

ARGUMENTAR EM CAMPO JURÍDICO E AS POSSIBILIDADES DE INVERSÃO DE UMA DECISÃO: O CASO DA DEPILAÇÃO A LASER

Rubens Damasceno Moraisⁱ

Resumo: Nesta análise, procura-se compreender/descrever modos de gestão do desacordo entre magistrados, em situação argumentativa polilógica, num tribunal brasileiro. A partir da transcrição de um breve julgamento acerca de um dano moral (*pretium doloris*), e com amparo em leituras, sobretudo do domínio da argumentação, da argumentação jurídica e da retórica, examinamos o funcionamento do que chamamos de “recategorização argumentativa” e também como atua o “inversor de argumentos”, no momento em que um conflito de opinião se impõe entre os debatedores. A análise nos mostrará que a iminência de viver situação parecida com a que está sendo julgada impulsiona os interlocutores a mudarem uma decisão. A análise do *Caso da depilação a laser* nos permitirá enxergar com mais clareza o que juristas e filósofos do campo jurídico, como C. Perelman, já salientavam: em território jurídico, qualquer decisão pode ser revertida, a depender dos argumentos utilizados em sua defesa.

Palavras-chave: Desacordo. Tribunal. Estratégia. Dano moral.

Abstract: We seek to understand and describe means of disagreement construction among magistrates in an argumentative deliberation, in a Brazilian Court. From the transcript of a trial about moral damage and based on lectures from the field of argumentation, legal argumentation and rhetoric, we examined the mechanisms of the “argumentative recategorization” and also the functioning of what we call an “argument inverter”, at the moment a conflict of opinion appears between debaters. The analysis will show that the imminence of living a situation similar to the one being judged will drive an interlocutor to vote against a decision that had already been made. The brief analysis of the *Laser hair removal case* will allow us to see more clearly what jurists and philosophers of the legal field, such as C. Perelman, had already emphasized: in the legal field, a decision can be reversed, depending on the arguments used to its defense.

Keywords: Disagreement. Court. Strategy. Moral Damage.

ⁱ Docente da Universidade de Brasília (UnB), Brasil. E-mail: r.damasceno.morais@uol.com.br.

Introdução

Neste estudo, mostraremos como se faz a gestão do desacordo entre interlocutores em situação de tribunal, numa deliberação entre magistrados. A tentativa de compreensão de uma interação verbal ou, mais precisamente, a observação atenta do momento em que um conflito de opiniões emerge entre magistrados possibilitará esboçar um modelo de análise que, esperamos, irá nos ajudar a compreender como se faz a gestão do conflito no momento crucial de qualificação de um fato como lícito ou ilícito, ao longo de um julgamento, na seara do dano moral.

O texto está dividido em três partes: a **primeira** apresenta o quadro teórico geral a partir do qual serão propostas algumas reflexões sobre a deliberação analisada, sobretudo no campo da argumentação, além de familiarizarmos o leitor com alguns procedimentos do ritual judiciário brasileiro dos julgamentos em segunda instância, em campo jurídico.

A **segunda parte** apresenta o nosso modelo de análise, por meio do qual descreveremos o processo de *recategorização* e também explicaremos como funciona o *inversor* argumentativo, os quais, veremos, ajudam a descrever a maneira como se faz a gestão do desacordo em momentos de conflito (*estase*) entre os interlocutores togados.

Na **última parte**, apresentaremos um breve estudo de caso, o qual ilustrará o funcionamento da *recategorização* e a nossa maneira de compreender a gestão do desacordo entre magistrados no julgamento de um caso sobre dano moral (Caso_20), pertencente ao *corpus* TRIBUNAL. Na análise desse caso, colocaremos em prática o modelo descritivo que propomos e que, sem pretensão, busca simplesmente compreender como os interlocutores lidam com a divergência de opiniões, moeda corrente no universo jurídico.

1 A argumentação em campo jurídico e a qualificação de um fato

A representação da Justiça por uma mulher de olhos vendados, segurando uma balança na mão esquerda e uma espada na mão direita, faz do mundo jurídico um local no mínimo misterioso, místico (POSNER, 2008, p. 3), sagrado (GARAPON, 2001, p. 38), ilhado do resto do mundo.

Nesse universo, os especialistas lançam mão de aparatos especiais e simbólicos, na composição de um *ethos* profissional (perucas, para os

magistrados ingleses; martelo, para os americanos; toga para todos, inclusive os brasileiros). Trata-se efetivamente de um mundo hermético, povoado por “pessoas alegóricas” (GARAPON, Idem, p. 100), em ruptura com o espaço cotidiano dos simples mortais. E, ainda, nesse universo, “a língua das decisões, das sentenças é, como toda língua, sujeita a equívocos, ambiguidades” (MARTINEAU, 2010, p. 403/tradução livre), o que forçosamente pode se refletir no tipo de interpretação que um magistrado fará da sentença que vai proferir e que pode, muitas vezes, ser alvo de polêmicas.

O contexto jurídico do dano moral, nosso nicho atual de estudo, é fértil para pesquisas no campo da argumentação e da retórica. No entanto, esta missão traz alguns riscos, visto que, de acordo com alguns juristas brasileiros especialistas no assunto, “o dano moral é um dos temas mais difíceis do atual momento jurídico brasileiro” (REIS, 2010, p. 1).

Independentemente disso, o que nos instiga nessa seara é que “o problema da interpretação no direito é hoje estudado em conexão com os problemas da linguagem” (PERELMAN, 1989, p. 91), o que torna essa imersão no mundo jurídico e no mundo do discurso mais interessante.

