mundo em que vivemos, central e periférico, global e local: a dogmática jurídica, como organização e ao mesmo tempo conhecimento (“ciência”) do direito; o (“pós”) positivismo, em seu sentido mais amplo, como atitude jusfilosófica dominante e aparentemente mais apta a explicar este direito; e a democracia, a forma ideológica de organização

¹⁷² Lourival Vilanova, autoridade no assunto, é citado nesta pesquisa. Sua contribuição também faz parte da construção teórica desta análise, em especial, por meio da consulta à seguinte obra: VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

¹⁷³ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2012, p. 32.

política que o garante, ainda que como mero tipo ideal, nas sociedades contemporâneas dominantes¹⁷⁴.

Assim, tendo em vista o aporte desta pesquisa, sem intenção de exaurir o tema, serão extraídos os principais conceitos da obra delineada, a fim de possibilitar a conjectura do direito à retórica, na medida da análise proposta nos capítulos subsequentes.

4.2.1 Existência de um direito alternativo – o fenômeno da sociabilidade humana

No primeiro capítulo da referida obra, João Maurício Adeodato trata de uma espécie de ampliação teórica a partir da realidade brasileira – aduz que países *periféricos*¹⁷⁵ tendem a apresentar características específicas e comuns à esta condição.

Nesta perspectiva, expõe o que chama de *direito alternativo*: “o direito é inerente à sociabilidade humana, não é possível sociedade, por mais simples que seja, sem direito”¹⁷⁶. E discorre:

Em que pese, por exemplo, a escatologia do marxismo ortodoxo ou as diversas utopias filosóficas e literárias [...] diante da pretensão de monopólio do Estado, resta a opção: ou grande parcela da população brasileira vive o direito – são anjos ou demônios – ou, seus inevitáveis conflitos jurídicos, posto que são seres humanos, são tratados por um outro direito, paraestatal. Esta é a conclusão direta do fato de que o Estado subdesenvolvido não consegue distribuir a todos sua justiça e, assim, ter o monopólio das decisões. Se ele não decide e é preciso decidir, alguma outra instância terá de fazê-lo por ele¹⁷⁷.

Quando a competência do Estado se mostra insuficiente, a popularidade das teorias alternativas ganha espaço. Para João Maurício Adeodato, o direito alternativo se divide em dois caminhos: os mecanismos sociais de controle de conflito que ocorreriam à margem do Estado e outros que seriam constituídos à sombra do Estado.

Quanto àqueles que emergem à margem do estado, o autor cita, por exemplo, que um conflito de vizinhança em uma comunidade dificilmente poderia ser apreciado e resolvido por órgãos estatais – visto que a comunidade “se assenta em completo desacordo com as normas de

¹⁷⁴ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2012, p. 33.

¹⁷⁵ O autor entende que a terminologia *terceiro mundo* é de “definição e conceito essaz equívoco”. Defende, ainda, a tese de que o subdesenvolvimento corresponde a uma forma de organização definida que caracteriza algumas sociedades contemporâneas. Por isso, também, mostra-se contrário ao termo *em desenvolvimento* utilizado por economistas e políticos. Nesta medida, adota a palavra *periféricos* quando se refere a países como o Brasil.

¹⁷⁶ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 48.

¹⁷⁷ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 49.

direito urbanístico”¹⁷⁸. De outro lado, os procedimentos consolidados à margem do Estado dizem respeito à troca de favores e à corrupção.

Ressalvados os exemplos delimitados acima, esclarece o autor:

Mesmo que o direito se apresente como funcionalmente diferenciado da moral, o que também ocorre em sociedades periféricas, pelo menos em um plano simbólico, isso não impede que se façam juízos morais sobre a realidade jurídica, o que se dá a todo momento. Mas é importante que o pesquisador observe não apenas o direito que considera moralmente digno, como também o outro lado. Dessarte, o direito alternativo pode ter a conotação moralmente positiva, mas é inadequado vincular seu conceito apenas a uma moral positiva (segundo perspectivas deste ou daquele grupo social) porque assim se está falseado o próprio conceito de direito tal como o mundo real mostra. Reduzindo a hipótese de trabalho: por suas características atuais, o direito na periferia do capitalismo deve ser estudado de forma independente desta ou daquela moral¹⁷⁹.

Assim, o autor entende que, apesar das escolhas axiológicas inevitáveis de cada indivíduo – especialmente em relação àquele que tem poder de decisão, a exemplo do magistrado – seria, por derradeiro, inapropriado definir o direito dogmático como “mau” e o alternativo como “bom”. Isto porque, “como todo direito, o alternativo pode assumir conteúdos morais, imorais **ou simplesmente amorais**”¹⁸⁰ (grifos nossos).

João Maurício Adeodato arremata aduzindo que não há como produzir realidade jurídica e vivê-la de forma inconsciente – seria preciso, sobretudo, abandonar a retórica *fácil* e preconceitos religiosos que em nada coadunam com a natureza do Estado e, muitas vezes, “escondem os velhacos ou simplesmente ineptos”¹⁸¹.

Para o pesquisador, o direito (seja ele positivo, empírico ou dogmático) não é simplesmente um instrumento de organização por si só e, por esta razão, resta a incapacidade de completude no sentido de satisfazer anseios existenciais – necessário, portanto, observar que o direito é um produto cultural da sociedade a que se dirige e, não por acaso, a linguagem e o gênero textual jurídico carecem de análise – não apenas semântica e hermenêutica – mas, sobretudo, retórica.

¹⁷⁸ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 55.

¹⁷⁹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 55.

¹⁸⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 68.

¹⁸¹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 69.

4.2.2 Etimologia da ética – o termo *ethos*

Em continuidade ao aporte teórico possibilitador desta pesquisa, os conceitos de ética delineados por João Maurício Adeodato viabilizam a intersecção entre o texto jurídico e a análise retórica:

O termo *ethos*, ao lado de *páthos* e *logos*, designa, na Grécia clássica, uma das dimensões ontológicas fundamentais da vida humana. **Ética constitui, além da doutrina do bom e do correto, da “melhor conduta”, a teoria do conhecimento e realização desse desiderato**¹⁸² (grifos nossos).

Para o autor, o postulado inicial da ética – excluído o que tradicionalmente é conhecido como parte da moral – também abarca no campo político e jurídico. Assim, conteúdos entendidos como éticos para certas culturas, podem ser vistos como inadmissíveis em outras (e isso é compreensível ao longo da obra de Adeodato, que inclui a premissa social no âmbito de suas concepções).

Diante disso, “as decisões éticas, destinadas a solucionar conflitos intersubjetivos, não podem ser encontradas por procedimentos descritivos, como querem alguns, mas têm de ser prescritas”¹⁸³. Nesse sentido, quando o autor diz respeito às decisões assertivas que “só são verificáveis *a posteriori* e tampouco podem dar parâmetros para opção de conduta futura. Apenas após ocorrer, pode a conduta vir a ser descrita”¹⁸⁴. Nesse contexto, é possível fazer um recorte imediato com o gênero retórico judiciário/forense sistematizado pela Retórica de Aristóteles.

Esta intersecção torna-se evidente quando o autor aduz que “não se pode argumentar em termos de uma **verdade**, seja ela qual for. Aqui só se pode **opinar** e tentar **persuadir**. É o campo por excelência da **retórica**”¹⁸⁵ (grifos no original). O campo gestado pela retórica, em que não se pode exigir a verdade, encontra respaldo, sobretudo, na teoria de Tercio Sampaio Ferraz Junior, explanada anteriormente, a qual esclarece o produto das decisões judiciais: que não seria a verdade – impossibilitada pelo próprio gênero – mas, sim, a convicção.

Ainda, ao analisar o caráter retórico do direito positivo e a ética, elucida:

¹⁸² ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 151.

¹⁸³ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 152.

¹⁸⁴ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 153.

¹⁸⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 153.

Se a crença em um direito natural superior embasado em uma ideia de verdade e justiça pode impulsionar o direito positivo, segundo esta ou aquela concepção, para um aperfeiçoamento ético, como na defesa da igualdade feita já nos primórdios do Cristianismo, **não se deve esquecer que são também perspectivas jusnaturalistas que inspiram intolerância religiosa, o racismo e assemelhados.**

A pós-modernidade ocidental se vê hoje então confrontada com um mundo envolto em uma pluralidade de concepções e perspectivas que resistem aos universalismos axiológicos e demandam teorias de legitimação do direito que o jusnaturalismo e o juspositivismos tradicionais não conseguem mais fornecer. Isso não significa que a dicotomia não possa ainda ser utilizada com proveito, sobretudo em função de seu papel histórico e seus efeitos didáticos¹⁸⁶ (grifos nossos).

Neste aporte, com a missão de possibilitar uma análise retórica ao gênero jurídico, sobretudo sem a roupagem dicotômica do “bem e do mal” por definição, o pensamento do autor elucida claramente o solo instável das deliberações essencialmente jusnaturalistas e fundamentadas na ética tradicionalmente conhecida como parte da moral.

Aqui, no espaço amoral da retórica, a teoria dicotômica do “bem e do mal” perde o espaço, sobretudo em um cenário de oposição às concepções estáticas que, por diversas vezes, contribuíram para a manutenção de intolerâncias perversas. O desafio talvez seja um olhar sensível à pluralidade de perspectivas encontradas pelo ser humano na pós-modernidade e, como esclarece o autor, demandam teorias de legitimação do direito.

Assim, o direito estaria em um campo de sujeição aos universalismos axiológicos, na medida em que aos valores dicotômicos excessivamente conservadores só restaria a função do papel histórico e dos efeitos didáticos – mais uma vez, o direito inflexível e indisponível à sociedade não deve resistir à sua verdadeira função social. O acultramento dos sujeitos e o fenômeno dos fatos deve aparecer como premissa elementar, independentemente do ponto de partida.

Ao tratar dos indicadores linguísticos, João Maurício Adeodato faz um recorte sobre a estruturação semiótica (em que pese a relevância, não é objeto desta pesquisa) e, assim, a estrutura retórica apresentada que virá à tona. Para o autor, no mundo real, a unicidade e a *irrepetibilidade* dos eventos são essencialmente diversos um do outro: ou seja, “a razão humanada só pode conhecer e comunicar por meio de generalizações ideais e simbólicas abstratas, as quais tornam possível a **experiência**, o reconhecimento de algo”¹⁸⁷ (grifos no original).

¹⁸⁶ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 167.

¹⁸⁷ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 222.

Por esta razão, a precisão de linguagem como instrumento de comunicação possibilita ao discurso uma premissa geral que se aprofunde especificamente até chegar no objeto da realidade¹⁸⁸. No entanto, o autor também relata a incompatibilidade entre a razão humana e a linguagem, que constitui vários tipos de imprecisão.

Nesse sentido, “é importante examinar esses tipos um pouco mais de perto para compreender como se processa a concretização do direito em uma sociedade complexa”¹⁸⁹, haja vista a pluralidade linguística de expressões conotativas e denotativas, assim como a ambiguidade e a mudança de sentido das palavras no decorrer do tempo.

Além disso, especialmente para o direito, ramo de conhecimento empírico, há um enfrentamento maior na linguagem, em especial por lidar com o fator *humano*, trazido pela “valoração que os envolve, as perspectivas emocionais diferentes e muitas vezes antagônicas que as pessoas têm sobre o mundo”¹⁹⁰. O professor esclarece também que o abismo axiológico decorrente da individualidade humana deve voltar-se à cultura, como fundamental ao papel do Estado, a fim de buscar apaziguar as diferenças, portanto, reduzi-las e organizá-las. E afirma:

[...] ao afirmar a total subordinação das normas jurídicas às contingências históricas e à luta pelo poder, a ideologia positivista vê-se diante do problema de admitir como jurídico todo e qualquer conteúdo normativo, tal como negar direito à vida a seguimentos humanos e assemelhados. É o problema do poder constituinte originário e incondicionado e da norma fundamental independente de conteúdo axiológico de Kelsen. A dogmatização do direito que vem ocorrendo na modernidade parece vir em apoio a esta segunda ideologia. Basta que se observe o conceito de justiça advindo dos tribunais modernos, que são de fato responsáveis pela realização, no sentido literal e filosófico, de “tornar real”, do direito e da norma jurídica¹⁹¹.

Tendo em vista a crítica ao tratamento estático e inadequado às desavenças humanas solucionadas pelo Estado, a pretensão da filosofia do direito, como aporte de reflexão seria,

¹⁸⁸ Sobre o tema, cabe excerto da Retórica de Aristóteles, que trata sobre o entimema: “[...] é indispensável, antes de tudo, ter selecionado sobre cada assunto um conjunto de propostas acerca do que é possível e mais oportuno. Quanto às questões que surgem de improviso, a investigação deve seguir o mesmo método, atendendo não aos argumentos indeterminados, mas aos que são inerentes ao discurso, englobando o maior número possível e que estejam mais próximos do assunto em causa [...] um meio, portanto, para escolher entimemas é o tópico. Agora, porém, vale falar dos elementos dos entimemas. Entendo por elemento e tópico a mesma coisa. Mas, primeiro, tratemos do que necessariamente deve dizer-se em primeiro lugar. Há duas espécies de entimemas: os demonstrativos de algo que é ou não é, e os refutativos; a diferença é igual à que existe na dialética entre refutação e silogismo. O entimema demonstrativo é aquele em que a conclusão se obtém a partir de premissas com as quais se está de acordo: o refutativo conduz a conclusões que o adversário não aceita”. ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. notas de Manuel Alexandre Júnior; Paulo Farmhouse Alberto; Abel do Nascimento (Centro de Estudos Clássicos da Universidade de Lisboa). 5. ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda S.A., 2018, p. 189.

¹⁸⁹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 224.

¹⁹⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 228.

¹⁹¹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 230.

sobretudo, romper conceitos “ideais”, para que as definições totalizadoras, que “deixam de lado os aspectos fundamentais do fenômeno jurídico ou são tão genéricas que, apesar de corretas, em nada auxiliam na compreensão do objeto”¹⁹², não inviabilizem a melhor *convicção* do juízo.

Nesta perspectiva, sobre o direito dogmaticamente organizado – quem rompe com as definições totalizadoras – destaca:

O direito dogmaticamente organizado apresenta as mais diferentes facetas e seu alto grau de diversidade não permite falar de uma evolução homogênea em qualquer direção. Inobstante, entre suas inúmeras características, cujo grau de importância também varia, cinco serão agora destacadas, **apenas de um ponto de vista da retórica analítica e visando sobretudo a efeitos didáticos, pois essas condições ou constrangimentos aparecem indissociadamente na realidade jurídica. Eles constituem a visão interna do sistema dogmático. São eles: em primeiro lugar, fixar textos normativos, em segundo, dizer o que significam os termos que os compõem; em terceiro, argumentar com referência a eles; em quarto, decidir com base neles; em quinto, fundamentá-los, justificando as decisões concretas**¹⁹³ (grifos nossos).

Assim, utilizando o conceito de João Maurício Adeodato, a retórica analítica seria critério de análise para se constituir o sistema dogmático, uma vez que possibilita a individualização do discurso, e que, para sua constituição, não perde de vista os critérios de: i. fixação dos termos normativos; ii. explicação do que significam os termos que compõem a norma; iii. Argumentação que faz referência aos termos; iv. decisão com base nos termos; v. justificativa das decisões concretas a partir da fundamentação relativa aos termos.

Ao dividir o sistema dogmático e incluir a teoria retórica como critério de análise, subsiste, portanto, um longo caminho de averiguação *ethica*. Isso se dá especialmente pelo fato de que as decisões são produto da convicção humana e, por esta razão, sofrem divergências entre si, ainda que os objetos sejam similares, isto é, ainda que o julgador cumpra à risca toda a formalidade estrutural inerente ao gênero textual jurídico.

Como um exemplo de que a sociedade complexa não é capaz de manter consensos rigidamente determinados para situações similares, nem mesmo é possível uma legitimação garantidora racional e institucionalmente, João Maurício Adeodato esclarece:

[...] mesmo nos Estados democráticos do centro desenvolvido, a dogmatização do direito constitui um tipo ideal, uma ficção, uma estratégia retórica de controle social que se tem mostrado funcional e eficiente nos mais diversos contextos. Mas daí a crer que é real e verdadeira, construindo uma teoria social ou jurídica omnicomprensiva a partir dela, vai

¹⁹² ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 231.

¹⁹³ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 245.

uma grande distância. O mesmo vale para os demais tipos ideais discutidos aqui, incluindo o próprio Estado Democrático de Direito¹⁹⁴ (grifos nossos).

Assim, se nos centros desenvolvidos a retórica aparece na dogmatização do direito como uma estratégia funcional, o mesmo valeria para outras estruturas, como no Estado Democrático de Direito – ressalvada, sobretudo, a impossibilidade de se admitir que seja tratada como verdadeira por definição, uma vez que permanece a distância entre verdade e convicção.

4.2.3 Silogismo retórico (entimema) e teoria da argumentação

João Maurício Adeodato dedica um capítulo especialmente ao entimema. Explica tratar-se de um procedimento “altamente funcional”¹⁹⁵ e legitimador, todavia, que não pode ser visto como estratégia consciente pelos operadores jurídicos (por exemplo, o juiz), uma vez que as decisões, para este orador específico, parecem ser fruto *apenas* da norma enunciada pelo sistema.

Nessa perspectiva, esclarece:

[...] a estrutura judicial mostra-se entimemática e não silogística, entre outros aspectos, porque nem todas as normas utilizadas explicitam-se, permanecendo muitas delas não só fora de questão como também ocultas. O que de fato importa é deixado de lado, é até por vezes inconfessável. Finalmente, sugere-se que, no ambiente de arremedo de direito dogmático em que atua o Estado nos países subdesenvolvidos, essas normas implícitas não são apenas pressupostas como evidentes, mas também ficam indeterminadas, prestando-se a manipulação. [...] O presente capítulo procura estudar **o silogismo retórico (entimema) como ponto de partida para uma teoria que permita compreender sob novas perspectivas os procedimentos judiciais modernos**¹⁹⁶ (grifos nossos).

Para tratar do tema, João Maurício Adeodato inclui a estrutura histórica da retórica, no que diz respeito à contribuição de Platão e Aristóteles. Para isso, menciona-se o excerto aristotélico: “Aristóteles diz expressamente que a retórica não é ciência poética, definida como aquela que produz seu próprio objeto, contrariando aí a sofística”¹⁹⁷ – e, nesse contexto, conclui-se que o “entimema é um meio técnico da dialética transposto para a retórica”¹⁹⁸.

¹⁹⁴ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 251.

¹⁹⁵ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 356.

¹⁹⁶ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 356.

¹⁹⁷ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 358.

¹⁹⁸ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 358.

Assim, entimema é chamado de silogismo retórico, por constituir o núcleo central da persuasão:

[...] A retórica não se ocupa apenas do entimema, o qual refere-se à parte técnica e emocionalmente mais neutra da argumentação. **A retórica ainda ocupa-se da credibilidade do orador e da relação de afeto entre orador e ouvinte, as outras duas vias mais importantes da persuasão**, separadas da perspectiva lógica e silogística da teoria do entimema. Os entimemas são silogismos retóricos por serem formal ou logicamente imperfeitos, suas conclusões não decorrem necessariamente de suas premissas, ao contrário dos silogismos apodícticos; **mas são pragmaticamente úteis se o objetivo é persuadir sem as exigências de rígida coerência lógica, quando esta não é possível ou mesmo estrategicamente desejável. A principal tarefa da retórica é investigá-los. Assim, muitas das questões éticas e políticas fazem parte da retórica**¹⁹⁹ (grifos nossos).

Nesse sentido, o entimema seria uma parte na construção do discurso, em um núcleo técnico e emocionalmente mais neutro. Isso ocorre porque, ao considerar o contexto total de retórica (que considera vários elementos e não apenas o entimema), a credibilidade do orador e a relação estabelecida com seu auditório são duas vias imprescindíveis da persuasão.

Especialmente na estrutura analítica desta pesquisa, o *ethos* do orador – aqui estabelecido na construção *ética* do discurso, respaldado na credibilidade desenvolvida a partir de uma relação com o auditório – os entimemas são pragmaticamente úteis por não exigirem um formato rígido de coerência lógica. Para o autor, essa estrutura integra a retórica e possibilita que temas como ética e política façam parte do contexto retórico.

Para destrinchar ao detalhe a retórica, João Maurício Adeodato divide as retóricas entre *materiais, práticas e analíticas*. Para o autor, as retóricas materiais consistem na própria linguagem e dependem da condição humana de significar o discurso. Já as retóricas práticas estão condicionadas às técnicas e às experiências de persuasão (no campo do agir): “compreender, argumentar, persuadir, em suma, viver no mundo e influir nele estrategicamente”²⁰⁰.

A retórica analítica, por sua vez, dependerá do estudo da retórica prática e material, pois busca “sistematizar e compreender as relações entre as retóricas práticas e materiais, sob uma perspectiva epistemológica”²⁰¹. Nesse diapasão, o entimema seria útil por ter por base provável a contingência:

¹⁹⁹ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 362.

²⁰⁰ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 362.

²⁰¹ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 362.

Mas não se trata de contingência em seu sentido absoluto: o raro e o meramente casual, que são contingentes, aqui não entram. O provável ocorre na maioria dos casos e até quase sempre, é relativamente estável, de certa maneira permanente, não é arbitrário. **O argumento parece verossímil a todos, à maioria ou aos mais sábios**²⁰² (grifos nossos).

Quanto ao discurso essencialmente persuasivo, João Maurício Adeodato descreve o tripé retórico *ethos-pathos-logos*, em uma estrutura de *caráter do orador* baseado na escolha das palavras, na emoção dos ouvintes pelo modo como enuncia o discurso e na ênfase no conteúdo da mensagem racionalmente objetiva.

Para além da estrutura de verossimilhança, existe o entimema pragmático, que retira a força persuasiva, pois o discurso será baseado em alguma generalização que fornecerá o conceito – existirá, portanto, uma “relação entre um fato passado, que tal como é indiscutivelmente aceito, e um fato futuro apenas provável. A fundamentação disso tudo é a generalização”²⁰³.

Na contextualização do entimema, o desafio seria entendê-lo na estrutura dogmática. João Maurício Adeodato propõe:

a interpretação e a aplicação desse direito apresentam-se como silogística: a norma estatal alegada, em geral expressa pela jurisprudência, representa a premissa maior; o caso concreto, por um processo de subsunção, constitui a premissa menor; e a norma individual aplicada ao caso concreto corresponde à conclusão²⁰⁴.

Esse modelo de dogmática jurídica seria possibilitado pelo Estado Moderno e exige, por definição, uma sociedade complexa, desenvolvida a partir de uma mentalidade silogística, em que a aplicação do direito seja tangenciada no texto normativo fixado e conforme as regras autorreferentes ao próprio sistema:

A hermenêutica jurídica atual tem partido de um debate já clássico que pode ser didaticamente resumido na dicotomia subsunção *versus* casuísmo [...] o estudo do entimema pode ajudar a ideia colocada aqui, mais cética, de que muitas vezes **a norma geral não produz a decisão ou sequer fixa os parâmetros dentro dos quais ela se dá, mas apenas serve de justificativa posterior para uma escolha feita diante do caso e produzida por vias diferentes, que não se confundem com o texto ou a norma invocada, ainda que o intérprete pense ingenuamente, ou alegue estrategicamente, partir**

²⁰² ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 366.

²⁰³ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 367.

²⁰⁴ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 370.

dela. Muito embora a objetividade da verdade seja tomada como autoevidente, uma abordagem mais pragmática pode fazer a verdade²⁰⁵ (grifos nossos).

Em continuidade, explica que o processo de julgar parece mais uma “motivação vital do juiz”, em um contexto de impulso pessoal baseado em particularidades do orador (na noção de certo ou errado, desejável ou indesejável), de maneira que este processo seria, na realidade, a tangente que constitui os resultados dos julgamentos.

A norma, portanto, produzirá efeito a partir dos critérios de validade concebidos pela interpretação silogística que, segundo João Maurício Adeodato, “separa criação e aplicação do direito”²⁰⁶. O objetivo desse olhar para o silogismo retórico seria, portanto, ressaltar o equívoco da dogmática jurídica tradicional ao partir do silogismo como *instrumento lógico* do direito positivo. E disserta:

A estrutura argumentativa expressa pela teoria do entimema parece, assim, mais apta a compreender o direito contemporâneo, revelando, por exemplo, que pilares “científicos” como a unidade do ordenamento jurídico, a neutralidade do juiz ou a objetividade da lei constituem, no fundo, meras estratégias discursivas. Ainda que somente na estrutura formal, ficam ocultas premissas básicas. Outro problema importante, além do epistemológico, é saber se a perspectiva retórica implica necessariamente uma premissa ética²⁰⁷ (grifos nossos).

Nesse contexto, ao destrinchar o conteúdo jurídico a partir da teoria retórica, é possível compreender que, no direito contemporâneo, subsiste a necessidade de um olhar menos reificado – pilares “científicos” caem por terra quando a análise dos textos revela a neutralidade do juiz e a objetividade da lei como estratégias discursivas que não corroboram a *realidade*.

E, no campo do *ethos*, como parâmetro possibilitador da retórica como método de análise, os estudiosos da linguagem entendem a retórica como amoral, exatamente por não sugerir que o orador tenha consciência total do conteúdo do discurso, no sentido de que seria, também, atravessado pelas paixões – daí a ideia de que a neutralidade só existiria como estratégia justificadora do resultado do discurso.

A fim de sintetizar a estrutura do silogismo retórico, João Maurício Adeodato pontua:

À guisa de conclusão, pode-se sugerir que: a) para a dogmatização do direito moderno, **vem a calhar a ficção silogística de que a decisão provém de uma norma geral prévia, argumentação altamente funcional**; b) nesse sentido, **a ficção da autopoiese seria prejudicada pelo reconhecimento explícito da estrutura entimemática da argumentação judicial**, tendo em vista que a

²⁰⁵ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 366.

²⁰⁶ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 373.

²⁰⁷ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 366.

decisão precisa ser apresentada como se proviesse de um sistema jurídico funcionalmente diferenciado; c) finalmente, **a ideia de uma decisão adequada parece satisfazer necessidades humanas atávicas de segurança**, corroborada por uma ética “verdadeira” no trato dos conflitos²⁰⁸ (grifos nossos).

Desse modo, explica o autor, a ficção silogística é útil à dogmatização do direito moderno – e a palavra ficção não é colocada por acaso – assim como Tercio Sampaio Ferraz Junior, apesar do ponto de partida diferente na teorização da retórica (um da pragmática enquanto o outro da dogmática). Ambos utilizam a palavra *ficção* para demonstrar que o direito se produz em lugar diferente da verdade.

Isso porque, as decisões satisfazem as necessidades humanas na medida da segurança que parecem proporcionar. E, não por acaso, também, o texto jurídico fornecido pelas sentenças e acórdãos sofrem o atravessamento retórico a que o orador se sujeita quando é persuadido pelas partes – a ética do “verdadeiro” é, por consequência, substituída pela ética do provável, da convicção.

4.3 Diálogo entre os teóricos: alinhando as principais contribuições

Em que pese o ponto de partida diferente entre a contribuição de Tercio Sampaio Ferraz Junior e João Maurício Adeodato, ambos dissertam sobre a possibilidade da retórica como teoria de análise. Os autores recorrem aos conceitos históricos e trazem para a atualidade os principais motivos pelos quais a retórica merece espaço no direito.

Não por acaso, os dois autores foram escolhidos como subsídio teórico desta pesquisa, uma vez que a maior parte dos conceitos advém de outras áreas de conhecimento. Ambos os pesquisadores, autoridades no assunto, enfrentaram o tema e possibilitaram que esta análise existisse para além de uma fundamentação puramente linguística, mas corroborada também juridicamente.

Seja partindo da pragmática ou da dogmática jurídica, a retórica aparece como alternativa. Seja no fenômeno da *discutibilidade* ou da *irrepetibilidade*, os autores apresentam a teoria como parte dos resultados aferidos atualmente no direito. As decisões (sentenças e acórdãos) não estão imunes ao *ethos*. O orador não escapa, ileso, às próprias paixões e, por isso, a convicção produzida pelas decisões escapa à verdade.

²⁰⁸ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2012, p. 377.

Haveria resultado neutro produzido por um ser humano? Supõe esta pesquisa que não. Não haveria neutralidade no campo social, ainda que seja desejável, ainda que a estrutura do direito precise incluir a neutralidade como premissa – até para que seja possível falar em segurança jurídica.

Contudo, deixando de lado a segurança jurídica como critério inabalável, academicamente não seria recomendável olhar para o direito como estático, homogêneo e reificado. Não há que se falar em direito sem recorte social e cultural. E, a retórica como método, pode existir no contexto da pluralidade, como afirmam Tercio Sampaio Ferraz Junior e João Maurício Adeodato.

Com a ressalva de que esta pesquisa não possui o condão de exaurir a contribuição dos autores, menos ainda criticar a Retórica de Tercio Sampaio Ferraz Junior e de João Maurício Adeodato, esta análise se valerá das premissas que possibilitam o uso da retórica em seu plano macro, o qual admite uma análise *ethica*, considerando a mutabilidade como caráter permanente ilustrado por Heráclito²⁰⁹.

Em suma, alinhavando as teorias apresentadas, o capítulo seguinte apresenta o dispositivo retórico e sua metodologia, em conjunto com os instrumentos de análise retórica que constituem o *ethos* do orador.

²⁰⁹ O autor explica a inclinação de Heráclito: “tudo muda e só a mudança tem caráter permanente, sendo esse mundo exterior em mudança o ponto mais firme para o conhecimento, que é transcendente” e, por isso, “tudo passa, nada permanece”. ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2013, p. 52.

5 DISPOSITIVO RETÓRICO – METODOLOGIA DE ANÁLISE

5.1 Instrumentos de análise retórica e o poder do *ethos*

Tendo em vista o apresentado até o momento, faz-se necessário discorrer brevemente sobre algumas fontes filosóficas que explicam o *ethos* do orador, para haver possibilidade de intersecção entre o *corpus* e a metodologia desta análise. Assim, o estudo do *ethos* é forjado na ficção do que se pretende dizer – em um parâmetro generalizado, o orador coloca sua imagem à mercê do público e se arrisca de forma consciente e inconsciente ao reproduzir o discurso.

Para a constituição desse discurso, segundo Dominique Maingueneau²¹⁰, “o orador pode se mover entre três grandes tipos de *ethos*: a *phrónesis*, ou prudência, a *areté*, ou virtude, e a *eunoia*, ou boa vontade”. Ainda para o autor, segundo sua leitura da retórica de Aristóteles, seria imprescindível ao orador causar uma boa impressão, proferir um discurso verossímil.

Sobre o tema dissertado pelo linguista, João Maurício Adeodato também esclarece: “em Aristóteles é colocada claramente a junção entre retórica e virtude moral, fazendo o *ethos* acompanhar a virtude (*areté*) e a ponderação ou prudência (*phrónesis*)”²¹¹. Além disso, destaca a estreita relação entre *pathos* e *ethos*, pois os afetos precisariam ser controlados pela virtude do caráter e da prudência do orador. Nesse sentido, o *logos* performaria com base em estratégias dirigentes do pensamento, atribuindo razão e lógica ao discurso:

Assume-se aqui que a postura retórica pode dar outra contribuição além de seu nível estratégico e ornamental, ou seja, além de sua ajuda para o sucesso na comunicação. A atitude metódica da retórica pode propiciar mais conhecimento das relações humanas, eventualmente legitimar suas regras, testando seu acordo com as regras do jogo (a lei e outras fontes de normas jurídicas, no caso do direito) além de fornecer à aceitação de decisões²¹².

A persuasão, portanto, não escaparia à lógica *ética*, por sua condição essencialmente interligada às escolhas do orador ao proferir determinado discurso em detrimento de outro. Além disso, a noção de *ethos* permite o critério decisivo ao resultado experimentado pelo auditório.

²¹⁰ MAINGUENEAU, Dominique. **Variações sobre o *ethos***. São Paulo: Parábola, 2020, p. 10.

²¹¹ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2013, p. 56.

²¹² ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2013, p. 78.

No campo da escrita, recorte desta pesquisa, “a linguagem não é objetiva, mas sim, interpretativa da realidade”²¹³, ou seja, não é neutra, mas dotada de intencionalidade. Assim, explica Luiz Antonio Ferreira:

A análise retórica, fundamentalmente um diálogo com o texto, aceita a subjetividade do leitor, mas, por pretender ultrapassar os limites puramente impressionísticos, vale-se de alguns critérios que podem ser conjugados ou separados no produto da análise. Pode-se, por exemplo, colocar o texto sob um critério analítico da pragmática, com finalidade de verificar os efeitos de sentido, a ação persuasiva, enfim, a eficácia do discurso em função do contexto retórico que o motivou²¹⁴.

No âmbito desta explicação, importa lembrar que a proposta de Tercio Sampaio Ferraz Junior, aqui mencionada, permeia, exatamente, o universo da pragmática que também foi interpelado pelo linguista Luiz Antonio Ferreira. Desse modo, o primeiro passo elencado pelo linguista é definir no texto “quem fala? A quem fala? Quando fala? Por que fala? Contra o quê? Como fala?”²¹⁵.

Outro ponto salutar é esclarecer que a leitura retórica não deverá promover uma análise valorativa da questão imposta, pois não será considerado se o orador tem ou não razão. A análise retórica, adianta Luiz Antonio Ferreira²¹⁶, limita-se a mostrar como os argumentos escolhidos pelo orador foram capazes (ou não) de persuadir e ainda, como se utilizou desse mecanismo para aferir a verossimilhança ao discurso:

A interpretação é produto estrito da observação e análise do texto, mas nem por isso conseguirá ser absolutamente neutra, pois, por força do exercício de leitura, valora os argumentos em fortes ou fracos, afirma que uma conclusão pode ser falsa ou errônea e esse gesto interpretativo, de modo algum, implica juízo de valor. A leitura retórica e mesmo um diálogo²¹⁷.

Com efeito, no critério retórico, deve-se observar um orador que, diante de questões envolvendo vários fatores (de natureza social, ética, moral), é capaz de proferir um discurso passível de ser analisado. Para dar ensejo a esse discurso, lecionam Maria Flavia Figueiredo e

²¹³ FERREIRA, Luiz Antonio. **Leitura e persuasão**: princípios de análise retórica. São Paulo: Contexto, 2010, p. 50.

²¹⁴ FERREIRA, Luiz Antonio. **Leitura e persuasão**: princípios de análise retórica. São Paulo: Contexto, 2010, p. 51.