Não por acaso, nosso objetivo aqui é dar uma pequena mostra de que efetivamente “o direito é argumentativo e argumentado” (MEYER, 1999, p. 296/tradução livre) e que, graças a uma construção argumentativa, uma decisão pode, em princípio, ser modificada, sem desconsideração dos preceitos da lei: questão de argumentação? de retórica?

De fato “*constituye una utopía creer que el Derecho no tiene lagunas, que es perfecto, que es posible inmovilizarlo y detener su dinámica a través de la aplicación mecánica de la ley*” (ALVA e outros, 2007, p. 566), pois, em realidade, o direito é simplesmente uma “profissão de palavras”, segundo Hiltunen (2010, p. 61/tradução livre).

Feteris (1999) afirma, neste sentido, que os teóricos da argumentação e do direito interessam-se, no final das contas, pelos mesmos tipos de questões (1999, p. 2/tradução livre), se considerarmos o peso que tem uma argumentação no momento em que o jurista apresenta a justificação de uma sentença (Idem, p. 6). Como se sabe, um caso judiciário será sempre o resultado da intervenção do homem e será sempre impregnado de valores e, por isso, as tentativas de construção de uma teoria da argumentação especificamente jurídica não perdem de vista o caráter dialógico, deliberativo

e argumentativo dos debates nessa seara, onde o estudo da gestão do desacordo tem um papel não negligenciável.

Em outras palavras: “a atividade jurídica é, antes de mais nada, *langagière*” (DUPRET, 2006, p. 229/tradução livre). E essa é mais uma razão para que nós, do domínio dos estudos da linguagem, prestemos mais atenção ao mundo alegórico das togas, dos martelos e das perucas brancas.

2 A fórmula criadora de fatos sociais

O estabelecimento dos fatos no universo jurídico é consideravelmente complexo, uma vez que, para aplicar a lei, o jurista precisa antes estabelecê-los para em seguida qualificá-los. E isso exige uma dimensão normativa minuciosa, ligada ao ritual judiciário. Neste esforço de qualificação de uma ação, no contexto dos julgamentos de dano moral, os magistrados terão de “fazer a correspondência entre um acontecimento e uma definição jurídica formal”, porque, “no direito, responsabilidade, sanção e obrigação de compensar são frequentemente ligados à questão de saber se uma ação causou ou não dano a outrem” (DUPRET, 2006, p. 20 e 274). Por exemplo, determinar se uma ação do roubo constitui uma “infração” ou um “delito” (ou outra coisa) é um problema de qualificação jurídica. Em questões judiciais, “a qualificação consiste em combinar/selecionar uma regra jurídica e um fato, assimilando-os” (MARTINEAU, 2010, p. 170/tradução livre).

A argumentação em campo jurídico permite a aplicação de uma regra a um caso, mostrando que tal fato, para existir juridicamente, depende de um enquadramento específico (CORNU, 2005, p. 240/tradução livre). Em outras palavras, é necessário que se reconheça “X como um Y em C” (C é o contexto), numa espécie de fórmula criadora de fatos sociais.

É assim que Danblon (2002, p. 77) descreve o processo “X é um Y”, por meio do qual se classificam ações no domínio jurídico. Segundo a autora, declarar oficialmente que Clinton é presidente ou que Pierre é culpado de assassinato cria novas realidades que terão consequências jurídicas. Frison-Roche (1995, p. 77) também apresenta bons exemplos de qualificação jurídica, ao analisar, discursivamente, textos desse domínio.

O magistrado, ao refletir sobre a aplicação da lei a um caso particular, precisa, evidentemente, fazer escolhas e adequar sua interpretação à de seus pares, sem perder de vista o olhar inquisidor da opinião pública e as regras do

ritual judiciário (DUPRET, p. 164). Como veremos, uma forma de os juristas lidarem com o universo jurídico, o qual mescla a necessidade de aplicação da lei a reflexões subjetivas, encontra abrigo no movimento dinâmico e surpreendente dos discursos em interação, ou melhor, do *juízo-em-construção*, no momento de uma deliberação em segunda instância, nosso campo atual de estudos. Desse modo, mostraremos um pequeno exemplo de como o Direito e o *langagier* se entrecruzam, sem perdermos de vista que “tudo pode adquirir um valor semiótico, tudo pode tornar-se expressivo”, no âmbito da língua, dos signos, como já alertava Bakhtin (1997, p.52).

Quanto à qualificação de uma ação como ilícita em casos sobre dano moral, no Brasil estas questões ainda suscitam muita polêmica, tanto jurídica quanto midiática¹. Para isto, basta observar as manchetes de jornais, que sempre trazem notícias de cunho popular sobre pagamentos e valores, geralmente exorbitantes, acerca de julgados de dano moral, em situações esdrúxulas². E tais polêmicas estão, sem dúvida, ligadas à forma mesma como os juristas debatem a questão do *pretium doloris*, isto é, o chamado “preço da dor”, em processos com pedidos de indenizações por danos alegados morais. A recorrência e a dimensão das discussões ligadas a pagamentos de indenizações neste domínio devem-se também à própria noção jurídica de “dano moral”, um conceito de árdua definição, como já salientamos.

Em realidade, as decisões discrepantes em processos sobre dano moral (sobretudo em relação à definição do montante a ser pago) explicam-se, em termos, pela discricionariedade, deixada ao magistrado, no momento de definição dos valores (REIS, 2010, p. 89). Tal vacilação na qualificação de um dano e também na quantificação do montante tem a ver com a própria vacilação na definição mesmo de “justiça”, considerada por Perelman e Olbrechts-Tyteca como um valor “abstrato” (2008, p. 103), não exato, ou seja, não matemático. E tudo isso porque, como dizem os juristas, no universo do

1 Os seguintes autores traçam com clareza as dificuldades e atualidades acerca do tema: Clayton Reis, *Dano Moral*, 2010; Yussef Said Cahali, *Dano Moral*, 2005; Eduardo de Oliveira Leite, *Grandes Temas da Atualidade: Dano Moral*, 2002; M. Francisca Carneiro, *Avaliação do Dano Moral*, 1998, isso só para citar alguns trabalhos.

2 Eis apenas dois exemplos: “Mulher que encontrou camisinha em extrato de tomate receberá indenização de R\$ 10 mil” (<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/07/26/em-lajeado-rs-mulher-que-encontrou-caminsinha-em-extrato-de-tomate-recebera-indenizacao-de-r-10-mil.jhtm>) e “Abandonado no altar, homem processa ex-noiva em R\$ 1,16 milhão” (<http://noticias.uol.com.br/tabloide/tabloideanas/2011/05/06/abandonado-no-altar-homem-processa-ex-noiva-em-r-116-milhao.jhtm>).

direito, está-se sempre à procura da precisão, da melhor forma de definir um conceito³. Desse modo, não surpreende que essas tentativas reflitam-se obviamente no momento de qualificação de uma ação como um “dano moral” (ato ilícito), ou simplesmente como um “mero aborrecimento da vida cotidiana” (ato não ilícito), como veremos a seguir.

3 O inversor argumentativo

A forma como os magistrados categorizam uma ação, qualificando-a de lícita ou de ilícita, é uma maneira muito eficaz de gerir possíveis conflitos de interpretação entre eles, magistrados, no momento de um julgamento em segunda instância. E esse jogo institucional, segundo o qual ora se qualifica um fato como X, ora o mesmo fato pode ser qualificado como Y (ao qual chamamos de processo de “recategorização argumentativa”), só é possível porque o raciocínio em campo jurídico leva sempre em consideração *valores, experiência vivida*, tudo isso ligado ao dever de observação de *normas, leis e ritual* judiciário. E são justamente esses elementos de incerteza (valores + crenças + experiência de vida), aliados à necessária aplicação de leis, normas e códigos jurídicos, que, no momento dos julgamentos, agirão como um tipo de *inversor* de decisões, capaz de considerar um mesmo fato ora como lícito, ora como ilícito.

Em outras palavras, estamos falando de um processo de *recategorização* de fatos e que representaremos pelo símbolo Q, o qual indica o momento em que X passou a ser qualificado como Y, ou vice-versa, o que representaria um tipo de “justificação funcional” (LIVET, 2000, p.189), que permite aos magistrados justificar suas conclusões. Desse modo, e graças à fluidez de conceitos em campo jurídico, tal como a de “dano moral”, é bem possível que um mesmo fato possa ser considerado ora como X, ora como Y, em um contexto Z, de acordo com o tipo de argumentos desenvolvidos pelos próprios aplicadores da lei.

Por meio da Figura 1, representamos o processo de *recategorização* argumentativa:

³ Cornu fala em “*démarche de précision*” (2005, p. 19).

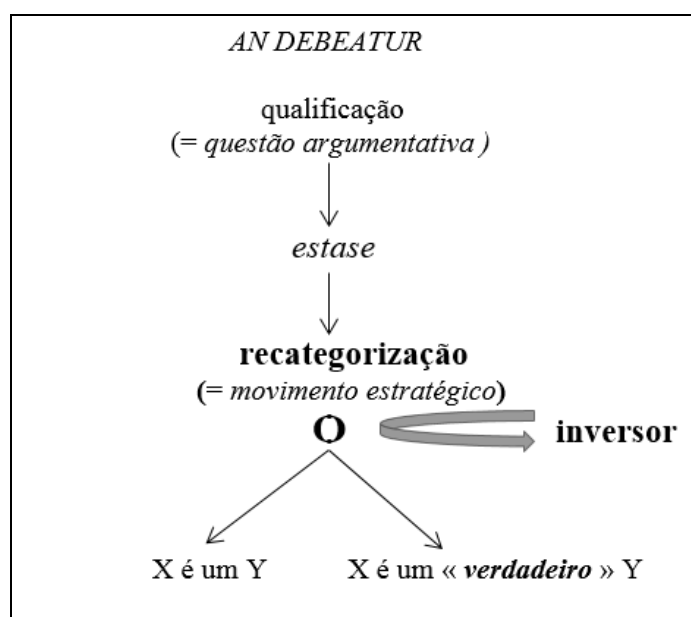


Figura 1 – Processo de recategorização argumentativa

De acordo com o esquema acima (Figura 1), os processos em segunda instância, via de regra, suscitam, na primeira etapa de cada julgamento (chamada *an debeat* pelos juristas), uma “questão argumentativa” (PLANTIN, 2005) do tipo “tal ação deve ser considerada como lícita ou como ilícita?”. Em outros termos, a questão será: “Houve ou não houve dano moral?”. Para responder a essa questão, duas situações de conflito se apresentam: a *estase reversível* (desacordo temporário entre os magistrados) ou a *estase irreversível* (desacordo de valor refutativo). Desse modo, no momento de apresentar seus argumentos e em caso de conflito de opiniões (*estase*), os magistrados lançarão mão do processo de *recategorização* argumentativa, para fundamentar seus julgamentos destoantes.