²¹⁵ FERREIRA, Luiz Antonio. **Leitura e persuasão**: princípios de análise retórica. São Paulo: Contexto, 2010, p. 52.

²¹⁶ FERREIRA, Luiz Antonio. **Leitura e persuasão**: princípios de análise retórica. São Paulo: Contexto, 2010, p. 52.

²¹⁷ FERREIRA, Luiz Antonio. **Leitura e persuasão**: princípios de análise retórica. São Paulo: Contexto, 2010, p. 53.

Luiz Antonio Ferreira²¹⁸, que o orador deverá obedecer às seguintes etapas do discurso: a *invenção*, a *disposição*, a *elocução* e a *ação*, subdivisões que ultrapassam a até então subjetividade retórica, perfazendo um contexto racional.

Sobre o tópico, Maria Flavia Figueiredo e Luiz Antonio Ferreira²¹⁹ dissertam que a *invenção* é um tipo investigação, que pressupõe o momento em que os elementos favoráveis para solucionar o conflito são resgatados. Aqui, requer-se a melhor forma de resolver o embate, e caberá ao orador procurar essas condições por meio da persuasão, da sedução, da argumentação e do jogo sobre as paixões.

Explicam, ainda²²⁰, que o orador deverá persuadir com argumentos plausíveis, todavia, antes de tudo, é indispensável conhecer bem o assunto tratado. Não obstante saber exatamente do que se fala, é necessário interrogar sobre as condições do auditório, para identificar os possíveis acordos os quais poderão ser feitos com seus ouvintes e, assim, encurtar distâncias em relação ao tema a ser proposto.

Na sequência, após encontrar a resposta para o conflito, deve-se perseguir uma maneira de expô-la de forma coesa e eficaz. Para isso, tem-se a *disposição*, fundamental para organizar as ideias de forma lógica, trazendo-as à tona de maneira estruturada e racional. Nesse momento, o orador tem condições de manejar a atenção do auditório.

Na *disposição*, portanto, o orador deverá ordenar os seus argumentos, o que dá estruturação ao texto e coesão argumentativa, inerente à teoria retórica, conforme apontam Maria Flavia Figueiredo e Luiz Antonio Ferreira²²¹.

Nesse contexto, surge a *elocução*, relativa ao modo pelo qual o orador se porta. Trata-se da premissa de que o orador deve adaptar-se ao estilo de seu auditório. É a oportunidade para o orador revelar seu estilo, buscando um relacionamento mais intimista com seu auditório, suficiente para produzir um discurso com poder de persuadir²²².

²¹⁸ FIGUEIREDO, Maria Flavia; FERREIRA, Luiz Antonio. A perspectiva retórica da argumentação: etapas do processo argumentativo e partes do discurso. **Revista Virtual de Estudos de Linguagem**, edição especial, v. 14, n. 12, 2016. Disponível em: www.revel.inf.br. Acesso em: 24 out. 2018, p. 44-59.

²¹⁹ FIGUEIREDO, Maria Flavia; FERREIRA, Luiz Antonio. A perspectiva retórica da argumentação: etapas do processo argumentativo e partes do discurso. **Revista Virtual de Estudos de Linguagem**, edição especial, v. 14, n. 12, 2016. Disponível em: www.revel.inf.br. Acesso em: 24 out. 2018, p. 44-59.

²²⁰ FIGUEIREDO, Maria Flavia; FERREIRA, Luiz Antonio. A perspectiva retórica da argumentação: etapas do processo argumentativo e partes do discurso. **Revista Virtual de Estudos de Linguagem**, edição especial, v. 14, n. 12, 2016. Disponível em: www.revel.inf.br. Acesso em: 24 out. 2018, p. 44-59.

²²¹ FIGUEIREDO, Maria Flavia; FERREIRA, Luiz Antonio. A perspectiva retórica da argumentação: etapas do processo argumentativo e partes do discurso. **Revista Virtual de Estudos de Linguagem**, edição especial, v. 14, n. 12, 2016. Disponível em: www.revel.inf.br. Acesso em: 24 out. 2018, p. 44-59.

²²² FIGUEIREDO, Maria Flavia; FERREIRA, Luiz Antonio. A perspectiva retórica da argumentação: etapas do processo argumentativo e partes do discurso. **Revista Virtual de Estudos de Linguagem**, edição especial, v. 14, n. 12, 2016. Disponível em: www.revel.inf.br. Acesso em: 24 out. 2018, p. 44-59.

A quarta etapa do discurso revela-se na *ação* e diz respeito à consequência das três primeiras subdivisões, uma vez que o discurso retórico será eficaz quando a resposta à questão (*invenção*), aliada ao modo de expor essa resposta (*disposição*), em conjunto com a postura do orador (*elocução*), é capaz de convencer o auditório. Isso tudo se concretizará na *ação*, por meio da efetividade do discurso, quando o orador utiliza determinado tom de voz, gestos e mímicas.

Na *ação*, lecionam Maria Flavia Figueiredo e Luiz Antonio Ferreira²²³, o orador deverá aparentar aquilo que deseja. Desse modo, irá construir sua imagem por meio de componentes emotivos com o intuito de ativar as paixões e aproximar-se do auditório.

Como visto até aqui, cabe ao orador utilizar-se dessas etapas para proferir um discurso persuasivo. No entanto, fica a seguinte questão, essencial no tocante a esta pesquisa: quais são os pontos fundamentais para aquele que irá analisar o discurso retórico?

Para essa proposta, Michel Meyer²²⁴ ensina que o *ethos* deverá ser o ponto final do questionamento. Ilustra-se o tema com o seguinte diálogo platônico:

Sócrates: Considerando-se que a função do discurso é conduzir as almas por persuasão, quem pretende se tornar um orador, necessita conhecer vários tipos de alma. Ora, elas são tantas e de tantos tipos quanto são as pessoas de diferentes tipos, os quais requerem de nós uma classificação. Consequentemente, é necessário que o estudante de retórica adquira um adequado conhecimento de tais classes, capacitando-se com isso a discerni-las mediante seus sentidos com precisão quando ocorrem nos eventos práticos da vida real.

Fedro: Isso seria possível, Sócrates. De qualquer maneira, pareceria ser uma tarefa colossal [...]

Sócrates: Sabes, Fedro, que até o lobo tem direito a um advogado, como dizem²²⁵.

Assim, aquele que está em condição de orador e precisa conhecer o tipo de alma de seu auditório, deve estar ciente de que, para cada alma, deve-se utilizar uma virtude capaz de persuadir. Pensando nessa disposição do auditório, foram criadas as mais diversas possibilidades de *ethe*.

No viés específico do *ethos* compreendido pela imagem que o orador cria de si para argumentar diante de seu auditório, emanado mediante virtudes específicas como coragem,

²²³ FIGUEIREDO, Maria Flavia; FERREIRA, Luiz Antonio. A perspectiva retórica da argumentação: etapas do processo argumentativo e partes do discurso. **Revista Virtual de Estudos de Linguagem**, edição especial, v. 14, n. 12, 2016. Disponível em: www.revel.inf.br. Acesso em: 24 out. 2018, p. 5.

²²⁴ MEYER, Michel. **Questões de retórica**: linguagem, razão e sedução. Trad. António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 51.

²²⁵ PLATÃO. **Fedro**. Trad. Edson Bini e Albertino Pinheiro. São Paulo: Publifolha, 2010, p. 204.

justiça e benevolência, se está diante de uma análise moral do sujeito que argumenta, sobretudo na maneira como propõe suas intenções.

Na construção do *ethos*, o orador viabiliza diferentes razões para criar confiabilidade em seu auditório, a qual, segundo Aristóteles²²⁶, depende da constituição de vários *ethe* pautados na sabedoria, na virtude e na benevolência, elencados, respectivamente, *phronesis*, *arete* e *eunoia*.

Na prática, com base em José Luiz Fiorin²²⁷, entende-se por *phronesis* a virtude do *ethos* ligada ao bom senso, à ponderação e à prudência do orador, que é capaz de argumentar a partir da lógica e da razão, considerando a sistematização dos argumentos e a ordem dos fatos, buscando acionar a racionalidade como método para compor seu discurso.

Nesse sentido, explica Ekkehard Eggs:

Pode-se, portanto, dizer que o orador mostra a *phronesis* se consegue encontrar argumentos e conselhos razoáveis, isto é, apropriados a uma problemática concreta, e por princípio, única. Ele persuadirá mais à medida em que o ouvinte tiver a convicção de que ele parece expor esses argumentos com “virtude”, isto é, honesta e sinceramente²²⁸.

Ainda, tem-se a presença da virtude ou *arete*, por meio da qual o orador reproduz um *ethos* de franco e temerário. Aqui, para adquirir a confiança e a admiração dos indivíduos, busca parecer justo e corajoso, emanando um discurso sincero capaz de expor seus pontos de vista e, assim, apresentar as “qualidades distintivas do homem”²²⁹.

Na sequência, a *eunoia* tem significado de benevolência e solidariedade. Aqui, o orador procura aproximar-se de seu auditório, mostrando compartilhar das emoções presentes, com argumentos afáveis e sensíveis às paixões.

A fim de harmonizar esse entendimento sobre a disposição do orador e seus *ethe*, leciona Michel Meyer:

Se nos colocarmos no ponto de vista do orador, o que se impõe como determinante é a vontade de agradar, de persuadir, de seduzir, de convencer, e pouco importa se isso é conseguido através de belos discursos ou de argumentos racionais. Se encarmos agora o ponto de vista do auditório, o que conta é antes a decifração das intenções e, por conseguinte, o caráter do

²²⁶ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. e notas. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013, p. 40.

²²⁷ FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2015, p. 71.

²²⁸ EGGS, Ekkehard. *Ethos* aristotélico, convicção e pragmática moderna. In: AMOSSY, Ruth (org.). **Imagens de si no discurso: a construção do ethos**. Trad. Dilson Ferreira da Cruz, Fabiana Komesu e Sírío Possenti. São Paulo: Contexto, 2005, p. 34.

²²⁹ FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2015, p. 71.

orador, a inferência que temos o direito de fazer a partir daquilo que é enunciado literalmente²³⁰.

Por conseguinte, é nítida a inter-relação dessas virtudes com o *ethos*, o *pathos*, o *logos*. Cada uma delas se direciona a um tipo de argumentação específica, ponderando sempre o tripé-retórico. Lembra-se aqui alguns elementos do tripé-retórico, com base nos ensinamentos de Michel Meyer:

Seguramente, o orador se mascara ou se revela, se dissimula ou se exhibe com toda transparência, em função da problemática que ele precisa enfrentar. Ele é prudente ou finge. O *ethos* se refere ao *pathos* e ao *logos*, atestando valor moral em uma relação com o outro, ou em sua gestão das coisas, mas também no modo de conduzir a própria vida, pela escolha dos meios (o aspecto social, os costumes, a prudência, a coragem etc) e dos fins a justiça, a felicidade, o prazer etc)²³¹.

Dessa forma, ao pensar na *phronesis*, sustentada pelo bom senso e pela prudência, o orador que se vale dessa virtude pauta sua argumentação no *logos*, pois se utiliza de recursos racionais e exprime opiniões razoáveis e balanceadas no pensamento técnico da razão.

Já no que tange à *arete*, o orador sustenta uma imagem de “bom homem”, virtuoso por suas qualidades morais, como a justiça e a sinceridade. Nesse momento, constrói seu discurso com recursos do *ethos*, pois passará confiança ao seu auditório justamente por fazer uma imagem de si que compreende ética e sinceridade.

Ainda nesse diapasão, tem-se a *eunoia*, virtude que corresponde à benevolência e à solidariedade. Aqui, o orador expõe simpatia por seu auditório, utilizando recursos do *pathos* para prover certa proximidade, mostrando-se solidário às situações apresentadas, argumentando cheio de benquerença, conforme explica José Luiz Fiorin²³².

A construção do *ethos* liga-se, portanto, de modo indissociável à sistemática sensível da compreensão das almas, ou seja, para o orador, é imprescindível distinguir a disposição de seus ouvintes, uma vez que é em função disso que ele escolherá as virtudes corretas para atingir seu objetivo.

Um orador que se vale do *ethos* de *arete* coloca a força de seu discurso ligada às características de sua personalidade como ser humano. Chama atenção para qualidades

²³⁰ MEYER, Michel. **Questões de retórica**: linguagem, razão e sedução. Trad. António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 26.

²³¹ MEYER, Michel. **Questões de retórica**: linguagem, razão e sedução. Trad. António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 36.

²³² FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2015, p. 72.

adequadas à persuasão, que o definirão como um homem confiável, passível de ser admirado e seguido por seus ouvintes.

Já o orador que imprime destaque às disposições do discurso usa do *logos* e da organização de seu discurso para conduzir vários tipos de alma. Acredita que a lógica e a razão, pautadas na temperança, no equilíbrio e no meio termo, são condições essenciais para reproduzir as virtudes da *phronesis*. Ademais, o orador sensível e que demonstra se importar com os sentimentos e as expectativas do auditório se vale da *eunoia* e produz em seu auditório as mais diversas emoções adequadas à persuasão.

Por essa razão, não poderá existir um bom orador que não utilize dessas virtudes com base nas premissas da teoria retórica. Sobre esse preceito, declara Ekkehard Eggs:

Se a disposição afetiva está ligada ao ouvinte, seria inexato concluir que ele se deixa convencer unicamente pelo *pathos* – conclusão que seria necessariamente falsa, uma vez que o ouvinte se deixa convencer, por definição, pelas três provas, *LOGOS*, *ETHOS*, *PATHOS*. Da mesma forma, seria falso excluir todo *pathos* do orador [...] ele deve demonstrar não só a *eunoia*, portanto, um sentimento de benevolência e de solidariedade para com seu auditório, mas também a *phronesis*, o logos prático²³³.

Com efeito, “a ética do orador é seu saber específico de homem, e esse humanismo é a sua moralidade, que constitui fonte de autoridade”²³⁴. Nessa linha, o orador torna-se uma espécie de autoridade por meio do discurso proposto. Ao usar suas virtudes, aproxima-se de seu público e cria uma atmosfera amigável.

No fundamento desta análise, o critério será, em primeiro lugar, o exposto pelo jurista Tercio Sampaio Ferraz Junior, que possibilita a Retórica como forma de pensar o direito no viés da pragmática. Assim, a análise terá como subsídio a discussão-contrária, a discutibilidade, a situação-comunicativa e a reflexividade do discurso jurídico.

Em segundo lugar, os instrumentos retóricos ou as chamadas provas retóricas, legados de Aristóteles, serão considerados no que diz respeito à personalidade do orador (*ethos*) e as suas respectivas virtudes (*arete*, *eunoia* e *phronesis*).

²³³ EGGS, Ekkehard. *Ethos* aristotélico, convicção e pragmática moderna. In: AMOSSY, Ruth (org.). **Imagens de si no discurso**: a construção do *ethos*. Trad. Dilson Ferreira da Cruz, Fabiana Komesu e Sírío Possenti. São Paulo: Contexto, 2005, p. 41.

²³⁴ MEYER, Michel. **Questões de retórica**: linguagem, razão e sedução. Trad. António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998. p. 43.

5.2 Linguagem e argumentação jurídica

Como pressuposto da linguagem e da argumentação jurídica e, após abordagem sobre os instrumentais linguísticos, é possível aferir que a palavra (oral ou escrita) é, sobretudo, ferramenta constituinte da virtude humana. Aristóteles definiu na *Retórica* um gênero específico para tratar da comunicação judicial.

O gênero retórico conhecido como *forense* ou *judicial* atua como ferramenta para persuadir acerca de um acontecimento passado. Este acontecimento deve ser exortado por um orador – o advogado – com a intenção de se estabelecer *premissas prováveis*²³⁵.

As referidas “premissas prováveis”, instauradas graças a um acontecimento passado que deve ser exposto da melhor maneira pelo orador, trouxe na *Retórica* uma experiência importante para o direito: apesar de já utilizada pelos políticos e ensinada pelos sofistas como “a arte de bem dizer”, a retórica aristotélica possuía um viés específico para as interações do Poder Judiciário em razão das defesas nos tribunais.

Assim, com o condão de melhor explicar a comunicação jurídica, Aristóteles cria o gênero judicial e, desde então, estudiosos contemporâneos têm se debruçado sobre as especialidades da linguagem e da argumentação jurídicas, aqui entendidas como pressupostos para a pragmática e para a retórica do discurso jurídico.

Deste modo, as capacidades interpretativas e argumentativas do direito traduzem sua essencialidade em uma pretensa busca pelo justo e pelo verdadeiro, associados, quase sempre, às premissas prováveis da verossimilhança. Nesse contexto, Tercio Sampaio Ferraz Junior acrescenta:

Toda aplicação do direito traz alguma insegurança, pois, para aplicar uma norma, é necessário um mínimo de indeterminação: conceitualmente, se a norma e a realidade coincidissem, a aplicação seria desnecessária. Como um grau mínimo de indeterminação é, por assim dizer, condição da aplicação – sem a indeterminação, a relação entre norma e realidade seria biunívoca e os juízes poderiam ser substituídos por computadores – a aplicação do direito marca um patamar em que razão e práxis abrem espaço para algum arbítrio. E, à sua vez, é essa possibilidade de arbítrio que exige o direito à segurança²³⁶.

Assim, a sentença seria produzida mediante um caráter prescritivo do direito, uma vez que o juiz não estaria simplesmente vinculado às leis e à Constituição. Para Tercio Sampaio Ferraz Junior, em que pese o imperativo da norma, a motivação do juiz também estaria ligada

²³⁵ ANTISERI, Dário; REALE, Giovanni. **História da filosofia**: filosofia pagã antiga. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003, p. 235.

²³⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Argumentação jurídica**. 2. ed. Barueri SP: Manole, 2016, p. 146.

às suas convicções íntimas. Desta maneira, aduz que “para além de manifestação de um princípio doutrinário, é na convicção, nesse ponto convergente de regras, dos métodos e dos casos, que se mostra, mais do que tudo, a *justeza* do seu juízo, *como algo que lhe é próprio*”²³⁷.

A palavra “convicção”, trazida por Tercio Sampaio Ferraz Junior como elemento inerente às decisões do juiz, pode ser compreendida como uma espécie de convencimento, de crença e de persuasão. Essas três palavras remetem aos eixos retóricos, ou seja, são instrumentos poderosos no que tange à influência sobre a percepção do auditório, neste âmbito personificado pelo juiz.

Em linhas gerais, o método empregado pelo orador (neste raciocínio personificado pelo advogado) obedece aos preceitos linguísticos associados à retórica, num viés ligado à linguagem e à argumentação propriamente jurídica, o que enseja uma possível interpretação processual-retórica relativa aos argumentos escolhidos pelos advogados em suas peças processuais. Nessa seara, adverte:

Afinal, não há direito sem ficção. E, em sentido mais amplo, pode-se observar, por exemplo, que a persecução penal, como a civil, está sujeita a imposições de ordem formal, com o sacrifício da verdade real, por se realizar processualmente. Tendo em vista que a função jurisdicional pressupõe um órgão imparcial – o juiz, o contraditório e o instituto da coisa julgada –, é inevitável que a verdade não possa surgir, no processo judicial, a todo custo: nem sempre a verdade corresponde à justiça dos julgamentos. O jurista hodierno percebe haver um descompasso entre a realidade daquilo que ocorreu fora do processo e a realidade das provas, sendo que, assim, “a essência verdadeira do fato é inatingível” e “a reconstrução precisa dos fatos é impossível” apelando-se, muitas vezes para a noção de *verdade suficiente*. Isso coloca uma importante questão referente à relação entre argumentação, justiça e segurança²³⁸.

A chamada “ficção” pode ser entendida como a versão dos fatos apresentados pelo advogado (orador). Conforme propositura aristotélica, o gênero judicial diz respeito aos fatos passados a serem expostos pelo orador, a fim de obter êxito em sua pretensão. Sobretudo no campo do direito, a verdade real se converte em verdade suficiente, estabelecida pela convicção e pela verossimilhança.

²³⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Argumentação jurídica**. 2. ed. Barueri SP: Manole, 2016, p. 149.

²³⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Argumentação jurídica**. 2. ed. Barueri SP: Manole, 2016, p. 171-172.

6 A ÉTHICA DA CONTRADIÇÃO: O *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* E A PERDA DE UMA CHANCE EM DECISÕES TRABALHISTAS

Neste capítulo, apresenta-se o princípio do *venire contra factum proprium* e a *perda de uma chance* em decisões trabalhistas, como conteúdo motivador das decisões judiciais selecionadas. O objetivo, no entanto, não é analisar os impactos do *venire* e da *perda de uma chance* no âmbito trabalhista de maneira instrumental, uma vez que este exame se propõe a uma averiguação retórica.

6.1 Preceitos conceituais do *venire contra factum proprium* e da perda de uma chance

Quanto aos impactos do *venire* na esfera trabalhista (sob o ponto de vista prático das decisões), Valton Doria Pessoa enfrentou o tema em sua obra *A incidência da boa-fé objetiva e do venire contra factum proprium nas relações de trabalho*²³⁹. Nesta pesquisa, considera-se o subsídio apresentado pelo autor de que a proibição do comportamento contraditório como princípio básico das relações de direito privado também se estende às relações de trabalho.

Não obstante, a *perda de uma chance* como tema da responsabilidade civil também aparece em decisões trabalhistas. Assim, quando o assunto é boa-fé objetiva, o comportamento contraditório – em que pese comum à natureza humana – não pode ser admitido na ficção jurídica.

Nesta pesquisa, no entanto, não se pretende analisar o *venire* e a *perda de uma chance* sob o viés axiológico, a fim de evitar o distanciamento do objeto deste trabalho. Ressalvada, portanto, toda a complexidade do tema nos âmbitos cível e trabalhista, examinam-se, a seguir, os conceitos básicos para contextualizar a análise retórica.

De modo conceitual, a boa-fé objetiva surge com preponderância no direito civil, diante da urgência de regulamentação das relações privadas. No entanto, a noção de boa-fé objetiva, como uma espécie de estruturação social, advém, sobretudo, de um cenário complexo interligado à natureza *juscultural* que, segundo António Manuel da Rocha e António Menezes Cordeiro, “implica o seu assumir como criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos”²⁴⁰.

²³⁹ PESSOA, Valton Doria. *A incidência da boa-fé objetiva e do venire contra factum proprium nas relações de trabalho*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

²⁴⁰ MENEZES CORDEIRO, António; MANUEL ROCHA, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 18.

Nessa perspectiva, a boa-fé objetiva como cláusula geral se impõe de maneira transversal, como dever ético das partes, e atua, sobretudo, como medida de equidade nos contratos. Garante, portanto, que o negócio jurídico seja praticado em conformidade às normas legais, nas proporções hermenêuticas, baseadas na experiência social em que emergirem os fatos.

Para além da observância da boa-fé durante a execução e a conclusão do contrato, deve-se considerar os momentos preliminares à consolidação de vontades e os atos praticados após o seu desfecho. À luz da doutrina brasileira, Judith Martins-Costa define esta etapa como “primeira enunciação”:

Por vezes, a fase do nascimento do vínculo é precedida por tratativas negociais. **Há conversações, trocas de informações e negociações orientadas a examinar as possibilidades e as conveniências de realizar um futuro contrato.** Ainda não há, nessa fase preliminar, relação contratual, pois as negociações preliminares configuram «tratos», e ainda não «contratos», nem negócios jurídicos. Porém, é preciso atenção: a fase formativa é poliforme e **não é destituída de relevância jurídica. Aí já há a tutela do direito que impõe deveres de correção no comportamento dos negociadores**²⁴¹ (grifos nossos)

Assim, a palavra *preliminar* evidencia que as trocas de informações e conveniências intencionais à realização do futuro contrato não são destituídas de relevância jurídica. Na prática, a lei impõe deveres às partes, ainda que o contrato não tenha sido formalizado.

Nesse viés reside a característica transversal da boa-fé objetiva, instituída, preliminarmente, no agir – ou seja, as atitudes dos sujeitos envolvidos na negociação, ainda que incompleta, serão essenciais para a legitimidade do contrato e sua posterior execução. As partes não poderão negligenciar a obrigatoriedade de um comportamento ético e razoável, uma vez que essas características irão consolidar o negócio jurídico futuro.

Por outro lado, a conclusão do contrato, como objeto principal do negócio jurídico, não admite por si só que os sujeitos envolvidos na relação obrigacional deixem de ter responsabilidade na fase pós-contratual. Assim elucida Judith Martins-Costa:

Extinto o contrato, guardam ainda os contraentes o dever de não o inviabilizar, em vista dos fins que haviam sido perseguidos pelo negócio. Com base na boa-fé, remanescem deveres jurídicos de proteção, embora extintos os anexos e de prestação. Assim, exemplificativamente, os deveres de confidencialidade

²⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 157.

ou de abstenção de condutas que possam pôr em risco o objeto a que estava direcionado o contrato²⁴².

A imposição de confidencialidade ou de abstenção de condutas daquele contrato que outrora existiu persiste, isto é, as partes estarão vinculadas ao dever de lealdade ao que foi acordado e cumprido, sob pena do dever de indenizar, em função da obrigatoriedade da boa-fé não apenas durante a vigência dos pactos.

A boa-fé objetiva, portanto, pertence ao campo do agir²⁴³. Por sua natureza histórica e social, espera-se do sujeito determinado comportamento, para que as vontades pactuadas possam legitimar-se ao longo do contrato. À luz do entendimento de António Menezes Cordeiro:

O conhecimento dos meandros materiais acolhidos à boa-fé, como regra de conduta, pressupõe uma apreensão jurídica do fenómeno, quer dizer, a sua redução dogmática. Sob ela, perfilam-se problemas ligados à possibilidade de tratamento unitário do tema, à génese dos deveres em causa, ao seu regime e à sua extensão [...] a exigência duma actuação de boa fé deriva do sistema e não de qualquer vontade das partes, que mais não podem do que conformar-se, querendo permanecer no domínio jurídico. **Uma regra geral de conduta segundo a boa-fé, concretizada em deveres de informação e lealdade, começa a tomar corpo**²⁴⁴ (grifos nossos).

Para a apreensão do fenómeno, no que tange ao exame doutrinário, é necessária a clara informação sobre os deveres das partes, pois a boa-fé objetiva expande o campo da vontade e volta-se ao encargo do imperativo: as regras de conduta deverão ser aplicadas para que os acordos possam existir sem prejuízo aos envolvidos, segundo os preceitos dogmáticos, existentes no escopo de uma regra geral.

Como paradigma, no direito brasileiro, a ratificação máxima da boa-fé objetiva é materializada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), ao elencar as práticas abusivas

²⁴² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 185.

²⁴³ “Nesse contexto, na redação do novo § 1º do art. 113 do Código Civil, a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: a) for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio, sendo vedado e não admitido o comportamento contraditório da parte, categoria que ainda será aqui abordada (*venire contra factum proprium non potest*); b) corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio, o que já está previsto no *caput* do comando, pela valorização das regras de tráfego; c) corresponder à boa-fé, o que igualmente se retira da norma anterior; d) for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e e) corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. Parece-me que as previsões relativas às letras b e c ficaram sem sentido, após a retirada da aplicação restrita aos negócios empresariais”. TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: GEN, 2023, p. 124.

²⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, António; MANUEL ROCHA, António. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 640-641.

nulas de pleno direito e instituir, sobretudo, que as partes deverão sempre agir com base na boa-fé²⁴⁵.

Não por acaso, a boa-fé objetiva no direito brasileiro consagra-se por meio do CDC, um sistema protetivo, desenvolvido por um critério de equidade, que considera um protagonista: o consumidor. Seria impossível, portanto, que a obrigatoriedade da boa-fé não fosse também assimilada por outros sistemas protetivos, como a legislação trabalhista.

Por outro lado, a jurisprudência nacional admite cada vez mais decisões que consideram a indenização pela perda de uma chance. Segundo Flávio Tartuce, a perda de uma chance “está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal”²⁴⁶.

Em decorrência da perda de uma chance, ao réu caberá o ônus da prova, para que o juiz tenha condições de avaliar se realmente houve uma chance perdida. Flávio Tartuce faz alusão ao julgado do TAC-SP que condenou um advogado ao pagamento de indenização por danos morais a um cliente, após ingressar com uma ação trabalhista intempestiva²⁴⁷.

Sobre o tema, Bruno Miragem conceitua a perda de uma chance da seguinte forma:

O exame das situações abrangidas pela perda da chance tende ao seu exame ora com base na investigação sobre a existência ou não de dano certo e atual, ora com ênfase na investigação do nexo causal. Da mesma forma, distingue-se o dano decorrente da perda da chance e os lucros cessantes (tudo o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar), em vista do fato que, em relação a esses últimos, há certeza quanto à sua ocorrência. No caso da perda da chance, como já se disse, o evento futuro que se vê frustrado – a chance – caracteriza-se como evento aleatório. E é daí que decorre sua principal crítica, qual seja, a de possibilidade de vulgarização do exercício da pretensão indenizatória mediante alegação de chances pouco prováveis e de menor importância²⁴⁸.

Dessa forma, a torpeza advinda do comportamento contraditório violador da boa-fé objetiva e caracterizador do *venire contra factum proprium*, ao frustrar legítima expectativa, é suficiente para legitimar a decisão indenizatória motivada pela perda de uma chance.

²⁴⁵ BRASIL. Lei n. 8.078/1990. “Art. 4º, III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;”

²⁴⁶ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: GEN, 2023, p. 440.

²⁴⁷ “Mandato. Indenização. Dano moral. Advogado. Ajuizamento intempestivo de ação trabalhista para a qual havia sido contratado. Hipótese de perda de uma chance para o cliente. Desídia profissional. Caracterização. Cabimento. Advogado que, contratado para ajuizar reclamação trabalhista, não o faz a tempo, causando ao seu contratante a perda da chance de que seu pleito fosse conhecido, responde pelo prejuízo moral decorrente de sua conduta desidiosa”. BRASIL. 2º TACSP, Ap. c/ Rev. 648.037-00/9, 5ª Câmara, Rel. Juiz Dyrceu Cintra, j. 11-2-2002.

²⁴⁸ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: GEN, 2021, p. 97.

Os conceitos discorridos até aqui encontram-se consolidados no âmbito civilista – e não são novidade alguma. A proposta deste exame, todavia, é justamente selecionar decisões trabalhistas envolvendo os dois temas (por não serem comuns) e possibilitarem um comparativo retórico da convicção de diferentes oradores em casos similares.

6.2 Decisões selecionadas para a análise

As decisões selecionadas para esta análise obedeceram aos seguintes critérios metodológicos: 1) decisões trabalhistas; 2) decisões trabalhistas a partir de 2020; 3) decisões trabalhistas de primeira à segunda instâncias; 4) decisões envolvendo o *venire contra factum proprium* e a perda de uma chance em casos de promessa de emprego; 5) quatro decisões favoráveis ao reclamante; 6) quatro decisões favoráveis à reclamada.

Sob essa perspectiva, apresentam-se oito decisões que, embora oculte o nome das partes, mantêm a estrutura do texto quanto à justificativa do julgador e a escolha dos argumentos. Diante disso, em seguida, apresenta-se uma síntese das decisões a serem examinadas no próximo capítulo.

A primeira decisão a ser analisada foi prolatada pelo TRT-2; trata-se de um despacho que recebeu o Recurso de Revista da ex-empregada. A pretensão foi julgada improcedente na origem e mantida pelo acórdão regional. Quanto à Revista, os autos foram remetidos ao TST em fevereiro de 2023 e, até o momento, não foi proferido novo acórdão.

A segunda decisão, proferida pelo TRT-9, trata-se de acórdão que manteve a sentença no tópico da responsabilidade contratual. O caso foi objeto de Recurso de Revista patronal, que não foi recebido, por inobservância do art. 896, § 1º-A, II e III, da CLT²⁴⁹. Atualmente, em grau de execução, já foi expedido alvará e determinado o arquivamento do caso, em dezembro de 2024.

A terceira decisão, prolatada pelo TRT-15, aborda acórdão favorável ao empregado, que reformou sentença improcedente. Após a reforma, foi celebrado acordo entre as partes e o processo foi arquivado definitivamente em julho de 2020.

²⁴⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452/1943 (CLT). “Art. 896. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica (Incluído pela Medida Provisória n. 2.226, de 4.9.2001). § 1º São indicadores de transcendência, entre outros: (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017). I – econômica, o elevado valor da causa; (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017). II – política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).

A **quarta decisão**, proferida pelo TRT-1, envolve sentença da 5ª Vara do Trabalho de Duque de Caxias-RJ, favorável ao empregado, que não foi objeto de recurso. O processo transitou em julgado e foi arquivado definitivamente em 22 de agosto de 2024.

A **quinta decisão**, prolatada pelo TRT-12, diz respeito à sentença da Vara do Trabalho de Palhoça-SC, com desfecho favorável à empresa. Não houve recurso e o caso transitou em julgado em junho de 2023, quando foi arquivado definitivamente.

A **sexta decisão** trata-se de acórdão do TRT-15, favorável à reclamada, que manteve a decisão de origem no ponto da perda de uma chance. A parte autora não interpôs recurso. O processo transitou em julgado e foi arquivado definitivamente em 21 de maio de 2021.

A **sétima decisão**, prolatada pelo TRT-12, diz respeito à acórdão regional que manteve sentença favorável à empresa. Atualmente, o processo está pendente de desfecho, pois encontra-se em grau de agravo interno, interposto em dezembro de 2024.

A **oitava** e última decisão foi proferida pelo TRT-9. Trata-se de sentença que absolveu a empresa, prolatada pela 1ª Vara do Trabalho de Cascavel. Houve interposição de Recurso Ordinário, que foi acolhido pelo regional, condenando uma das reclamadas no tópico dos danos morais. O processo transitou em julgado e foi arquivado definitivamente em 21 de agosto de 2024.

Dessa forma, a fim de possibilitar a análise retórica, enfrenta-se o seguinte objetivo: i. investigar a construção narrativa do orador a partir dos *éthe* e das virtudes (*areté*, *eunoia* e *phronesis*); ii. compreender qual foi o critério *ético* predominante no discurso do orador ao proferir decisão favorável ao reclamante ou a reclamada; iii. comparar os critérios retóricos e avaliar as semelhanças e diferenças entre eles.

7 ANÁLISE RETÓRICA

Tendo em vista os elementos descritos nos capítulos anteriores, as seções seguintes apresentam excertos²⁵⁰ das oito decisões (oportunamente grifados pela autora), com a respectiva análise *ética*, tomando por base o arcabouço teórico legitimado pelas estruturas linguísticas que permitem o uso da teoria retórica como método.