É importante lembrar que tal movimento estratégico (que chamamos de *recategorização*) só é possível graças à prerrogativa que têm os juristas de (re)interpretarem um mesmo fato de formas diferentes, chegando, dessa forma, a conclusões muitas vezes antagônicas, sem, para tanto, ferir o código, as leis. E o símbolo *O*, aqui chamado de *inversor*, está ali justamente para mostrar o momento exato em que essa divergência de interpretação aparece ao longo dos julgamentos que fazem parte do *corpus TRIBUNAL*, o qual utilizamos como fonte de pesquisa para a elaboração deste e de outros trabalhos atuais. Deste modo, no momento da classificação, um mesmo fato pode ser considerado “um X” ou um “*verdadeiro X*”, dependendo da forma

como cada magistrado interpretará os fatos, no momento da qualificação de uma ação. E esse momento de qualificação pode, obviamente, trazer conteúdo retórico não negligenciável, como reparamos na análise do *corpus* coletado.

Assim sendo, o inversor argumentativo, ou a encarnação dos valores, da experiência vivida do magistrado, das normas e dos princípios jurídicos autorizariam o magistrado a inverter a interpretação de um outro magistrado, numa espécie de giro de 180°. A recategorização argumentativa seria, desse modo, uma maneira que o jurista teria de subsumir as circunstâncias de fato demonstradas à norma adotada. Segundo nos lembram os juristas mesmos:

[...] a ordem jurídica em certa medida subsiste, se alimenta e se modifica graças à sua dimensão autorreflexiva, o que lhe confere a possibilidade de reinterpretação contínua do dispositivo normativo (STAMAKIS, 1995, p. 211).

A partir do esquema apresentado, vamos, brevemente, mostrar como, em um julgamento do *corpus* TRIBUNAL, o mecanismo de recategorização se manifesta. No entanto, antes, precisamos explicar, rapidamente, como funciona o ritual judiciário, em segunda instância, nos julgados de processos de dano moral.

3.1 O ritual em segunda instância

O mergulho no banco de dados de que dispomos, batizado de *corpus* TRIBUNAL, permitiu-nos compreender que cada julgamento sobre esse tema traz dois momentos bem distintos: Etapa_1, momento em que os magistrados qualificam um ato (lícito ou ilícito) e a Etapa_2, em que os magistrados definem o valor do dano (caso eles tenham considerado ilícita uma ação). Já na primeira etapa, os magistrados precisam decidir se, de acordo com os critérios da lei e com as provas apresentadas no julgamento de primeira instância, efetivamente, a parte reclamante sofreu o dano moral que alega sentir⁴. Se a resposta for negativa, isto é, se os magistrados estiverem convencidos de que não houve ilícito na ação alegada, o julgamento chega ao final e a questão do valor do montante nem será abordada. No entanto, se a resposta for afirmativa, quer dizer, se os magistrados consideraram presente

4 Em segunda instância os magistrados têm o poder de mudar a sentença já prolatada na Primeira Instância, por um outro juiz.

um ilícito, então a segunda etapa do julgado se inicia e a sessão precisará definir o valor financeiro do dano ou o *pretium doloris*. E este momento, para muitos juristas, é o “calcanhar-de-Aquiles” do Judiciário⁵.

As audiências em geral são públicas, salvo em julgamentos em segredo de justiça (aos quais não temos acesso). De acordo com a natureza do caso, uma deliberação conta sempre com, no mínimo, três magistrados. No começo de cada deliberação, o magistrado relator apresenta seu voto (preparado antes da sessão); no entanto, em função do debate, nada o impede de mudar sua decisão, oralmente. O “produto” da deliberação se chamará *acórdão*, um tipo de sentença. A função do relator é, sobretudo examinar minuciosamente o caso e se posicionar diante dos fatos (contra a sentença de seu colega magistrado ou a favor dela). Ele precisa ainda justificar suas escolhas, isto é, precisa argumentar para sustentar seu posicionamento, tanto em caso de acordo quanto de desacordo.

Após o voto do relator (REL), o primeiro vogal (V1) será o segundo a pronunciar o seu voto. Desse modo, V1 concordará ou discordará do voto proferido pelo relator. O terceiro juiz, ou o segundo vogal (V2), o qual, em geral, não conhece o processo a fundo, votará com base no debate entre o relator e o primeiro vogal, que acontece diante de seus olhos. O segundo vogal (V2) será então o último a pronunciar o voto, e o resultado da deliberação será anunciado pelo presidente da sessão.

4 A iminência de um acontecimento como inversor argumentativo

O breve julgado que vamos analisar para ilustrar o processo de recategorização traz um caso de *estase irreversível*, isto é, mostra uma divergência de julgamento entre magistrados, no momento de uma deliberação em segunda instância.

A discussão se refere a uma questão de difamação, feita via e-mail. Segundo a narração feita pelo desembargador relator do processo, a parte reclamante foi queimada numa sessão de depilação a *laser*, mas a questão controversa liga-se ao fato de que a mulher lesionada enviou um e-mail a

⁵ Recentemente foi publicada uma matéria que fala justamente da dificuldade que os magistrados têm no momento da definição do valor de um ato *ilícito*, considerado como dano moral. Eis o link do texto: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2013/09/01/interna_brasil,385640/dados-mostram-a-enorme-diferenca-entre-ressarcimentos-por-danos-morais.shtml

várias pessoas dizendo que a depiladora era parente de um “famoso dermatologista”. No entanto, o médico citado, que não tinha nem mesmo conhecimento dos fatos (sessão de depilação), indignado, aciona a justiça, contra a autora do fatídico e-mail, alegando a difamação de seu nome. Ele pede indenização por danos morais contra a autora. Em primeira instância, o magistrado que julgou o caso não considerou o e-mail um ato ilícito e argumenta longamente para sustentar sua decisão⁶. Inconformado com a decisão, a parte autora do processo, o dermatologista citado no texto, pede, em segunda instância, a qualificação do episódio que envolveu seu nome profissional como um ato ilícito, isto é, como um caso de dano moral. O juiz relator, agora em segunda instância, concorda com o juiz de primeira instância e vota pela manutenção da primeira sentença proferida. No entanto, o juiz que encarna o primeiro vogal (V1) tem outra opinião acerca do episódio de depilação a *laser*.

Transcrevemos parte da fala desse juiz (Quadro 1), o qual, como veremos, e *a contrario* do voto do relator, proporá uma outra conclusão, divergente, para o caso. Em seguida transcrevemos o momento em que o magistrado (primeiro vogal/V1), discordando do juiz relator (e do juiz de primeira instância – JPI) defende o pagamento de danos morais pela autora que enviou o e-mail:

Quadro 1 – TRIBUNAL 20: Caso do e-mail difamatório⁷

1	V1	quanto ao mérito nós estamos diante de uma: aparente democracia\
2		e apa- e uma vasta uma enor:me liberdade de imprensa que
3		muitas vezes é usada indevidamente ou até extrapolando os canais
4		ou os canais das necessidades da notícia (.) e quantas vezes nós
5		como leitores de jornal que somos né nao quer dizer que um juiz
6		um desembargador nao-nao-nao participe da vida social participa
7		sim e lê jornal e lê tudo que lhe vem à mão e muito melhor ainda
8		que o leia porque ele faz parte da sociedade (.) e quantas vezes

6 Aqui analisamos apenas a atuação dos magistrados em segunda instância. Desse modo, não reproduziremos os argumentos utilizados pelo magistrado em 1ª instância.

7 Convenções de transcrição: / entonação ascendente, \ entonação descendente, (.) pausa curta, (..) pausa média, (...) pausa longa, (0.6) pausa descrita em segundos, [] sobreposição de falas, xxx trecho inaudível, ((risos)) descrição da situação, () incerteza na transcrição, & ausência de intervalo entre dois turnos de fala, = continuação de um mesmo turno de fala, XXxx ênfase; alongamento de uma pronúncia, - interrupção, °° voz baixa, <(()) comentário de tradutor>, # # voz acelerada. Essas convenções baseiam-se nas de transcrição adotadas pelo laboratório ICAR – *Interactions, Corpus, Apprentissages, Représentations*, ligado à UniversitéLumière Lyon 2/França.

9 nós vemos a imprensa (.) ou determinadas pessoas em matéria paga
10 referindo-se a criminosos e às vezes até crimes hediondos crimes
11 que aborrecem não só a sociedade mas até a própria família\ e
12 diz é filho do juiz fulano de tal\ é sobrinho do desembargador
13 fulano de tal é filho do ministro fulano de tal ora pra que
14 fazer essa menção/ (.) a partir do momento que o elemento
15 consegue a sua maior idade civil e penal ele é um indivíduo
16 único na sociedade (.) é lógico que se analisarmos do ponto de
17 vista sociológico nós vamos ver ali o reflexo de uma educação de
18 lar uma educação de família mas se nós formos ver do ponto de
19 vista cultural e jurídico ele é uma unidade na sociedade ele
20 pratica seus atos e é responsável por eles (.) então ofende a
21 qualquer um de nós ou a qualquer uma outra autoridade ou a
22 qualquer uma pessoa de bem fazer referência a um crime ou a um
23 criminoso e dizer é filho do fulano é sobrinho do beltrano é
24 parente do sicrano (.) e com a devida venia do desembargador
25 relator o que eu vejo (.) por que mencionar parente do doutor me
26 parece que o [((identificação))]=
27 REL [((identificação))
28 V2 =para que dizer parente do doutor ((identificação)) por que/
29 porque o doutor ((identificação)) foi diretor do
30 ((identificação)) durante quase vinte anos\ nunca fui cliente
31 dele mas sempre vi laudos dele nos autos que eu julguei (.) e
32 faz bem dizer que é parente dele ou faz mal dizer que é parente
33 dele e por que/ porque é um nome conhecido então NO ÍNTIMO da
34 pessoa que fez o e-mail estava o DOLO de prejudicar (.) estava o
35 DOLO de ofender (.) estava o DOLO de causar danos (..)

Fonte: Elaboração própria.

Nesta sequência, vemos que o primeiro vogal constrói seu raciocínio lembrando que qualquer pessoa poderia ter sido vítima do tipo de situação vivida pelo dermatologista: “então ofende a qualquer um” (l.20-21). Ele diz ainda: “não quer dizer que um juiz um desembargador não-não-não participe da vida social participa sim e lê jornal e lê tudo que lhe vem à mão e muito melhor ainda que o leia porque ele faz parte da sociedade” (l.5-8), para ressaltar o risco que as pessoas correm neste tipo de exposição.