Passa-se, portanto, ao exame:

7.1 Decisão 1: proferida pelo TRT-2²⁵¹ (favorável a reclamante)

[...] PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tramitação na forma da Lei n. 13.467/2017.

Tempestivo o recurso (decisão publicada no DEJT em 17/10/2022 – Aba de Movimentações; recurso apresentado em 25/10/2022 – id. faa1f6d).

Regular a representação processual, id. 274aea6.

Dispensado o preparo (id. cf53762).

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

Responsabilidade civil do empregador/indenização por dano moral.

Alegação (ões):

Sustenta que é devida indenização a título de dano moral por erro/expectativa no momento da contratação (pré-contratual).

Consta do v. Acórdão:

“2. Do dano moral

Na inicial, alegou a autora que sofreu dano moral pré-contratual, sustentando, em síntese, que, inicialmente, recebeu uma proposta para trabalhar no cargo de analista fiscal sênior, cujo valor de salário era de R\$ 7.174,00 (fl.05).

Asseverou que, após aceita a proposta, pediu demissão em seu emprego à época. No entanto, em seguida, foi informada pela reclamada sobre retificação da proposta, com

²⁵⁰ Em respeito às nomenclaturas e aos conceitos processuais, apesar dos despachos serem atos judiciais – e não jurisprudências – o despacho em comento foi selecionado em função de sua excepcionalidade: fruto de um recurso de revista interposto pelo reclamante, após sua pretensão ter sido julgada improcedente na origem e a derrota confirmada pelo acórdão do Tribunal Regional. Nesse diapasão, a palavra “decisão” é aplicada em recorrência, como gênero passível de análise retórica.

²⁵¹ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. Processo n. 1001532-60.2021.5.02.0006, 8ª Turma, São Paulo, j. 30-11-2-2022.

alteração do cargo para analista fiscal pleno e salário de R\$ 4.950,00, depois reajustado para R\$ 5.211,00.

Postulou o pagamento de indenização de dano moral pela perda de uma chance, já que pediu demissão de seu outro emprego e teve a sua contratação frustrada, bem como reparação por danos materiais por ter ficado desempregada.

Na contestação (fl. 135), a reclamada informou que agiu de boa-fé, já que, desde o início da contratação, informou que o cargo era analista fiscal pleno, conforme conversa inicial, via WhatsApp com a Sra. Cristiane, do RH (ID 94eba31).

Argumentou que, durante o trâmite da pré-seleção, houve um equívoco na formalização da proposta (ID. 8c7fcdff), o que foi prontamente corrigido, após constatação pelo setor competente, razão pela qual a orientação foi no sentido de observar a proposta correta e suas condições salariais (ID. 289ecb4), até porque, desde o início das entrevistas, a autora já sabia que o cargo correto e disponível seria o analista fiscal pleno.

O MM Juízo de origem julgou improcedente a ação sob o fundamento de não ter havido qualquer ofensa ao princípio da boa-fé objetiva pela reclamada, já que o cargo inicial oferecido foi analista fiscal pleno e que a autora que deixou de aceitar a proposta.

Requer a reclamante a reforma da r. sentença a fim de condenar a reclamada no pagamento de indenização por danos morais e materiais em razão da frustração da contratação e por ter pedido demissão do emprego anterior diante da expectativa do novo emprego.

Ao exame.

Nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal, há possibilidade de indenização por dano moral, na medida em que dispõe serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Assim, o dano moral consiste em lesão à honra, intimidade, dignidade e à imagem, causando transtornos de ordem emocional e prejudicando aspectos da vida comum.

A responsabilidade civil visa, portanto, a recomposição e restabelecimento da situação anterior, por via de um ressarcimento pecuniário correspondente ao prejuízo, ou de uma indenização capaz de compensar o dano sofrido.

À luz dos arts. 818, CLT e 373, I, Código de Processo Civil, competia à parte autora produzir provas dos fatos narrados, por se tratar de fato constitutivo do seu direito e deste encargo não se desvencilhou a contento.

No caso em apreço, verifica-se que o cargo, inicialmente, oferecido foi uma vaga de analista fiscal pleno (fls. 31 e 38) e o salário final proposto de R\$ 5.211,00 era superior à pretensão salarial inicial da reclamante, além de benefícios, como, por exemplo, Plano de Saúde, Plano Odontológico, Seguro de Vida, etc (fl. 58), tendo em vista que a autora afirmou que desejava receber algo próximo ou superior a R\$ 4.500,00 (fl.39).

Note-se, ademais, que o envio da proposta, na qual constou o cargo de analista fiscal sênior, com salário de R\$ 7.174,00 (fl. 57), foi um equívoco da reclamada, visto que a conversa, inicialmente, restringiu-se ao cargo de analista fiscal pleno, conforme mensagens de fls. 31 e 38, o que configura boa-fé da reclamada que, em seguida, retificou o erro (fl. 50), oferecendo uma proposta, ainda, vantajosa (R\$ 5.211,00 mais benefícios) e superior ao que recebia na empresa anterior (R\$ 4.500,00), diante do valor que a obreira pretendia inicialmente.

Ressalte-se que, conforme inicial e depoimento pessoal, a reclamante deixou de assumir o cargo de analista fiscal pleno por ter se sentido insegura em razão da retificação do cargo e da proposta salarial, não restando comprovado qualquer ato ilícito da reclamada nesta decisão no particular.

Neste sentido, não obstante a autora tenha se submetido a entrevistas e exames admissionais, considerando que não houve violação ao princípio da boa-fé objetiva por parte da reclamada e nem prejuízo efetivo para a autora, já que a reclamada ofereceu R\$ 5.211,00 mais benefícios e a autora não aceitou, não há que se falar em indenização, conforme jurisprudência do C. TST:

“[...] É pacífica, na ordem jurídica do País, a responsabilidade por danos morais pré-contratuais. Com efeito, a teoria da indenização pela perda de uma chance, inspirada na doutrina francesa, consigna que, se alguém, ao praticar um ato ilícito, fizer com que outrem perca a oportunidade de obter uma situação mais vantajosa ou evitar um prejuízo, deve indenizar a parte prejudicada pelos danos causados. A indenização, nesses casos, pressupõe a existência de um dano real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, não sendo suficientes meras conjecturas ou possibilidades, pois o dano potencial ou incerto, via de regra, não enseja indenização. No caso concreto, o Tribunal Regional, analisando com zelo e minúcia o conjunto fático-probatório produzido nos autos, manteve a sentença que condenou a Reclamada ao pagamento de indenização por dano moral decorrente da não contratação do Reclamante, porquanto restou comprovado que o Autor foi submetido a exigências e procedimentos das etapas de seleção realizadas pela Ré – entrevistas, preenchimento de ficha, solicitação de documentação, solicitação de número de conta em banco, exame de saúde admissional e realização de curso, tendo inclusive, pedido tamanho para aquisição de

uniforme, sendo, contudo, inadmitido. Tais condutas da Reclamada importaram em criar, para o Reclamante, uma justa expectativa de que seria contratado, com base no postulado civilista da boa-fé objetiva. Com efeito, não obstante tais expectativas criadas, a Reclamada, contraditoriamente, não fez a contratação do Reclamante – afrontando o princípio da boa-fé objetiva que veda o comportamento contraditório – nemo potest venire contra factum proprium. Logo, a frustração superveniente dessa justa, efetiva e real expectativa, importou em gerar, no Reclamante, um dano de cunho extrapatrimonial e o consequente dever da Reclamada de indenizá-lo. Ademais, de acordo com o TRT, “a ré imputa à parte autora o não preenchimento dos requisitos do processo seletivo, mas não comprova tal alegação, sequer especifica quais requisitos seriam estes, situação que não se pode presumir, mormente diante do quanto demonstrado no curso da instrução”. Isso porque a circunstância de o empregador, na fase que antecede à formalização do contrato de trabalho, gerar no trabalhador a expectativa de efetivação do pacto, sendo que, na sequência, acaba por não efetivá-lo, enseja a condenação ao pagamento de indenização por dano moral, valendo reiterar que, na hipótese, além do desrespeito aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, consagrados no art. 1º, III e IV, da CF, resultou ofendido o princípio da boa-fé objetiva, insculpido no art. 422 do Código Civil. Agravo de instrumento desprovido (AIRR-21191-75.2018.5.04.0021, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 29/04/2022).

Destarte, não havendo a expectativa real de contratação no cargo de analista fiscal sênior e nem violação ao princípio da boa-fé objetiva, não há que se falar em indenização por perda de uma chance, tampouco de lucros cessantes, sendo, portanto, incabível a condenação nas indenizações pleiteadas.

Nego provimento”.

O aresto transcrito no apelo, proveniente do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, viabiliza o reexame da matéria, porquanto denuncia a existência de tese oposta específica (Súmula 296, I, do TST) no sentido de que é devida indenização a título de dano moral quando a lesão ocorre na fase pré-contratual (processo de contratação).

Eis o teor do aresto-paradigma:

“FASE PRÉ-CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CABIMENTO. A carência de discernimento e cuidado para com o candidato no processo de contratação revela a conduta degradante por parte da recorrente que fere a dignidade do trabalhador, ensejando condenação em dano moral”. (fonte: publicado no DJ em 1/4/2013 –id. faa1f6d-p.12)

RECEBO o recurso de revista.

Conforme elucidado no capítulo anterior, a decisão analisada trata-se de despacho que recebeu o Recurso de Revista interposto pela reclamante. Durante a seleção das decisões (*corpus* desta pesquisa), não foram encontrados outros despachos que receberam a revista sobre o tema do *venire* e a perda de uma chance, justamente pela impossibilidade de reexame de fatos e provas.

No entanto, neste caso específico, o Tribunal Regional entendeu por reexaminar a matéria, ante a necessidade de uniformização jurisprudencial, consubstanciado pela Súmula 296, I, do TST²⁵². Mensura-se, por oportuno, que o recebimento da revista é relevante para a análise retórica, uma vez que o orador foi persuadido pela autora que teve o pleito julgado improcedente na origem e assim mantido pela 2ª instância após recurso ordinário.

Assim, o Tribunal Regional inicia o despacho obedecendo ao gênero jurídico deste tipo de decisão, incluindo os acontecimentos em ordem cronológica. Aduz, ainda, que a autora insiste pela indenização a título de dano moral, ante a expectativa gerada pela empresa durante a contratação.

Na sequência, o orador trata do acórdão impugnado e destaca:

i. [...] alegou a autora que sofreu dano moral pré-contratual, sustentando, em síntese, que, inicialmente, recebeu uma proposta para trabalhar no cargo de analista fiscal sênior, cujo valor de salário era de R\$ 7.174,00 [...] asseverou que, após aceitar a proposta, pediu demissão em seu emprego à época. No entanto, em seguida, foi informada pela reclamada sobre retificação da proposta, com alteração do cargo para analista fiscal pleno e salário de R\$ 4.950,00, depois reajustado para R\$ 5.211,00. Postulou o pagamento de indenização de dano moral pela perda de uma chance, já que pediu demissão de seu outro emprego e teve a sua contratação frustrada, bem como reparação por danos materiais por ter ficado desempregada.

ii. [...] a reclamada informou que agiu de boa-fé, já que, desde o início da contratação, informou que o cargo era analista fiscal pleno, conforme conversa inicial, via WhatsApp com a Sra. Cristiane, do RH (ID 94eba31). Argumentou que, durante o trâmite da pré-seleção, houve um equívoco na formalização da proposta (ID. 8c7fcdf), o que foi prontamente corrigido, após constatação pelo setor competente, razão pela qual a orientação foi no sentido de observar a proposta correta e suas condições salariais (ID. 289ecb4), até porque, desde o início das entrevistas, a autora já sabia que o cargo correto e disponível seria o analista fiscal pleno. O MM Juízo de origem julgou improcedente a ação sob o fundamento de não ter havido qualquer ofensa ao princípio da boa-fé objetiva pela reclamada, já que o cargo inicial oferecido foi analista fiscal pleno e que a autora que deixou de aceitar a proposta.

²⁵² BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula 296. RECURSO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ESPECIFICIDADE. I – A divergência jurisprudencial ensejadora da admissibilidade, do prosseguimento e do conhecimento do recurso há de ser específica, revelando a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, embora idênticos os fatos que as ensejaram.

iii. [...] No caso em apreço, verifica-se que o cargo, inicialmente, oferecido foi uma vaga de analista fiscal pleno (fls. 31 e 38) e o salário final proposto de R\$ 5.211,00 era superior à pretensão salarial inicial da reclamante, além de benefícios, como, por exemplo, Plano de Saúde, Plano Odontológico, Seguro de Vida, etc. (fl. 58), tendo em vista que a autora afirmou que desejava receber algo próximo ou superior a R\$ 4.500,00 (fl.39). Note-se, ademais, que o envio da proposta, na qual constou o cargo de analista fiscal sênior, com salário de R\$ 7.174,00 (fl. 57), foi um equívoco da reclamada, visto que a conversa, inicialmente, restringiu-se ao cargo de analista fiscal pleno, conforme mensagens de fls. 31 e 38, o que configura boa-fé da reclamada que, em seguida, retificou o erro (fl. 50), oferecendo uma proposta, ainda, vantajosa (R\$ 5.211,00 mais benefícios) e superior ao que recebia na empresa anterior (R\$ 4.500,00), diante do valor que a obreira pretendia inicialmente. Ressalte-se que, conforme inicial e depoimento pessoal, a reclamante deixou de assumir o cargo de analista fiscal pleno por ter se sentido insegura em razão da retificação do cargo e da proposta salarial, não restando comprovado qualquer ato ilícito da reclamada nesta decisão no particular. Neste sentido, não obstante a autora tenha se submetido a entrevistas e exames admissionais, considerando que não houve violação ao princípio da boa-fé objetiva por parte da reclamada e nem prejuízo efetivo para a autora, já que a reclamada ofereceu R\$ 5.211,00 mais benefícios e a autora não aceitou, não há que se falar em indenização, conforme jurisprudência do C. TST [...].

iv. [...] não havendo a expectativa real de contratação no cargo de analista fiscal sênior e nem violação ao princípio da boa-fé objetiva, não há que se falar em indenização por perda de uma chance, tampouco de lucros cessantes, sendo, portanto, incabível a condenação nas indenizações pleiteadas. Nego provimento.

Por conseguinte, após destacar a jurisprudência do TST que justificou o acórdão mantendo a improcedência da origem (por entender que não houve expectativa real da reclamante e nem violação do princípio da boa-fé objetiva), **o relator inclui o aresto-paradigma que o persuadiu quanto ao recebimento do recurso – possibilitando, assim, o contraponto sobre o que foi até então designado.** O trecho é objeto da análise retórica a seguir:

Trecho:

“Destarte, não havendo a expectativa real de contratação no cargo de analista fiscal sênior e nem violação ao princípio da boa-fé objetiva, não há que se falar em indenização por perda de uma chance, tampouco de lucros cessantes, sendo, portanto, incabível a condenação nas indenizações pleiteadas. Nego provimento”.

O aresto transcrito no apelo, proveniente do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, viabiliza o reexame da matéria, porquanto denuncia a existência de tese oposta

específica (Súmula 296, I, do TST) no sentido de que é devida indenização a título de dano moral quando a lesão ocorre na fase pré-contratual (processo de contratação).

Eis o teor do aresto-paradigma:

“FASE PRÉ-CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CABIMENTO. A carência de discernimento e cuidado para com o candidato no processo de contratação revela a conduta degradante por parte da recorrente que fere a dignidade do trabalhador, ensejando condenação em dano moral”. (fonte: publicado no DJ em 1/4/2013 –id. faa1f6d-p.12)

RECEBO o recurso de revista” (grifos nossos).

Análise:

O orador conclui pelo recebimento do Recurso de Revista, por entender necessária a uniformização jurisprudencial. Assim, para justificar a decisão, elucida o que foi determinado anteriormente pelo acórdão e, inclui, posteriormente, o aresto-paradigma, contrário ao que havia sido até então determinado.

Quanto à convicção do acórdão, entendeu que não houve expectativa real da reclamante e nem violação do princípio da boa-fé objetiva, por concordar com a tese patronal de que houve “um equívoco” e posterior “retificação do erro” e, ainda, que a proposta de valor menor era, mesmo assim, superior à pretensão salarial da autora, não configurando qualquer ato ilícito.

Em contraponto, a jurisprudência em cotejo – imprescindível ao recebimento do recurso – utilizou uma narrativa com as seguintes palavras: “carência de discernimento”, “cuidado para com o candidato”, “conduta degradante que fere a dignidade do trabalhador”. Para a teoria retórica, não é coincidência que o aresto selecionado tenha persuadido o relator, tendo em vista um processo julgado improcedente em primeira e segunda instâncias.

Para a teoria retórica, a persuasão do orador foi possível graças ao fenômeno linguístico provocado pelas palavras escolhidas. “Carência”, no sentido de escassez e privação de discernimento da autora e ausência de “cuidado” patronal, que deveria ter agido preventivamente, para que não houvesse conduta “degradante”, desonrosa, capaz de ferir a dignidade da trabalhadora.

Persuadido pelo aresto do TRT-5, **o relator consente que a conduta patronal “degradante” poderia ensejar indenização por danos morais na fase pré-contratual**, restando nítida a preocupação em possibilitar uma outra análise ao caso,

que considere a contradição entre o que foi até então determinado pela sentença e confirmado pelo acórdão e a divergência jurisprudencial relativa à convicção de outro Tribunal Regional sobre o mesmo tema.

Assim, ao abrir espaço para uma nova decisão, é nítido o *ethos* de responsabilidade do orador, que enseja o benefício da dúvida ao caso concreto, virtude típica de *areté*, ao considerar a temeridade e a justiça como construção de caráter do julgador imparcial e preocupado com eventual prejuízo à dignidade do trabalhador.

Desse modo, no que tange à análise retórica, vislumbra-se a preocupação do orador em receber o Recurso, diante da constatação de que a jurisprudência uniformizada poderia ser imprescindível ao caso, graças à persuasão provocada pelo aresto escolhido pela reclamante.

O orador lança mão da virtude típica de *areté*, pois assume um *ethos* de reponsabilidade, **ao admitir o benefício da dúvida**, perante um caso que poderia sofrer um desfecho inconforme, diante da carência de discernimento da autora e da conduta degradante por parte da empresa.

7.2 Decisão 2: proferida pelo TRT-9²⁵³ (favorável ao reclamante)

“[...]

MÉRITO

RECURSO DA RECLAMADA

Responsabilidade pré-contratual: contratação frustrada

*Em apertada síntese, sustenta a reclamada: o início do processo seletivo para aumento do quadro de empregados ocorreu em 27/03/2020, ou seja, em período concomitante ao início da pandemia (fl. 168); que em 01/05/2020 a reclamante enviou seu currículo à reclamada (fl. 168); **que a vaga foi aberta em um momento em que a economia ainda não estava estagnada como ocorreu após os consecutivos decretos de restrição de circulação, de fechamento do comércio não essencial e todas as outras providências sanitárias decorrentes da pandemia;** que houve a necessidade de mudança nas estratégias da reclamada, ocasião em que visou a prioridade aos empregados ativos com o uso de todas medidas previstas nas Medidas Provisórias editadas pelo Governo Federal (fl. 168); **que a reclamada efetivamente buscou***

²⁵³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Processo n. 0000083-77.2021.5.09.0010. 3ª Turma, Curitiba, j. 28-07-2022.

contratar a autora porém, infelizmente, não pode confirmá-la, por não haver recursos disponíveis para a admissão de um novo empregado naquela ocasião (fl. 169); que em decorrência de um entrave burocrático, a data de nascimento da reclamante não foi reconhecida em consulta efetuada na Receita Federal quando das tratativas de contratação, de maneira que não seria possível a sua inclusão no E-Social (fl. 169); que a reclamante já estava descontente com o seu emprego anterior, haja vista que a proposta de emprego então ofertada pela ré tinha composição salarial inferior ao que a reclamante recebia em seu emprego anterior nas Farmácias Irmãos Pavesi; que pela própria CTPS da obreira, a mesma nem mesmo chegou a ficar desempregada e atualmente trabalha com remuneração superior tanto ao seu emprego anterior, quanto ao ofertado pela ré (fl. 170); que em momento algum a reclamada agiu de má-fé ou de forma desonesta frente à reclamante (fl. 170); que a reclamante não fez qualquer prova que corroborasse para o alegado abalo moral relatado em petição inicial, nem mesmo que a situação exposta nos autos a privou de uma oportunidade real de melhora econômica e profissional nos termos dispostos nos artigos 818 da CLT c/c 373 do CPC. Requer a reforma da r. decisão “a quo”, excluindo a condenação ao pagamento de indenização por danos morais imposta, e, por consequência, invertendo-se os ônus sucumbenciais. Alternativamente requer a redução do valor do “quantum” indenizatório.

Em relação aos danos materiais, prossegue alegando que a ausência de contratação da reclamante decorreu de fatos alheios à possibilidade da efetivação da contratação, sendo que não existiu qualquer prejuízo de ordem material, vez que a reclamante, ato contínuo ao pedido de demissão elaborado à empresa Irmãos Pavesi, já passou a trabalhar em novo emprego, inclusive com remuneração superior à do emprego anterior e também à ofertada pela Reclamada. Requer a reforma da sentença também no particular, com a consequente exclusão da condenação à indenização decorrente de supostos danos materiais.

Constou da sentença (fls. 158/161):

DANO PATRIMONIAL E MORAL.

[...]

Pois bem, analiso.

A alegação da reclamada de que a suspensão contratual da autora deu-se em razão da pandemia não pode prosperar, eis que o processo seletivo ocorreu em maio/2020, já com esta situação em curso. Conforme se retira dos termos da inicial e defesa e dos documentos juntados (fls. 23 a 40), realmente houve a promessa de contratação, com pedido à autora de rescisão imediata do contrato mantido em curso com a outra empregadora, o que lhe ocasionou, inclusive, o pagamento de verbas rescisórias. Assim, toda a alegação disposta pela ré em

defesa não é hábil a elidir o direito da autora, eis que comprovado o dano advindo da promessa de contratação não cumprida.

Dessa forma, entendo que não agiu a reclamada com o dever jurídico de lealdade e boa-fé, eis que a contratação estava praticamente formalizada, mesmo que em fase pré-contratual, devendo, assim, arcar com o pagamento da indenização por danos patrimoniais e morais, em observância aos princípios já citados.

A Constituição Federal (art. 7º, inciso XXVIII) e o Código Civil (artigos 186 e 927) consagraram a teoria da responsabilidade subjetiva para a reparação civil, de forma que incumbe ao reclamante a prova inequívoca de que os fatos que narra acarretaram ofensa ao seu patrimônio incorpóreo, o que restou comprovado nos autos.

Condeno, pois, a reclamada ao pagamento de danos patrimoniais, no importe de R\$ 1.598,12 (TRCT de fls. 41/42), verbas pagas pela autora ao antigo empregador pela rescisão imediata. Outrossim, indefiro o pagamento dos valores relativos ao seguro-desemprego, ante a colocação da autora em novo emprego, em 19/05/2020, conforme CTPS de fls. 22.

Quanto ao dano moral, considerando os termos do art. 5º, XX, da Constituição Federal; arts. 186, 927 e 932, III (súmula 341, STF), do CC c/c art. 8º, parágrafo único, da CLT, e a gravidade da situação reconhecida nesta sentença, com ofensa a valores fundamentais e tomando por parâmetro a reação natural do homem médio, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade na quantificação da indenização, o prejuízo à honra do reclamante, a evidente repercussão do fato perante o seu convívio em sociedade, a situação econômica da reclamada, considerando que o caráter pedagógico da indenização pelo dano moral não se coaduna com o estabelecimento de um valor irrisório, considerando, por fim, que a indenização por danos morais não deve ser excessiva ao ponto de se prestar ao enriquecimento sem causa, entendo cabível e justa a indenização por danos morais no montante de R\$ 5.000,00, termos em que é julgado procedente em parte o pedido da petição inicial.

Acolho, em parte, nestes termos.

Examino.

A fim de comprovar suas alegações a parte autora trouxe aos autos os seguintes documentos:

- cópia da CTPS, constando vínculo com Farmácia Irmãos Pavesi Ltda de 04/12/2018 a 12/05/2020, e vínculo de trabalho temporário em aberto, iniciado em 19/05/2020 (fls. 17/22);*
- ata notarial referente à troca de mensagens entre a autora e a ré (fls. 23/40);*
- TRCT referente ao vínculo com Farmácia Irmãos Pavesi Ltda (fl. 41/43);*

A ré por sua vez juntou aos autos:

- planilha de cálculo referente a repasse de valores BNDES (fl. 77/88);
- documentos relativos à suspensão de contratos de trabalho e avisos de férias relativos a outros funcionários (fls. 89/110);
- conectividade social e GFIP (fls. 111/122);
- email indicando envio de curriculum pela autora, datado de 01/05/2020 (fls. 123/124);
- consulta e-social onde consta divergência na data de nascimento da autora (fls. 125/126).

Não houve produção de prova oral (ata de audiência fls. 150/151).

Pois bem.

São incontroversos os fatos de que houve tratativas entre as partes para a contratação da autora.

O documento de fls. 123/124, juntado pela defesa, demonstra que o recebimento do curriculum da autora se deu em 01/05/2020, portanto, ao contrário do que sustenta a ré, o processo seletivo para a contratação não se deu antes da pandemia, iniciada sabidamente em março/2020, mas sim no decorrer desta.

As conversas constantes do documento de fls. 23/40 demonstram inequivocamente que a autora seria contratada pela ré, iniciando suas atividades em 13/05/2020. É o que consta das mensagens de fls. 27/29 trocadas em 11/05/2020, em que fica definido o horário de início das atividades (13/05 às 12h), bem como a relação de documentos a ser enviada pela autora, além das boas vindas à equipe da ré.

Consta ainda das mensagens expresse questionamento por parte da ré em relação ao pedido de demissão do emprego anterior, a fim de possibilitar a contratação (fl. 29), sendo que após informar à autora da impossibilidade de contratação lhe foi sugerido que tentasse reverter o pedido de demissão já efetuado (fl. 35).

Inequívoco, portanto, que tanto a oferta da vaga de emprego como a promessa efetiva de contratação ocorreram com a pandemia já em curso (maio/2020) pelo que as alegações de que dificuldades financeiras teriam impedido a efetivação da contratação da autora não merecem ser acolhidas.

O empregador assume os riscos da atividade econômica em qualquer situação (artigo 2º, “caput”, da CLT), de modo que o empregado, sendo a parte hipossuficiente, não pode suportar prejuízos para os quais não concorreu, assim sendo, entendendo que não pode a empresa invocar a ocorrência de força maior (art. 501 da CLT) ou a teoria da imprevisão (arts. 478 a 480 do CC) para deixar de cumprir as obrigações assumidas.

No que tange à responsabilidade pré-contratual, ficou patente que a empresa praticou diversos atos, desde a tratativa, exigência de demissão do emprego anterior, coleta de documentos e até mesmo marcação de data e horário para o início das atividades pela autora. No entanto, a autora teve a contratação frustrada de forma inesperada, por ato exclusivo da ré, para o qual a trabalhadora não concorreu. A alegação de irregularidade em relação à data de nascimento da autora junto ao e-social em nada afasta tal conclusão, pois o equívoco partiu do preenchimento incorreto de dados pela própria ré (fl.125/126).

Trata-se, a meu juízo, da violação do princípio da boa-fé objetiva, no sentido de que os contratos devem ser interpretados a partir da confiança norteadora dos comportamentos e responsabilidades dos contratantes.

No caso, verifica-se, especificamente, a figura do venire contra factum proprium, em que a empresa, por meio de atos concretos, faz nascer no trabalhador a confiança na realização de nova situação jurídica, vindo, posteriormente a praticar ato contrário.

De fato, a reclamada fez suscitar na reclamante a confiança de que seria contratada, inclusive com exigência de demissão do emprego anterior, agendamento de horário para início das atividades, coleta de documentos para formalização do contrato, o que gerou na trabalhadora inequívoca confiança da contratação (primeiro comportamento). A não concretização da contratação posterior contrariou a confiança (segundo comportamento).

Nesse sentido, inclusive cito precedente desta E. 3ª Turma:

DANO MORAL. BOA FÉ OBJETIVA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. Os contratos devem ser interpretados com enfoque na tutela de confiança entre os contratantes. Trata-se do princípio da boa-fé objetiva nos contratos, descrita no artigo 402 do CCB/02, que impõe aos contratantes o dever de manterem comportamento marcado pela lealdade, honestidade e cooperação, inclusive na fase pré-contratual, com o intuito de preservar a confiança na relação contratual. A ré tem o direito de contratar ou não determinado candidato ao emprego, mas ao exercê-lo, não pode exceder seus limites e romper a confiança que lhe foi depositada pela contraparte, causando-lhe prejuízo. No caso dos autos, a ré falhou com o dever de conduta no contrato de trabalho, incidindo na hipótese de ofensa à boa-fé objetiva chamada pela doutrina de venire contra factum proprium. A ré teve um comportamento que gerou na autora a confiança de que aquele comportamento seria mantido e, contraditoriamente, realizou um segundo comportamento contrário ao primeiro, quebrando a confiança e gerando um prejuízo à autora. Por isso, a existência de culpa no sentido subjetivo é irrelevante, mas o que importa é uma análise objetiva da questão. Significa que, demonstrado comportamento contraditório por uma das partes, de forma a lesar a confiança entre elas no contrato, há o

dever de indenizar, independentemente de culpa no sentido subjetivo. TRT-PR-11690-2013-513-09-00-3-ACO-42436-2014 – 3A. TURMA, Relator: THEREZA CRISTINA GOSDAL, Publicado no DEJT em 05-12-2014.

Da mesma forma, a jurisprudência do C. TST reconhece o direito de indenização por dano moral nos casos em que frustrada, de forma injustificada, a legítima expectativa de contratação – em prestígio à boa fé-objetiva:

[...] III – RECURSO DE REVISTA – REGÊNCIA PELA LEI N. 13.015/2014 – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROMESSA DE EMPREGO. CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. O entendimento desta Corte é no sentido de que, em prestígio à boa-fé objetiva, ao vislumbrarem a formação do vínculo contratual, as partes comprometem-se, desde então, ao cumprimento de obrigações pertinentes à fase do pré-contrato, razão pela qual, se o empregador não corresponde à expectativa do trabalhador, deve indenizá-lo por danos morais. Recurso de revista conhecido e provido (RR-11623-54.2015.5.01.0011, 8ª Turma, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 22/03/2019).

REVELIA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PERDA DE UMA CHANCE. EXPECTATIVA DE EMPREGO. Em decorrência da revelia e da confissão ficta aplicada à reclamada, bem como em virtude da inexistência de provas em contrário, o Regional manteve a sentença, em que se condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais, por presumir verdadeira a alegação contida na exordial de que os requisitos necessários à responsabilização patronal foram configurados, em razão de o autor ter se desligado de seu emprego anterior, por acreditar na promessa de trabalho ofertada pela ora agravante. Nos termos do artigo 844 da CLT, o não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato. Na hipótese dos autos, foi decretada a revelia da reclamada, em razão da ausência em audiência, reputando-se verdadeiros os fatos afirmados pelo reclamante na exordial, nos termos do artigo 344 do novo CPC. Salienta-se que a revelia e a confissão fazem recair sobre a ré o encargo de desqualificar a presunção relativa de veracidade das informações contidas na inicial. No entanto, a agravante não se desincumbiu desse ônus probatório, motivo pelo qual não se verifica ofensa aos artigos 818 da CLT e 373 do novo CPC. Assim, em face da revelia e confissão aplicadas à reclamada, está correta a decisão regional em que se consideraram verdadeiras as alegações contidas na inicial e, conseqüentemente, se manteve a condenação da ora agravante ao pagamento de indenização por dano moral (AIRR – 10146-13.2015.5.03.0052 Data de Julgamento: 24/04/2018, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/04/2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. RITO SUMARÍSSIMO. INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS. PROMESSA DE EMPREGO. REALIZAÇÃO DE EXAME MÉDICO ADMISSIONAL. EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO FRUSTRADA PELA EMPRESA. RETENÇÃO DA CTPS. 1. O Tribunal Regional consignou que restaram comprovados a promessa de contratação, a realização de exame médico admissional, abertura de conta, agendamento de treinamento e cancelamento arbitrário da vaga, a par da retenção da CTPS por prazo superior a trinta dias, considerando que essas premissas fáticas são suficientes a demonstrar os danos morais sofridos pelo reclamante. 2. O entendimento desta Corte é no sentido de que, em prestígio à boa-fé objetiva, ao vislumbrarem a formação do vínculo contratual, as partes comprometem-se, desde então, ao cumprimento de obrigações pertinentes à fase do pré-contrato, de modo que, uma vez frustrada, de forma injustificada, a legítima expectativa de contratação que infundiu no empregado, a empresa atrai para si o dever de indenizar os danos morais decorrentes dessa conduta abusiva. 3. Tratando-se, outrossim, de um dano in re ipsa, ou seja, que prescinde de comprovação, basta a demonstração do ato ilícito e do nexu causal, os quais restaram evidenciados na hipótese. Intactos, assim, sob esse enfoque, os arts. 5º, X, e 7º, XXVIII, da Constituição Federal. Agravo de instrumento parcialmente conhecido e não provido. (Processo: AIRR – 11108-31.2015.5.03.0183 Data de Julgamento: 09/11/2016, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/11/2016).

Nesse contexto, inegável o ato ilícito da reclamada, nos termos do art. 187 do CC: Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

No tocante aos danos, identifica-se tanto o dano material – já que a promessa da contratação ocasionou o pedido de demissão da autora do emprego anterior, com pagamento de aviso prévio ao antigo empregador (CC, arts. 402/403) –, quanto o dano moral, pois houve violação à dignidade e imagem profissional da autora, que teve frustradas suas expectativas de novo trabalho, ficando diante de uma situação de incerteza quanto ao seu futuro profissional, e sem qualquer fonte de sustento, ainda que por um curto espaço de tempo (CF/88, art. 5º, X).

Existe, portanto, o dever de a reclamada reparar o prejuízo causado à autora, nos termos dos arts. 403 e 927 do CC.

Em relação ao quantum, nota-se que a ré insurge-se expressamente apenas em relação ao valor arbitrado a título de indenização por danos morais.

Para a fixação do valor da indenização, deve ser considerado o princípio da reparação integral (CC, art. 944), a teoria do desestímulo, a natureza do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão, a extensão e a duração dos efeitos da ofensa, o grau de culpa ou dolo e a situação social e econômica das partes envolvidas (CLT, art. 223-G da CLT), como também se se tratou de ofensa de natureza leve, média, grave ou gravíssima (CLT, art. 223-G, § 1º), conforme o entendimento dominante desta E. Turma.