Desse modo, vemos que o magistrado desnuda o *ethos* do magistrado-cidadão, do homem que faz parte da sociedade, independentemente de ser um magistrado (“nós como leitores de jornal que somos né” (l.4-5), para desenvolver seu raciocínio. Com essas palavras, V1 pretende ser visto como

um cidadão qualquer que poderia sofrer o mesmo tipo de ofensa, reclamada pelo médico citado no texto difamatório. Vemos mesmo um sintoma de piedade, expressado pelo magistrado, em relação à situação vivida pelo médico citado no texto do e-mail, pois, como nos lembra Plantin (2011, p. 25):

A tem pena de B se ele percebe que B é vítima de um mau que não mereceu, sobretudo se A tem consciência de ser ele mesmo vítima em potencial do mesmo mal que atingira B.

É interessante notar que V1, nesta altura do pronunciamento de seu voto, coloca-se no lugar do médico e reivindica para si a aflição aparentemente sentida pelo dermatologista, isto é, ter seu nome citado de forma gratuita e, ao que tudo leva a crer, irresponsável, simplesmente porque ele era uma autoridade num assunto específico; e não nos parece que V1 o faça de modo retórico, com o objetivo apenas de seduzir o auditório que o escuta (*ressentir-simuler pour stimuler*⁸), isto é, os outros magistrados reunidos em deliberação. Ele o faz para reforçar a contra-argumentação que ele acaba de apresentar, pois, não nos devemos esquecer, V1 está votando em oposição ao voto de relator (e também contra a sentença proferida em primeira instância).

Desse modo, ao reivindicar a dor como iminentemente sua, isto é, a ofensa sofrida pelo cidadão-médico, o juiz vogal não deixa de demonstrar um lado emocional (=a reprovação, raiva e também o sentimento de pena), os quais, neste contexto, não deixam de ter uma visada argumentativa (*visée argumentative*), pois ajudarão a construir o julgamento contrário ao do relator e do juiz de primeira instância.

Tal visada se concretiza na fala de V1, quando ele diz: “*então ofende a qualquer um de nós ou a qualquer uma outra autoridade ou a qualquer uma pessoa de bem*” (l.19-22), o que, finalmente, estabelece um vínculo causal, o elo entre um ato ilícito e o dano alegado pelo autor do processo, pois, juridicamente, para que se qualifique um fato como ilícito (um dano moral, por exemplo), o juiz deve encontrar um elo de ilicitude entre a ação e a lei, como preconizam os juristas brasileiros. E é exatamente isso o que V1 faz, sobretudo quando ele afirma: “*então NO ÍNTIMO da pessoa que fez o e-mail estava o DOLO*

8 Plantin fala em “*simular para impressionar*” (tradução livre) o ouvinte, ou o fingimento de uma emoção, como estratégia retórica eficaz. Para mais informações, ver o livro de 2011, página 169.

de prejudicar (.) estava o DOLO de ofender (.) estava o DOLO de causar danos” (l.33-35).

Vemos, desse modo, que a fala de V1 representa a demonstração jurídica do ato ilícito cometido pela autora do e-mail difamatório e que serve de justificativa para que o magistrado proponha outra interpretação para o mesmo fato, que, lembramos, havia sido interpretado de forma contrária tanto pelo relator (REL) quanto pelo juiz de primeira instância (JPI). E, mais interessante, V1 convence V2 a votar favoravelmente a seu ponto de vista, o que efetivamente terá o poder de mudar a sentença proferida em primeira instância. Agora serão dois votos contra um e, nas votações em segunda instância, a maioria ou a unanimidade de votos decide um julgamento, sobretudo em questões mais polêmicas.

A fim de colocar em prática o esquema mostrado anteriormente, relembremos que o raciocínio jurídico está longe de ser matemático, exato, e a própria possibilidade de um mesmo fato ser interpretado de formas divergentes em uma deliberação ratifica essa faceta das sentenças judiciais. Desse modo, e tomando esse caso da depilação a laser como exemplo, vemos que um magistrado categoriza uma ação de forma a poder, estrategicamente, inverter uma decisão, como mostra a Figura 2:

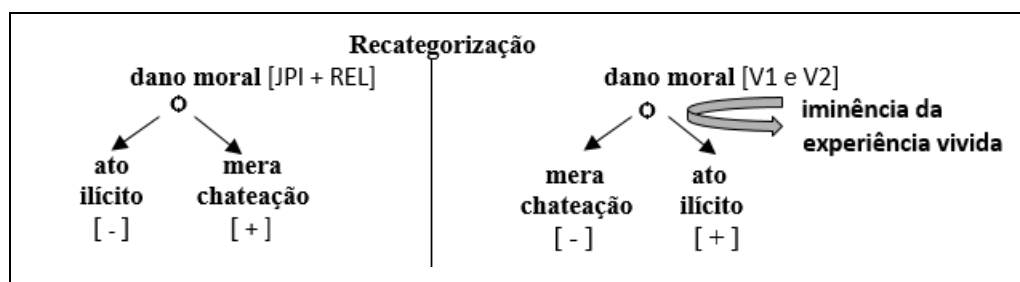


Figura 2 – Atuação do inversor argumentativo – O

Neste julgamento (Figura 2), o *inversor* da decisão mistura-se com a fundamentação jurídica feita pelo primeiro vogal (V1). Como vimos, a simples iminência de viver a situação pela qual passou o médico dermatologista, vítima do e-mail difamatório, leva V1 a propor uma decisão oposta àquela proferida por JPI (juiz de primeira instância).

Como vimos, o simples fato de se imaginar uma vítima potencial, como já destacado em sua própria fala (l.5-8 e 20), conduz esse magistrado a

argumentar contra a decisão de primeira instância e a inverter, assim, a decisão outrora prolatada. O inversor argumentativo, \mathcal{O} , que é fruto dos valores, da *experiência vivida* dos magistrados, aliados às *normas e leis* às quais os magistrados devem estar atrelados no momento da justificativa de seus votos, gira 180° neste momento e, como vimos, **recategoriza** uma ação que, antes, era vista como “mera chateação” da vida cotidiana⁹ e que passa a ser vista como “ato ilícito”.

Desse modo, uma ação que, antes, em primeira instância, não tinha sido considerada como suscetível de gerar dano moral, passa a ser vista de maneira oposta, geradora de indenização. E essa reviravolta, que representamos pelo símbolo \mathcal{O} , só foi possível porque V1 elaborou sua justificativa levando em conta o código jurídico e, também, suas expectativas de cidadão, seus sentimentos enquanto alguém que, como o médico, poderia também ter sido vítima do mesmo tipo de e-mail difamatório. E isso nos mostra que de fato “o raciocínio jurídico vem sempre acompanhado de incessantes controvérsias, tanto entre os juristas mais eminentes quanto os magistrados dos tribunais mais prestigiosos” (PERELMAN, 1999, p. 6/tradução livre).

Em suma, e ainda utilizando o modelo analítico que propusemos para descrever o processo de *recategorização argumentativa*, vemos que, no caso do e-mail difamatório, julgado em segunda instância e aqui brevemente apresentado, a questão debatida e a *estase* que se apresentou entre os magistrados podem ser assim representadas:

⁹ De um modo geral, esse é o argumento que os magistrados utilizam, ao longo do *corpus TRIBUNAL*, para não qualificarem uma ação como ilícita ou como um dano moral.

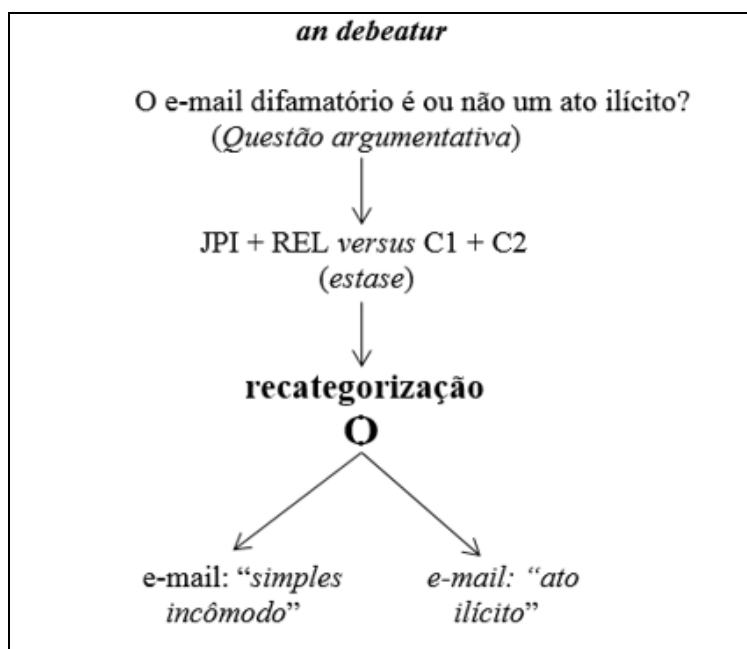


Figura 3 – Aplicação do modelo de recategorização argumentativa no “Caso da depilação a laser”

Por meio do esquema acima (Figura 3), podemos observar de maneira mais didática como se construiu o debate acerca do e-mail difamatório e como V1 justifica seu desacordo em relação aos votos de seus pares. De forma global, a situação conflituosa, presente no momento da qualificação do fato (*an debeatur*) deu origem à questão argumentativa: “O e-mail difamatório é ou não um ato ilícito?”, a qual suscitou *estase* entre os magistrados. O juiz de primeira instância (JPI) e o relator (REL) compartilharam da mesma interpretação, não vendo ilicitude no texto do e-mail, objeto do debate no processo. Já V1 e V2 (primeiro e segundo vogais) discordaram do relator e, por representarem a maioria, mudaram a sentença que fora prolatada por JPI.

Neste novo julgamento, em segunda instância, o e-mail enviado pela paciente queimada na sessão de depilação a laser deixou de ser considerado “simples incômodo” ou um ato “lícito”, como o considerou JPI, em sua sentença, para ser *recategorizado* como “ofensivo” ou “ato ilícito”, suscetível de dano moral, como considerou V1 e, em seguida, V2. Aqui não podemos ignorar que V2 foi convencido pelo raciocínio apresentado por V1 e, conseqüentemente, pela recategorização apresentada por esse magistrado.

Em síntese, o primeiro vogal (V1), após longa justificativa, apresenta seu desacordo em relação ao voto do relator (REL) e do juiz de primeira instância

(JPI). De forma surpreendente, vimos ainda que a iminência de se ver vítima de ação igual à sofrida pelo médico citado no malfadado e-mail funcionou como o inversor argumentativo, o qual possibilitou a mudança na linha argumentativa de V1 e levou à derrocada da sentença que tinha sido proferida em primeira instância, após assentimento de V2.