Ressalvo entendimento pessoal no sentido de que o § 1º do art. 223-G da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017, ao estabelecer o valor do salário como parâmetro para fixar indenização em caso de violação dos direitos relativos à pessoa, é incompatível com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos, respectivamente, nos arts. 1º, inciso III, e 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal. Curvo-me, entretanto, ao entendimento prevalente nesta E. Turma pela sua aplicação na fixação do “quantum” indenizatório.

A meu ver, a ofensa praticada foi de natureza média, o que, conforme art. 223-G, § 1º, II, da CLT, corresponderia indenização até 5 (cinco) vezes o último salário contratual. No caso, o último salário contratual da autora no emprego anterior foi R\$ 1.366,00, o que corresponderia indenização de até R\$ 6.830,00 (seis mil, oitocentos e trinta reais). A indenização arbitrada pelo Juízo a quo de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) encontra-se aquém do limite máximo, de acordo com o referido preceito, pelo que a meu ver o valor não comporta redução.

Ademais, a indenização de R\$ 5.000,00 encontra-se em consonância com o que vem decidindo esta E. 3ª Turma em casos similares. Cito como precedentes os julgamentos dos autos n. 0001309-87.2016.5.09.0594 (RO), de relatoria do Exmo. Des. ARION MAZURKEVIC, publicado em 19/10/2018, e autos 0000332-36-2014-5-09-0022 (RO), de relatoria da Exma. Des. ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPÃO, publicado em 07/04/2015; n. 0001593-52-2013-5-09-051, Relator: THEREZA CRISTINA GOSDAL, Publicado no DEJT em 05-12-2014.

Mantenho”.

Antes de se iniciar o exame da decisão, menciona-se que foi objeto de Recurso de Revista patronal, não recebido, por inobservância do art. 896, I e II, § 1º-A, da CLT²⁵⁴.

²⁵⁴ BRASIL. Lei n. 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho). “Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica (Incluído pela Medida Provisória n. 2.226, de

Atualmente, em grau de execução, foi expedido alvará e determinado o arquivamento do processo, em dezembro de 2024.

Passa-se, então, à análise.

O Tribunal Regional inicia a construção do texto incluindo um breve relato dos fatos, obedecendo à formalidade necessária aos acórdãos, para que o gênero produzido esteja condizente às exigências processuais.

Quando indica tratar-se de “responsabilidade pré-contratual: contratação frustrada”, evidencia o tema a ser encontrado na sequência. Assim, o julgador contextualiza o caso, incluindo pontos alegados pela reclamada, a qual busca reformar a decisão de primeira instância.

Em síntese, sobre as alegações da reclamada, o relator (orador) destaca:

v. [...] que a vaga foi aberta em um momento em que a economia ainda não estava estagnada como ocorreu após os consecutivos decretos de restrição de circulação, de fechamento do comércio não essencial e todas as outras providências sanitárias decorrentes da pandemia [...]

vi. [...] que a reclamada efetivamente buscou contratar a autora, porém, infelizmente, não pode confirmá-la, por não haver recursos disponíveis para a admissão de um novo empregado naquela ocasião [...]

vii. [...] que em decorrência de um entrave burocrático, a data de nascimento da reclamante não foi reconhecida em consulta efetuada na Receita Federal quando das tratativas de contratação, de maneira que não seria possível a sua inclusão no E-Social [...]

viii. [...] haja vista que a proposta de emprego então ofertada pela ré tinha composição salarial inferior ao que a reclamante recebia em seu emprego anterior nas Farmácias Irmãos Pavesi; que pela própria CTPS da obreira, a mesma nem mesmo chegou a ficar desempregada e atualmente trabalha com remuneração superior tanto ao seu emprego anterior, quanto ao ofertado pela ré (fl. 170); que em momento algum a reclamada agiu de má-fé ou de forma desonesta frente à reclamante [...]

Após contextualizar os principais argumentos da reclamada em confronto à sentença, o relator analisa o conteúdo e decide utilizando excertos da convicção *a quo*. O orador se vale do outrora definido, justificando a manutenção da sentença pelos motivos a seguir destacados:

4.9.2001). § 1º São indicadores de transcendência, entre outros: (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017). I – econômica, o elevado valor da causa; (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017). II – política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).

Trecho:

“Conforme se retira dos termos da inicial e defesa e dos documentos juntados (fls. 23 a 40), realmente houve a promessa de contratação, com pedido à autora de rescisão imediata do contrato mantido em curso com a outra empregadora, o que lhe ocasionou, inclusive, o pagamento de verbas rescisórias. Assim, toda a alegação disposta pela ré em defesa não é hábil a elidir o direito da autora, eis que comprovado o dano advindo da promessa de contratação não cumprida. Dessa forma, entendo que não agiu a reclamada com o dever jurídico de lealdade e boa-fé, eis que a contratação estava praticamente formalizada, mesmo que em fase pré-contratual, devendo, assim, arcar com o pagamento da indenização por danos patrimoniais e morais, em observância aos princípios já citados” (grifos nossos)

Análise:

O orador inicia o trecho aludindo a documentos juntados em petição inicial e na defesa: esse recurso é característico do *logos* e da virtude de *phronesis*, pois considera o corroborado em prova documental (nesse sentido, importante aludir à força das provas documentais no processo judicial, uma vez que seriam, em tese, privilegiadas em relação às demais provas constituídas).

No recorte acima, quando o relator destaca “toda a alegação disposta pela ré em defesa não é hábil a elidir o direito da autora, eis que comprovado o dano advindo da promessa de contratação não cumprida”, pondera que os documentos juntados aos autos (conversas que demonstram o pedido de rescisão imediata com a outra empregadora e o comprovante do pagamento de verbas rescisórias) são determinantes à ordem dos fatos, logo, definem que a alegação da reclamante é verdadeira.

Nesse contexto, indica que o conjunto documental é suficiente para demonstrar que “não agiu a reclamada com o dever jurídico de lealdade e boa-fé”, ainda que em fase “pré-contratual”, pois a contratação estava “praticamente formalizada”. Novamente, o relator extrai os argumentos lógicos da sentença e quando tangencia o dever jurídico de boa-fé e lealdade na frase pré-contratual, menciona o poder da norma como fundamentadora da convicção, demonstrando prudência na construção narrativa, por meio do *logos*.

Trecho:

“Não houve produção de prova oral (ata de audiência fls. 150/151). Pois bem. São incontroversos os fatos de que houve tratativas entre as partes para a contratação da autora. O documento de fls. 123/124, juntado pela defesa, demonstra que o recebimento do curriculum da autora se deu em 01/05/2020, portanto, ao contrário do que sustenta a ré, o processo seletivo para a contratação não se deu antes da pandemia, iniciada sabidamente em março/2020, mas sim no decorrer desta [...] Consta ainda das mensagens expresse questionamento por parte da ré em relação ao pedido de demissão do emprego anterior, a fim de possibilitar a contratação (fl. 29), sendo que após informarem à autora da impossibilidade de contratação lhe foi sugerido que tentasse reverter o pedido de demissão já efetuado (fl. 35) [...]

O empregador assume os riscos da atividade econômica em qualquer situação (artigo 2º, “caput”, da CLT), de modo que o empregado, sendo a parte hipossuficiente, não pode suportar prejuízos para os quais não concorreu, assim sendo, entendo que não pode a empresa invocar a ocorrência de força maior (art. 501 da CLT) ou a teoria da imprevisão (arts. 478 a 480 do CC) para deixar de cumprir as obrigações assumidas” (grifos nossos).

Análise:

Nesse excerto, o ponto precursor da análise é o fato de o orador se preocupar em mencionar “não houve produção de prova oral”. Indicar esse dado é relevante sob o ponto de vista de conjunto probatório e da hierarquia das provas no processo (aspecto que não será aprofundado nesta pesquisa, mas que é importante para a construção da narrativa).

Dessa forma, quando o relator descreve que o conjunto analisado é apenas documental, já evidencia que não foi considerado qualquer recorte de prova oral e que a decisão não se baseou em oitiva das partes ou em depoimento testemunhal.

A convicção adotada pelo magistrado se deu, unicamente, a partir do substrato documental – inclusive no que foi juntado pela própria reclamada, que se revela inconformada com o desfecho do caso.

Recebimento de currículo, processo seletivo de contratação, mensagens questionando se houve pedido de demissão do antigo emprego, todos esses elementos consolidaram a persuasão e subsidiaram a sentença.

Outro ponto estrutural: o orador de primeira instância destaca que, “após informarem a autora da impossibilidade de contratação, lhe foi sugerido que tentasse reverter o pedido de demissão já efetuado”. Neste trecho, o orador mostra inconformismo com a atitude inverossímil da empresa. Ora, como poderia assumir os riscos da atividade econômica e voltar atrás sugerindo que a reclamante tentasse reverter o pedido de demissão?

Nesse momento, o relator se mostra indignado ao compreender que o empregado “sendo parte hipossuficiente” não poderia “suportar os prejuízos para os quais não concorreu”. Aqui, nitidamente, o *ethos* de reprovação escapa ao discurso. Em que pese a racionalidade predominante pelas provas documentais, a virtude de *areté* se destaca quando o orador se indigna com a postura patronal.

A reprovação, portanto, se alinha às virtudes morais do próprio orador, no sentido de que seria inadmissível a empresa agir dessa maneira, atribuindo responsabilidade de retornar ao emprego anterior. Essa estrutura do discurso corresponde à virtude de *areté*. Nesse momento, o orador sucumbe à ética e à vigilância como uma espécie de construção de caráter: não existiria, portanto, contexto para a reclamada deixar de cumprir as obrigações assumidas.

Trecho:

“No que tange à responsabilidade pré-contratual, ficou patente que a empresa praticou diversos atos, desde a tratativa, exigência de demissão do emprego anterior, coleta de documentos e até mesmo marcação de data e horário para o início das atividades pela autora. No entanto, a autora teve a contratação frustrada de forma inesperada, por ato exclusivo da ré, para o qual a trabalhadora não concorreu. A alegação de irregularidade em relação à data de nascimento da autora junto ao e-social em nada afasta tal conclusão, pois o equívoco partiu do preenchimento incorreto de dados pela própria ré (fl.125/126).

Trata-se, a meu juízo, da violação do princípio da boa-fé objetiva, no sentido de que os contratos devem ser interpretados a partir da confiança norteadora dos comportamentos e responsabilidades dos contratantes.

No caso, verifica-se, especificamente, a figura do *venire contra factum proprium*, em que a empresa, por meio de atos concretos, faz nascer no trabalhador a confiança na realização de nova situação jurídica, vindo, posteriormente a praticar ato contrário.

De fato, a reclamada fez suscitar na reclamante a confiança de que seria contratada, inclusive com exigência de demissão do emprego anterior, agendamento de horário pra início das atividades, coleta de documentos para formalização do contrato, o que gerou na trabalhadora inequívoca confiança da contratação (primeiro comportamento). A não concretização da contratação posterior contrariou a confiança (segundo comportamento)” (grifos nossos).

Análise:

O orador começa indicando os motivos pelos quais a conduta da empresa foi incorreta, ainda que em momento pré-contratual. Adiciona, sobretudo, o próprio argumento patronal de que não foi possível incluir os dados da futura empregada no E-Social e, na convicção do juízo, o preenchimento incorreto de dados mencionado na defesa foi ocasionado pela própria reclamada – aqui se mostra a torpeza.

Explica, ainda, que a figura do *venire* nasce por meio dos atos concretos e contraditórios, que frustraram a expectativa da reclamante, pois fizeram suscitar a “confiança de que seria contratada”. Ao final, destrincha: a exigência de demissão do emprego anterior foi o primeiro comportamento gerador da legítima expectativa e a não concretização do contrato de trabalho foi a segunda atitude que afastou a confiança.

Os elementos do discurso corroboram as virtudes morais, ainda que respaldadas por critérios contextualmente normativos. Significa afirmar: em que pese a norma como justificadora da decisão em favor da reclamante, os recursos adotados pelo orador foram pautados em *areté*. Os *ethe* de justiça e temeridade foram subsídio para o orador escolher essa narrativa e, sobretudo, justificar seu posicionamento ao inadmitir a atitude torpe da empresa.

Trecho:

“Nesse sentido, inclusive cito precedente desta E. 3ª Turma: [...] A ré tem o direito de contratar ou não determinado candidato ao emprego, mas ao exercê-lo, não pode exceder seus limites e romper a confiança que lhe foi depositada pela contraparte, causando-lhe prejuízo. No caso dos autos, a ré falhou com o dever de conduta no contrato de trabalho, incidindo na hipótese de ofensa à boa-fé objetiva chamada pela doutrina de *venire contra factum proprium* [...]

REVELIA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PERDA DE UMA CHANCE. EXPECTATIVA DE EMPREGO. Em decorrência da revelia e da confissão ficta

aplicada à reclamada, bem como em virtude da inexistência de provas em contrário, o Regional manteve a sentença, em que se condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais, por presumir verdadeira a alegação contida na exordial de que os requisitos necessários à responsabilização patronal foram configurados, em razão de o autor ter se desligado de seu emprego anterior, por acreditar na promessa de trabalho ofertada pela ora agravante [...]

A meu ver, a ofensa praticada foi de natureza média, o que, conforme o art. 223-G, § 1º, II, da CLT, corresponderia indenização até 5 (cinco) vezes o último salário contratual. No caso, o último salário contratual da autora no emprego anterior foi R\$ 1.366,00, o que corresponderia indenização de até R\$ 6.830,00 (seis mil, oitocentos e trinta reais). A indenização arbitrada pelo Juízo *a quo* de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) encontra-se aquém do limite máximo, de acordo com o referido preceito, pelo que a meu ver o valor não comporta redução.

Ademais, a indenização de R\$ 5.000,00 encontra-se em consonância com o que vem decidindo esta E. 3ª Turma em casos similares [...]

Mantenho” (grifos nossos).

Análise:

No trecho acima, o orador indica a predileção por manter a sentença, justificando-se por meio dos precedentes da 3ª Turma. Essa narrativa integra o acórdão como gênero textual jurídico e obedece às regras específicas do processo.

Contudo, esta análise tem por objeto verificar a construção dos precedentes selecionados. Os acórdãos de casos similares descreveram que a empresa tem o direito de contratar determinado empregado em detrimento de outro, todavia “não pode exceder seus limites e romper a confiança que lhe foi depositada”.

O fato de incorrer no desligamento do antigo emprego por acreditar na celebração de novo contrato configura a perda de uma chance, por consequência, legitima o direito à indenização. O relator, portanto, ratificou a indenização atribuída pela sentença, eis que em consonância às decisões da 3ª Turma e, dessa forma, manteve por completo a decisão *a quo*.

Nesse trecho, o atributo retórico predominante foi o do *logos*, portanto, a virtude de *phronesis* aparece com o argumento da racionalidade. Assim, se a Turma tem decidido assim em casos similares, existe respaldo legal e jurisprudencial para

manter a sentença nos exatos termos em que foi constituída. A ponderação e a prudência foram *ethe* utilizados para arrematar o acórdão.

À luz dos trechos analisados por meio da teoria retórica, aferiu-se que os recursos utilizados pelo orador foram *phronesis* e *areté*. Essa estrutura se justifica pelas escolhas narrativas, baseadas, em primeiro lugar, nas provas documentais (racionalidade) e, por outro lado, nas virtudes morais não encontradas no comportamento patronal, por isso, advertidas.

Assim, a persuasão pretendida pela reclamada não teve sucesso. As provas e a convicção extraída da sentença pareceram mais críveis à 3ª Turma do TRT-9. O relator (orador) não se preocupou em descrever seus motivos, uma vez que os trechos da sentença foram suficientes para corroborar o direcionamento do reexame pretendido pela empresa.

Desse modo, o discurso do acórdão foi atravessado pelas disposições *ethicas* do orador, que preferiu concordar com a sentença a partir da ordem dos fatos sugeridas anteriormente na decisão *a quo* e indignar-se igualmente com o comportamento patronal, lançando mão das virtudes de *phronesis* e *eunoia*.

7.3 Decisão 3: proferida pelo TRT-15²⁵⁵ (favorável ao reclamante)

3 – Indenização – perda de uma chance

A controvérsia se limita à verificação de ilicitude na atuação da reclamada quando da contratação do reclamante.

Relata o autor que fora contratado pela reclamada em 11/3/2019 e demitido 8 dias após, em 19/3/2019, o que se deu por motivo escuso, arbitrário e discriminatório. Afirma que teve ciência, por terceiros, de que a rescisão se deu por imposição de sua ex-empregadora, COMPANHIA MÜLLER DE BEBIDAS, a quem a prestação de serviços terceirizados estaria direcionada.

O MM. Juiz “a quo” entendeu pela ausência do dano, posto que a rescisão do contrato de emprego (com o devido pagamento das verbas rescisórias) é um direito potestativo do empregador.

A r. sentença comporta reforma.

²⁵⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. 0011069-06.2019.5.15.0136, Rel. Samuel Hugo Lima, 5ª Câmara, Public. 06-05-2020.

Inicialmente, porém, não há que se concluir, como pretende fazer crer o recorrente, que a reclamada é confessa quanto à imposição de sua demissão por parte da tomadora do serviço, ex-empregadora do autor. Não é isso que se extrai do depoimento do preposto (fl. 207), in verbis: “que a empresa Müller informou que seria aberta uma vaga e o reclamante foi contratado pela reclamada, porém quando ia começar a trabalhar, a empresa Müller extinguiu a referida vaga; que o reclamante não chegou a ir na empresa Müller”.

Com efeito, nada se comprovou quanto a eventual imposição da tomadora de serviços quanto à demissão do autor. De outro lado, o que se constata do depoimento supratranscrito é que o reclamante teve sua expectativa frustrada, já que nem mesmo iniciou seu labor na empresa tomadora dos serviços. Ou seja, o autor foi contratado, mas, antes mesmo de iniciar seu trabalho, foi dispensado: apenas 8 dias após o início do contrato.

Portanto, em que pese o contrato ter sido efetivado, o fato é que ao autor frustrou-se o direito à sua real execução, o que lhe causou frustração e feriu sua dignidade, pois evidente que, justificadamente, nutriu a expectativa fundada na condução do contrato assinado (nem mesmo se trata de um pré-contrato) que, porém, deixou de se concretizar sem qualquer justificativa, demonstrando a ausência da esperada boa-fé.

Nas lições de Maurício Godinho Delgado, em Curso de Direito do Trabalho (8. ed. São Paulo: LTr, 2009. 178 p.):

“Há três princípios gerais do Direito, conceitualmente relacionados entre si, que, seja no conjunto sistemático que representam, seja na identidade ideal singular de cada um, assumem inquestionável importância na área justrabalhista. Trata-se dos princípios da lealdade e boa-fé, da não-alegação da própria torpeza e, ainda, do princípio do efeito lícito do exercício regular do próprio direito – este incorporando seu contrário, consubstanciado na vedação à prática do abuso do direito”.

A jurisprudência, inclusive neste E. Regional, também sinaliza pela pacificação do entendimento ora explanado, como se infere da seguinte ementa:

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PERDA DE UMA CHANCE – TRATATIVAS CONSISTENTES PARA A ADMISSÃO DE EMPREGO – ENTREGA DE CTPS, ABERTURA DE CONTA BANCÁRIA E REALIZAÇÃO DE EXAME MÉDICO ADMISSIONAL – DEVER DE INDENIZAR. Nas hipóteses em que, na fase pré-contratual, o contratador cria para o contratando fundadas e razoáveis expectativas de que o contrato é uma realidade consumada, a tal ponto que realiza investimentos para dar início à sua execução, mas o contratador, sem justo motivo, desiste do contrato, não há dúvidas de que causou danos para o contratando, gerando o dever de indenizar. Deve, portanto, o primeiro responder pelos danos

materiais e morais causados ao segundo, com fundamento no princípio da boa-fé objetiva e no abuso de direito. Cuida-se, pois, da violação à boa-fé objetiva, dever recíproco de se comportar com lealdade. A boa-fé esta que se exige dos contraentes desde o momento anterior à formação do contrato até, muitas vezes, após a extinção do contrato, postura ética, moral e proba. No caso, temos a presença dos elementos primordiais da responsabilidade pré-contratual, quais sejam, a confiança na seriedade das iniciais tratativas, com a retenção da CTPS da obreira, a abertura de conta-corrente em instituição financeira indicada pela empresa e a solicitação de exames médicos admissionais. Agrava-se, ainda: há prova de que, enquanto aguardava o início dos trabalhos na empresa reclamada, a reclamante pediu demissão do emprego. Portanto, houve injusta frustração de uma confiança razoável na futura conclusão do contrato de trabalho, fatos ensejadores dos danos materiais e morais. Não se faz necessário a prova da violação da boa-fé. A lei impõe aos contratantes a obrigação de guardar na elaboração, execução e conclusão do contrato os princípios da probidade e da boa-fé (Código Civil, art. 422). Assim, toda conduta do proponente do contrato que desviar deste propósito configura a ruptura às figuras parcelares da boa-fé objetiva (teoria dos atos próprios), notadamente do venire contra factum proprium, que veda atos contraditórios dos sujeitos nas negociações, como forma de coibir o abuso de direito, e a ofensa íntima e moral à dignidade da pessoa humana. Recurso Ordinário da ré a que se nega provimento (Processo TRT 15ª Região n. 02550-2008-070-15-00-8, Relator Desembargador Federal do Trabalho José Antonio Pancotti).

Pois bem. Reconhecida a ilicitude do ato, por via de consequência, exsurge o dever de reparar o dano produzido. Assim, evidenciada a conduta ilícita da ré, por violação ao princípio da boa-fé, nos termos dos arts. 113, 186, 422 e 927 do CC, impõe-se a reparação civil.

Por fim, na fixação do justo e razoável valor da indenização, cabe ao Magistrado levar em conta a extensão do dano, a capacidade econômica das partes e o caráter punitivo do instituto, razão pela qual fixo a indenização em R\$ 10.000,00, eis que compatível com os elementos supra.

Deverá ser observada a Súmula n. 439 do C. TST, quanto aos juros de mora e atualização monetária.

No caso, é possível verificar que, além do dano moral, o autor teria prerrogativa legal quanto à indenização material pelo “que razoavelmente deixou de lucrar”(art. 402, CC), haja vista o contrato de trabalho não concretizado, contudo, não há o que ser deferido, nos limites do pedido.

Não há que se falar em contribuições fiscal ou previdenciária, diante do caráter indenizatório da verba ora deferida.

4 – Honorários de sucumbência

Revertida a sucumbência, deve a reclamada pagar os honorários advocatícios em favor do patrono do reclamante, no percentual de 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença (art. 791-A da CLT), excluindo-se, consequentemente, a condenação do reclamante ao pagamento da verba.

Mérito

Recurso da parte

Item de recurso

Conclusão do recurso

Dispositivo

Diante do exposto, decido conhecer do recurso obreiro e o prover, para condenar a reclamada no pagamento de indenização pela perda de uma chance, no importe de R\$ 10.000,00, e condenar a reclamada no pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono do reclamante, no percentual de 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença (art. 791-A da CLT), excluindo-se, consequentemente, a condenação do reclamante ao pagamento da verba, na forma da fundamentação. Custas pela reclamada, no importe de R\$ 230,00, calculadas sobre o valor da condenação, ora arbitrado em R\$ 11.500,00”.

Preliminarmente, destaca-se que o acórdão citado foi favorável ao reclamante e reformou a decisão improcedente prolatada na origem. Após a reforma, que arbitrou a condenação no valor de R\$ 11.500,00, foi celebrado acordo entre as partes e o processo foi arquivado definitivamente em junho de 2020.

Concluída essa breve introdução, passa-se à análise.

Obedecendo à formalidade do gênero acórdão, quanto ao mérito, para tratar da ilicitude na atuação da empresa quando da contratação do reclamante, o orador (relator) expõe os fatos de maneira cronológica e destaca:

ix. [...] A controvérsia se limita à verificação de ilicitude na atuação da reclamada quando da contratação do reclamante.

x. Relata o autor que fora contratado pela reclamada em 11/3/2019 e demitido 8 dias após, em 19/3/2019, o que se deu por motivo escuso, arbitrário e discriminatório. Afirma que teve ciência, por terceiros, de que a rescisão se deu por imposição de sua ex-empregadora, COMPANHIA MÜLLER DE BEBIDAS, a quem a prestação de serviços terceirizados estaria direcionada.

O MM. Juiz *a quo* entendeu pela ausência do dano, posto que a rescisão do contrato de emprego (com o devido pagamento das verbas rescisórias) é um direito potestativo do empregador. A r. sentença comporta reforma.

xi. Inicialmente, porém, não há que se concluir, como pretende fazer crer o recorrente, que a reclamada é confessa quanto à imposição de sua demissão por parte da tomadora do serviço, ex-empregadora do autor. Não é isso que se extrai do depoimento do preposto (fl. 207), *in verbis*: que a empresa Müller informou que seria aberta uma vaga e o reclamante foi contratado pela reclamada, porém quando ia começar a trabalhar, a empresa Müller extinguiu a referida vaga; que o reclamante não chegou a ir na empresa Müller. Com efeito, nada se comprovou quanto a eventual imposição da tomadora de serviços quanto à demissão do autor. De outro lado, o que se constata do depoimento supratranscrito é que o reclamante teve sua expectativa frustrada, já que nem mesmo iniciou seu labor na empresa tomadora dos serviços [...]

xii. [...] Reconhecida a ilicitude do ato, por via de consequência, exsurge o dever de reparar o dano produzido. Assim, evidenciada a conduta ilícita da ré, por violação ao princípio da boa-fé, nos termos dos arts. 113, 186, 422 e 927 do CC, impõe-se a reparação civil. Por fim, na fixação do justo e razoável valor da indenização, cabe ao Magistrado levar em conta a extensão do dano, a capacidade econômica das partes e o caráter punitivo do instituto, razão pela qual fixo a indenização em R\$ 10.000,00, eis que compatível com os elementos supra.

O relator decidiu, portanto, pela reforma da sentença, em contraponto à convicção do juiz *a quo*, que havia considerado o pleito improcedente, ante a suposta ausência de dano, uma vez que a rescisão do contrato de emprego seria um direito do empregador.

Persuadido pelo recurso obreiro e pela jurisprudência do próprio TRT-15, o orador (relator) consignou outro desfecho ao caso e arbitrou indenização por danos morais pela perda de uma chance, em função do comportamento torpe da empresa. Além disso, verificou que seria cabível indenização material pelos valores os quais o ex-empregado deixou de lucrar, com base no art. 402 do CC²⁵⁶ (ponto que não foi aplicado em razão dos limites do pedido).

Dessa forma, os trechos abaixo são examinados por meio da teoria retórica.

Trecho:

“O MM. Juiz *a quo* entendeu pela ausência do dano, posto que a rescisão do contrato de emprego (com o devido pagamento das verbas rescisórias) é um direito potestativo do empregador. A r. sentença comporta reforma. Inicialmente, porém, não há que se concluir, como pretende fazer crer o recorrente, que a reclamada é confessa quanto à imposição de sua demissão por parte da tomadora do serviço, ex-empregadora do autor.

²⁵⁶ BRASIL. Código Civil (2002). “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Não é isso que se extrai do depoimento do preposto (fl. 207), *in verbis*: “que a empresa Müller informou que seria aberta uma vaga e o reclamante foi contratado pela reclamada, porém, quando ia começar a trabalhar, a empresa Müller extinguiu a referida vaga; que o reclamante não chegou a ir na empresa Müller. Com efeito, nada se comprovou quanto a eventual imposição da tomadora de serviços quanto à demissão do autor. De outro lado, o que se constata do depoimento supratranscrito é que o reclamante teve sua expectativa frustrada, já que nem mesmo iniciou seu labor na empresa tomadora dos serviços. Ou seja, o autor foi contratado, mas, antes mesmo de iniciar seu trabalho, foi dispensado: apenas 8 dias após o início do contrato.

Portanto, em que pese o contrato ter sido efetivado, o fato é que ao autor frustrou-se o direito à sua real execução, o que lhe causou frustração e feriu sua dignidade, pois evidente que, justificadamente, nutriu a expectativa fundada na condução do contrato assinado (nem mesmo se trata de um pré-contrato) que, porém, deixou de se concretizar sem qualquer justificativa, demonstrando a ausência da esperada boa-fé” (grifos nossos).

Análise:

O orador inicia o seu raciocínio traçando um contraponto entre o que foi determinado pela origem e os motivos pelos quais a sentença deveria ser reformada. Explica que, o entendimento do magistrado (de que a rescisão do contrato de emprego seria um direito potestativo da empresa) comporta alteração.

Um ponto importante na convicção do relator é o fato de **ter descartado a tese do próprio reclamante, de que a empresa foi “confessa quanto à imposição de sua demissão por parte da tomadora do serviço”** e a **“mesma prova para corroborar um novo desfecho”**, com interpretação diversa.

O relator inclui a sequência dos fatos narrada pela empresa: que foi aberta uma vaga; que o reclamante foi contratado; que o reclamante não chegou a iniciar o trabalho. A partir da soma dos acontecimentos, conclui pela frustração de expectativa do trabalhador, “já que nem mesmo iniciou seu labor na empresa tomadora de serviços. Ou seja, o autor foi contratado, mas, antes mesmo de iniciar seu trabalho, foi dispensado: apenas 8 dias após o início do contrato”.

Elucida, sobretudo, que a expectativa não concretizada de forma injustificada demonstrou “a ausência da **esperada** boa-fé”. Neste contexto, a palavra “esperada” tem

o sentido de que a empresa deveria ter agido em conformidade para prevenir qualquer intercorrência, a fim de evitar a torpeza.

Nesse sentido, destaca-se a disposição do *logos* na convicção do relator, especialmente pela forma como constrói o discurso ao analisar a mesma prova utilizada como tese do recorrente, todavia, atribuir-lhe interpretação diferente: nada se comprovou quanto à imposição da demissão pela tomadora, o que se aferiu, na verdade, foi a expectativa frustrada do autor por nem sequer ter iniciado o labor (embora tivesse assinado o contrato de trabalho).

Por este motivo, no trecho analisado, a virtude *ética* predominante no discurso foi a de *phronesis*.

Trecho:

“Nas lições de Maurício Godinho Delgado, em Curso de Direito do Trabalho (8. ed. São Paulo: LTr, 2009. 178 p.):

“Há três princípios gerais do Direito, conceitualmente relacionados entre si, que, seja no conjunto sistemático que representam, seja na identidade ideal singular de cada um, assumem inquestionável importância na área justrabalhista. Trata-se dos princípios da lealdade e boa-fé, da não-alegação da própria torpeza e, ainda, do princípio do efeito lícito do exercício regular do próprio direito – este incorporando seu contrário, consubstanciado na vedação à prática do abuso do direito”.

A jurisprudência, inclusive neste E. Regional, também sinaliza pela pacificação do entendimento ora explanado, como se infere da seguinte ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PERDA DE UMA CHANCE – TRATATIVAS CONSISTENTES PARA A ADMISSÃO DE EMPREGO – ENTREGA DE CTPS, ABERTURA DE CONTA BANCÁRIA E REALIZAÇÃO DE EXAME MÉDICO ADMISSIONAL – DEVER DE INDENIZAR. Nas hipóteses em que, na fase pré-contratual, o contratador cria para o contratando fundadas e razoáveis expectativas de que o contrato é uma realidade consumada, a tal ponto que realiza investimentos para dar início à sua execução, mas o contratador, sem justo motivo, desiste do contrato, não há dúvidas de que causou danos para o contratando, gerando o dever de indenizar. Deve, portanto, o primeiro responder pelos danos materiais e morais causados ao segundo, com fundamento no princípio da boa-fé objetiva e no abuso de direito. Cuida-se, pois, da violação à boa-fé objetiva, dever recíproco de se comportar

com lealdade. A boa-fé esta que se exige dos contraentes desde o momento anterior à formação do contrato até, muitas vezes, após a extinção do contrato, postura ética, moral e proba. No caso, temos a presença dos elementos primordiais da responsabilidade pré-contratual, quais sejam, a confiança na seriedade das iniciais tratativas, com a retenção da CTPS da obreira, a abertura de conta-corrente em instituição financeira indicada pela empresa e a solicitação de exames médicos admissionais. Agrava-se, ainda, há prova de que, enquanto aguardava o início dos trabalhos na empresa reclamada, a reclamante pediu demissão do emprego. Portanto, houve injusta frustração de uma confiança razoável na futura conclusão do contrato de trabalho, fatos ensejadores dos danos materiais e morais. Não se faz necessário a prova da violação da boa-fé. A lei impõe aos contratantes a obrigação de guardar na elaboração, execução e conclusão do contrato os princípios da probidade e da boa-fé (Código Civil, art. 422). Assim, toda conduta do proponente do contrato que desviar deste propósito configura a ruptura às figuras parcelares da boa-fé objetiva (teoria dos atos próprios), notadamente do *venire contra factum proprium*, que veda atos contraditórios dos sujeitos nas negociações, como forma de coibir o abuso de direito, e a ofensa íntima e moral à dignidade da pessoa humana. Recurso Ordinário da ré a que se nega provimento. (Processo TRT 15ª Região n. 02550-2008-070-15-00-8, Relator Desembargador Federal do Trabalho José Antonio Pancotti).

Pois bem. Reconhecida a ilicitude do ato, por via de consequência, exsurge o dever de reparar o dano produzido. Assim, evidenciada a conduta ilícita da ré, por violação ao princípio da boa-fé, nos termos dos arts. 113, 186, 422 e 927 do CC, impõe-se a reparação civil.

[...]

No caso, é possível verificar que, além do dano moral, o autor teria prerrogativa legal quanto à indenização material pelo “que razoavelmente deixou de lucrar” (art. 402, CC), haja vista o contrato de trabalho não concretizado, contudo, não há o que ser deferido, nos limites do pedido” (grifos nossos).

Análise:

Nessa parte do acórdão, o relator elenca o que diz a doutrina e a jurisprudência do TRT-15 sobre a proibição do *venire contra factum proprium*.

Para a doutrina, os princípios da lealdade e boa-fé, assim como a não alegação da própria torpeza, vedam a prática do abuso de direito. Para o TRT-15, em ementa de caso similar, sequer haveria necessidade de prova da violação da boa-fé, pois a Lei é imperativa e os princípios coíbem atos contraditórios nas negociações, para não haver ofensa à dignidade da pessoa humana.