Considerações finais

O breve estudo de caso analisado pretendeu mostrar, sob a ótica da análise argumentativa, como um grupo de magistrados em deliberação apresenta pontos de vista antagônicos e como lidam com essa divergência de interpretação jurídica para chegarem a uma decisão. Se é verdade que “a engrenagem de uma argumentação [e também de uma interação] não é jamais completamente explícita” (PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 2008, p.251) e que “a missão do analista é desvelar um pouco do funcionamento dessa máquina” (KERBRAT-ORECCHIONI, 1992, p. 9), então sentimo-nos à vontade para descrever o mecanismo de *recategorização* e também o funcionamento do *inversor* de argumentos, aqui representado pelo símbolo O.

Acerca do primeiro (o processo de *recategorização* argumentativa), vimos que se trata de uma estratégia bastante eficaz que um interlocutor utiliza para qualificar fatos no universo jurídico. Quanto ao *inversor*, pudemos mostrar que é fruto de uma *visée argumentative* que ajuda os interlocutores em claro antagonismo a qualificarem uma ação ora como lícita ora como ilícita (dano moral).

O caso que mostramos brevemente nesta análise não deixa dúvidas de que o mundo jurídico é campo fértil para pesquisas no campo da argumentação e das interações, não nos deixando esquecer de que:

[...] não é possível construir uma teoria da argumentação jurídica [...] sem se considerar a vinculação dos processos argumentativos com o comportamento dos juízes e dos outros operadores jurídicos (ATIENZA, 2003, p. 130)¹⁰.

E isso, parece-nos, ficou evidente ao longo da interação argumentativa mostrada, visto que, como vimos, a simples iminência de viver situação semelhante à que estava sendo julgada (Caso do e-mail difamatório)

10 Tradução livre. No original: “[...] no es posible construir una teoría de la argumentación jurídica [...] si no se toma en consideración la vinculación de los procesos argumentativos con el comportamiento de los jueces y otros operadores jurídicos” (ATIENZA, 2003, p. 130).

MORAIS, Rubens Damasceno. Argumentar em campo jurídico e as possibilidades de inversão de uma decisão: o caso da depilação a *laser*. **EID&A - Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação**, Ilhéus, n. 6, p. 153-170, jun.2014.

possibilitou a um dos interlocutores do debate a mudança da decisão tomada em sentença anterior.

Referências

ALVA, José Luis Castillo; TÚPEZ, Manuel Luján; RODRIGUES, Roger E. Zavaleta. Interpretación jurídica. In: QUICENO ALVAREZ, F. **La argumentation jurídica: Compilación y extratos**. Medellín: Editora Jurídica de Colombia, 2007.

ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentacion**. México, DF: Distribuciones Fontamara, 2003.

BAKHTIN, Mikhail Mikhailovitch. **Marxismo e Filosofia da Linguagem: Problemas fundamentais do Método Sociológico na Ciência da Linguagem**. 8.ed. São Paulo: Editora Hucitec, 1997.

CORNU, Gérard. **Linguistique juridique**. Paris: Éditions Montchrestien, 2005.

DANBLON, Emmanuelle. **Rhétorique et rationalité: Essai sur l'émergence de la critique et de la persuasion**. Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002.

DUPRET, Badouin. **Le jugement en action: Ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Egypte**. Paris; Génève: Librairie Droz, 2006.

FETERIS, Eveline T. **Fundamentals of legal argumentation: a survey theories on the justification judicial decisions**. Netherlands: Kluwer AcademicPublishers, 1999.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. La rhétorique juridique. **Revue Hermes**, Paris, n. 16, 1995.

GARAPON, Antoine. **Bien juger**. Essai sur le rituel judiciaire. Paris: Éditions Odile Jacob, 2001.

HILTUNEN, Risto et autres. **Discourse and context in a historical perspective: Discourses in interaction**. Amsterdam; Philadelphia: John Benjamins Publishing Company, 2010.

KERBRAT-ORECCHIONI, Catherine. **Les Interactions Verbales**. Tome II. Paris: Armand Colin, 1992.

LIVET, Pierre (Dir.). **L'argumentation: droit, philosophie et sciences sociales**. Collection Dike. Canada: Les presses universitaires Laval, 2000.

MORAIS, Rubens Damasceno. Argumentar em campo jurídico e as possibilidades de inversão de uma decisão: o caso da depilação a *laser*. **EID&A - Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação**, Ilhéus, n. 6, p. 153-170, jun.2014.

MARTINEAU, François. **Petit traité d'argumentation judiciaire**. 4.ed. Praxis Dalloz, 2010.

MEYER, Michel (Dir.). **Histoire de la Rhétorique des Grecs à nos jours**. Librairie Générale Française, 1999.

PERELMAN, Chaïm. **Rhetoriques**. Éditions de L'Université de Bruxelles, 1989.

PERELMAN, Chaïm. **Logique juridique: Nouvelle rhétorique**. Éditions Dalloz. Paris, 1999.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité d'argumentation**. Belgique: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008.

PLANTIN, Christian. **L'argumentation**. Paris: PUF, 2005.

PLANTIN, Christian. **Les bonnes raisons des émotions: principes et méthode pour l'étude du discours émotionné**. Berne: Peter Lang, Sciences pour la communication, 2011.

POSNER, A. Richard. **How judges think**. Cambridge, Massachusetts. London, England: Harvard University Press, 2008.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

STAMAKIS, Constantin M. **Argumenter en droit: une théorie critique de l'argumentation juridique**. Paris: Publisud, 1995.