Na sequência, o relator reconhece a ilicitude praticada pela empresa, que deságua no direito do autor à reparação civil. Além disso, em que pese a indenização arbitrada por danos morais, constata que seria aplicável o art. 402 do CC/2002, quanto à indenização por dano material, em razão dos valores que o trabalhador deixou de lucrar (sem, contudo, deferir esta indenização, pelos limites do pleito).

O fato de o orador citar, inclusive, que seria cabível mais de uma punição à empresa, demonstra o sentimento de reprovação que atravessa o discurso, como uma espécie de indignação, no sentido de que haveria uma pena maior, que só não foi aplicada pelas regras do procedimento trabalhista.

Nesse sentido, por meio de uma postura de sinceridade e justiça (afinal, só arbitrou uma indenização, pois haveria de agir com ponderação e racionalidade), as virtudes morais do orador evidenciam a predominância de *areté* ao discurso.

Tendo em vista os trechos analisados, o acórdão que reformou a sentença improcedente e concedeu indenização por danos morais só não arbitrou, também, indenização por danos materiais, em função dos limites do pedido (o julgador não poderia flexibilizar a limitação imposta pelo procedimento trabalhista).

Assim, a maneira pela qual foi apreciado o depoimento do preposto e o cotejo da doutrina e da jurisprudência demonstraram a predominância de *areté* e *phronesis*, como virtudes *éticas* no discurso do orador, que agiu racionalmente – sem, contudo, deixar de expor o seu inconformismo diante da atitude da empresa, quando, na realidade, em que pese o desfecho do processo, mereceria uma pena até maior que os limites da lide.

7.4 Decisão 3: proferida pelo TRT-1²⁵⁷ (favorável ao reclamante)

MÉRITO

1 – Da indenização de dano moral.

A autora afirma que “após prévia aprovação curricular, diante da inscrição no portal da Reclamada, submeteu-se a processo seletivo realizado pela mesma, para preenchimento de uma vaga de técnico em laboratório I, no setor: Laboratório de Nutrição, cujo salário seria no valor de R\$ 1.735,00; que a seleção consistiu em etapas realizadas de maneira virtual: sendo as duas últimas: reunião com o gestor, reunião com a coordenadora responsável pelo setor, respectivamente, via Google Meet. Relata que todo o contato e orientação quanto às etapas e admissão foram realizadas pela Sra. Patrícia, funcionária da ré, e que iniciou o seu contato acerca do processo seletivo no dia 29/04/2022; que após as duas últimas etapas, a Sra. Patrícia, afirmou, através de ligação, que ela tinha sido aprovada na seleção e que seria contratada para ocupar a vaga; pediu vários documentos necessários para a formalização do contrato de trabalho, assim como deu encaminhamentos para abertura de conta bancária, código de vestimentas, solicitou os dados constantes em sua CTPS e indicou data para realização de exames admissionais.

Relata, ainda, que no “dia 04/05/2022, a Sra. Patrícia enviou o atestado de saúde ocupacional (ASO), para ela, e, que realizou o mesmo no dia 06/05/2022, já constando no documento citado, sendo ela funcionária da Empresa Reclamada, inclusive com a numeração 14074, fora considerada apta para admissão, cumprido todas as exigências da Reclamada para iniciar o pacto laboral, no entanto, após realização do exame admissional, não fora procurada pela Sra. Patrícia”.

Relata, por fim que, “no dia 11/05/2022, entrou em contato com a Sra. Patrícia acerca do início do labor; fora informada que esta aguardava o retorno da documentação do setor de Recursos Humanos; em 20/05/2022, quando a Sra. Patrícia afirmou que a mesma iniciaria o trabalho na 1º semana de junho; este momento, todavia, nunca chegou; em 27/05/2022, através de uma ligação da Sra. Patrícia, fora informada de que não havia mais vaga alguma a ser preenchida, o que agravou fortemente o seu quadro de ansiedade e depressão”.

Pretende a parte autora que a Ré seja condenada em danos morais, pois, apesar de promessa de emprego, a mesma não se concretizou, o que lhe causou sofrimento e dor moral.

²⁵⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. 0100883-98.2022.5.01.0205, 5ª Vara do Trabalho de Duque de Caxias, Public. 18-04-2024.

Em contestação, a ré não nega os fatos, mas alega que “a ação proposta envolve o tema responsabilidade civil do direito comum, prevista no art. 186 do Código Civil; é certo que, para se obter êxito na pretensão de ressarcimento de dano pela lei, tem que se estabelecer e comprovar a presença, cumulativa, dos elementos essenciais da responsabilidade civil aquiliana, ou seja, o dano suportado pelo ofendido, a culpa do empregador, e, no caso do assédio moral, o dolo do ofensor e o nexo causal entre o evento danoso e o ato culposos, no caso, doloso”.

Alega, ainda, que “não cabe o deferimento por dano moral pelo simples melindre, contrariedades, irritações ou pequenas mágoas, pois estes sentimentos estão fora da órbita do dano moral, porquanto além de fazerem parte da normalidade do dia a dia de qualquer ser humano, seja no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo”.

Em réplica, a autora alega que “diante da expressa manifestação em favor da contratação, gerando a expectativa em relação ao posto de trabalho, tem-se caracterizada a formação de um pré-contrato de trabalho, envolvendo obrigações recíprocas, bem como o respeito aos princípios da lealdade e da boa-fé, gerando o dever de indenizar”.

Analiso.

Cotejando os autos, constato que a Autora fez sua inscrição para processo seletivo, exame admissional, e que a reclamada desistiu de efetivar a contratação do reclamante, sem qualquer motivo comprovado e justificável; vejo que é irrefutável a afronta aos princípios da boa-fé e da lealdade que devem nortear todos os contratos, inclusive na fase pré-contratual dos mesmos, artigo 422, do CC.

Nesse ínterim, resta evidente que houve uma promessa de contratação da Autora que, por não cumprida, dá ensejo à reparação pelos danos morais causados.

Neste sentido é a jurisprudência do C.TST e deste E.TRT envolvendo situações análogas:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.015/2014 E DO NCPC – RITO SUMARÍSSIMO – DANO MORAL – CANCELAMENTO DO CONTRATO – PROMESSA DE CONTRATAÇÃO – QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Eg. Corte, frustrada promessa de contratação, sem justificativa, pela reclamada, devida é a reparação por dano moral. Julgados. 2. A instância ordinária, ao fixar o quantum indenizatório a título de danos morais, pautou-se pelo princípio da razoabilidade, obedecendo aos critérios de justiça e equidade, não se justificando a excepcional intervenção desta Corte Superior. Agravo de Instrumento a que se

nega provimento (TST – AIRR: 111333520165030148, Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 04/04/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/04/2018).

“DANO MORAL. PROMESSA DE CONTRATAÇÃO NÃO HONRADA. INOBSERVÂNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA. DIREITO À INDENIZAÇÃO. **Havendo o comprometimento da reclamada em contratar a parte autora, criando esperanças ao trabalhador, que passaria a exercer suas atividades em uma nova empresa, não poderia a reclamada, sem justo motivo, frustrar tal expectativa** (TRT1 – RO: 01016230320175010053 RJ, Relator: Mônica Batista Vieira Puglia, Data de Julgamento: 04/06/2018, Data de Publicação: 14/06/2018)”.

Ressalto que o dano moral é toda dor, sofrimento, angústia, entre outros sentimentos prejudiciais suportados por um indivíduo, em decorrência da ação ou omissão ilícita de outrem, que gere lesão que não possua reparação pecuniária exatamente correspondente.

O pagamento de indenização compensatória ao dano, portanto, tem a intenção de educar o agressor, tentando impedir que o mesmo repita o ato ilegítimo afetando a esfera extrapatrimonial de outros indivíduos, além de gerar na vítima um sentimento de justiça.

Nem se alegue seja necessário mensurar a extensão do dano mediante perícia, já que, in casu, o dano se dá in re ipsa.

Nesse sentido:

PERDA DE UMA CHANCE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.
Prevalência do entendimento de que a situação fática narrada enseja abalo moral in re ipsa, pois o reclamante estava apto para começar no emprego novo, mas não foi chamado para começar no serviço, não recebendo qualquer explicação plausível como justificativa e perdendo o emprego anterior, confirmando o prejuízo (TRT-4 – ROT: 00205763720195040252, Data de Julgamento: 12/02/2021, 2ª Turma).

Exposto isto, ante ausência de contratação da Autora e perda de uma chance, com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e também considerando os critérios previstos no artigo 223-G da CLT, procede o pedido para condenar o Réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 3.000,00.

2 – Do dano material.

Com base nos mesmos fatos narrados no item supra, mas sob prisma diverso, a reclamante requer a condenação da ré em lucros cessantes fixadas em 2 (dois) salários brutos que deveria ter ganho, o que totaliza R\$ 3.470,00, uma vez que deixou de receber sem a contratação.

A Re alega que “o fato de não ter sido devidamente contratada não enseja o reconhecimento automático da perda de uma chance, devendo restar demonstrado que a conduta, supostamente praticada pela Reclamada impediu a Reclamante de buscar posição jurídica mais vantajosa”.

Sem razão a Reclamada.

A jurisprudência trabalhista, de maneira específica, vem reconhecendo o direito à reparação pelos danos oriundos da perda de uma chance, conforme apontam os arestos deste E. Regional abaixo transcritos:

“PRÉ-CONTRATO. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. Demonstrado nos autos não só a promessa de emprego por parte da empresa, como também, a prática de ato que levou a autora a uma legítima expectativa de contratação, em estrita violação ao princípio da boa-fé objetiva, é devida indenização pela perda de uma chance, a qual deverá reparar os danos sofridos pela demandante quanto à perda da oportunidade de concretização da vitória esperada, in casu, a contratação e prestação de serviços (Recurso Ordinário 01006495220175010283, TRT-1, Décima Turma, Gabinete do Desembargador Leonardo Dias Borges, publicado em 20/03/2018)”.

“RECURSO ORDINÁRIO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. FRUSTRAÇÃO DE LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DANO EMERGENTE E LUCRO CESSANTE. Frustrada a contratação do autor diante da comprovação da real expectativa da admissão nos quadros da empresa, deve ser mantida a sentença que condenou a ré no pagamento de indenização ante o efetivo e comprovado prejuízo (dano emergente) bem como diante do que efetivamente o trabalhador deixou de perceber se não houvesse o evento danoso (lucro cessante). (TRT-1 – RO: 01010201920165010261 RJ, Relator: CARINA RODRIGUES BICALHO, Data de Julgamento: 22/11/2017, Terceira Turma, Data de Publicação: 19/12/2017)”.

Nesse diapasão, a chance perdida concretamente pela reclamante se refere a um mês de emprego, pois não há qualquer garantia jurídica de que o contrato seria mantido para além desse período.

Pelo exposto, julgo PROCEDENTE o pedido, e condeno a reclamada ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 1.735,00.

Antes de se adentrar ao exame, ressalta-se que a decisão em destaque é uma sentença proferida pela 5ª Vara do Trabalho de Duque de Caxias-RJ. O desfecho foi favorável à

empregada e não foi objeto de recurso. Após o trânsito em julgado, os autos foram arquivados definitivamente em 22 de agosto de 2024.

Feita essa breve introdução, passa-se à análise.

A sentença, em primeiro lugar, obedece aos critérios específicos do gênero e o magistrado inicia a inspeção do mérito, conforme excertos abaixo:

xiii. A autora afirma que após prévia aprovação curricular, diante da inscrição no portal da Reclamada, submeteu-se a processo seletivo realizado pela mesma, para preenchimento de uma vaga de técnico em laboratório I, no setor: Laboratório de Nutrição, cujo salário seria no valor de R\$ 1.735,00; que a seleção consistiu em etapas realizadas de maneira virtual: sendo as duas últimas: reunião com o gestor, e reunião com a coordenadora responsável pelo setor, respectivamente, via *Google Meet*. Relata que todo o contato e orientação quanto às etapas e admissão foram realizadas pela Sra. Patrícia, funcionária da ré, e que iniciou o seu contato acerca do processo seletivo no dia 29/04/2022; que, após duas últimas etapas, a Sra. Patrícia, afirmou, através de ligação, que ela tinha sido aprovada na seleção e que seria contratada para ocupar a vaga; que pediu vários documentos necessários para a formalização do contrato de trabalho, assim como deu encaminhamentos para abertura de conta bancária, código de vestimentas, solicitou os dados constantes em sua CTPS e indicou data para realização de exames admissionais. Relata, ainda, que no dia 04/05/2022, a Sra. Patrícia enviou o atestado de saúde ocupacional (ASO), para ela, e, que realizou o mesmo no dia 06/05/2022, já constando no documento citado, sendo ela funcionária da Empresa Reclamada, inclusive com a numeração 14074, considerada apta para admissão, cumprido todas as exigências da Reclamada para iniciar o pacto laboral; no entanto, após realização do Exame admissional, não fora procurada pela Sra. Patrícia. Relata, por fim que, no dia 11/05/2022, entrou em contato com a Sra. Patrícia acerca do início do labor, e fora informada que esta aguardava o retorno da documentação do setor de Recursos Humanos; em 20/05/2022, a Sra. Patrícia afirmou que a mesma iniciaria o trabalho na 1º semana de junho; o momento, no entanto, nunca chegou, haja vista que, em 27/05/2022, através de uma ligação da Sra. Patrícia, fora informada de que não havia mais vaga alguma a ser preenchida, o que agravou fortemente o seu quadro de ansiedade e depressão.

xiv. A Ré em contestação não nega os fatos, mas alega que a ação proposta envolve o tema responsabilidade civil do direito comum, prevista no art. 186 do Código Civil, sendo certo que, para se obter êxito na pretensão de ressarcimento de dano pela lei, tem que se estabelecer e comprovar a presença, cumulativa, dos elementos essenciais da responsabilidade civil aquiliana, ou seja, o dano suportado pelo ofendido, a culpa do empregador, e, no caso do assédio moral, o dolo do ofensor e o nexo causal entre o evento danoso e o ato culposo, no caso, doloso. Alega, ainda, que não cabe o deferimento por dano moral pelo simples melindre, contrariedades, irritações ou pequenas mágoas, pois estes sentimentos estão fora da órbita do dano moral, porquanto além de fazerem parte da normalidade do dia a dia de qualquer ser humano, seja no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Em réplica, a autora alega que diante da expressa manifestação em favor da contratação, gerando a expectativa em relação ao posto de trabalho,

tem-se caracterizada a formação de um pré-contrato de trabalho, envolvendo obrigações recíprocas, bem como o respeito aos princípios da lealdade e da boa-fé, gerando o dever de indenizar.

xv. Cotejando os autos, constato que a Autora fez sua inscrição para processo seletivo, exame admissional, e que a reclamada desistiu de efetivar a contratação do reclamante, sem qualquer motivo comprovado e justificável; vejo que é irrefutável a afronta aos princípios da boa-fé e da lealdade que devem nortear todos os contratos, inclusive na fase pré-contratual dos mesmos, artigo 422, do CC.

xvi. 2 – Do dano material. Com base nos mesmos fatos narrados no item supra, mas sob prisma diverso, a reclamante requer a condenação da ré em lucros cessantes fixadas em 2 (dois) salários brutos que deveria ter ganho, o que totaliza R\$ 3.470,00, uma vez que deixou de receber sem a contratação. A ré alega que o fato de não ter sido devidamente contratada não enseja o reconhecimento automático da perda de uma chance, devendo restar demonstrado que a conduta, supostamente praticada pela Reclamada impediu a Reclamante de buscar posição jurídica mais vantajosa. Sem razão a Reclamada. A jurisprudência trabalhista, de maneira específica, vem reconhecendo o direito à reparação pelos danos oriundos da perda de uma chance, conforme apontam os arestos deste E. Regional [...].

O orador, portanto, é persuadido pela narrativa da autora e, para justificar sua convicção, utiliza de jurisprudência do TRT-1e de outros Tribunais Regionais. Um destaque neste caso, é que o juízo concedeu indenização por danos morais e materiais, conteúdo analisado na sequência por meio do método retórico.

Trecho:

“A autora afirma que “após prévia aprovação curricular, diante da inscrição no portal da Reclamada, submeteu-se a processo seletivo realizado pela mesma, para preenchimento de uma vaga de técnico em laboratório I, no setor: Laboratório de Nutrição, cujo salário seria no valor de R\$ 1.735,00; que a “seleção consistiu em etapas realizadas de maneira virtual: sendo as duas últimas: reunião com o gestor, e reunião com a coordenadora responsável pelo setor, respectivamente, via Google Meet”. Relata que “todo o contato e orientação quanto às etapas e admissão foram realizadas pela Sra. Patrícia, funcionária da ré, e que iniciou o seu contato acerca do processo seletivo no dia 29/04/2022; que “após as duas últimas etapas, a Sra. Patrícia, afirmou, através de ligação, que ela tinha sido aprovada na seleção e que seria contratada para ocupar a vaga; pediu vários documentos necessários para a formalização do contrato de trabalho, assim como deu encaminhamento para abertura de conta bancária, código de

vestimentas, solicitou os dados constantes em sua CTPS e indicou data para realização de exames admissionais.

Relata que, “em 04/05/2022, a Sra. Patrícia enviou o atestado de saúde ocupacional (ASO), para ela, o qual foi realizado no mesmo dia 06/05/2022, já constando no documento citado funcionária da Empresa Reclamada, inclusive com a numeração 14074, considerada apta para admissão, cumprido todas as exigências da Reclamada para iniciar o pacto laboral, no entanto, após a realização do exame admissional, não fora procurada pela Sra. Patrícia.

Relata, por fim, que em 11/05/2022, entrou em contato com a Sra. Patrícia acerca do início do labor, e fora informada de que esta aguardava o retorno da documentação do setor de Recursos Humanos; em 20/05/2022, a Sra. Patrícia afirmou que o trabalho seria iniciado na 1ª semana de junho, momento que nunca chegou; em 27/05/2022, através de uma ligação da Sra. Patrícia, fora informada de que não havia mais vaga alguma a ser preenchida, o que agravou fortemente o seu quadro de ansiedade e depressão”.

[...]

A ré, em contestação, não nega os fatos, mas alega que “a ação proposta envolve o tema responsabilidade civil do direito comum, prevista no art. 186 do Código Civil. Certo é que, para se obter êxito na pretensão de ressarcimento de dano pela lei, tem que se estabelecer e comprovar a presença, cumulativa, dos elementos essenciais da responsabilidade civil aquiliana, ou seja, o dano suportado pelo ofendido, a culpa do empregador, e, no caso do assédio moral, o dolo do ofensor e o nexo causal entre o evento danoso e o ato culposos, no caso, doloso”. Alega, ainda, que “não cabe o deferimento por dano moral pelo simples melindre, contrariedades, irritações ou pequenas mágoas, pois estes sentimentos estão fora da órbita do dano moral, porquanto além de fazerem parte da normalidade do dia a dia de qualquer ser humano, seja no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo”.

Em réplica, a autora alega que “diante da expressa manifestação em favor da contratação, gerando a expectativa em relação ao posto de trabalho, tem-se, caracterizada a formação de um pré-contrato de trabalho, envolvendo obrigações recíprocas, bem como o respeito aos princípios da lealdade e da boa-fé, gerando o dever de indenizar”.

Analiso. Cotejando os autos, constato que a Autora fez sua inscrição para processo seletivo, exame admissional, e que a reclamada **desistiu** de efetivar a contratação do reclamante, **sem qualquer motivo comprovado e justificável**; vejo que é irrefutável a afronta aos princípios da boa-fé e da lealdade que devem nortear **todos** os contratos, inclusive na fase **pré-contratual** dos mesmos, artigo 422 do CC. Nesse ínterim, resta evidente que houve uma promessa de contratação da Autora que, por não cumprida, dá ensejo à reparação pelos danos morais causados” (grifos nossos).

Análise:

Obedecendo às regras processuais da sentença como gênero, o magistrado, na posição de orador, contrapõe o que foi apresentado pela reclamante e a versão dos fatos trazida pela empresa. Segundo o juiz, a reclamada “não nega os fatos” e só se dispõe a tratar, de maneira genérica, que “a ação proposta envolve o tema responsabilidade civil do direito comum”.

Nesse contexto, na construção do discurso, o juízo demonstra que os fatos elucidados pela autora estão detalhados, enquanto a defesa não passa de um descritivo genérico, que não impugna a versão da reclamante e, sobretudo, não nega os fatos de maneira assertiva.

Por essa razão, antes mesmo de citar qualquer fonte jurisprudencial que justifique sua convicção, o magistrado adianta: “[...] constato que a Autora fez sua inscrição para processo seletivo, exame admissional, e que a reclamada **desistiu** de efetivar a contratação do reclamante, **sem qualquer motivo comprovado e justificável**; vejo que é **irrefutável** a afronta aos princípios da boa fé e da lealdade que devem nortear **todos os contratos**, inclusive na fase pré-contratual”.

Assim, as palavras destacadas, sob a ótica da retórica, não foram escolhidas de maneira aleatória: o orador elenca que a autora agiu em sequência de atitudes: inscreveu-se para o processo seletivo e fez o exame admissional, ou seja, participou efetivamente de dois momentos designados pela empresa.

Posteriormente, sem qualquer motivo comprovado ou justificável, a empresa desistiu de efetivar a contratação. Nesse contexto, a palavra “desistiu” é incluída no sentido de que a empresa foi contraditória ao contrapor e abdicar do que ela mesma havia acordado com a trabalhadora (aqui, embora o magistrado não tenha sido literal, é possível vislumbrar a torpeza nos atos da reclamada).

Na sequência, com aspecto de obviedade, o juízo continua o discurso e entende ser “irrefutável” a afronta aos princípios da boa-fé e da lealdade. Adverte, ainda, que os princípios devem nortear **todos** os contratos. Aqui, o orador, não se furta de demonstrar à empresa que, ao contrário do enunciado na contestação – que a matéria da lide era de direito comum – a obrigação de lealdade e boa-fé se estende a **todos** os contratos, sobretudo aos trabalhistas.

Assim, na construção *ética* do discurso, é possível vislumbrar a preocupação com a moralidade e a justiça. O juízo acautela-se em parecer justo, na medida em que, no cotejo da petição inicial com a sentença, a narrativa da autora revelou-se detalhada e persuasiva, enquanto a da empresa, por derradeiro, apenas fez destacar artigos de lei e tentar enquadrar a lide em um cenário típico da justiça comum.

A predominância do *ethos* de justiça na personalidade do orador é virtude típica de *areté* – afinal, mesmo, ainda, sem justificar-se por meio da jurisprudência, o magistrado já deixou claro que estava persuadido pela narrativa da reclamante.

Trecho:

“Neste sentido é a jurisprudência do C.TST e deste E.TRT envolvendo situações análogas: “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.015/2014 E DO NCPC – RITO SUMARÍSSIMO – DANO MORAL – CANCELAMENTO DO CONTRATO – PROMESSA DE CONTRATAÇÃO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO [...] DANO MORAL. PROMESSA DE CONTRATAÇÃO NÃO HONRADA. INOBSERVÂNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA. DIREITO À INDENIZAÇÃO [...]”

Ressalto que o dano moral é toda dor, sofrimento, angústia, entre outros sentimentos prejudiciais suportados por um indivíduo, em decorrência da ação ou omissão ilícita de outrem, que gere lesão que não possua reparação pecuniária exatamente correspondente. O pagamento de indenização compensatória ao dano, portanto, tem a intenção de educar o agressor, tentando impedir que o mesmo repita o ato ilegítimo afetando a esfera extrapatrimonial de outros indivíduos, além de gerar na vítima um sentimento de justiça. Nem se alegue seja necessário mensurar a extensão do dano mediante perícia, já que, *in casu*, o dano se dá *in re ipsa*. Nesse sentido: PERDA DE UMA CHANCE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Prevalência do entendimento de que a situação fática narrada enseja abalo moral *in re*

ipsa, pois o reclamante estava apto para começar no emprego novo, mas não foi chamado para começar no serviço, não recebendo qualquer explicação plausível como justificativa e perdendo o emprego anterior, confirmando o prejuízo. (TRT-4 – ROT: 00205763720195040252, Data de Julgamento: 12/02/2021, 2ª Turma)

Exposto isto, ante ausência de contratação da Autora e perda de uma chance, com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e considerando os critérios previstos no artigo 223-G da CLT, procede o pedido para condenar o Réu ao pagamento de indenização por danos morais [...]

2 – Do dano material. Com base nos mesmos fatos narrados no item supra, mas sob prisma diverso, a reclamante requer a condenação da ré em lucros cessantes fixadas em 2 (dois) salários brutos que deveria ter ganho, o que totaliza R\$ 3.470,00, uma vez que deixou de receber sem a contratação. A ré alega que “o fato de não ter sido devidamente contratada não enseja o reconhecimento automático da perda de uma chance, devendo restar demonstrado que a conduta, supostamente praticada pela Reclamada impediu a Reclamante de buscar posição jurídica mais vantajosa”.

Sem razão a Reclamada. A jurisprudência trabalhista, de maneira específica, vem reconhecendo o direito à reparação pelos danos oriundos da perda de uma chance, conforme apontam os arestos deste E. Regional abaixo transcritos:

“PRÉ-CONTRATO. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. Demonstrado nos autos não só a promessa de emprego por parte da empresa, como também, a prática de ato que levou a autora a uma legítima expectativa de contratação, em estrita violação ao princípio da boa-fé objetiva, é devida indenização pela perda de uma chance, a qual deverá reparar os danos sofridos pela demandante quanto à perda da oportunidade de concretização da vitória esperada, *in casu*, a contratação e prestação de serviços (Recurso Ordinário 01006495220175010283, TRT-1, Décima Turma, Gabinete do Desembargador Leonardo Dias Borges, publicado em 20/03/2018)”. “RECURSO ORDINÁRIO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. FRUSTRAÇÃO DE LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DANO EMERGENTE E LUCRO CESSANTE. Frustrada a contratação do autor diante da comprovação da real expectativa da admissão nos quadros da empresa, deve ser mantida a sentença que condenou a ré no pagamento de indenização ante o efetivo e comprovado prejuízo (dano emergente) bem como diante do que efetivamente o

trabalhador deixou de perceber se não houvesse o evento danoso (lucro cessante). (TRT-1 – RO: 01010201920165010261 RJ, Relator: CARINA RODRIGUES BICALHO, Data de Julgamento: 22/11/2017, Terceira Turma, Data de Publicação: 19/12/2017)”. Nesse diapasão, a chance perdida concretamente pela reclamante se refere a um mês de emprego, pois não há qualquer garantia jurídica de que o contrato seria mantido para além desse período” (grifos nossos).

Análise:

Na segunda parte da análise do mérito, após já ter se posicionado favoravelmente à reclamante, o magistrado justifica sua convicção por meio da jurisprudência do próprio TRT-1, mas também de outros Tribunais Regionais, em especial para admitir a teoria da perda de uma chance e a proibição do *venire contra factum proprium* na esfera trabalhista.

Na sequência, examina o segundo pedido da autora: a condenação da empresa pelos lucros cessantes, no valor de dois salários que deixou de receber. Nesse ponto, o orador mantém a convicção sobre o ato ilícito praticado pela reclamada, no entanto, resolve a pretensão de forma diversa do pleiteado: **“a chance perdida concretamente pela reclamante se refere a um mês de emprego, pois não há qualquer garantia jurídica de que o contrato seria mantido para além desse período”**.

O orador, ao justificar sua convicção, assevera que, apesar de a trabalhadora ter sofrido os danos morais e materiais pleiteados, não haveria qualquer garantia jurídica de que o pacto laboral se estenderia para além do primeiro mês de trabalho. Assim, de maneira prudente, determina que a indenização deve ser fixada em valor menor que o pretendido.

Vale destacar as considerações de José Luiz Fiorin²⁵⁸ para quem a virtude de *phronesis* é composta pela *éthica* ligada ao bom senso, a ponderação e a prudência do orador – traços que predominaram nessa parte da sentença, que considerou a sistematização jurisprudencial e a ordem dos fatos, além da racionalidade como fundamento para justificar o desfecho favorável à trabalhadora.

Desse modo, tendo em vista os trechos analisados, o discurso mostrou que, em primeiro lugar, o orador estava preocupado com a justeza e a moralidade (ao deixar evidente que foi

²⁵⁸ FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2015, p. 71.

persuadido pela reclamante, haja vista as diferenças entre a petição inicial e a contestação) e, em um segundo momento, mostrou-se prudente e racional, ao trazer a jurisprudência e arbitrar indenização por danos materiais por período inferior ao pleiteado. Predominantes, portanto, as virtudes de *areté* e *phronesis*.

7.5 Decisão 5: proferida pelo TRT-12²⁵⁹ (favorável à reclamada)

[...]

2 – DO MÉRITO

Narra a autora que participou de seleção de emprego e foi selecionada pela ré, procedendo ao exame médico admissional e à confecção de ficha de registro funcional, mas que foi surpreendida pelo cancelamento da contratação em 24-03-2022. Afirma que havia recebido outra oferta de emprego que dispensou em razão da certeza da contratação. Aduz que sofreu “imenso prejuízo”. Postula uma indenização por danos morais pela conduta de má-fé da demandada e pela perda da chance em relação a outra oferta de emprego.

Defende-se a ré, relatando que a contratação não se concretizou porque a vaga era destinada a candidato com segundo grau completo e a autora omitiu seu grau de instrução, o que foi revelado apenas depois do preenchimento da ficha de registro. Nega a legítima expectativa de contratação pela autora e a existência dos alegados prejuízos.

Pois bem.

Os princípios da lealdade e boa-fé permeiam todos os contratos, como dispõe o Código Civil, aplicável ao Direito do Trabalho, por força do art. 8º, parágrafo único, da CLT: Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Entre as manifestações do princípio da boa-fé encontra-se a proibição de alterar a própria posição na relação jurídica em prejuízo da outra parte, segundo a máxima venire contra factum proprium non potest. Um contratante não pode voltar-se contra a própria conduta de criar a expectativa de novo posto de trabalho (factum proprium) e, em seguida, negar a concretização do vínculo (venire contra).

No caso em tela, competia à autora comprovar o factum proprium, isto é, a legítima expectativa de uma vaga de emprego criada pela empresa (art. 818, I, CLT).

²⁵⁹ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**. 0000700-66.2022.5.12.0059. Vara do Trabalho de Palhoça/SC. Public. 5-06-2023.

Contudo, desse ônus não se desincumbiu.

A prova documental dá conta simplesmente da existência de atos preparatórios para a contratação da autora, como consulta de horários, preenchimento de formulários e exame médico admissional, o que não é suficiente para comprovar a promessa de contratação pela empresa (fls. 14-26).

Pelo contrário, a ré apontou que a autora preencheu ficha de registro informando possuir o ensino médio incompleto (fl. 15), de modo que não atendia ao requisito da vaga anunciada, que exigia o ensino médio completo (fl. 63), sem impugnação quanto à existência desse requisito.

Ainda que a autora não tivesse ciência da exigência do ensino médio completo, como sustenta a réplica, não teria expectativa legítima de contratação, no máximo, uma expectativa subjetiva.

Tampouco houve prova de danos com origem na conduta da demandada, seja pela recusa de outra oferta de emprego, seja pelo “imenso prejuízo” genericamente referido na prefacial.

Por fim, a ausência de prova de conduta contrária à boa-fé e de prejuízos morais foi reforçada pela confissão aplicada à autora pela ausência injustificada à audiência de instrução (fl. 112).

Por essas razões, rejeito os pedidos.

É incontroverso que a demandante não chegou a receber salário, o que corrobora a declaração de hipossuficiência que acompanha a exordial. Por isso, concedo-lhe os benefícios da justiça gratuita, para isentá-la do pagamento das custas processuais, com espeque no art. 790, §§ 3º e 4º, da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/17.

Deixo de condenar a autora em honorários advocatícios ao procurador da demandada, porque, apreciando o § 4º do artigo 791-A da CLT, o e. STF declarou em juízo abstrato e vinculante, na ADI 5.766/DF, em 20-10-2021, a inconstitucionalidade da previsão legal de condenação do beneficiário da justiça gratuita em honorários sucumbenciais.

DECISUM

ISTO POSTO, afasto as preliminares arguidas na defesa e, no mérito, REJEITO os pedidos formulados por Y. L. P. em face de CONCÓRDIA SISTEMAS LTDA., nos termos da fundamentação supra.

A sentença favorável à empresa, proferida pela Vara do Trabalho de Palhoça-SC, não foi objeto de recurso. Ademais, foi publicada em junho de 2023 e o processo foi arquivado no mesmo mês, ante o trânsito em julgado da decisão.

Passa-se à análise.

A decisão, que obedece aos critérios do gênero *sentença*, em resumo, traz a seguinte narrativa no mérito:

xvii. Narra a autora que participou de seleção de emprego e foi selecionada pela ré, procedendo ao exame médico admissional e à confecção de ficha de registro funcional, mas que foi surpreendida pelo cancelamento da contratação em 24-03-2022. Afirma que havia recebido outra oferta de emprego que dispensou em razão da certeza da contratação. Aduz que sofreu “imenso prejuízo”. Postula uma indenização por danos morais pela conduta de má-fé da demandada e pela perda da chance em relação a outra oferta de emprego. Defende-se a ré, relatando que a contratação não se concretizou porque a vaga era destinada a candidato com segundo grau completo e a autora omitiu seu grau de instrução, o que foi revelado apenas depois do preenchimento da ficha de registro. Nega a legítima expectativa de contratação pela autora e a existência dos alegados prejuízos.

xviii. Entre as manifestações do princípio da boa-fé encontra-se a proibição de alterar a própria posição na relação jurídica em prejuízo da outra parte, segundo a máxima *venire contra factum proprium non potest*. Um contratante não pode voltar-se contra a própria conduta de criar a expectativa de novo posto de trabalho (*factum proprium*) e, em seguida, negar a concretização do vínculo (*venire contra*). No caso em tela, competia à autora comprovar o *factum proprium*, isto é, a legítima expectativa de uma vaga de emprego criada pela empresa (art. 818, I, CLT). Contudo, desse ônus não se desincumbiu. A prova documental dá conta simplesmente da existência de atos preparatórios para a contratação da autora, como consulta de horários, preenchimento de formulários e exame médico admissional, o que não é suficiente para comprovar a promessa de contratação pela empresa (fls. 14-26). Pelo contrário, a ré apontou que a autora preencheu ficha de registro informando possuir o ensino médio incompleto (fl. 15), de modo que não atendia ao requisito da vaga anunciada, que exigia o ensino médio completo (fl. 63), sem impugnação quanto à existência desse requisito. Ainda que a autora não tivesse ciência da exigência do ensino médio completo, como sustenta a réplica, não teria expectativa legítima de contratação, no máximo, uma expectativa subjetiva. Tampouco houve prova de danos com origem na conduta da demandada, seja pela recusa de outra oferta de emprego, seja pelo “imenso prejuízo” genericamente referido na prefacial. Por fim, a ausência de prova de conduta contrária à boa-fé e de prejuízos morais foi reforçada pela confissão aplicada à autora pela ausência injustificada à audiência de instrução (fl. 112). Por essas razões, rejeito os pedidos.

Vislumbra-se, portanto, que o juízo foi persuadido pela defesa e se convenceu pelas provas documentais. Em que pese, ao final da sentença, ter se pronunciado sobre a pena de confissão aplicada à autora pela ausência injustificada na audiência de instrução, deixou

evidente que não foi este fato isolado que determinou seu convencimento. Com base nesse contexto, analisam-se os trechos a seguir.

Trecho:

“Narra a autora que participou de seleção de emprego e foi selecionada pela ré, procedendo ao exame médico admissional e à confecção de ficha de registro funcional, mas que foi surpreendida pelo cancelamento da contratação em 24-03-2022. Afirmo que havia recebido outra oferta de emprego que dispensou em razão da certeza da contratação. Aduz que sofreu “imenso prejuízo”. Postula uma indenização por danos morais pela conduta de má-fé da demandada e pela perda da chance em relação a outra oferta de emprego.

Defende-se a ré, relatando que a contratação não se concretizou porque a vaga era destinada a candidato com segundo grau completo e a autora omitiu seu grau de instrução, o que foi revelado apenas depois do preenchimento da ficha de registro. Nega a legítima expectativa de contratação pela autora e a existência dos alegados prejuízos. Pois bem.

Os princípios da lealdade e boa-fé permeiam todos os contratos, como dispõe o Código Civil, aplicável ao Direito do Trabalho, por força do art. 8º, parágrafo único, da CLT: Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Entre as manifestações do princípio da boa-fé encontra-se a proibição de alterar a própria posição na relação jurídica em prejuízo da outra parte, segundo a máxima *venire contra factum proprium non potest*. Um contratante não pode voltar-se contra a própria conduta de criar a expectativa de novo posto de trabalho (*factum proprium*) e, em seguida, negar a concretização do vínculo (*venire contra*)” (grifos nossos).

Análise:

Logo no início do exame do mérito, nota-se que a construção do texto é sucinta – a sentença é composta por parágrafos curtos e objetivos. Para contrapor a petição inicial e a contestação, o juízo expõe as atitudes da reclamante: ter efetuado o exame admissional e o preenchimento da ficha de registro, ações que teriam ensejado a expectativa e posterior surpresa quando a contratação pactuada não aconteceu.

De outro lado, a ré impugnou os fatos alegando que a contratação foi cancelada, pois a vaga era destinada a outro tipo de candidato, com segundo grau completo – o que não era o caso da autora, que só revelou sua escolaridade após preencher a ficha de registro.

Feita a apresentação da contenda, o juízo argumenta a proibição do *venire* como manifestação do princípio da boa-fé, inclusive ressaltando sua aplicabilidade para todos os contratos, especialmente os trabalhistas. Aduz que “um contratante não pode voltar-se contra a própria conduta de criar a expectativa de novo posto de trabalho (*factum proprium*) e, em seguida, negar a concretização do vínculo (*venire contra*)”.

Até o final deste trecho, o orador se preocupa em estabelecer uma postura de imparcialidade, uma vez que expõe os fatos conforme indicados pelas partes e, ao final, ressalta que o comportamento contraditório é vedado pelo princípio da lealdade e da boa-fé nos contratos – sem, contudo, mencionar qualquer coisa sobre o desfecho do caso.

Por meio do *ethos* de equidade e imparcialidade, características típicas do gênero *judiciário* aristotélico, o julgador privilegia uma linguagem pautada no *logos*, capaz de produzir o senso de imparcialidade ao discurso, importante para que a convicção – que ainda será revelada – pareça racional. Essas características são típicas de *phronesis*.

Trecho:

“No caso em tela, competia à autora comprovar o *factum proprium*, isto é, a legítima expectativa de uma vaga de emprego criada pela empresa (art. 818, I, CLT).

Contudo, desse ônus não se desincumbiu.

A prova documental dá conta simplesmente da existência de atos preparatórios para a contratação da autora, como consulta de horários, preenchimento de formulários e exame médico admissional, o que não é suficiente para comprovar a promessa de contratação pela empresa (fls. 14-26).

Pelo contrário, a ré apontou que a autora preencheu ficha de registro informando possuir o ensino médio incompleto (fl. 15), de modo que não atendia ao requisito da vaga anunciada, que exigia o ensino médio completo (fl. 63), sem impugnação quanto à existência desse requisito.

Ainda que a autora não tivesse ciência da exigência do ensino médio completo, como sustenta a réplica, não teria expectativa legítima de contratação, no máximo, uma expectativa subjetiva.

Tampouco houve prova de danos com origem na conduta da demandada, seja pela recusa de outra oferta de emprego, seja pelo “imenso prejuízo” genericamente referido na prefacial.

Por fim, a ausência de prova de conduta contrária à boa-fé e de prejuízos morais foi reforçada pela confissão aplicada à autora pela ausência injustificada à audiência de instrução (fl. 112).

Por essas razões, rejeito os pedidos” (grifos nossos).

Análise:

Mantendo a linguagem sucinta, o julgador alerta que o ônus de comprovar o *venire* era da reclamante – ônus este que não se desvencilhou. A partir de então, o orador revela que seu convencimento será inaugurado de modo desfavorável à demandante e, assim, inicia o cotejo do conjunto probatório.

Começa, então, tratando da prova documental juntada pela autora e entende que o preenchimento de formulários e o exame médico admissional são apenas **atos preparatórios** e insuficientes para comprovar a promessa de contratação²⁶⁰.

Quanto às provas colacionadas pela empresa, destaca: a ré demonstrou que a autora não atendia aos requisitos da vaga e isso só foi descoberto após o preenchimento da ficha de registro. A reclamante, por outro lado, não demonstrou que sua escolaridade corroborava os critérios da vaga.

Nesse momento, o orador adverte que, embora a reclamante não tivesse ciência de que deveria ter o ensino médio completo (conforme sustenta na réplica), por si, isso não ensejaria expectativa de legítima contratação, no máximo, uma **expectativa subjetiva**.

Para o método retórico, o convencimento do juízo em favor da empresa foi atravessado por dois critérios nada aleatórios: i. que o preenchimento de formulários e o exame médico admissional **são apenas atos preparatórios**; ii. que mesmo a

²⁶⁰ Este aspecto é relevante para a comparativo final das oito decisões. O exame da primeira decisão favorável à empresa revela-se na contramão das quatro análises anteriores. Nesta sentença, por exemplo, o exame admissional foi considerado apenas um ato preparatório – diferente das decisões pró-reclamante, que consideraram o mesmo exame uma das provas de que o contrato se concretizaria.

reclamante ciente dos critérios da vaga, os fatos narrados não ensejariam uma expectativa de legítima contratação, tão somente existiria uma **expectativa subjetiva**.

Além disso, persuadido pela contestação, o orador afirma que não foram comprovados danos originados pela conduta patronal, pois as alegações da reclamante foram genéricas.

Por outro lado, ao final da narrativa, o juízo explica que a falta de provas foi reforçada pela confissão aplicada à autora, ante a ausência injustificada na audiência de instrução. Significa dizer que, a confissão aplicada **apenas corroborou e intensificou o que o orador já havia decidido**.

Desse modo, o discurso produzido pela sentença foi predominantemente subsidiado pelo *logos* e, por consequência, marcado pela virtude de *phronesis*, uma vez que o orador se preocupou em estabelecer uma construção racional e sucinta do discurso, baseada nas provas juntadas pela empresa, na ausência de impugnação específica da autora nas alegações genéricas e na confissão como desenlace.

A análise acima permite aferir como a sentença em prol da empresa sofre marcações específicas se comparadas às decisões anteriores. O julgador deste caso, persuadido pela defesa, entendeu que o exame admissional seria apenas um ato preparatório e, a expectativa do trabalhador, subjetiva e não legítima – resolução totalmente diversa do averiguado nas decisões anteriores.

Por derradeiro, a predominância de *phronesis* à luz de um discurso sucinto e preocupado com a racionalidade e ponderação sustentou a narrativa de mérito. E, por via reflexa, a ausência da reclamante na audiência de instrução apenas cristalizou a convicção do juízo – previamente consolidada.

7.6 Decisão 6: proferida pelo TRT-15²⁶¹ (favorável à reclamada)

[...]

Relatório

Inconformado com a r. sentença de Id af33c59, que julgou improcedentes os pedidos formulados à inicial, insurge-se o reclamante sob Id aaa1092.

²⁶¹ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. ROT: 0011206-49.2017.5.15.0106, Rel. André Augusto Ulpiano Rizzardo, 7ª Câmara, Public. 30-03-2021.

Pugna pela reforma no tocante aos honorários advocatícios e indenização por danos morais decorrentes de “retenção indevida da CTPS” e da “perda de uma chance”.

Isento de custas.

Contrarrazões sob Id ff0264c.

É O RELATÓRIO.

Fundamentação

VOTO

Conheço do recurso, porquanto presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Da retenção da CTPS – Da “perda de uma chance”.

O obreiro sustenta ter entregue sua CTPS para que o reclamado “realizasse a contratação”, o que não ocorreu. Destaca que não foi admitido pelo demandado, explanando que “realizou o exame admissional, juntamente com outros futuros funcionários e que chegou a ir até a CEF para cadastramento do PIS e que só após esses trâmites o RECORRENTE foi embora. E que, apenas e tão somente, por esse motivo, o RECORRENTE não fora contratado”, o que gerou frustração. Alega, por fim, que o reclamado reteve sua carteira profissional por lapso superior a 48 horas. Por reputar configurados ato ilícitos cometidos pela empresa, postula pelo pagamento de indenização por danos morais.

Pois bem.

A reparação oriunda do dano moral encontra respaldo legal nas disposições do artigo 5º, incisos V e X, da Carta da República, sendo considerado aquele dano proveniente da violação dos direitos individuais de cada cidadão, relativamente à sua intimidade, privacidade, honra e imagem, de natureza íntima e pessoal em que se coloca em risco a própria dignidade da pessoa humana, diante do contexto social em que vive.

Desta forma, no âmbito do direito do trabalho, para a configuração do infortúnio de ordem moral, é necessária a ocorrência da violação à honra pessoal do trabalhador, não bastando mero dissabor ou inobservância do cumprimento das obrigações contratuais. O dano deve ser proveniente de situações vexatórias, em que o trabalhador se sinta humilhado e desrespeitado. Contudo, é bom que se diga, não é qualquer mal-estar que é apto a causar a dor espiritual. A sensibilidade exagerada ou suscetibilidade extrema não autorizam o reconhecimento do prejuízo moral.

No caso vertente, a testemunha ouvida a convite do próprio obreiro, Elnatan de Oliveira Costa, delineou o seguinte quadro (que não foi elidido por outros elementos – Id f573986, destaquei):

“[...] que trabalha para o réu desde 2007, como líder de produção; que o autor entregou sua CTPS para o depoente entregá-la ao réu e o depoente efetivamente a entregou, para o RH, o autor foi fazer o exame e não compareceu de novo no RH para fazer a entrevista, como ele não compareceu, o depoente foi até o autor para devolver sua CTPS, mas o autor não quis recebê-la e o depoente voltou com a CTPS dele embora e aí o depoente tentou de novo devolver a CTPS do autor para este e o autor não quis receber de novo, o depoente retornou com a CTPS e depois tentou uma terceira vez, quando o autor aceitou receber sua CTPS de volta, tendo o depoente entregue em um envelope em mãos a CTPS do autor para o autor, de modo que depois deste vai e volta, na terceira vez o depoente conseguiu entregar para o autor em um envelope em mão a CTPS dele, ou seja, a CTPS do autor está com ele; que o autor não foi contratado porque no dia que era para ele fazer o exame desapareceu, o depoente não sabe responder se o autor fez os exames e desapareceu ou desapareceu antes que o procedimento lá é o seguinte: fez o exame, passa no RH no mesmo dia para fazer a documentação, o autor passou para fazer o exame mas não foi com os demais para o RH”²⁶².

Como se vê, ainda que a carteira de trabalho do reclamante tenha ficado em poder do reclamado por prazo excessivo, claro está que tal circunstância decorre de atuação do próprio autor, que se recusou, em duas ocasiões, a receber o documento, como inclusive, confessou ao ser inquirido sobre o fato pelo magistrado que presidia a instrução processual (“insistindo o depoente que não quis pegar referida documentação” – Id f573986).

Ademais, a testemunha obreira esclareceu que o reclamante não foi contratado porque “no dia que era para ele fazer o exame médico, desapareceu”, destacando que “o autor passou para fazer o exame, mas não foi com os demais para o RH”, o que inviabilizou sua admissão.

Destarte, os alardeados atos ilícitos não restaram comprovados, de modo que inexistiu o dever patronal de indenizar.

E, ainda que assim não fosse, ao criar óbices para a devolução de sua CTPS, outrossim, deixar de comparecer ao departamento de recursos humanos do reclamado (de modo a inviabilizar sua contratação), e posteriormente, postular reparações por danos morais fundadas nestas circunstâncias, o laborista age de forma contraditória (*venire contra factum proprium*), em clara afronta ao princípio da boa-fé objetiva, esculpido no artigo 422 do Código Civil, o que também constitui óbice para a pretendida reparação.

²⁶² O depoimento da testemunha foi digitado nesta tese respeitando literalmente a sua manifestação oral, sem qualquer edição. A despeito da dificuldade de entendimento, tendo em vista os conflitos da linguagem oral com a norma culta da língua portuguesa, a opção foi manter o texto conforme consta no processo, de maneira a reproduzir literalmente o que foi dito pela testemunha.

Por estes motivos, ratifica-se a improcedência do pedido.

Preliminarmente, relembra-se que o excerto selecionado diz respeito à acórdão proferido pelo TRT-15, favorável à reclamada, que manteve a sentença no ponto da perda de uma chance. A decisão transitou em julgado e os autos foram arquivados em 21 de maio de 2021.

O acórdão obedece aos critérios processuais imprescindíveis ao gênero e o discurso e, em síntese, fora construído da maneira exposta abaixo:

xix. Inconformado com a r. sentença de Id af33c59, que julgou improcedentes os pedidos formulados à inicial, insurge-se o reclamante sob Id aaa1092 [...] Pugna pela reforma no tocante aos honorários advocatícios e indenização por danos morais decorrentes de retenção indevida da CTPS e da perda de uma chance. [...] Da retenção da CTPS – Da perda de uma chance. O obreiro sustenta ter entregue sua CTPS para que o reclamado realizasse a contratação, o que não ocorreu. Destaca que não foi admitido pelo demandado, explanando que realizou o exame admissional, juntamente com outros futuros funcionários e que chegou a ir até a CEF para cadastramento do PIS e que só após esses trâmites o RECORRENTE foi embora. E que apenas e tão somente por esse motivo o RECORRENTE não fora contratado, o que gerou frustração. Alega, por fim, que o reclamado reteve sua carteira profissional por lapso superior a 48 horas. Por reputar configurados ato ilícitos cometidos pela empresa, postula pelo pagamento de indenização por danos morais. Como se vê, ainda que a carteira de trabalho do reclamante tenha ficado em poder do reclamado por prazo excessivo, claro está que tal circunstância decorre de atuação do próprio autor, que se recusou, em duas ocasiões, a receber o documento, como inclusive, confessou ao ser inquirido sobre o fato pelo magistrado que presidia a instrução processual (insistindo o depoente que não quis pegar referida documentação – Id f573986).

xx. Ademais, a testemunha obreira esclareceu que o reclamante não foi contratado porque “no dia que era para ele fazer o exame médico desapareceu”, destacando que o autor passou para fazer o exame mas não foi com os demais para o RH, o que inviabilizou sua admissão. Destarte, os alardeados atos ilícitos não restaram comprovados, de modo que inexistente o dever patronal de indenizar. E, ainda que assim não fosse, ao criar óbices para a devolução de sua CTPS e, outrossim, deixar de comparecer ao departamento de recursos humanos do reclamado (de modo a inviabilizar sua contratação), e posteriormente, postular reparações por danos morais fundadas nestas circunstâncias, o laborista age de forma contraditória (*venire contra factum proprium*), em clara afronta ao princípio da boa-fé objetiva, esculpido no artigo 422 do Código Civil, o que também constitui óbice para a pretendida reparação. Por estes motivos, ratifica-se a improcedência do pedido.

O relator, portanto, não foi persuadido pelo recurso ordinário interposto pelo reclamante e ratificou a improcedência do pleito. Ao analisar os fatos, utilizou o depoimento da própria testemunha do autor para justificar a manutenção da decisão *a quo*, conforme se examina a seguir:

Trecho:

“Da retenção da CTPS – Da “perda de uma chance”.

O obreiro sustenta ter entregue sua CTPS para que o reclamado “realizasse a contratação”, o que não ocorreu. Destaca que não foi admitido pelo demandado, explanando que “realizou o exame admissional, juntamente com outros futuros funcionários e que chegou a ir até a CEF para cadastramento do PIS, e que só após esses trâmites o RECORRENTE foi embora. E que apenas e tão somente por esse motivo o RECORRENTE não fora contratado”, o que gerou frustração. Alega, por fim, que o reclamado reteve sua carteira profissional por lapso superior a 48 horas. Por reputar configurados ato ilícitos cometidos pela empresa, postula pelo pagamento de indenização por danos morais.

Pois bem.

A reparação oriunda do dano moral encontra respaldo legal nas disposições do artigo 5º, incisos V e X, da Carta da República, sendo considerado aquele dano proveniente da violação dos direitos individuais de cada cidadão, relativamente à sua intimidade, privacidade, honra e imagem, de natureza íntima e pessoal em que se coloca em risco a própria dignidade da pessoa humana, diante do contexto social em que vive.

Desta forma, no âmbito do direito do trabalho, para a configuração do infortúnio de ordem moral, é necessária a ocorrência da violação à honra pessoal do trabalhador, não bastando mero dissabor ou inobservância do cumprimento das obrigações contratuais. O dano deve ser proveniente de situações vexatórias, em que o trabalhador se sinta humilhado e desrespeitado. Contudo, é bom que se diga, não é qualquer mal-estar que é apto a causar a dor espiritual. A sensibilidade exagerada ou suscetibilidade extrema não autorizam o reconhecimento do prejuízo moral” (grifos nossos).

Análise:

O julgador destaca que o reclamante deseja reformar a sentença para serem arbitrados danos morais provenientes de atos ilícitos praticados pela empresa, quais sejam: a ausência de contratação, mesmo após exame admissional e entrega da CTPS, e a retenção da carteira de trabalho por prazo superior a 48 horas.

Na sequência, o relator sintetiza o que traz a Constituição Federal de 1988 sobre o tema e explica como o direito do trabalho enfrenta a matéria. Assim, para haver violação à honra pessoal do trabalhador, não basta o mero dissabor ou a inobservância

de obrigações contratuais, e adverte: “é bom que se diga que, não é qualquer mal-estar que é apto a causar a dor espiritual. A sensibilidade exagerada ou suscetibilidade extrema não autorizam o reconhecimento do prejuízo moral”.

A construção dessa narrativa tem como base dois *ethe* que denotam *poder*: a vigilância e a cautela, ambos relacionados à postura do orador que, na posição de autoridade que pode reformar a decisão de origem, deve portar-se de maneira a não privilegiar o reclamante que possivelmente seria *sensível demais*. Nota-se, assim, a presença marcante de *areté*, pois o orador se esforça para manter a confiança e não parecer temerário.

Trecho:

“No caso vertente, a testemunha ouvida a convite do próprio obreiro, Elnatan de Oliveira Costa, delineou o seguinte quadro (que não foi elidido por outros elementos – Id f573986, destaquei):

“[...] que trabalha para o réu desde 2007, como líder de produção; que o autor entregou sua CTPS para o depoente entregá-la ao réu e o depoente efetivamente a entregou, para o RH, o autor foi fazer o exame e não comparecer de novo no RH para fazer a entrevista, como ele não compareceu, o depoente foi até o autor para devolver sua CTPS, mas o autor não quis recebe-la e o depoente voltou com a CTPS dele embora e aí o depoente tentou de novo devolver a CTPS do autor para este e o autor não quis receber de novo, o depoente retornou com a CTPS e depois tentou uma terceira vez, quando o autor aceitou receber sua CTPS de volta, tendo o depoente entregue em um envelope em mãos a CTPS do autor para o autor, de modo que depois deste vai e volta, na terceira vez o depoente conseguiu entregar para o autor em um envelope em mão a CTPS dele, ou seja, a CTPS do autor está com ele; que o autor não foi contratado porque no dia que era para ele fazer o exame desapareceu, o depoente não sabe responder se o autor fez os exames e desapareceu ou desapareceu antes que o procedimento lá é o seguinte: fez o exame, passa no RH no mesmo dia para fazer a documentação, o autor passou para fazer o exame mas não foi com os demais para o RH”²⁶³.

²⁶³ O depoimento da testemunha foi digitado nesta tese respeitando literalmente a sua manifestação oral, sem qualquer edição. A despeito da dificuldade de entendimento, tendo em vista os conflitos da linguagem oral com a norma culta da língua portuguesa, a opção foi manter o texto conforme consta no processo, de maneira a reproduzir literalmente o que foi dito pela testemunha.

Como se vê, ainda que a carteira de trabalho do reclamante tenha ficado em poder do reclamado por prazo excessivo, claro está que tal circunstância decorre de atuação do próprio autor, que se recusou, em duas ocasiões a receber o documento, como inclusive, confessou ao ser inquirido sobre o fato pelo magistrado que presidia a instrução processual (“insistindo o depoente que não quis pegar referida documentação” – Id f573986).

Ademais, a testemunha obreira esclareceu que o reclamante não foi contratado porque “no dia que era para ele fazer o exame médico, desapareceu” [...] “o autor passou para fazer o exame mas não foi com os demais para o RH”, o que inviabilizou sua admissão. Destarte, os alardeados atos ilícitos não restaram comprovados, de modo que inexistente o dever patronal de indenizar.

E, ainda que assim não fosse, ao criar óbices para a devolução de sua CTPS e, outrossim, deixar de comparecer ao departamento de recursos humanos do reclamado (de modo a inviabilizar sua contratação), e posteriormente, postular reparações por danos morais fundadas nestas circunstâncias, o laborista age de forma contraditória (*venire contra factum proprium*), em clara afronta ao princípio da boa-fé objetiva, esculpido no artigo 422 do Código Civil, o que também constitui óbice para a pretendida reparação.

Por estes motivos, ratifica-se a improcedência do pedido” (grifos nossos).

Análise:

Após tangenciar – ainda que de modo não literal – que a pretensão poderia ter se originado de uma sensibilidade exagerada, o relator avança em seu raciocínio e apresenta as justificativas de sua convicção: a confissão do autor e o depoimento de sua própria testemunha.

No que tange ao depoimento da testemunha, destaca: “o autor não foi contratado porque no dia que era para ele fazer o exame – admissional – desapareceu”. No tocante à confissão do reclamante, ao ser inquirido pelo magistrado que presidiu a instrução, confessou: “não quis pegar a referida documentação” (de Id f573986).

Nesse sentido, ao analisar as provas colhidas em instrução, o orador entendeu que não houve ilícito a ser indenizado pela empresa. Consignou, ainda, que o recorrente agiu em *venire contra factum proprium*, pois não poderia beneficiar-se de sua própria

torpeza, uma vez que, ao criar óbices para a devolução da CTPS e deixar de comparecer ao RH, afrontou o princípio da boa-fé objetiva.

Assim, na conclusão do acórdão, pelo fato de o orador ater-se às provas produzidas em instrução (decorrentes da confissão do trabalhador e de sua própria testemunha) e, a partir daí, concluir pela proibição do *venire*, ante as atitudes contraditórias do reclamante, nota-se a predominância da racionalidade no discurso, atributo característico de *phronesis*.

Diante disso, no início da construção do discurso, nota-se a preocupação do orador em parecer franco e sincero, na medida de sua postura como autoridade de segunda instância, que não poderia permitir que uma pretensão apresentada por um autor possivelmente “sensível demais” vigorasse.

Por outro lado, para justificar a ratificação da sentença, o orador volta-se ao conjunto probatório produzido em audiência, consubstanciado pela confissão do reclamante e pelo depoimento da testemunha, que corroboram a aplicação do *venire*.

Assim, por meio da análise retórica, conclui-se que as virtudes *ethicas* predominantes no acórdão foram *eunoia* e *phronesis*.

7.7 Decisão 7: proferida pelo TRT-12²⁶⁴ (favorável à reclamada)

[...]

MÉRITO

1 – DISPENSA IMOTIVADA. ABUSO DE DIREITO. INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

Pretende o sindicato-autor reformar a sentença a fim de que sejam deferidas as indenizações por danos morais e materiais postuladas na inicial, em razão de entender que a dispensa imotivada dos empregados pela ré não seria válida, pois teria havido abuso do direito do empregador em dispensar imotivadamente seus empregados, em razão de já ter iniciado o ano letivo. Reitera as alegações da inicial de que a reclamada teria confirmado a manutenção dos contratos de emprego “na mesma função e com a mesma carga horária para o semestre seguinte”, porém, surpreendera os empregados ao dispensá-los imotivadamente.

²⁶⁴ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**. 0000428-15.2023.5.12.0002. Rel. Wanderley Godoy Junior, 3ª Turma, Public. 12-06-2024.

Sustenta que não era seu o ônus da prova, uma vez que “após a apresentação da defesa, não mais repousava sobre o autor o ônus de provar os fatos narrados na petição inicial e sobre os quais erguia-se o pedido”, tentando fazer crer que a ré não teria impugnado a narrativa fática da exordial e as pretensões nela formuladas e que, portanto, seriam incontroversos os fatos alegados pelo recorrente e que “não dependem de provas”. Aduz que houve “violação ao devido processo legal” e a dispositivos, invocando, dentre outros, “art. 5º, LIV, da CF, art. 789 da CLT c/c os arts. 336, 341, caput, e 374, inciso III, do CPC”. Requer a reforma da sentença para “restabelecendo o respeito ao Devido Processo Legal” declarar como não contestados os fatos que o recorrente afirma não terem sido contestados e, por conseguinte, acolher os pedidos de indenização por danos morais e materiais.

Ainda, sobre a mesma matéria, insiste na tese aduzida na exordial de que a mera dispensa dos substituídos quando já iniciado período letivo representaria exercício abusivo do direito potestativo, além de se tratar de comportamento “contraditório” (non venire contra factum proprium) que “atenta à boa-fé”, invocando, dentre outros, o art. 422 do CC, além de citar precedentes. Reiterando entender que houve abuso de direito em razão da “dispensa após iniciadas as aulas” o que traria “como intrínseco a perda da chance em lecionar naquele período letivo (dano in re ipsa)”, além de insistir em alegar que houve diversas violações a dispositivos por não terem sido acolhidas suas pretensões, como de “que a decisão recorrida violou o inciso IV do artigo 1º, inciso I do artigo 3º, inciso XXII do artigo 5º, inciso XXVIII do artigo 7º, incisos II, IV e IX do caput do artigo 170, da Constituição Federal, e violou os artigos 186, 187, 422 e 927 do Código Civil”, pede a reforma da sentença para que seja a ré condenada ao pagamento de “indenizações por danos morais e materiais pela dispensa após iniciado o ano/semestre letivo, fixando o valor da indenização”.

Sem razão.

De plano, registro entender não ter havido as ofensas aos dispositivos invocados pelo recorrente, tampouco a alegada violação ao devido processo legal, tão somente por não ter a parte autora se desonerado – no momento processual oportuno – do ônus probatório que lhe pertencia, nos termos do art. 818, I, da CLT, não procedendo suas teses e interpretações recursais de que a reclamada não teria impugnado as narrativas fáticas aduzidas na exordial e as pretensões formuladas naquela peça.

Na inicial, o sindicato-autor alegou que os empregados substitutos “vinham laborando normalmente e sem qualquer comunicado ou indício de que haveriam os rompimentos dos contratos de emprego”. Acrescentou que “antes do término do semestre letivo, o requerido confirmou a manutenção dos respectivos contratos de empregos na mesma função e com a

mesma carga horária para o semestre seguinte” e que “o réu apontou e comportou-se com a clara intenção de manter o vínculo. Todavia, ao iniciar o período letivo do próximo semestre os substituídos foram surpreendidos com comunicados de dispensa imotivada e sem prévio aviso”(fl. 14, destaquei).

Em seguida, disse que “e como a dispensa imotivada ocorreu quando já iniciado semestre letivo, não mais tiveram como buscar outro emprego ou, para aqueles com contratos também em outras instituições de ensino, postular o aumento do número de horas-aulas”, afirmando, ainda, que “embora externamente o ato da dispensa não aparente vícios, intrinsecamente contém a mácula do exercício abusivo de direito potestativo [...]” (fl. 14, destaquei). Sustentou, também, que “o requerido agiu em desacordo com a boa-fé [...]” e que teria agido de forma a contradizer um comportamento anterior (*venire contra factum proprium*), citando, em síntese, dispositivos, como o art. 187 do Código Civil, dentre outros, requereu, tendo em vista “a dispensa mediante exercício abusivo do direito potestativo”, a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Ao se defender – diversamente do que tenta fazer crer o recorrente – a reclamada contestou, sim, a narrativa fática aduzida na exordial, afirmando que “não são verdadeiras as alegações” do sindicato-autor; que não houve ato ilícito, tampouco abuso no exercício do poder potestativo e que “admitir a tese da petição inicial de que caracterizaria ato ilícito a dispensa após o início do semestre letivo, corresponderia concluir que a dispensa dos profissionais da área da educação não poderia ocorrer em momento nenhum, nem antes nem depois no início do semestre letivo, pois sempre haveria uma consequente indenização/sanção” (fl. 203, destaquei).

Ainda, do teor das demais alegações defensivas aduzidas é possível inferir que a ré refutou toda narrativa fática da exordial, notadamente a causa de pedir do pedido de deferimento das indenizações por danos morais e materiais, como, por exemplo, depreende-se também dos seguintes trechos:

[...]

A intenção de manutenção do vínculo empregatício é inerente ao contrato de trabalho por prazo indeterminado, situação que não impede nem restringe o direito potestativo do empregador de dispensa sem justa causa decorrente do poder de direção, tendo em vista que assume de forma ampla os riscos da atividade econômica (princípio da alteridade – CLT, arts. 2º e 468, § 1º).

Ademais, incontroverso que os empregados do Reclamado são contratados pelo regime jurídico celetista, de modo que são aplicáveis aos respectivos contratos de trabalho, além das

disposições normativas do SENAI, as normas da CLT. Nessa linha, a reclamada tem direito de dispensar imotivadamente seus empregados, mormente porque a Constituição Federal, ao dispor sobre os princípios norteadores do ensino, não garantiu nenhuma estabilidade a estes profissionais.

Desse modo, diante da inexistência de vedação legal à dispensa sem justa causa, por ausência de ato ilícito, são improcedentes os pedidos de indenizações requeridas.

[...] – destaquei

Com efeito, diversamente das interpretações recursais do autor, a reclamada refutou, sim, a narrativa fática da exordial, não tendo “confirmado” a “manutenção dos respectivos contratos de emprego na mesma função e com a mesma carga horária para o semestre seguinte”. Nesse mesmo sentido, aponta, inclusive, o Ministério Público do Trabalho, em seu parecer, à fl. 531: “Ou seja, a defesa contrapõe a alegação da inicial quanto à promessa de manutenção dos contratos de trabalho dos substituídos para o semestre seguinte”.

Aliás, em análise às alegações aduzidas pelas partes nos momentos processuais oportunos, infere-se que o autor admite que o ato de dispensa, “externamente”, não aparenta vícios, insistindo, porém, em sustentar que “intrinsecamente contém a mácula do exercício abusivo de direito potestativo [...]”, o que foi refutado pela defesa, permanecendo, pois, com o demandante o ônus de comprovar a veracidade de suas alegações.

Além disso, ad argumentandum tantum, ainda que iniciado o ano letivo e que os substituídos estivessem laborando “normalmente” e que teriam “presumido”, como faz o autor, ora recorrente, que seriam mantidos os contratos de emprego, nas mesmas funções e com a mesma carga horária tais fatos, por si só, além de, a meu ver, não comprovados cabalmente nos autos, não implicam reconhecer a impossibilidade da dispensa sem justo motivo por parte da empregadora, tampouco o alegado abuso de direito, perda de chance ou ainda comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), porquanto, conforme tese defensiva aduzida, a mera intenção de manutenção do vínculo, que é inerente ao contrato de trabalho por prazo indeterminado, a teor do que preconiza o princípio da continuidade da relação de emprego, não impede, muito menos restringe o direito potestativo do empregador de dispensa imotivada inerente ao seu poder diretivo, máxime tendo em vista que é o empregador quem assume os riscos da atividade econômica (princípio da alteridade e arts. 2º e 468, § 1º, da CLT).

De modo que, em sendo a tese defensiva, como admite o recorrente, “pela licitude da dispensa quando já iniciado o período letivo porque seria o exercício regular do direito potestativo pelo empregador”, cabia ao autor, nos termos do art. 818, I, da CLT, comprovar a

veracidade da narrativa fática aduzida na exordial (causa de pedir), como de que teria havido “antijuridicidade da dispensa ocorrida no início do semestre” (fl. 22), a fim de que fossem acolhidas as pretensões formuladas de condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes da dispensa “ilícita”/abusiva, ônus do qual, no entanto, não se desincumbiu a contento, não se prestando para tanto suas alegações e interpretações recursais que não encontram amparo probatório robusto nos autos.

Em que pese a insistência do sindicato-autor, ora recorrente, em tentar fazer crer que seriam fatos incontroversos aqueles alegados na inicial e não comprovados nos autos, entendo não procederem suas alegações recursais, não tendo a ré admitido que “havia confirmado os substituídos para continuar a lecionar”, dentre outras alegações recursais que, de qualquer forma, não permitem, por si só, inferir pela ilegalidade das dispensas, porquanto a extinção do contrato de trabalho por iniciativa da empregadora trata-se de ato legalmente autorizado (artigos 2º da CLT, dentre outros), decorrente do exercício do seu poder diretivo, pois é ela quem assume os riscos da atividade econômica.

De modo que, inexistindo nos autos prova cabal de que tenham sido, de fato, extrapolados os limites do poder diretivo, ônus que incumbia ao autor, por se tratar de fato constitutivo do direito postulado à indenização por dano moral e material, não procedem as alegações recursais, tampouco a pretensão de reforma da sentença que, corretamente, rejeitou os pleitos.

Nessa senda, improcedentes as alegações recursais como de que “não havia qualquer ônus probatório pesando contra o autor após a apresentação da defesa porque tornaram-se verazes e incontroversos” os fatos mencionados pelo recorrente, os quais não comprovam o abuso no exercício do direito potestativo de dispensa exercido, a meu ver, regularmente, pela empregadora, inexistindo, ainda, os alegados “fatos incontroversos” ou mesmo as violações alegadas, como ao “Devido Processo Legal (CRFB: art. 5º, LIV)” ou, ainda, aos “arts. 336, 341, caput, e 374, inciso III, do CPC”.

A bem da verdade, tendo em vista a pormenorizada análise e fundamentação adotada pela juíza que presidiu a instrução no sentido de que o autor não se desonerou do encargo probatório que lhe pertencia, este tenta fazer crer, por meio de interpretações recursais que, frisa-se, não encontram amparo nos autos, que não precisaria ter comprovado a veracidade das alegações aduzidas na exordial, máxime no tocante à “antijuridicidade da dispensa ocorrida”, teses recursais que, no meu entender, não procedem, ante o que, de fato, restou evidenciado nos autos e pelo teor da defesa da ré, dentre outros elementos analisados.

Logo, não há falar em reforma da sentença para declarar como incontroversos os fatos narrados na exordial e não comprovados pelo demandante, tampouco procede a pretensão recursal, também inovatória, de que seja declarada “como inexistente contra o autor o ônus da prova quanto aos fatos sobre os quais se assentam os pedidos porque incontroversos e verazes”.

De modo que, perfilho o entendimento adotado pela juíza que presidiu a instrução de que era do autor o ônus de provar as alegações da inicial, art. 818, I, da CLT, encargo do qual, porém, não se desincumbiu a contento, já que nenhuma prova foi produzida, não se prestando as alegações recursais a amparar as pretensões da exordial.

Como bem ponderado na origem, não há nada nos autos que sequer indique que antes do término do semestre letivo a reclamada tenha confirmado que manteria – indefinidamente – todos os contratos de emprego, ainda mais na mesma função e com a mesma carga horária para o semestre seguinte, não tendo, frisa-se, a reclamada admitido tais fatos em defesa, os quais restaram totalmente impugnados, como infiro, por exemplo, da mera leitura da contestação à fl. 198 (id. 3c8b692). Outrossim, também não há nos autos prova robusta a corroborar a alegação de que “o réu apontou e comportou-se com a clara intenção de manter o vínculo” – alegação também impugnada pela defesa (fl. 198).

Destarte, nada a reparar na conclusão de que a despedida dos substituídos no início do semestre letivo não se constituiu, pura e simplesmente, como exercício abusivo do direito potestativo, tampouco comportamento contraditório (venire contra factum proprium) ou, ainda, atentado à boa-fé/perda de uma chance, dentre outras teses que insiste em aduzir o autor, uma vez que não há previsão legal que a impedisse de dispensar imotivadamente os substituídos, inexistindo nos autos prova do alegado abuso do direito potestativo/de dispensa, muito menos da alegada “antijuridicidade da dispensa ocorrida” – causa de pedir das pretensões formuladas nos itens 9.6, 9.6.1 e 9.6.2 de pagamento de indenização por danos morais e materiais.

A bem da verdade, busca o autor criar, sem qualquer respaldo legal, uma espécie de garantia de emprego aos substituídos ao postular o reconhecimento da antijuridicidade da dispensa ocorrida no início do semestre e a condenação da empregadora ao pagamento de indenizações tão somente por tê-los dispensado imotivadamente após início do ano letivo, dispensa que não é vedada expressamente em lei, mas, pelo contrário, é inerente ao poder diretivo do empregador (art. 2º da CLT), inexistindo o alegado abuso no exercício de tal direito.

De igual maneira, não há nos autos prova robusta de que tenha a ré ultrapassado o limite de atuação de seu poder diretivo, atingindo direitos materiais e imateriais dos substituídos, não tendo sido comprovado o preenchimento dos requisitos legais necessários à caracterização do alegado dano moral, tampouco que permitisse acolher a pretensão de condenação da recorrida ao pagamento das indenizações por danos morais e materiais formulada na peça de ingresso.

A reparação do dano moral está assegurada em âmbito constitucional (CRFB/88, art. 5º, incs. V e X), bem como no Código Civil (art. 186, dentre outros), mediante garantia e proteção da imagem da pessoa, garantindo o direito à indenização por danos materiais e morais, desde que evidenciada, de forma robusta, a presença dos seguintes pressupostos: ocorrência de ato ilícito culposo/doloso do empregador, o dano e o nexo de causalidade.

Para que o empregador seja responsabilizado civilmente pelo dano moral alegadamente sofrido pelo empregado, mister fique comprovado o trinômio autorizador consistente no dano, dolo ou culpa do agente e o nexo de causalidade entre a ação do empregador e o dano ao empregado. Não se desincumbindo o autor do ônus de comprovar que houve a ocorrência dos danos alegados, seja de natureza material ou extrapatrimonial, não tem direito ao recebimento das indenizações postuladas.

Incólumes os dispositivos, princípios, invocados, inexistindo as ofensas alegadas, não se prestando, de igual modo, os precedentes e enunciados citados a modificar a conclusão adotada, mormente por sequer devidamente identificados seus fundamentos determinantes, tampouco demonstrada a exata adequação destes ao caso em análise.

Nego provimento.

Antes de se iniciar a análise, ressalta-se que o acordão regional foi objeto de recurso pelos reclamantes (representados pelo sindicato). Atualmente, o processo está em fase de agravo interno.

Em resumo cronológico dos acontecimentos: o Recurso de Revista não foi recebido, mesmo depois de agravado. Na sequência, em dezembro de 2024, houve interposição de agravo interno – que ainda não foi julgado –, para tratar apenas dos honorários (ou seja, em nada prejudica esta pesquisa, uma vez que a análise não versa sobre este tema).

Abaixo os excertos que constituíram a narrativa do relator:

xxi. Pretende o sindicato-autor reformar a sentença a fim de que sejam deferidas as indenizações por danos morais e materiais postuladas na inicial, em razão de entender que a dispensa imotivada dos empregados pela ré não seria válida, pois teria havido abuso do direito do empregador em dispensar imotivadamente seus empregados, em razão de já ter iniciado o ano letivo. Reitera as alegações da inicial de que a reclamada teria confirmado a manutenção dos contratos de emprego “na mesma função e com a mesma carga horária para o semestre seguinte”, porém, surpreendera os empregados ao dispensá-los imotivadamente. Sustenta que não era seu o ônus da prova, uma vez que “após a apresentação da defesa, não mais repousava sobre o autor o ônus de provar os fatos narrados na petição inicial e sobre os quais erguia-se o pedido”, tentando fazer crer que a ré não teria impugnado a narrativa fática da exordial e as pretensões nela formuladas e que, portanto, seriam incontroversos os fatos alegados pelo recorrente e que “não dependem de provas”. Aduz que houve “violação ao devido processo legal” e a dispositivos, invocando, dentre outros, “art. 5º, LIV, da CF, art. 789 da CLT c/c os arts. 336, 341, *caput*, e 374, inciso III, do CPC”. Requer a reforma da sentença para “restabelecendo o respeito ao Devido Processo Legal” declarar como não contestados os fatos que o recorrente afirma não terem sido contestados e, por conseguinte, acolher os pedidos de indenização por danos morais e materiais. Ainda, sobre a mesma matéria, insiste na tese aduzida na exordial de que a mera dispensa dos substituídos quando já iniciado período letivo representaria exercício abusivo do direito potestativo, além de se tratar de comportamento “contraditório” (*non venire contra factum proprium*) que “atenta à boa-fé”, invocando, dentre outros, o art. 422 do CC, além de citar precedentes. Reiterando entender que houve abuso de direito em razão da “dispensa após iniciadas as aulas” o que traria “como intrínseco a perda da chance em lecionar naquele período letivo (*dano in re ipsa*)”[...]

xxii. [...] a bem da verdade, tendo em vista a pormenorizada análise e fundamentação adotada pela juíza que presidiu a instrução no sentido de que o autor não se desonerou do encargo probatório que lhe pertencia, este tenta fazer crer, por meio de interpretações recursais que, frisa-se, não encontram amparo nos autos, que não precisaria ter comprovado a veracidade das alegações aduzidas na exordial, máxime no tocante à “antijuridicidade da dispensa ocorrida”, teses recursais que, no meu entender, não procedem, ante o que, de fato, restou evidenciado nos autos e pelo teor da defesa da ré, dentre outros elementos analisados. Logo, não há falar em reforma da sentença para declarar como incontroversos os fatos narrados na exordial e não comprovados pelo demandante, tampouco procede a pretensão recursal, também inovatória, de que seja declarada “como inexistente contra o autor o ônus da prova quanto aos fatos sobre os quais se assentam os pedidos porque incontroversos e verazes”. De modo que, perfilho o entendimento adotado pela juíza que presidiu a instrução de que era do autor o ônus de provar as alegações da inicial, art. 818, I, da CLT, encargo do qual, porém, não se desincumbiu a contento, já que nenhuma prova foi produzida, não se prestando as alegações recursais a amparar as pretensões da exordial.

O Tribunal Regional, portanto, não foi persuadido pelo recurso sindical, inclusive, foi claro quanto ao posicionamento idêntico à origem. Além disso, o próprio estilo do texto é notoriamente extenso e de linguagem culta – em disparidade das outras seis decisões até aqui examinadas. Passa-se, então, à análise.

Trecho:

“Pretende o sindicato-autor reformar a sentença a fim de que sejam deferidas as indenizações por danos morais e materiais postuladas na inicial, em razão de entender que a dispensa imotivada dos empregados pela ré não seria válida, pois teria havido abuso do direito do empregador em dispensar imotivadamente seus empregados, em razão de já ter iniciado o ano letivo. Reitera as alegações da inicial de que a reclamada teria confirmado a manutenção dos contratos de emprego “na mesma função e com a mesma carga horária para o semestre seguinte”, porém, surpreendera os empregados ao dispensá-los imotivadamente.

Sustenta que não era seu o ônus da prova, uma vez que, “após a apresentação da defesa, não mais repousava sobre o autor o ônus de provar os fatos narrados na petição inicial e sobre os quais erguia-se o pedido”, tentando fazer crer que a ré não teria impugnado a narrativa fática da exordial e as pretensões nela formuladas e que, portanto, seriam incontroversos os fatos alegados pelo recorrente e que “não dependem de provas”. Aduz que houve “violação ao devido processo legal” e a dispositivos, invocando, dentre outros, “art. 5º, LIV, da CF, art. 789 da CLT c/c os arts. 336, 341, *caput*, e 374, inciso III, do CPC”. Requer a reforma da sentença para “restabelecendo o respeito ao Devido Processo Legal” declarar como não contestados os fatos que o recorrente afirma não terem sido contestados e, por conseguinte, acolher os pedidos de indenização por danos morais e materiais.

Ainda, sobre a mesma matéria, insiste na tese aduzida na exordial de que a mera dispensa dos substituídos quando já iniciado período letivo representaria exercício abusivo do direito potestativo, além de se tratar de comportamento “contraditório” (*non venire contra factum proprium*) que “atenta à boa-fé”, invocando, dentre outros, o art. 422 do CC, além de citar precedentes. Reiterando entender que houve abuso de direito em razão da “dispensa após iniciadas as aulas” o que traria “como intrínseco a perda da chance em lecionar naquele período letivo (*dano in re ipsa*)”, além de insistir em alegar que houve diversas violações a dispositivos por não terem sido acolhidas suas pretensões, como de “que a decisão recorrida violou o inciso IV do artigo 1º, inciso I do artigo 3º, inciso XXII do artigo 5º, inciso XXVIII do artigo 7º, incisos II, IV e IX do *caput* do artigo 170 da Constituição Federal e violou os artigos 186, 187, 422 e 927 do Código Civil”, pede a reforma da sentença para que seja a ré condenada ao

pagamento de “indenizações por danos morais e materiais pela dispensa após iniciado o ano/semestre letivo, fixando o valor da indenização”.

Sem razão” (grifos nossos).

Análise:

Obedecendo aos critérios de construção textual do gênero acórdão, o orador conduz o discurso por meio do contraponto entre o pleito sindical e a contestação. Nesse ínterim, já é possível notar que a convicção do Tribunal Regional não aparecerá apenas ao final da decisão.

Ademais, ainda que o orador tenha sido literal sobre a ausência de razão dos reclamantes apenas na última frase do trecho, algumas frases utilizadas no início da narrativa merecem destaque:

- i. “**tentando fazer crer** que a ré não teria impugnado a narrativa fática da exordial”
- ii. “**insiste na tese** aduzida na exordial”
- iii. “**além de insistir** em alegar que houve diversas violações”

Para o método retórico, as locuções não foram escolhidas por acaso.

No confronto entre a pretensão autoral e a defesa, mesmo no início do acórdão em que seria comum apenas contextualizar os fatos, o relator trata do recurso sindical como medida que “tenta fazer crer”/ “insiste na tese”/ “além de insistir”, no sentido de que haveria uma teimosia por parte dos reclamantes, com um aspecto de quase alvitramento.

Tanto que, na sequência, arremata os episódios com apenas duas palavras: “**sem razão**”. Nota-se que o orador tomou como *teimosia* a tentativa do sindicato de alterar a sentença, uma vez que o deslinde processual foi contundente e não deveria ter sido objeto de *insistência*.

A posição do orador, em que pese a construção do discurso em linguagem culta e tipicamente formal, é incapaz de obstruir os *éthe* de reprovação e de vigilância, que perfazem um comportamento *ético* característico de *areté*: virtude que considera a própria definição do orador como homem confiável e justo.

Trecho:

“De plano, registro entender não ter havido as ofensas aos dispositivos invocados pelo recorrente, tampouco a alegada violação ao devido processo legal, tão somente por não ter a parte autora se desonerado – no momento processual oportuno – do ônus probatório que lhe pertencia, nos termos do art. 818, I, da CLT, não procedendo suas teses e interpretações recursais de que a reclamada não teria impugnado as narrativas fáticas aduzidas na exordial e as pretensões formuladas naquela peça.

[...]

Ao se defender – diversamente do que tenta fazer crer o recorrente – a reclamada contestou, sim, a narrativa fática aduzida na exordial, afirmando que “não são verdadeiras as alegações” do sindicato-autor; que não houve ato ilícito, tampouco abuso no exercício do poder potestativo e que “admitir a tese da petição inicial de que caracterizaria ato ilícito a dispensa após o início do semestre letivo, corresponderia concluir que a dispensa dos profissionais da área da educação não poderia ocorrer em momento nenhum, nem antes nem depois no início do semestre letivo, pois sempre haveria uma consequente indenização/sanção” (fl. 203, destaquei).

Ainda, do teor das demais alegações defensivas aduzidas é possível inferir que a ré refutou toda narrativa fática da exordial, notadamente a causa de pedir do pedido de deferimento das indenizações por danos morais e materiais.

[...]

Ademais, incontroverso que os empregados do Reclamado são contratados pelo regime jurídico celetista, de modo que são aplicáveis aos respectivos contratos de trabalho, além das disposições normativas do SENAI, as normas da CLT. Nessa linha, a reclamada tem direito de dispensar imotivadamente seus empregados, mormente porque a Constituição Federal, ao dispor sobre os princípios norteadores do ensino, não garantiu nenhuma estabilidade a estes profissionais.

Desse modo, diante da inexistência de vedação legal à dispensa sem justa causa, por ausência de ato ilícito, são improcedentes os pedidos de indenizações requeridas.

[...]

Além disso, *ad argumentandum tantum*, ainda que iniciado o ano letivo e que os substituídos estivessem laborando “normalmente” e que teriam “presumido”, como faz o autor, ora recorrente, que seriam mantidos os contratos de emprego, nas mesmas funções e com a mesma carga horária, tais fatos, por si só, além de, a meu ver, não

comprovados cabalmente nos autos, não implicam reconhecer a impossibilidade da dispensa sem justo motivo por parte da empregadora, tampouco o alegado abuso de direito, perda de chance ou ainda comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), porquanto, conforme tese defensiva aduzida, a mera intenção de manutenção do vínculo, que é inerente ao contrato de trabalho por prazo indeterminado, a teor do que preconiza o princípio da continuidade da relação de emprego, não impede, muito menos restringe o direito potestativo do empregador de dispensa imotivada inerente ao seu poder diretivo, máxime tendo em vista que é o empregador quem assume os riscos da atividade econômica (princípio da alteridade e arts. 2º e 468, § 1º, da CLT).

De modo que, em sendo a tese defensiva, como admite o recorrente, “pela licitude da dispensa quando já iniciado o período letivo porque seria o exercício regular do direito potestativo pelo empregador”, cabia ao autor, nos termos do art. 818, I, da CLT, comprovar a veracidade da narrativa fática aduzida na exordial (causa de pedir), como de que teria havido “antijuridicidade da dispensa ocorrida no início do semestre” (fl. 22), a fim de que fossem acolhidas as pretensões formuladas de condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes da dispensa “ilícita”/abusiva, ônus do qual, no entanto, não se desincumbiu a contento, não se prestando para tanto suas alegações e interpretações recursais que não encontram amparo probatório robusto nos autos.

Em que pese a insistência do sindicato-autor, ora recorrente, em tentar fazer crer que seriam fatos incontroversos aqueles alegados na inicial e não comprovados nos autos, entendendo não procederem suas alegações recursais, não tendo a ré admitido que “havia confirmado os substituídos para continuar a lecionar”, dentre outras alegações recursais que, de qualquer forma, não permitem, por si só, inferir pela ilegalidade das dispensas, porquanto a extinção do contrato de trabalho por iniciativa da empregadora trata-se de ato legalmente autorizado (artigos 2º da CLT, dentre outros), decorrente do exercício do seu poder diretivo, pois é ela quem assume os riscos da atividade econômica.

De modo que, inexistindo nos autos prova cabal de que tenham sido, de fato, extrapolados os limites do poder diretivo, ônus que incumbia ao autor, por se tratar de fato constitutivo do direito postulado à indenização por dano moral e material, não procedem as alegações recursais, tampouco a pretensão de reforma da sentença que, corretamente, rejeitou os pleitos” (grifos nossos).

Análise:

Para justificar a ausência de razão sindical, o relator argumenta que a tese dos reclamantes não merece acolhimento em nenhuma de suas alegações:

- i. tanto pelos fatos narrados de que a empresa teria agido em *venire*, culminando na perda de uma chance;
- ii. quanto às regras processuais, de que a reclamada não teria impugnado corretamente a inicial, ferindo o devido processo legal.

O orador passa a tratar das pretensões autorais e segue na construção de um discurso extenso e prolixo, sob ponto de vista da formalidade. Adverte, sobretudo, que o ônus da prova era dos reclamantes e conclui que os trabalhadores não foram capazes de comprovar o alegado.

Por outro lado, quanto ao comportamento da empresa, entende que a reclamada apenas agiu conforme os poderes potestativos legitimados pela CLT, quanto à demissão imotivada e elucida: “dentre outras alegações recursais que, **de qualquer forma**, não permitem, por si só, inferir pela ilegalidade das dispensas, porquanto a extinção do contrato de trabalho por iniciativa da empregadora **trata-se de ato legalmente autorizado**”.

As palavras em destaque demonstram que os fatos narrados pelos empregados, em todo o contexto apresentado, seriam incapazes de corroborar a ilegalidade das dispensas, pois a atitude patronal partiu de premissas legalmente franqueadas.

Assim, favorecida pelo próprio sistema celetista, a empresa teria agido de maneira lícita e não contraditória – como os trabalhadores *teimaram* em fazer crer. Nesse aspecto, então, o orador se vale de argumentos lógicos: o ônus da prova, o sistema normativo e, para a retórica, a presença do *logos* subsidia a virtude de *phronesis*, pela predominância de racionalidade no discurso.

Trecho:

“A bem da verdade, tendo em vista a pormenorizada análise e fundamentação adotada pela juíza que presidiu a instrução no sentido de que o autor não se desonerou do encargo probatório que lhe pertencia, este tenta fazer crer, por meio de interpretações

recursais que, frisa-se, não encontram amparo nos autos, que não precisaria ter comprovado a veracidade das alegações aduzidas na exordial, máxime no tocante à “antijuridicidade da dispensa ocorrida”, teses recursais que, no meu entender, não procedem, ante o que, de fato, restou evidenciado nos autos e pelo teor da defesa da ré, dentre outros elementos analisados. [...]

De modo que, perfilho o entendimento adotado pela juíza que presidiu a instrução de que era do autor o ônus de provar as alegações da inicial, art. 818, I, da CLT, encargo do qual, porém, não se desincumbiu a contento, já que nenhuma prova foi produzida, não se prestando as alegações recursais a amparar as pretensões da exordial.

Como bem ponderado na origem, não há nada nos autos que sequer indique que antes do término do semestre letivo a reclamada tenha confirmado que manteria – indefinidamente – todos os contratos de emprego, ainda mais na mesma função e com a mesma carga horária para o semestre seguinte, não tendo, frisa-se, a reclamada admitido tais fatos em defesa, os quais restaram totalmente impugnados, como infiro, por exemplo, da mera leitura da contestação à fl. 198 (id. 3c8b692). Outrossim, também não há nos autos prova robusta a corroborar a alegação de que “o réu apontou e comportou-se com a clara intenção de manter o vínculo” – alegação também impugnada pela defesa (fl. 198).

Destarte, nada a reparar na conclusão de que a despedida dos substituídos no início do semestre letivo não se constituiu, pura e simplesmente, como exercício abusivo do direito potestativo, tampouco comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) ou, ainda, atentado à boa-fé/perda de uma chance, dentre outras teses que insiste em aduzir o autor, uma vez que não há previsão legal que a impedisse de dispensar imotivadamente os substituídos, inexistindo nos autos prova do alegado abuso do direito potestativo/de dispensa, muito menos da alegada “antijuridicidade da dispensa ocorrida” – causa de pedir das pretensões formuladas nos itens 9.6, 9.6.1 e 9.6.2 de pagamento de indenização por danos morais e materiais.

A bem da verdade, busca o autor criar, sem qualquer respaldo legal, uma espécie de garantia de emprego aos substituídos ao postular o reconhecimento da antijuridicidade da dispensa ocorrida no início do semestre e a condenação da empregadora ao pagamento de indenizações tão somente por tê-los dispensado imotivadamente após início do ano letivo, dispensa que não é vedada expressamente em lei, mas, pelo

contrário, é inerente ao poder diretivo do empregador (art. 2º da CLT), inexistindo o alegado abuso no exercício de tal direito.

De igual maneira, não há nos autos prova robusta de que tenha a ré ultrapassado o limite de atuação de seu poder diretivo, atingindo direitos materiais e imateriais dos substituídos, não tendo sido comprovado o preenchimento dos requisitos legais necessários à caracterização do alegado dano moral, tampouco que permitisse acolher a pretensão de condenação da recorrida ao pagamento das indenizações por danos morais e materiais formulada na peça de ingresso.

[...]

Para que o empregador seja responsabilizado civilmente pelo dano moral alegadamente sofrido pelo empregado, mister fique comprovado o trinômio autorizador consistente no dano, dolo ou culpa do agente e o nexo de causalidade entre a ação do empregador e o dano ao empregado. Não se desincumbindo o autor do ônus de comprovar que houve a ocorrência dos danos alegados, seja de natureza material ou extrapatrimonial, não tem direito ao recebimento das indenizações postuladas.

Incólumes os dispositivos, princípios, invocados, inexistindo as ofensas alegadas, não se prestando, de igual modo, os precedentes e enunciados citados a modificar a conclusão adotada, mormente por sequer devidamente identificados seus fundamentos determinantes, tampouco demonstrada a exata adequação destes ao caso em análise. Nego provimento (grifos nossos).

Análise:

Ao final do acórdão, o orador segue a linha de formalidade e repete algumas vezes que concorda com a origem, especialmente pelo fato de que os trabalhadores não supriram o ônus probatório que lhes foi incumbido.

Assevera, de maneira alongada, que as teses autorais quanto ao *venire*, à perda de uma chance e até mesmo à ausência de impugnação específica por parte da empresa, não encontram respaldo diante da realidade apresentada no decorrer do processo.

No entanto, à luz da retórica, a formalidade do texto e a tentativa de produzir racionalidade ao discurso por meio do *logos*, é insuficiente para encobrir a verdadeira face *ética* do orador.

A construção do discurso é, na realidade, atravessada pela postura do orador enquanto autoridade e esse aspecto toma forma com a seguinte frase: “**a bem da**

verdade, busca o autor criar, sem qualquer respaldo legal, uma espécie de garantia de emprego”.

Nesse aspecto, o orador demonstra que reprova o comportamento autoral. Para ele, o pleito pretendia engendrar uma situação inexistente, visando uma espécie de garantia de emprego, como se a lei autorizasse imunidade aos trabalhadores quanto às demissões.

Assim, a virtude predominante nessa parte do discurso é a de *areté*, tendo em vista a preocupação do orador em parecer justo, na medida em que, para além do ônus da prova e das disposições legais, enquanto autoridade, não poderia deixar de manter a sentença, já que a intenção autoral era completamente inadequada.

O acórdão analisado, como visto, foi produzido de maneira diferente dos seis textos anteriormente examinados. Em que a pese tema similar, foi elaborado com mais formalidade, racionalidade e norma culta, que apareceram em aspecto quase ortodoxo.

Todavia, mesmo no texto prolixo e de norma culta, aparentemente pautado apenas na lógica e na virtude de *phronesis*, a teoria retórica aplicada aferiu que, na realidade, o orador revelou-se mais preocupado com a *éthica* de autoridade, transparecendo, em preponderância, o atributo de *areté*.

7.8 Decisão 8: proferida pelo TRT-9²⁶⁵ (favorável à reclamada)

[...]

II – FUNDAMENTAÇÃO

DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance é tema conhecido do Judiciário Trabalhista e que já foi provido em sede de Recurso de Revista, tal como no precedente a seguir colacionado:

“Trata-se de pedido de indenização por danos morais e materiais, em razão da dispensa do autor, na condição de professor, após o início do segundo semestre letivo, com base na teoria da perda de uma chance. A pretensão autoral está fundamentada na alegação de que a dispensa imotivada de professor no início do semestre letivo configura ato abusivo do empregador, uma vez que frustra a expectativa de continuidade do vínculo empregatício e

²⁶⁵ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Processo n. 0000777-86.2023.5.09.0071 – sentença proferida pela 1ª Vara do Trabalho de Cascavel-PR, Public. 16-12-2023.

dificulta a sua recolocação no mercado de trabalho. [...] Desse modo, a despeito das peculiaridades inerentes à atividade de professor, a instituição de ensino reclamada, ao dispensá-lo, sem justa causa, após o início do segundo semestre letivo de 2016, incorreu em abuso de direito, porquanto desrespeitados os princípios da boa-fé objetiva e do valor social do trabalho, previstos respectivamente, nos artigos 422 do Código Civil, e 1º, inciso IV, da Constituição da República. Ao contrário do entendimento adotado pela Corte Regional, uma vez iniciado o semestre letivo, a probabilidade de recolocação do professor em outra instituição de ensino é bastante prejudicada, na medida em que presume-se estarem preenchidos os demais postos de trabalho de professor. Assim, tendo em vista que o rompimento imotivado do professor após início das atividades letivas dificulta a sua recolocação no mercado de trabalho, constata-se que o procedimento adotado pela instituição de ensino reclamada ultrapassou os limites do poder diretivo, sendo o pagamento de indenização por danos morais e materiais medida que se impõe, porquanto configurada a perda de uma chance, consoante o disposto no artigo 927 do Código Civil. Recurso conhecido e provido (Recurso de Revista n. TST-RR-1789-71.2016.5.10.0001, relatado pelo Exmo. Ministro José Roberto Freire Pimenta, publicado em 25/08/2020)''.

É importante destacar que no mencionado julgado, ficou demonstrada a dispensa do professor, quando já iniciado o ano letivo, o que notoriamente lhe causou prejuízos quanto à recolocação no mercado de trabalho. Assim, no precedente mencionado, ficou caracterizado o ato ilícito da ré, o nexo causal e o dano sofrido pelo empregado.

Contudo, no presente caso, não foi comprovado o ato ilícito e nem o dano sofrido. Ou seja, não está comprovado que o autor deveria ser contratado, ao contrário, como apresentado pela primeira ré, o autor foi submetido a processo seletivo que não garantia qualquer colocação na empresa (fl. 149) e não foi comprovada qualquer comunicação indene de dúvida do começo do contrato de emprego.

Destaca-se que o autor estava desempregado desde 11/03/2020 (CTPS – fl. 11) e o processo seletivo foi em 09/06/2023, de modo que não há provas de danos emergentes ou lucros cessantes, ou seja, de que tenha deixado algum emprego ou que tenha recusado alguma vaga para assumir eventual colocação profissional nas reclamadas.

A presente demanda beira a litigância de má-fé, tendo em vista que não há qualquer elemento mínimo plausível para uma condenação das rés.

Pelo exposto, rejeitam-se todos os pedidos das partes.

A última análise versa sobre sentença prolatada pela 1ª Vara do Trabalho de Cascavel, escolhida por conter elementos até então não encontrados nas 7 decisões anteriores: i. o julgador considera que a demanda “beira a litigância de má-fé”; ii. o pleito é apresentado contra duas reclamadas e há pedido de responsabilidade solidária (ambas absolvidas pela origem).

A sentença foi objeto de Recurso Ordinário, cujo acórdão²⁶⁶ reformou a convicção *a quo*, para condenar apenas a primeira reclamada no aspecto dos danos morais. Em sequência, o reclamante opôs embargos declaratórios, os quais não foram acolhidos. Após a decisão dos embargos, o processo transitou em julgado e foi arquivado definitivamente em 21 de agosto de 2024.

Abaixo os excertos que constituíram a narrativa do juízo:

xxiii. A teoria da perda de uma chance é tema conhecido do Judiciário Trabalhista e que já foi provido em sede de Recurso de Revista, tal como no precedente a seguir colacionado [...] é importante destacar que no mencionado julgado, ficou demonstrada a dispensa do professor, quando já iniciado o ano letivo, o que notoriamente lhe causou prejuízos quanto à recolocação no mercado de trabalho. Assim, no precedente mencionado, ficou caracterizado o ato ilícito da ré, o nexo causal e o dano sofrido pelo empregado.

xxiv. Contudo, no presente caso, não foi comprovado o ato ilícito e nem o dano sofrido. Ou seja, não está comprovado que o autor deveria ser contratado, ao contrário, como apresentado pela primeira ré, o autor foi submetido a processo seletivo que não garantia qualquer colocação na empresa (fl. 149) e não foi comprovada qualquer comunicação indene de dúvida do começo do contrato de emprego. Destaca-se que o autor estava desempregado desde 11/03/2020 (CTPS – fl. 11) e o processo seletivo foi em 09/06/2023, de modo que não há provas de danos emergentes ou lucros cessantes, ou seja, de que tenha deixado algum emprego ou que tenha recusado alguma vaga para assumir eventual colocação profissional nas reclamadas. A presente demanda beira a litigância de má-fé, tendo em vista que não há qualquer elemento mínimo plausível para uma condenação das rés.

Nota-se que o magistrado foi sucinto na justificativa de seu convencimento e cogitou até mesmo a litigância de má-fé por parte do reclamante, conforme analisado a seguir.

²⁶⁶ RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. DEVER DE REPARAR O PREJUÍZO CAUSADO AO TRABALHADOR. ARTS. 187 E 927 DO CÓDIGO CIVIL. Verifica-se a figura do *venire contra factum proprium* quando a empresa, por meio de atos concretos, suscita no trabalhador a confiança da contratação, realizando exames médicos admissionais posteriores à aprovação do obreiro em testes seletivos, e depois, contraditoriamente, frustra a contratação. Observa-se tanto a existência de um primeiro comportamento que fez nascer no trabalhador a certeza da contratação – aprovação em teste seletivo e realização de exames admissionais – quanto do segundo – a não contratação – que frustra o primeiro. O desrespeito à boa-fé objetiva representa ato ilícito da empresa (CC, art. 187), nascendo, em decorrência, o dever de indenizar o dano sofrido pelo trabalhador (CC, art. 927). BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. RORSum: 0000805-95.2023.5.09.0122, Rel. Eduardo Milleo Baracat, j. 13-03-2024, 3ª Turma, Public. 20-03-2024.

Trecho:

“A teoria da perda de uma chance é tema conhecido do Judiciário Trabalhista e que já foi provido em sede de Recurso de Revista, tal como no precedente a seguir colacionado:

“Trata-se de pedido de indenização por danos morais e materiais, em razão da dispensa do autor, na condição de professor, após o início do segundo semestre letivo, com base na teoria da perda de uma chance. A pretensão autoral está fundamentada na alegação de que a dispensa imotivada de professor no início do semestre letivo configura ato abusivo do empregador, uma vez que frustra a expectativa de continuidade do vínculo empregatício e dificulta a sua recolocação no mercado de trabalho. [...] Desse modo, a despeito das peculiaridades inerentes à atividade de professor, a instituição de ensino reclamada, ao dispensá-lo, sem justa causa, após o início do segundo semestre letivo de 2016, incorreu em abuso de direito, porquanto desrespeitados os princípios da boa-fé objetiva e do valor social do trabalho, previstos respectivamente, nos artigos 422 do Código Civil, e 1º, inciso IV, da Constituição da República. Ao contrário do entendimento adotado pela Corte Regional, uma vez iniciado o semestre letivo, a probabilidade de recolocação do professor em outra instituição de ensino é bastante prejudicada, na medida em que presume-se estarem preenchidos os demais postos de trabalho de professor. Assim, tendo em vista que o rompimento imotivado do professor após início das atividades letivas dificulta a sua recolocação no mercado de trabalho, constata-se que o procedimento adotado pela instituição de ensino reclamada ultrapassou os limites do poder diretivo, sendo o pagamento de indenização por danos morais e materiais medida que se impõe, porquanto configurada a perda de uma chance, consoante o disposto no artigo 927 do Código Civil. Recurso conhecido e provido. (Recurso de Revista n. TST-RR-1789-71.2016.5.10.0001, relatado pelo Exmo. Ministro José Roberto Freire Pimenta, publicado em 25/08/2020)”.

É importante destacar que, no mencionado julgado, ficou demonstrada a dispensa do professor quando já iniciado o ano letivo, o que notoriamente lhe causou prejuízos quanto à recolocação no mercado de trabalho. Assim, no precedente mencionado, ficou caracterizado o ato ilícito da ré, o nexo causal e o dano sofrido pelo empregado.

Contudo, no presente caso, não foi comprovado o ato ilícito e nem o dano sofrido.

Ou seja, não está comprovado que o autor deveria ser contratado, ao contrário, como apresentado pela primeira ré, o autor foi submetido a processo seletivo que não garantia

qualquer colocação na empresa (fl. 149) e não foi comprovada qualquer comunicação indene de dúvida do começo do contrato de emprego.

Destaca-se que o autor estava desempregado desde 11/03/2020 (CTPS – fl. 11) e o processo seletivo foi em 09/06/2023, de modo que não há provas de danos emergentes ou lucros cessantes, ou seja, de que tenha deixado algum emprego ou que tenha recusado alguma vaga para assumir eventual colocação profissional nas reclamadas. A presente demanda beira a litigância de má-fé, tendo em vista que não há qualquer elemento mínimo plausível para uma condenação das rés (grifos nossos).

Análise:

Da sentença analisada, nota-se que o juízo inverteu a ordem da narrativa tradicionalmente utilizada nos gêneros jurídicos. Primeiramente, admitiu a aplicação da teoria da perda de uma chance na esfera trabalhista, com base em jurisprudência do TST (acórdão de 2020) e, posteriormente, refutou em absoluto a pretensão do reclamante.

Por meio de uma descrição sucinta, conclui pela ausência probatória e que a demanda “beira a litigância de má-fé”. Dessa forma, já em comparação às outras 7 decisões analisadas nesta tese, esta sentença é muito menor em conteúdo e praticamente não examina as provas produzidas nos autos.

Por essa razão, o Tribunal Regional reformou a sentença²⁶⁷ com base no conjunto probatório não assimilado na totalidade pela origem. Isso também afirma a

²⁶⁷ Excerto do acórdão que reformou a sentença: “São incontroversos os fatos de que houve tratativas entre as partes para a contratação do autor, notadamente a realização de processo seletivo. Isso porque o termo de compromisso de fl. 149, assinado pelo reclamante, é claro ao comprovar que este participou de um processo realizado pela 1ª reclamada para uma vaga de estoquista, o qual tinha 4 etapas: 1) entrevista; 2) teste de autoimagem; 3) teste prático; e 4) realização de exames clínicos. Os exames médicos de fls. 12/20 corroboram as alegações do autor no sentido de que havia sido previamente aprovado nas demais etapas do teste seletivo. Ademais, o fato de a 1ª ré, em contestação (fl. 139) dizer que o reclamante “estava ciente de que a contratação não foi efetivada diante da não liberação da vaga pela tomadora de serviços” acarreta na conclusão de que este foi, de fato, aprovado na última etapa. Assim, no que tange à responsabilidade pré-contratual, fica patente que a 1ª empresa praticou diversos atos, desde a tratativa, entrevista, teste prático e realização de exames médicos. No entanto, o autor teve a contratação frustrada de forma inesperada, por ato exclusivo da 1ª ré, para o qual o reclamante não concorreu. Trata-se, a meu juízo, da violação do princípio da boa-fé objetiva, no sentido de que os contratos devem ser interpretados a partir da confiança norteadora dos comportamentos e responsabilidades dos contratantes. No caso, verifica-se, especificamente, a figura do *venire contra factum proprium*, em que a empresa, por meio de atos concretos, faz nascer no trabalhador a confiança na realização de nova situação jurídica, vindo, posteriormente a praticar ato contrário. De fato, a 1ª reclamada fez suscitar no reclamante a confiança de que seria contratado, inclusive com a realização e aprovação no teste médico, o que gerou no trabalhador inequívoca confiança da contratação (primeiro comportamento), diferentemente do que defendem as recorridas. A não concretização da contratação posterior contrariou a confiança (segundo comportamento).

hipótese aferida pela análise retórica: a de que o orador de primeiro grau se pautou muito mais em seu convencimento como *homem justo* e com *poder de decisão*, do que na lógica e formalidade inerentes ao processo trabalhista – como resultado, a virtude de *arete* foi predominante.

Assim, em que pese o esforço do orador em parecer racional e lógico, após a análise retórica, constata-se que a construção textual foi elaborada a partir de outras premissas.

Mesmo porque, no exame retórico, a sentença que termina por absolver as reclamadas e conferir uma possível “litigância de má-fé” ao reclamante, não foi capaz de abstrair a realidade: a postura assumida pelo juízo revela-se muito mais preocupada com a manutenção de uma *ética* de poder do próprio orador como virtuoso, ao discordar do conteúdo da lide, do que em relação ao conjunto probatório dos autos – prevalecendo, desse modo, a virtude de *areté*.

8 RESULTADOS DA ANÁLISE

Por meio do que foi até aqui investigado, sem pretensão de exaurir o tema, foi possível observar alguns resultados a partir da análise retórica das decisões selecionadas. Assim, para compreender a tese de maneira global e apresentar os resultados obtidos, são delineados quadros ilustrativos e comparativos.

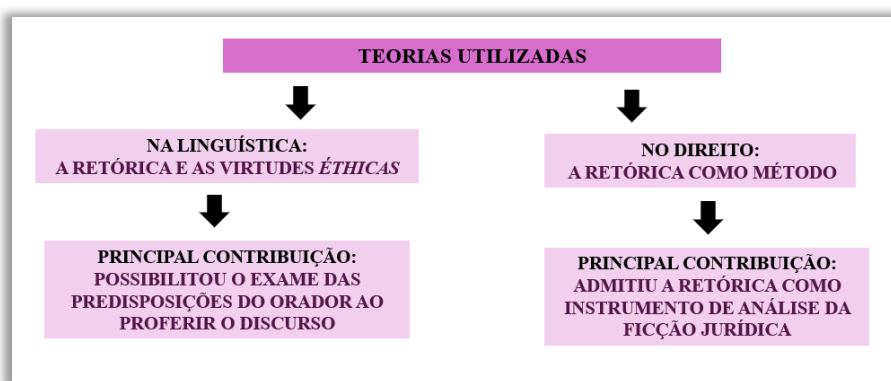
Preliminarmente, são rememoradas as teorias que possibilitaram o exame das oito decisões.

Quanto ao aporte linguístico, a retórica foi apresentada em forma de retrospectiva, desde sua origem até as teorias contemporâneas, tendo em vista as contribuições linguísticas da atualidade, que permitiram um exame específico sobre o *ethos* do orador, especialmente quanto às virtudes *éticas* de *areté*, *eunoia* e *phronesis*.

No que tange ao direito, para fundamentar a possibilidade do exame retórico das decisões trabalhistas, foram selecionadas as contribuições dos juristas brasileiros Tercio Sampaio Ferraz Junior e João Maurício Adeodato, que admitem a retórica como método no direito e enfrentam o tema do *ethos* do orador, como prisma inerente à ficção jurídica.

Assim, a interseção teórica que possibilitou esta análise pode ser vislumbrada, em síntese, a partir do quadro ilustrativo abaixo.

Figura 1 – Panorama das teorias que ampararam esta análise



Fonte: elaboração da autora.

Desse modo, por meio do aporte teórico da linguística e do direito, foram selecionadas oito decisões trabalhistas com o tema *venire contra factum proprium* e a perda de uma chance, quatro favoráveis ao reclamante e quatro em prol da empresa, conforme delimitado abaixo.

Figura 2 – Visão geral das decisões (*corpus* de análise)

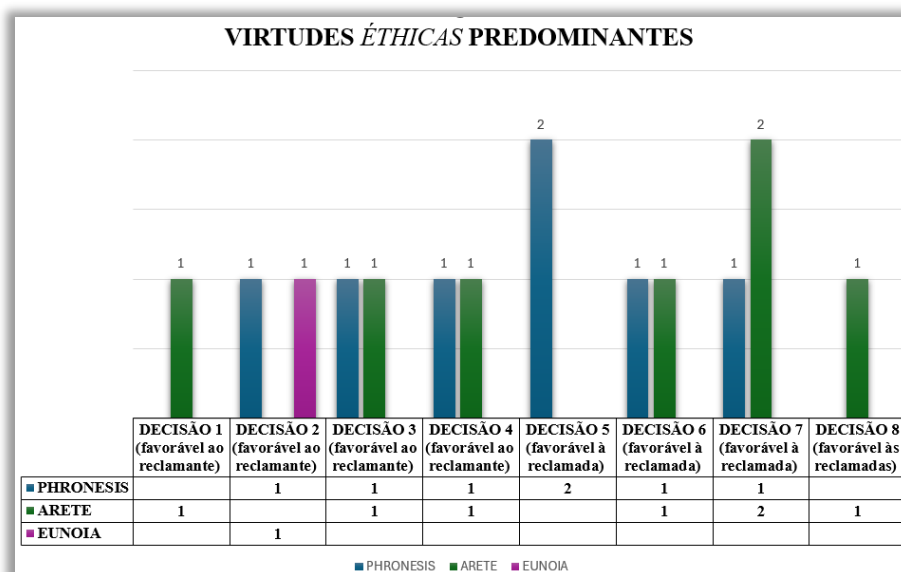
DECISÕES FAVORÁVEIS AO RECLAMANTE	DECISÕES FAVORÁVEIS À (S) RECLAMADA (S)
(1) TRT-2 – Despacho que recebeu Recurso de Revista	(5) TRT -12 – Sentença
(2) TRT -9 – Acórdão	(6) TRT -15 – Acórdão
(3) TRT-1 - Sentença	(7) TRT-12 – Acórdão
(4) TRT-15 – Acórdão	(8) TRT-9 - Sentença

Fonte: elaboração da autora.

As decisões foram analisadas com base no aspecto retórico da convicção do orador (juiz/relator), ou seja, considerando a maneira pela qual o julgador foi persuadido e a razão de ter escolhido o desfecho favorável a uma das partes. Ressalva-se, sobretudo, que esta pesquisa encontrou dificuldade para localizar as decisões – seja em razão da peculiaridade do tema essencialmente civilista na esfera do direito do trabalho, seja pelas datas das decisões (posteriores a 2024).

Assim, após a análise, baseada no método retórico e nas virtudes *éticas* predominantes no discurso do orador, os resultados abaixo podem ser conferidos.

Figura 3 – Gráfico comparativo



Fonte: elaboração da autora.

A partir das virtudes *éticas* predominantes no discurso, concluiu-se que:

- i. **Nas decisões favoráveis ao reclamante**, a virtude de *eunoia* foi encontrada apenas uma vez e em uma só decisão; *phronesis* foi localizada uma vez em três decisões; *areté* foi aferida uma vez em três decisões;
- ii. **Nas decisões favoráveis à empresa**, *eunoia* não foi encontrada nenhuma vez, enquanto *areté* predominou por duas vezes no mesmo discurso e uma vez em duas decisões; *phronesis* foi localizada por duas vezes na mesma decisão e uma vez em duas decisões;
- iii. **A virtude de *eunoia* não apareceu nas decisões favoráveis à reclamada**. Essa virtude tem por definição o aspecto do discurso benevolente e solidário, em que o orador busca certa aproximação com o auditório ao argumentar de modo sensível;
- iv. **Houve empate das virtudes de *areté* e *phronesis***. Nas decisões favoráveis ao autor, *phronesis* e *areté* predominaram por três vezes, enquanto nas decisões em prol da reclamada, apareceram igualmente por quatro vezes. Retomam-se aqui os aspectos de *phronesis*, que sustenta o discurso baseado na prudência e na racionalidade, por meio de uma argumentação pautada em *logos*. Enquanto isso, a *areté* reforça a imagem de “bom homem” e reproduz qualidades morais do orador, predominando a *ética* de justiça e sinceridade;
- v. Concluiu-se que, nas decisões favoráveis ao empregado, os argumentos pautados na lógica e no bom senso empataram com a preocupação por um discurso justo e confiável. Todavia, a benevolência do orador apareceu em dissonância, uma só vez;
- vi. Nos contextos favoráveis à empresa, houve empate na preponderância do discurso lógico e prudente e nos argumentos típicos de um orador preocupado com a autoridade, o poder e os aspectos de justeza e confiança. No entanto, a identificação com o auditório e a benevolência (típicas de *eunoia*) não apareceram;
- vii. A ficção jurídica das decisões em cotejo preocupou-se pouco em aferir proximidade e solidariedade às lides apresentadas, uma vez que a virtude de *eunoia* preponderou em apenas um acórdão da 9ª Região, favorável ao reclamante, que reformou a decisão de origem;

- viii. Por outro lado, a lógica e a racionalidade, virtude típica de *phronesis*, apareceu em três de quatro decisões favoráveis ao empregado e nas quatro decisões em prol da empresa. Constata-se, portanto, a preocupação do orador em atribuir valor à prova, o que é *esperado* no processo como instrumento do procedimento trabalhista. Ademais, observa-se, ainda, maior preocupação com as provas friamente analisadas em **todas** as decisões em favor da empresa;
- ix. *Areté*, como virtude típica do orador preocupado em parecer justo, confiável e que faz jus ao seu cargo de poder, apareceu por uma vez em três das quatro decisões em favor do trabalhador e, por outro lado, apareceu em três de quatro decisões em prol da empresa, por duas vezes na mesma decisão e por uma vez em duas decisões.
- x. Nesse aspecto, é possível averiguar que, nas decisões favoráveis à reclamada, o orador preocupou-se mais em mostrar-se poderoso e confiante, em detrimento da outra *ética*.

Como substrato do cotejo analítico, ficou evidente nesta pesquisa que as diferenças só foram encontradas após uma análise minuciosa, até porque, superficialmente, as decisões são bastante similares entre si. Isso se deve ao próprio rigor ao qual o gênero jurídico textual deve obedecer – além do tema similar do *venire* e da perda de uma chance.

No entanto, a disposição dos oradores que decidiram em favor da empresa e dos oradores que se convenceram em prol do empregado obedeceram à seguinte divergência: enquanto no discurso pró-trabalhador existiu uma porcentagem de benevolência e solidariedade (*eunoia*), na narrativa favorável à empresa houve preocupação maior do orador em se afirmar como homem justo e digno de poder (*areté*).

Por outro lado, em similaridade, a preocupação com a lógica, a formalidade e a racionalidade esteve presente de forma igualitária, tanto nas decisões favoráveis ao empregado, quanto nos desfechos que beneficiaram a empresa. A *ética* elaborada pelo *logos*, destarte, é proveniente do rigor próprio do discurso jurídico, de maneira que é imperiosa à validação das decisões.

O que escapa à forma, contudo, só é passível de ser aferido nas entrelinhas, a partir do método retórico, que possibilita o sentido amplo da hermenêutica: de um lado, a formalidade, a função jurisdicional impositiva de imparcialidade a um órgão e, em paradoxo, o julgador como indivíduo persuadido por uma das partes, diante do descompasso entre a verdade e a

reconstrução dos fatos que se tornará, por consequência, a *verdade suficiente* – aquela que suporta a ficção jurídica.

Assim, ao final deste exame, foi possível estabelecer que são raras as decisões trabalhistas envolvendo o *venire contra factum proprium* e a perda de uma chance. Que, ainda, não há consonância entre os desfechos, pois esta pesquisa encontrou um caso no qual o tema foi admitido em sede de Recurso de Revista.

Além disso, quanto à análise *ética* das decisões, superados os argumentos lógicos do próprio gênero jurídico como texto, constatou-se que as divergências jurisprudenciais, para a teoria retórica, se estabeleceram pela maneira como o orador foi atravessado pela persuasão – que em nada pautou-se na *ética* de racionalidade – pois a diferença se estabeleceu na convicção sensível à narrativa dos fatos e, de outro lado, o convencimento baseou-se na própria autoafirmação do orador como autoridade.

Por esta razão, o imperativo da norma seria insuficiente para a convicção – a motivação do julgador sobressairia de seu próprio convencimento íntimo. Para Tercio Sampaio Ferraz Junior, “para além de manifestação de um princípio doutrinário, é na convicção, nesse ponto convergente de regras, dos métodos e dos casos, que se mostra, mais do que tudo, a *justeza* do seu juízo, *como algo que lhe é próprio*”²⁶⁸.

Assim, mesmo na esfera trabalhista e em sua gênese protetiva, na qual a *contradição* é, também, proibida, as decisões sofreram o atravessamento da hermenêutica peculiar de cada julgador e isso não escapou à interface retórica.

²⁶⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Argumentação jurídica**. 2. ed. Barueri SP: Manole, 2016, p. 149.

9 CONCLUSÃO

A pesquisa apresentada foi fundamentada pela retórica como método aplicado à análise do gênero jurídico textual. Para este exame, foram selecionadas oito decisões trabalhistas, datadas a partir do ano de 2020, cujo tema em comum versa sobre o *venire contra factum proprium* e a perda de uma chance.

Assim, este exame teve por escopo evidenciar a complexidade da relação entre o direito e a retórica, tema difundido ao longo da história, todavia, elaborado ordinariamente de maneira periférica pelas escolas de direito. Não ocasionalmente a retórica aparece definida como mera *oratória*.

Desse modo, desde o início, este trabalho preocupou-se em aclarar a possibilidade de intersecção entre a retórica e o direito, na medida em que a experiência jurídica mostra certa ausência de rigidez interpretativa por parte do orador (magistrado), como responsável pelos desfechos processuais.

Nesse diapasão, o julgador aparece como orador, que de alguma forma foi persuadido pelas partes no processo. Por consequência, a convicção produzida irá determinar a força do Estado e o resultado não poderia ser visto de modo simplista pela ótica do texto jurídico como gênero passível de análise.

Assim, para consolidar um exame retórico aos textos jurídicos selecionados, esta tese debruçou-se sobre dois eixos: primeiramente, foi elaborado um panorama histórico sobre a formação do sistema retórico, de sua origem à atualidade, descrevendo e conceituando a retórica antiga, além de sua estruturação contemporânea, no âmbito da perspectiva platônica, aristotélica e da nova retórica de Chaïm Perelman, além de apoiar-se nos textos atualizados de linguistas a exemplo de Luiz Antonio Ferreira e José Luiz Fiorin, que ordenaram os perfis *éticos* do orador.

De outro lado, para edificar a estrutura jurídica da tese, foram selecionadas as contribuições dos juristas Tercio Sampaio Ferraz Junior e João Maurício Adeodato, que admitem a retórica no direito como método e discorrem sobre a teoria – cada um a seu modo – porém, com o mesmo propósito, qual seja, tratar do tema com merecida importância, sem reduzi-lo à mera “oratória” ou “técnica de persuasão”. Os juristas permitiram que esta tese fosse apresentada com aporte teórico seguro, no sentido de que o tema já foi solidificado por pensadores brasileiros respeitados.

Assim, com base nas teorias que confirmam a possibilidade de exame dos textos jurídicos por meio da teoria retórica, especialmente no tocante ao *ethos* do orador, foram selecionadas oito decisões trabalhistas.

As decisões escolhidas obedeceram aos seguintes critérios: decisões trabalhistas datadas a partir do ano de 2020, todas com o tema *venire contra factum proprium* e a perda de uma chance.

Inicialmente, a ideia preliminar era analisar oito acórdãos. No entanto, diante da dificuldade de encontrá-los, foram selecionadas, também, sentenças. E, após uma terceira varredura, para efeito de excepcionalidade, foi incluído um despacho de recebimento ao Recurso de Revista (que, apesar de não ser uma jurisprudência por definição, trata-se de um ato jurisdicional determinante e, no caso em tela, versa sobre recurso interposto pelo reclamante, que perdeu a ação em primeira instância – a derrota foi confirmada pelo acórdão do Tribunal Regional).

Assim, após a inspeção de decisões, foram oficialmente escolhidos quatro acórdãos, três sentenças e um despacho. Quatro decisões favoráveis ao reclamante e quatro em prol da reclamada.

As primeiras quatro decisões analisadas foram favoráveis ao reclamante e, em linhas gerais, após as análises, foi possível aferir o que se descrever a seguir.

O despacho que recebeu o Recurso de Revista do empregado foi a primeira decisão analisada. O orador privilegiou a virtude *areté*, pois, na construção de seu discurso, assume um *ethos* de responsabilidade, ao admitir o benefício da dúvida, perante um caso que poderia sofrer um desfecho *injusto*.

A segunda decisão refere-se a um acórdão, cujo orador não se furta à indignação pelos fatos narrados e mostra-se divergente ao comportamento patronal. Assim, ao consignar outro desfecho ao processo por meio de um discurso pautado na *ética* da racionalidade e das virtudes morais, sobressaem *phronesis* e *eunoia*.

A terceira decisão diz respeito a um acórdão, que aprecia as provas de maneira diferente da sentença recorrida, especialmente quanto ao depoimento do preposto. Essa análise demonstrou que o discurso foi constituído por meio da predominância de *areté* e *phronesis*.

A quarta decisão favorável ao reclamante versa sobre uma sentença na qual o orador se mostrou preocupado com a justiça e a moralidade, além do *ethos* de ponderação, quando observado o valor arbitrado à indenização por danos materiais. Esse exame constatou a predominância das virtudes de *areté* e *phronesis*.

A quinta decisão, que inaugura as análises dos desfechos favoráveis à empresa, trata-se de uma sentença que já traz marcações específicas de um convencimento proveniente da persuasão pela defesa patronal. O magistrado entendeu que o exame admissional seria apenas um ato preparatório e a expectativa do trabalhador, subjetiva e não legítima – resolução totalmente diversa do averiguado nas decisões anteriores. A predominância *éthica* foi a virtude de *phronesis*.

A sexta decisão refere-se a um acórdão cujo orador padece de preocupação em parecer franco e sincero, além de preocupar-se com a postura de autoridade. Esse exame determinou a preponderância das virtudes *éthicas* de *areté* e *phronesis*.

O acórdão que marca a sétima decisão envolve um texto elaborado com mais formalidade em relação aos demais. A análise retórica constatou que o orador estava preocupado em parecer justo e adequado à sua posição de autoridade; por consequência, constatou-se a predominância do atributo de *areté*.

A oitava e última decisão refere-se a uma sentença (posteriormente reformada), que serviu a esta pesquisa exatamente pela forma como o magistrado de origem analisou as provas e a construção textual que marcou um discurso sintético, no qual prevaleceu a virtude de *areté*.

Desse modo, analisadas as decisões por meio do método retórico, esta tese respondeu aos questionamentos quanto à similaridade e às diferenças entre os desfechos. Concluiu, sobretudo, que os excertos elaborados por meio do *logos*, em que o orador demonstra preocupação com a lógica e a racionalidade, foram provenientes do próprio rigor inerente ao discurso jurídico, como forma de validação das decisões.

Por outro lado, o exame retórico pode aferir nas entrelinhas que a função jurisdicional baseada na imparcialidade não é suficiente quando o julgador (na posição de orador) é persuadido por uma das partes e, desse contexto hermenêutico, nasce o descompasso entre a verdade e a construção dos fatos propriamente dita.

Dessa forma, ao final da análise, descortinou-se que as decisões trabalhistas envolvendo o *venire contra factum proprium* e a perda de uma chance são raras e, mais do que isso, não há convergência jurisprudencial – haja vista o despacho de recebimento ao Recurso de Revista.

Ademais, para a retórica, a divergência jurisprudencial pode significar que a maneira pela qual o orador foi persuadido nem sempre tem relação somente com os parâmetros racionais, no sentido da *éthica* estabelecida pelo *logos*. Entretanto, é possível compreender que a convicção tende a configurar-se também a partir da própria afirmação do orador como autoridade.

Por derradeiro, esta tese não encerra o debate sobre o tema, ao contrário, uma vez que não se presta a exaurir o assunto. A reflexão propõe, sobretudo, um outro olhar para as decisões provenientes do Poder Judiciário trabalhista, que carecem de ampliação sob perspectivas que tratem a convicção como produto da ficção jurídica e a verdade como *verdade possível*, uma vez que a narrativa dos fatos não passa ilesa aos acordos linguísticos.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Antônio Suarez. **A arte de argumentar**: gerenciando razão e emoção. Cotia: Ateliê Editorial, 2009.
- ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2013.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2012.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos da teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. **História da filosofia**: filosofia pagã antiga. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003.
- ARISTÓTELES. **Poética**. Trad. notas de Ana Maria Valente. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013.
- ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. notas de Manuel Alexandre Júnior; Paulo Farmhouse Alberto; Abel do Nascimento (Centro de Estudos Clássicos da Universidade de Lisboa). 5. ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda S.A., 2018.
- BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. Trad. Paulo Bezerra. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- BELO, Renato dos Santos. **360º Filosofia**: história e dilemas. São Paulo: FDT, 2015.
- BIBLIOTECA DIGITAL DE TESES E DISSERTAÇÕES. Gov.br. **Portal Capes**. Disponível em: <https://www-periodicos-capes-gov-br.ezl.periodicos.capes.gov.br/index.php/acervo/buscaador.html?q=venire+contra+factum+proprium>. Acesso em: 10 ago. 2024.
- BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. 0100883-98.2022.5.01.0205, 5ª Vara do Trabalho de Duque de Caxias, Public. 18-04-2024.
- BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. Processo n. 1001532-60.2021.5.02.0006. 8ª Turma, São Paulo, j. 30-11-2-2022.
- BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Processo n. 0000083-77.2021.5.09.0010. 3ª Turma, Curitiba, j. 28-07-2022.
- BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. RORSum: 0000805-95.2023.5.09.0122, Rel. Eduardo Milleo Baracat, j. 13-03-2024, 3ª Turma, Public. 20-03-2024.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Processo n. 0000777-86.2023.5.09.0071 – sentença proferida pela 1ª Vara do Trabalho de Cascavel-PR, Public. 16-12-2023.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**. 0000428-15.2023.5.12.0002. Rel. Wanderley Godoy Junior, 3ª Turma, Public. 12-06-2024.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**. 0000700-66.2022.5.12.0059. Vara do Trabalho de Palhoça/SC. Public. 5-06-2023.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. 0011069-06.2019.5.15.0136, Rel. Samuel Hugo Lima, 5ª Câmara, Public. 06-05-2020.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. ROT: 0011206-49.2017.5.15.0106, Rel. André Augusto Ulpiano Rizzardo, 7ª Câmara, Public. 30-03-2021.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula 296. RECURSO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.ESPECIFICIDADE (incorporada a Orientação Jurisprudencial n. 37 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I – A divergência jurisprudencial ensejadora da admissibilidade, do prosseguimento e do conhecimento do recurso há de ser específica, revelando a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, embora idênticos os fatos que as ensejaram. (ex-Súmula nº 296 - Res. 6/1989, DJ 19.04.1989). II – Não ofende o art. 896 da CLT decisão de Turma que, examinando premissas concretas de especificidade da divergência colacionada no apelo revisional, conclui pelo conhecimento ou desconhecimento do recurso (ex-OJ n. 37 da SBDI-1 – inserida em 01-02-1995).

CALAMANDREI, Piero. **Verdad y verosimilitud en el proceso civil**. Buenos Aires: EJE, 1962.

CARNIO, Henrique Garbellini; GONZAGA, Álvaro Luiz Travassos de Azevedo. **Curso de sociologia jurídica**. São Paulo: RT, 2011.

CAENESEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2. ed. Trad. Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAYLA, Olivier; HALPERIN, Jean-LOUIS. **Dictionnaire des grandes oeuvres juridiques**. Paris: Dalloz, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. O legislador como poeta: alguns apontamentos sobre a teoria flusseriana aplicados ao direito. In: PINTO, Rosalice; CABRAL, Ana Lúcia Tinoco; RODRIGUES, Maria das Graças Soares (org.). **Linguagem e direito perspectivas teóricas e práticas**. São Paulo: Contexto, 2016.

CAVALCANTE, Mônica Magalhães. **Os sentidos do texto**. São Paulo: Contexto, 2013.

CÍCERO. **Brutus**. Edited by A.E. Douglas. London: Oxford, 1966.

COSTA, Sérgio Roberto. **Dicionário de gêneros textuais**. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

DURANT, Will. **A história da filosofia**. Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

EGGS, Ekkehard. *Ethos* aristotélico, convicção e pragmática moderna. In: AMOSSY, Ruth (org.). **Imagens de si no discurso**: a construção do ethos. Trad. Dilson Ferreira da Cruz, Fabiana Komesu e Sírío Possenti. São Paulo: Contexto, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Luiz Antonio. **Leitura e persuasão**: princípios de análise retórica. São Paulo: Contexto, 2010.

FIGUEIREDO, Maria Flavia; FERREIRA, Luiz Antonio. A perspectiva retórica da argumentação: etapas do processo argumentativo e partes do discurso. **Revista Virtual de Estudos de Linguagem**, edição especial, v. 14, n. 12, 2016. Disponível em: www.revel.inf.br. Acesso em: 24 out. 2018.

FIORIN, José Luiz. **Figuras de retórica**. São Paulo: Contexto, 2014.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2015.

FRYDMAN, Benoit. **Le sens des lois**: histoire de l'interprétation et de la raison juridique. Bruxelles: Bruylant, 2011.

FRYDMAN, Benoit. **Perelman et les juristes de l'école de Bruxelles**. Working Papers du Centre Benoit Frydman. Perelman de philosophie du droit, n. 2011/4. Disponível em: <http://www.philodroit.be>. Acesso em: 24 out. 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LATINI, Brunetto. **A retórica**. Trad. Emanuel França de Brito. São Paulo: Editora 34, 2023.

LORENZ, Paul; KAMLAH, Wilhelm. **Logische Propädeutik**: Vorschule des vernünftigen Redens. Mannheim-Wein-Zürich, 1967.

LOVO, Letícia Machel. **Os *ethe* dos oradores em diferentes gêneros do direito processual civil**. 172 f. Dissertação (Mestrado em Linguística). Universidade de Franca (Unifran), Franca, 2017.

LOVO, Letícia Machel. **A retórica no direito**: um estudo a partir da Apologia de Sócrates. 109 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2019.

MACHADO, Anna Rachel; BEZERRA, Maria Auxiliadora; DIONISIO, Angela Paiva (org.). **Gêneros textuais & ensino**. São Paulo: Parábola Editorial, 2010.

MACHADO, Irene. Gêneros discursivos. *In*: BRAIT, Beth (org.). **Bakhtin: conceitos-chave**. São Paulo: Contexto, 2016.

MACHADO, Irene. Gêneros textuais: configuração, dinamicidade e circulação. *In*: KARWOSKI, Acir Mario; GAYDECZKA, Beatriz; BRITO, Karim Siebeneicher (org.). **Gêneros textuais: reflexões e ensino**. São Paulo: Parábola Editorial, 2011.

MACHADO, Irene. Gêneros textuais: definição e funcionalidade. *In*: DIONISIO, Angela Paiva; MACHADO, Anna Rachel; BEZERRA, Maria Auxiliadora (org.). **Gêneros textuais e ensino**. São Paulo: Parábola, 2010.

MAINGUENEAU, Dominique. A propósito do *ethos*. *In*: MOTTA, Ana Raquel; SALGADO, Luciana (ed.). **Ethos discursivo**. São Paulo: Contexto, 2015.

MAINGUENEAU, Dominique. **Variações sobre o ethos**. São Paulo: Parábola, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Doctrina aristotélica de la justicia**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1973.

MCCOY, Marina. **Platão e a retórica de filósofos e sofistas**. Trad. Livia Oushiro. São Paulo: Madras, 2010.

MENEZES CORDEIRO, António; MANUEL ROCHA, António. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

MEYER, Michel. **Questões de retórica: linguagem, razão e sedução**. Trad. António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998.

MEYER, Michel. **A retórica**. Trad. Marly N. Peres. São Paulo: Ática, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: GEN, 2021.

MIRANDA, Daniela da Silveira. **Discurso jurídico: constituição do ethos e orientação argumentativa**. São Paulo: FFLCH. 235 f. Dissertação (Mestrado em Filologia e Língua Portuguesa) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011.

PARINI, Pedro. **Retórica como método no direito: o entimema e o paradigma como bases de uma retórica judicial analítica**. João Pessoa: UFPB, 2015.

PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERNOT, Laurent. **La rhétorique dans l'antiquité**. Paris: LGF, 2000.

PESSOA, Valton Doria. **A incidência do *venire contra factum proprium* nas relações de trabalho**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2013. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/6176>. Acesso em: 10 ago. 2024.

PESSOA, Valton Doria. **A incidência da boa-fé objetiva e do *venire contra factum proprium* nas relações de trabalho**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

PLANTIN, Christian. **A argumentação: história, teorias, perspectivas**. São Paulo: Parábola Editorial, 2008.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2015.

PLATÃO. **A República**. Trad. e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

PLATÃO. **Fedro**. Trad. Maria Cecília Gomes dos Reis. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

PLATÃO. **Fedro**. Trad. Edson Bini e Albertino Pinheiro. São Paulo: Publifolha, 2010.

PLATÃO. **Górgias**. Trad. Daniel R. N. Lopes. São Paulo: Perspectiva, 2016.

PLATÃO. **Protágoras**. Trad. Daniel R. N. Lopes. São Paulo: Perspectiva, 2017.

PÜSCHEL, Flávia Portella; GEBARA, Ana Elvira Luciano. História jurídica e argumentação: a construção de argumentos jurídicos dogmáticos. In: PINTO, Rosalice; CABRAL, Ana Lúcia Tinoco; RODRIGUES, Maria das Graças Soares (org.). **Linguagem e direito: perspectivas teóricas e práticas**. São Paulo: Contexto, 2016.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

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

REIS, Maria Cecília Gomes dos. Apresentação. In: PLATÃO. **Fedro**. Trad. Maria Cecília Gomes dos Reis. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

ROBLES, Gregorio. **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROQUE, Nathaly Campitelli. **Prática civil**. 5. ed. Álvaro de Azevedo Gonzaga (coord.). São Paulo: Forense, 2017.

SEXTUS EMPIRICUS. Contre Les Professeurs, II, 97-99 *apud* PERNOT, Laurent. **La Rhétorique dans l'antiquité**. Paris: LGF, 2000.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: GEN, 2023.

TARTUCE, Flávio; DELLORE, Luiz; MARIN, Marco Aurelio. **Manual de prática civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. **Linguagem jurídica e argumentação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VALVERDE, Alda da Marques; FETZNER, Néli Cavalieri; TAVARES JUNOR, Nelson Carlos. **Linguagem e argumentação jurídica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 10520: 2023 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2021 – Informação e documentação – Resumo, resenha e revisão – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação