

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
Alexandre Augusto Bernabé da Costa Marques

ERÍSTICA NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA:
influência no Tribunal do Júri

Taubaté-SP
2019

Alexandre Augusto Bernabé da Costa Marques

**ERÍSTICA NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA:
influência no Tribunal do Júri**

Trabalho de Graduação apresentado para
obtenção título de Bacharel pelo curso de Direito
do Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade de Taubaté.

Área Concentração: Direito

Orientadora: MSc. Alessandra Alvissus de Melo
Salles Ultchak

**Taubaté-SP
2019**

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

M357e Marques, Alexandre Augusto Bernabé da Costa
Éristica na argumentação jurídica : influência no Tribunal do júri /
Alexandre Augusto Bernabé da Costa Marque -- 2019.
70 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2019.

Orientação: Prof. Me. Alessandra Alvissus de Melo Salles Ultchak,
Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Argumentação jurídica - Brasil. 2. Direito - Linguagem. 3. Direito -
Filosofia. 4. Júri - Brasil. 5. Polaridade (Filosofia). I. Universidade de
Taubaté. II. Título.

CDU 340.113(81)

Alexandre Augusto Bernabé da Costa Marques

Crítica na argumentação jurídica: Influência no Tribunal do Juri

Trabalho de Graduação apresentado para obtenção título de Bacharel pelo curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.
Área Concentração: Direito
Orientadora: MSc. Alessandra Alvissus de Melo Salles Ultchak

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente à Deus;

Agradeço, à minha família, especialmente à minha mãe, Márcia, meu pai, Alexandre e aos meus irmãos, Artur e André, que são meu porto seguro e minha fonte de felicidade, fraternidade, união e inspiração, para que a cada dia que passe, eu possa ser cada vez melhor, seguindo seus exemplos, e buscando a satisfação de me tornar ao menos metade do que eles são.

Aos meus tios e tias, e avó paterna, que sempre me apoiaram e fizeram de tudo, possível e impossível, para me ajudarem quando fora necessário, ressaltando minha madrinha e padrinho, Viviann e Júlio, que os considero meus segundos pais;

E com carinho especial, aos meus falecidos avós maternos, Renato e Alcira, dos quais tenho muito orgulho de ser neto, e que me fora fonte de alegria, crescimento, ensinamentos, e mais que basilares para a pessoa que me tornei, se doando para todas as necessidades, sendo de grande apoio até o fim, sempre olhando por mim.

À minha namorada Luysa, que esteve ao meu lado durante os cinco anos do período acadêmico, sempre sendo um porto seguro, e fonte de muita alegria, felicidade, cumplicidade e calma, sabendo que sempre posso e poderei contar com ela.

Aos meus amigos, que sempre estiveram comigo e que sempre se fizeram presentes quando preciso, desde minha infância. Em especial aos amigos, Rafael Cury, Guilherme Damasceno e Nicolas Santoro.

Aos amigos que fiz dentro da universidade, a estes sempre serei grato, pelo apoio e pelos laços que foram formados, os quais guardo com muito carinho. Em especial aos amigos, Jéssica, Bruna, João Vitor, Amanda e Ana Lethícia.

À todos os professores da casa, em especial minha orientadora Alessandra Alvissus, que fora mais que fundamental na construção do projeto, e conseqüentemente, em toda minha vida acadêmica, sempre agindo com prontidão, buscando sempre me aconselhar da melhor maneira possível, e sempre fazendo valer sua ajuda.

RESUMO

O presente trabalho busca criar uma análise contextual sobre a evolução jurídica desde os primórdios da civilização humana até o período considerado berço da argumentação no direito, período este, da Grécia antiga, originador dos sofistas, e consequentemente dos estratagemas falaciosos, com acentuada ênfase na construção do instituto da argumentação jurídica, bem como das falácias argumentativas, e por fim, a elucidação referente à origem do tribunal do júri. Utilizar-se-á como metodologia a abordagem qualitativa, pelo método dialético, adotando-se como procedimento a pesquisa bibliográfica pautada principalmente na doutrina, com utilização menos enfática da legislação pátria, constitucional e infraconstitucional, assim como, na legislação internacional. Uma vez concluso este exórdio, para melhor compreensão do cenário atual, faz-se um breve análise focada no comportamento social, por meios doutrinários, buscando congruir na resolução da problemática, oriunda dos avanços tecnológicos de um mundo sem fronteiras, cuja informação atua de forma incessável, a possibilidade de falhas no tribunal do júri, analisando de forma isolada situações que atuam conjuntamente contra a eficácia buscada neste instituto, comprometendo o senso de discernimento e de justiça dos jurados, uma vez que as falácias agem em despropósito a verdade, transformando o instituto de maior justiça, naquele menos puro.

Palavras-chave: Origem do direito. Tribunal do júri. Dialética erística. Argumentação jurídica. Sofismo

ABSTRACT

The present work seeks to create a contextual analysis of the law evolution, from the dawn of human civilization, until the period considered the cradle of the argumentation, this period, of ancient Greece, time of the sophists, and , consequently, with accentuated emphasis, the fallacious stratagems, in the construction of the institute of legal argumentation, as well as of the argumentative fallacies, and finally, the discourse regarding the origin of the jury court. The methodology used in this work, was the qualitative approach, using the dialectical method, adopting as a procedure the bibliographic research based mainly on doctrine, such as a less emphatic use of the Brazil's federal constitution, infraconstitutional legislation, as well as, and international laws. Once this exordium is concluded, for a better understanding of the current scenario, a brief analysis is made focusing the social behavior, by doctrinal wherewithal, seeking the resolution of the problem, arising from the technological advances of a world without borders, whose information acts incessantly, the possibility failures in the jury court, analyzing in isolated situations that act jointly against the effectiveness sought by this institute, compromising the juror's sense of discernment and justice, since the fallacies act in disproportion of the truth, transforming the institute of greater justice , in that less pure.

Keywords: Law's Origin. Jury court. Eristic dialectic. Legal argument. Sophism

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ARGUMENTAÇÃO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
2.1 Conceituação e desenvolvimento histórico do Direito	12
2.1.1 Direito Primitivo	14
2.1.2 Direito no Oriente Antigo	17
2.2 O surgimento do Direito como retórica	24
2.2.1 Os Sofistas	28
2.3 Origem do tribunal do júri	35
2.3.1 Dos princípios constitucionais do tribunal do júri	40
2.3.2 Inserção da Dialética erística no Direito	46
3 A ERÍSTICA NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO	51
3.1 A Falibilidade no sistema de tribunal do júri frente à ética	51
3.1.1 A influência da mídia no tribunal do júri Brasileiro	51
3.1.2 Da desnecessidade de justificativa por intima convicção do jurado	55
3.1.3 Do despreparo jurídico e prático do julgador e do despreparo perceptivo do magistrado.....	58
3.2 Sistemas de proteção à prática da dialética erística	60
4 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

O tema se comporta na estruturação e contextualização da Erística, como forma argumentativa falaciosa cujo objetivo é a vitória em debate, sem a necessidade de se estar com razão, mas com a utilização de estratégias sagazes capazes de tal feito, se utilizando da psicologia e da retórica que por muitas vezes aparece escondida nas várias tessituras da argumentação jurídica, dessa forma desviando o resultado justo.

Hoje considerada ferramenta de fácil acesso, porém, não tão fácil compreensão, e de percepção menor ainda ao homem médio, a erística é posta dentro da argumentação jurídica, porém, de forma a dissuadir aquele que é necessário dissuadir, em sua ilicitude para conquistar a vitória ao invés de se ter a busca pela justiça que seria o objetivo principal, levando a uma antítese de justiça injusta, indo contra os valores fundamentais apregoados na Constituição.

Dentro do cenário jurídico, a argumentação jurídica toma responsabilidade imensa quando relacionado necessariamente aos tribunais do júri, pois, serão nestes que esta far-se-á essencial à justiça, inócurrentes os direitos positivados, tendo como patrono nesses casos pessoas que estão como representantes da sociedade, e que assim escolherão a melhor medida cabível, dentro do que puderam entender da argumentação.

Diante do contexto jurídico, permanece a questão da falácia, objetivo de dissuasão da real justiça, em face de uma vitória, a qual é da natureza humana galgar, e a influência que é gerada nos jurados, e se o futuro está fadado à injustiça em razão do egoísmo que é do homem desde sua existência, ou se com o desenvolvimento da tecnologia, da Inteligência Artificial e outros meios, as decisões receberão futuramente novas formas de apreciação.

De forma a se compreender o desígnio desta pesquisa, faz-se mister o entendimento preliminar da etimologia da palavra objeto de análise do projeto, para que seja melhor assimilado. Desta forma, trazemos uma definição popular de acordo com o Dicionário Brasileiro Michaelis de Língua Portuguesa (2018):

eristike , na Grécia antiga é a arte da crítica lógica com aparência de mera argumentação capciosa, apresentando, porém, razões sérias e acuidade de

raciocínio. É ainda, a arte de discutir por meio de raciocínios especiosos e argúcias sofisticadas, buscando apenas a vitória em um debate.

A palavra é tratada em como sinônimo de sofisticada em determinados casos, como no Dicionário técnico-etimológico-filológico de Marco Aurélio Marchi, e em outras considerando sofistas como os primeiros advogados devido suas desenvolvidas habilidades de argumentação, atuando como os primeiros desenvolvedores do direito (MARTIN, 1991, p.180), sendo de acentuadas polêmicas e minúcias no âmbito acadêmico-filosófico. Entretanto, o jogo de conceitos não toma lado e não é exaurido. Filósofos como Platão, Sócrates e Protágoras e, Arthur Schopenhauer, representando a classe contemporânea, apresentam suas ideias que por muito afastam, e que por vezes aproximam essas duas palavras.

Postumamente, a palavra veio a ganhar renovada importância, de forma complementar aos antigos filósofos, sendo reintroduzido séculos depois postumamente em nome de Arthur Schopenhauer (2014, p.19), como a “Dialética Erística”, de forma a empenhar-se em diferenciar a diferença de lógica e dialética dessa forma, de forma a conceitua-la como “a arte de discutir, e mais especificamente de discutir de modo a ter razão, isto é per fas et nefas [Por meios lícitos e ilícitos].” E novamente já no final de sua explanação entende que ela seria “o estudo do comportamento o arrogante natural do ser humano” (SCHOPENHAUER, 2014, p.125), distinguindo-as em 38 estratégias, que tem como cerne o desenvolvimento da argumentação a fim de criar o convencimento, oriundo de comportamentos dialéticos e psicológicos que permitem a utilização de uma lógica errônea, sendo esta lícita ou ilícita, com o único objetivo de vencer, cabendo suscitar que Schopenhauer deixa mais do que específico em suas obras que a erística não é algo criada ou descoberta por ele, mas cuja função é simplesmente cataloga-la de forma ser perceptível ao homem médio mostrando como são usadas e de que modo são utilizadas em meio a uma discussão, sendo sua obra, uma das principais fontes necessárias a compreensão de sua aplicação para desacredita-las.

Para tanto, o desenvolver da pesquisa necessariamente analisará de forma cautelosa a origem e abrangência semântica da Erística e necessariamente do Sofisma e seus estratégias diversos, para que então se prossiga na análise da aplicação na argumentação Jurídica.

Com o arcabouço conceitual exaurido e devidamente entendido nas diversas esferas conceituais e de aplicação, parte-se para a aplicação da Erística no direito

Brasileiro, especificamente na argumentação jurídica, que por vezes aludido como sofismo jurídico. Nesta vereda, de modo a explicar a erística e sua aplicabilidade jurídica como forma da arte de barganha dialética, cujo propósito a ser analisado são suas táticas utilizadas tanto de forma lícita quanto ilícita pelos representantes jurídicos de modo a se saírem vitoriosos. Dentro desse quadro, será discutido o fato filosófico ético e moral, discorrendo sobre a utilização dos métodos de persuasão, e influências psicológicas, e como essas condutas são traduzidas e conduzidas no ambiente jurídico trazendo uma discussão sobre seus devidos dispositivos legais e consuetudinários relacionados ao tema.

Com seu conceito exaurido e sua aplicação frente à argumentação jurídica concluída, visa analisar a influência da utilização dessa dialética, para persuasão e convencimento nos tribunais do júri, porém, dessa vez o tópico central analisará as consequências humanas emocionais, e discutir um fato que se poderá chamar de emoção frente à legalidade, relacionando a função social dos julgamentos de tribunais do júri, ante os dilemas morais refletidos num prisma emocional gerado por uma dialética falaciosa em contraposição com a verdade real, ou podendo chamar meramente de justiça. A teoria de Stevenson, atua de forma clareadora a essa proposição, como descrito por Robert Alexy (2001, p.49), em seu livro Teoria da Argumentação Jurídica “Segundo Stevenson, a função essencial dos julgamentos morais não é a de referir-se aos fatos, mas antes a de influenciar pessoas”. Propondo, deste modo, uma discussão tendente a abranger aspectos mais psicológicos e sociológicos do que legais, relacionados à função do chamado júri popular.

Por fim, é de fundamental importância a justificativa concernente ao projeto, para suscitar as fundamentações que tornam essa pesquisa objeto válido de análise.

É de notório saber que o tribunal do júri, ocorre nos casos de crimes dolosos contra a vida, e esses são destacados como os crimes de maior reprovação por parte do Estado, e, portanto, são julgados pela própria população, sendo essa representada pelos chamados jurados. Podemos de antemão classificar os crimes dolosos contra a vida como aqueles que em que o agente tem intenção ou não se importa na produção de um resultado, esses classificados como homicídio, infanticídio, a instigação ou auxílio ao suicídio e aborto. É importante a observação que o tribunal do júri versa sobre esse rol de assuntos no Brasil, entretanto, outros países aderem julgamentos de outros tipos de causas, e para isso, como acima citado, serão comparados.

Também é notório que os mesmos são julgados, não pelo juiz, de forma ordinária, mas sim por esse grupo, após apreciação do acusador, representado pelo Ministério Público, e um defensor, geralmente assumindo a figura de um advogado, ou, em outros casos, outra figura como o defensor Público, responsáveis pela argumentação e de convencer os mesmos sobre a possível liberdade ou não daquele que está sendo julgado.

Ocorre necessariamente que o júri, quando desmitificados como simples figuras humanas, e per se carregadoras de sentimentos, incapazes de enumerar ou descrever, são apontados como receptores de emoções e atrações, inclinações e tendências.

Para tanto, é fundamental partir do princípio que, como seres humanos, racionais, conscientes e catalisadores de emoções, estes não irão acatar um simples “O júri desconsiderará o testemunho”.

Dado esses fatos, é plena a discussão à utilização da argumentação erística, com intenção de persuadir o júri levando a condenação ou não, incorrente os ultrajamentos legais apontados, mas sim a inclinação criada devido a uma argumentação falaciosa, cujo intuito é vencer. Levando a uma sentença envenenada pela má-fé, entretanto, válida, já que essa é indetectável.

A argumentação erística, dessa forma desvirtua o verdadeiro propósito do julgador de atribuir a sentença que a sociedade julgaria correta.

Cabe dizer que em uma atualidade onde tudo é tido como verdade, e os chamados Fake News são mais convincentes que a realidade, a importância da boa-fé na argumentação visando levar a melhor decisão possível, sem foco em se sair vitorioso, é imprescindível, ademais quando considerado o baixíssimo conhecimento e de diminuto apreço à discussão, de um tema capaz de salvar vidas.

Utilizou-se como metodologia a abordagem qualitativa, pelo método dialético, adotando-se como procedimento a pesquisa bibliográfica pautada principalmente na doutrina, com utilização menos enfática da legislação pátria, constitucional e infraconstitucional, assim como, na legislação internacional, verificando o posicionamento de outros países diante do presente tema.

Assim sendo, o estudo estrutura-se em três seções. A primeira, embasando a presente pesquisa, abordará a evolução histórica do direito em seu estado primitivo, percorrendo sua evolução pelo Oriente antigo, bem como seu desenvolvimento até a

origem da argumentação jurídica na Grécia antiga e um estudo mais dirigido sobre os chamados sofistas.

Na segunda seção, será abordada a origem do tribunal do júri, trazendo a conceituação e especulação acerca de sua origem, sinalizando a convicção de alguns autores sobre as características de diversos institutos antigos que se assemelham a atual configuração do tribunal do júri, buscando assim, percorrer essa evolução até sua forma atual. Não se exaurindo a origem, ainda apresenta a utilização dos princípios constitucionais no tribunal do júri Brasileiro, e a inserção da dialética erística neste meio.

Por fim, na terceira seção, tratar-se-á das possíveis falhas encontradas na configuração do tribunal do júri, estas trazidas por doutrinadores Brasileiros e buscando a partir destas falibilidades, encontrar, somado ao direito comparado, possibilidades de novas interpretações acerca do tema.

2 ARGUMENTAÇÃO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A aurora jurídica consuetudinária teve seu berço antes mesmo da fundação da primeira sociedade suméria, trazida pela etimologia, advinda dos acádios, como “terra de reis civilizados”.

É possível relacionar o alvorecer do direito se perfazendo ainda na organização de grupos de caçadores-coletores, datados a mais de 70 mil anos atrás, apogeu da chamada revolução cognitiva, e que para a convivência em sociedade fosse possível, seguiam regras, essas, que foram os alicerces do étimo, que hoje se considera Direito.

Nesse segundo capítulo, especificamente na conceituação, far-se-á uma breve introdução referente à evolução histórica do direito até o momento da introdução retórica grega.

O mesmo tratará da evolução do direito, a fim de não se debruçar em conceitos e desenvolvimentos supérfluos ao tema. Sendo necessariamente dirigida em versão enxuta quanto sua versão primitiva, para esclarecimento antropológico, aqui havendo um desvio necessário a cultura oriental na já chamada civilização, referida anteriormente, sendo a gênese do direito escrito, cuneiforme, pelos sumérios e da codificação de Hamurabi, e a importância do Egito na evolução jurídica, seguindo novamente até a origem da “retórica grega”.

Entretanto, a ciência argumentativa, abarcada como epistemologia jurídica, surge da filosofia, apenas na Grécia antiga, com o sofismo, objeto este, propósito do item subsequente, com intuito de historiar sua evolução aos longos dos séculos, para deslindar então, o propósito alvejado nos capítulos que sucederão.

A seguir, discorrer-se-á sobre a evolução do tribunal do júri, bem como, os princípios norteadores e sua composição no Brasil atualmente. E a presença das teorias argumentativas e suas dimensões morais. Para enfim, adentrar as possíveis técnicas chamadas de dialética erística, e mostrar como as mesmas são utilizadas, como forma de discurso imoral.

2.1 Conceituação e desenvolvimento histórico do Direito

A história do Direito, pode ter um ponto fulcral em sua existência, responsável por disseminar sua conceituação e podendo ter sido denominada como um dos pontos de partida. Entretanto, a introdução da história do Direito, trata-se de assunto polêmico e incerto, quando no teor de sua existência imaterial, não havendo ponto de início concreto, ao se comparar com outros eventos históricos.

A fundamentação da existência do direito foi concebida através de doutrinas, razão pela qual não se pode criar um consenso sobre sua origem e muito menos definir uma como axiomática.

Exemplo crucial para sintetizar a afirmativa, é da correlação jurisprudencial das teorias do direito natural jusnaturalista e a vertente juspositivista. Pois, enquanto, para Kelsen (BALTAZAR, 2003, p.83):

O jusnaturalismo fundamenta-se na existência de um direito, imanente à natureza, universal, imutável, suprapositivo e, principalmente, absolutamente justo

A qual sua base principiológica evolui ao passar das gerações, atravessando a seara do direito natural medieval, que presava a relação do direito divino, com base teológica, à sua evolução para um modelo moderno no século XVII, que sobrepõe a relação do direito natural sob a vontade de Deus, ao Direito inerte do ser humano.

E a solidificação da conjectura inicial, é suscitada por Norberto Bobbio (1993, p.655-656) em seu dicionário político:

[...] por reivindicar validade em si, o direito natural é epistemologicamente anterior e eticamente superior ao direito positivo. Disso resulta normativamente que, em caso de conflito, o jus naturale prevalece sobre quaisquer legislações positivadas em direito.

Que de forma simples e eficaz demonstra a existência do direito, mesmo na ausência de codificações, razão esta pela qual é relatada a existência do direito consuetudinário, como norma base a sociedades anteriores a positivação do direito e normatização do Estado.

Em outra seara, o arcabouço positivista inserido Kelsen, numa vertente jurisprudencial, é inserido contrapondo um jusnaturalismo, em 1789, após revolução francesa, e com a positivação da Declaração de direitos dos homens e do cidadão, contribuição direta do jusnaturalismo, entretanto, ao positivar essa proposta, objetivou no

ordenamento jurídico, a proposta de objetividade científica e racional, reduzindo o direito à validade do direito ao que está codificado, descartando a abstratividade anterior.

Noberto Bobbio, compara as duas máximas jurídicas (BOBBIO, 2001, p.58-62):

Enquanto para um jusnaturalista clássico teria, ou melhor dizendo, deveria ter, valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta, uma norma é justa somente se for válida.

Há ainda que se dizer um contraponto do positivismo jurídico frente ao jusnaturalismo, a título de curiosidade e de reflexão, na carta de independência dos estados unidos em 1776, cujos valores do direito natural são apregoados de forma veemente, convalidando a proposta naturalista, entretanto, sob encargo do Estado, este que no determinado período histórico convalidava a escravidão, ao ser redigido a primeira proposta do documento, foi retirada da carta, o rascunho que defendia dos direitos inertes do homem desde seu nascimento, para que fosse possível, a permissão e continuidade da escravidão durante o período (COHEN, 2000, p. 503-526)

Estes Dogmas jurídicos distintos, afastam uma real percepção de origem, razão pela qual, delimitar-se-á de forma a suscitar a origem da mesma, introduzindo-a desde a antropologia legal, estabelecendo o direito primitivo em suas esferas ao redor do mundo, em seu arcabouço evolutivo, evadindo eventuais pontos doutrinários.

2.1.1 Direito Primitivo

A evolução humana gira em torno da sobrevivência por meio da formação da sociedade e do elo que esta proporcionou a espécie, numa sensação e zona de conforto que permitiu a sua evolução até então.

A marca dessa sociedade, que permitiu a sobrevivência do homem por tanto tempo, e futuramente transcendeu a uma dominação, foi baseada em regras, um corpo de regras cujo objetivo era reger a consolidação do grupo por meio desses ditames que por ora primitivos e por vezes mostrando certo grau de evolução, provindo

da regra consuetudinária, seguidos futuramente por vários aforismos populares sempre em busca de uma moral a ser seguida.

Regras essas que sua terminologia é palco de acentuada polêmica, e para tanto será tratada como sabiamente colocado por Rodrigo Freitas em, a História do Direito, “As terminologias “Direito primitivo” ou “Direito arcaico” devem ser entendidas como aquele conjunto de regras estabelecidas no âmbito das sociedades ágrafas.” (PALMAS, 2011, p.32)

Buscando distância com o termo direito antigo que remete a égide do direito escrito e criação dos Estados.

Portanto, nesta seara arcaica, era aplicada o que se conhece hoje por direito consuetudinário, como explicitado de forma clara e sucinta pelo mesmo autor.

Nesse sentido, deve-se admitir que aquelas formas de organização social próprias das sociedades simples, isto é, anteriores ao surgimento do Estado, tais como as tribos e os clãs, já possuíam um conjunto de normas não escritas, notadamente de natureza consuetudinária, que orientava a conduta dos seus indivíduos. (PALMAS, 2011, p.31)

Deve-se ater, no entanto, que a consuetudinarietà de fato, é moldada a partir de cada clã, e portanto não se trata de um direito costumeiro universal, ao fato de que cada tribo era localizada em diferentes regiões, cuja fauna, flora, clima e demais fatores ambientais eram diferentes, e por demais, a vasta extensão territorial, tornava o contato com seus congêneres extremamente raros, para uma sucessível troca de costumes.

Desse modo, reflete-se, portanto, uma relação do fenômeno jurídico inerente ao homem, presente desde o início de sua existência, acompanhando-o e mutando a partir das contextualizações e evoluções históricas, ao ritmo plácido de sua transformação, desde o chamado período Paleolítico, ou popularmente conhecido como idade das pedras (lascadas), primeiro período da revolução cognitiva, momento que pode ser considerado estopim para evolução do homem e a transcendência de sua insignificância no reino animal, com o desenvolvimento do raciocínio e crença

Yuval Noah Harari (2011, n.p), em seu livro Sapiens: Uma breve história da humanidade estipula o seguinte cenário:

Lendas, mitos, deuses e religiões apareceram pela primeira vez com a Revolução Cognitiva. Antes disso, muitas espécies animais e humanas foram capazes de dizer: ‘Cuidado! Um leão!’. Graças à Revolução Cognitiva, o

Homo sapiens adquiriu a capacidade de dizer: 'O leão é o espírito guardião da nossa tribo'.

De forma que, a partir desse momento ele esclarece por meio dessa locução, que o ficcionar é a base do construto social, e característica mais singular dos sapiens, remete ainda a forma de ficção coletiva, construindo um imaginário social, que remetem então a capacidade, amplamente discutida anteriormente, da criação do direito ancestral.

Pode-se dizer que o maior reflexo do construto ficcional é a origem das religiões e espiritualidades do homem, e que este foi o alicerce que reflete a evolução jurídica no mundo atual.

Em sua explicação sobre a evolução jurídica, com o âmago no caráter religioso frente à introdução do direito, Wolkmer, cita o jurista Sir. Henry James Sumner Maine, que em sua ótica:

Entende que esse caráter religioso do direito arcaico, imbuído de sanções rigorosas e repressoras, permitiria que os sacerdotes-legisladores acabassem por serem os primeiros intérpretes e executores das leis. O receio da vingança dos deuses, pelo desrespeito aos seus ditames, fazia com que o direito fosse respeitado religiosamente. Daí que, em sua maioria, os legisladores antigos (reis sacerdotes)⁶ anunciaram ter recebido as suas leis do deus da cidade. De qualquer forma, o ilícito se confundia com a quebra da tradição e com a infração ao que a divindade havia proclamado. (MAINE, 1983 apud WOLKMER, 2006).

Pode-se notar, neste contexto, o Direito primitivo, advindo da posição religiosa do homem, apesar de considerado prelúdio jurídico, tratava-se apenas de reiteraões ritualísticas e simbólicas, advindas dos Deuses e guardiões dos homens, por motivos ritualísticos e complexos, os quais as tribos oravam, e não necessariamente pela vontade da criação de uma estrutura social organizada, mas apenas, pelo temor do sobrenatural e eventuais sanções divinas, e por demais os costumes, oriundas desta primeira fase, que unificavam o grupo gregário.

Por fim, distingue-se, necessariamente, que o período compreendido como direito ancestral até então relatado, divide-se em três grandes estágios evolutivos (MAINE, 1983 apud WOLKMER, 2006). Primeiramente estruturado a uma tessitura divina, proveniente de uma sociedade ágrafa ordenada juridicamente por crenças e ritos, seguidamente pelo direito costumeiro autóctone, por raro convívio entre clãs, formando um direito puramente inerte, e por fim o direito identificado com a lei, com fulcro no desenvolvimento de obrigações cujo cumprimento é necessário ao bem-estar

moral, social e afetivo do clã, evidenciado pela evolução social, uma formatação do direito muito mais abrangente do que o caráter punitivo, mas construtivo.

2.1.2 Direito no Oriente Antigo

A constante na evolução humana não permitiu que a inércia impedisse o desenvolvimento social do ser, transcendendo uma era paleolítica caracterizada pela perpetuação da tradição agrafa, prosperando uma era neolítica, ou comumente citada como idade das pedras polidas, período em que foi implantada a revolução agrícola, que permitiu a concretização do sedentarismo humano e primeira forma de criação de cidades (WOLKMER, 2006, p. 28).

O período em questão foi marcado por diversas intempéries, visto que a sedentarização do homem, possibilitou a transmissão dos genes “fracos”, que estorvavam a sobrevivência dos mais aptos, portanto, em um período paleolítico, de sobrevivência e dificuldade, não se difundia. Entretanto, com a criatividade que se perpetuava no homem, fez-se um contorno a este estigma, e permitiu a proliferação do gene, e simultaneamente a instauração de diversas doenças, devido o aglomerado que se formava em volta da produção agrícola, gerando uma sociedade frágil (HARARI, 2011, n.p).

Entretanto, essa era não foi marcada apenas por novas dificuldades, houveram pontos decisivos, que sobrepujaram a fragilidade com a união, sendo essencialmente a possibilidade de construção de cidades e templos o apogeu da evolução social na época, permitindo que, a agricultura possibilitasse um equilíbrio do meio, sem preocupações quanto à necessidade de caça e coleta como atividade principal e atividades que exigissem energia e tempo do grupo, eventualmente possibilitando um desenvolvimento acelerado, uma zona segura, em que o homem pudesse se desenvolver, fruto dessa situação, o aparecimento da escrita, do comércio, da moeda, axiomáticamente construindo o futuro conceito da polis, termo dado por analogia, devido sua autonomia estatal.

Neste prisma evolutivo, Wolkmer menciona as considerações de Niklas Luhmann (LUHMANN 1996, apud WOLKMER 2006)

Niklas Luhmann classifica três grandes grupos de manifestações do direito que ele denomina “estilos” ao longo da história: (1) o direito arcaico, característico dos povos sem escrita; (2) o direito antigo, que surge com as primeiras civilizações urbanas e (3) o direito moderno, próprio das sociedades posteriores às Revoluções Francesa e Americana

Nesta classificação, Wolkmer (2008, p.13) alude que “Os dois primeiros modelos de direito antigo (ou seja, o segundo “estilo” de direito identificado por Luhmann) são aqueles verificados na Mesopotâmia e no Egito “.

É neste no período dinástico primitivo (Configura-se entre 2900-2334 a.C. que sucede os povos da mesopotâmia da era de Uruk e Ubaid) que se desenvolve este segundo estágio jurídico-social, e afloração de cidades Kish, Akshak, Nippur, Adab, Umma, Lagash, Uruk, Larsa e Ur (WOLKMER, 2008, p.15).

Fruto da revolução agrícola, a expansão urbana, foi palco para uma evolução jurídica, proveniente de uma expansão proeminente, conjecturada por Andrew Robinson, “Em algum momento do final do quarto milênio a.C., a complexidade do comércio e da administração nas primeiras cidades da Mesopotâmia atingiu um ponto que acabou por superar o poder da memória da elite governante” (ROBINSON, 1999, p. 11 apud WOLKMER, 2006, p.15)

Essa complexidade que superava o poder da memória do homem, tornou-se insuficiente para o controle social, necessitando, a partir desse ponto, a introdução de uma codificação do Direito, para salvaguardar seus costumes e crenças.

E neste momento, começa a ocorrer um fenômeno de inversão de valores, sob o qual o homem como indivíduo, não necessita mais ter o conhecimento de tudo, e começa a criação de uma memória coletiva, desconstruindo a congruência que se tinha até então, refletindo até hoje, na maneira que o indivíduo tem um conhecimento extremamente ínfimo comparado ao coletivo que é disponível, e cresce exponencialmente, a soma de cada contribuição (WOLKMER, 2006, P.15).

2.1.2.1 Mesopotâmia

A segunda manifestação do direito, citada anteriormente, frutificou-se na crescente fértil, região do oriente médio, a qual se assentavam os impérios egípcio e mesopotâmico, durante o período Tinita (3100-300 A.C), posterior à unificação do alto

e baixo Egito pelo Rei Narmer (Há acentuada polemica envolva de seu nome) formando a primeira dinastia egípcia.

Os dois impérios baseavam-se numa espécie de direito divino, e seus imperadores ou faraós legislavam a vontade de Deus, obviamente, cada império munido de suas devidas particularidades. Por parte da mesopotâmia via-se um direito divino mais contido, em que o imperador apenas representava as ideias dos Deuses. Wolkmer (2006, p.23) aponta:

O exemplo mais enfático dessa revelação consta do Código de Hamurabi: num extenso prólogo, fica ali explicitado que o conjunto de leis foi oferecido ao povo da Babilônia pelo deus Sarnas, por intermédio do rei Hamurabi, e não por decisão deste.

Enquanto que, no Egito havia Teofania, cujo faraó nada mais era do que o Deus vivo (Motivo pelo qual eram agraciados com nomes do Deus Hórus serem “coroados”), motivo este que, futuramente permitiu que o faraó tomasse o território Egípcio inteiro como seu, e os cidadãos haviam de pagar imposto, apesar da autonomia administrativa dos nomos (Regiões aglomeradas de herdades), mas mais importante, percorria o império legislando sua justiça divina.

Como visto anteriormente, a complexidade acerca da expansão urbana, já não permitia que houvesse controle jurídico baseado na impalpabilidade do conhecimento individual de cada governante, mas a necessidade de uma codificação que fosse disponível coletivamente e de um órgão que efetuasse o controle desse código.

Não obstante, uma verdadeira evolução, é necessário dissuadir o ideal de direito, que se tem hoje, no verbo da criação legislativa, ao direito codificado da época, que nada mais era que o simples registro dos costumes.

Introduzida a máxima do Direito antigo, a mesopotâmia, diferentemente do Egito não foi palco de um império unificado, mas de diversas Cidades-Estado que a compunham, e cada qual com sua legislação particular (WOLKMER, 2006, p.23).

Por fim, a evolução social a partir deste ponto fulcral que é a Mesopotâmia, é referenciada por Antônio Augusto Tavares (1995, p.108 apud WOLKMER, 2006, p.31):

Vários elementos das culturas e civilizações modernas encontram as suas origens mais remotas no Sul da Mesopotâmia, na Suméria. Babilônios e Assírios conservaram e, por vezes, desenvolveram a herança espiritual dos Sumérios que comunicaram aos vizinhos: Hurritas, Hititas, Cananeus. Foram

em seguida os Hebreus e os Gregos, por motivos e maneiras diferentes, os principais veículos para a posteridade

2.1.2.1.1 Direito Cuneiforme

Rodrigo Freitas Palmas (2011, p.43), introduz o direito cuneiforme, como uma codificação esculpida, tipicamente em argila, composta por uma introdução, o corpo de leis e um epílogo. Enuncia sua forma de expressão, através das codificações ligadas à noção de sagrado, evocando a óptica ritualística muito mais do que processual. Como o mesmo alude, “Quanto aos procedimentos, ao que parece, imperava a absoluta improvisação, apesar de ser lícito cogitar, aqui e acolá, da existência de normas dessa natureza” (PALMAS, 2011, p.43)

O tópico anterior aborda a introdução à legislação dos povos como memorial consuetudinário, nesse mesmo prisma o autor explicita (PALMAS, 2011, p.44)

Finalmente, deve-se atestar que esses Direitos cuneiformes não são, propriamente, direitos na perfeita acepção moderna do termo, pois se encontram num estágio inicial de desenvolvimento, levando em conta que não foram devidamente sistematizados. Todavia, mesmo assim, merecem ser estudados, uma vez que representam um capítulo interessante do caminho percorrido pela humanidade na sua vivência prática e percepção do fenômeno jurídico.

É citado entre as codificações, o Código de Ur-nammu, nome dado pelo fundador da terceira dinastia suméria, e o código mais antigo a sobreviver, datado de 2040 a.C., esculpido sob uma Estela. O autor lista também, as leis de Eshnunna, descobertas em Tell Abu Harna, caracterizada principalmente pela união do direito civil e penal da época, como as codificações de Lipit-Ishtar, introduzida pelo quinto rei da dinastia de Isin, e a mais conhecida, o Código de Hamurabi (PALMAS, 2011, p.41).

2.1.2.1.2 Direito sumério

A suméria foi a sociedade mais antiga a compor o território as margens dos rios Tigre e Eufrates, e portanto, com grande probabilidade de ter sido o primeiro grupo social com a precaução de um desenvolvimento jurídico escrito.

Merril F. Unger, famoso arqueólogo e teólogo, é citado por Palmas (UNGER, 2004, p.11 apud Palmas, 2011, p. 44), arrazoando uma introdução ao povo sumério:

Merril Unger presta-nos um valioso auxílio ao afirmar que, em tempos mui longínquos, os sumérios, inicialmente, penetraram na Planície do Sinear, localizada mais ao sul da Babilônia. Unger acredita que o progressivo ingresso sumério na Mesopotâmia se deu por volta de 4000 a.C., sendo eles os responsáveis pelo desenvolvimento da escrita cuneiforme, a qual seria, posteriormente, aprimorada pela utilização de sinais pictográficos.

Wolkmer (2006, p.24), posteriormente tece um esboço sobre o código de Ur-nammu, entretanto, é necessário explicitar que apesar de não ser matéria especulativa, tampouco se faz acurada.

Código de Ur-Nammu. A estrutura geral deste Código e dos outros que lhe sucederão pode ser descrita como um meio-termo entre o direito fortemente concreto das sociedades arcaicas (pensado e manifestado exclusivamente para o caso em discussão) e as formas abstratas e gerais que caracterizam o direito moderno.

Bouzon, explica o declínio da cidade de Ur, e fim do que ele chama de renascença suméria (BOUZON, 2001, p.16 apud PALMAS, 2011, p.48):

A “desagregação política e militar” suméria – ensina Bouzon – ocorre quando as forças procedentes do Elam, posteriormente denominada “Pérsia”, impõem uma derrocada ao rei Ibbi-Sîn (2027-2003 a.C.) e destroem, por conseguinte, a cidade de Ur. Nas próprias palavras do autor, este evento significou “o fim da renascença suméria”, mas também possibilitou o surgimento de diversas “dinastias locais” de origem semita – “Isin”, “Larsa”, “Babel” e “Eshnunna”

2.1.2.1.3 O Direito Babilônico e o Código de Hamurabi

O império paleo babilônico, foi o primeiro grande Império visto no crescente fértil. Hamurabi em seus anos de reinado (1736 - 1686 a.C) foi o primeiro imperador a conseguir implantar uma hegemonia por quase toda extensão do Tigre e Eufrates. (PALMAS, 2011, p.49)

Contudo, sua a maior herança jurídica foi seu código. Hoje, no entanto, já se prova que o código que Hamurabi não é a mais antiga codificação existente, mas se permite ser, ainda, a mais célebre entre todas.

Sua importância advém da hegemonia cultural que seu império adquiriu com a conquista territorial. Então é traçada uma analogia a introdução do direito antigo no mundo. Se a formação de uma cidade origina uma codificação especificamente consuetudinária, o império de Hamurabi criara a mais celebre codificação, afinal a consolidação de um extenso território semita, exige um amalgama dos costumes condensados para que se mantenha um equilíbrio.

E nessa linha, Palmas elucida o porquê de sua fama, “Ao conseguir consolidar a união dos elementos conformadores de sua cultura, tais como os sumérios, os acadianos e outros povos de origem semita, Hamurabi não hesita em se declarar o supremo governante de seu país.” (2011, p.49)

2.1.2.2 Egito Antigo

É sabido que o antigo Egito era dividido em nomos, e que cada um tinha sua própria figura divina, sob a égide de sua própria ritualística e, conseqüentemente originárias de próprios costumes. Tratando assim, de um Egito similar as políticas que foram descritas na Mesopotâmia.

Cada nomo era resguardado por um Monarca que tinha função política e administrativa seu nomo, ainda assim respeitando a teofania faraônica, como representante mor (WOLKMER, 2006, p.19).

Entretanto, por mais que os vizinhos situados no crescente fértil tenham se desenvolvido, o Egito seguiu peculiar situação, visto que é possível desfragmentar e analisar isoladamente os idos de cada império que permaneceu sobre o Tigre e Eufrates, e eventuais marcos históricos.

Contudo, o Egito permaneceu sobre o mesmo período acima, e mesmo sem a expugnação por outros impérios, claramente houve diversas mudanças políticas, sociais e legislativas ao decorrer das eras e sucessões faraônicas, não devendo ser analisado, portanto, sob o pretexto de uma cultura singular e imutável durante o período de existe (WOLKMER, 2006, p. 19).

Dando-se o devido cuidado ao analisado trecho de Palmas (2011, p.62), novamente, a evolução da cultura egípcia na totalidade:

Sabe-se, afinal, que os povos circunvizinhos do Egito Antigo muito se dedicaram ao Direito. Os casos mais evidentes são as inúmeras codificações encontradas na Mesopotâmia e nas cercanias do Oriente Próximo. Era de esperar que o Egito, dada a sua histórica condição hegemônica e o altíssimo grau de evolução intelectual experimentado durante gerações, também tivesse se dedicado à necessidade de se aprimorar no orbe jurídico, exigência administrativa própria da sua condição de império.

Diferentemente da Mesopotâmia, do mundo jurídico Egípcio, pouco foi descoberto ao longo das eras, não havendo nenhum indicio de codificação legal, apesar de trazer “abundância de referências indiretas às normas jurídicas em textos sagrados e narrativas literárias que permitem inferir alguns aspectos da experiência egípcia no campo do direito.” como explicitado por Wolkmer (2006, p.29).

O que pode ser considerado incitador quando se tratando de uma época tão mítica quanto a do antigo Egito, é a presença da multiplicidade de figuras que representam o jurídico no panteão egípcio e a congruência com seus pares. Pode-se ver a relação da Deusa Maat como a criadora da Justiça e da ordem, representante precípua da lei no mundo dos homens, regendo os nomos.

A partir desta premissa, por mais que se trate de uma situação quimérica, presente no Livro dos Mortos, pode-se notar a clara existência de uma estrutura organizacional jurídica criada pelo homem para discorrer todo o processo, indagando, mesmo sem o achado de uma codificação, a presença de uma real estrutura jurídica semelhante à empregada pelos Deuses, em virtude da prerrogativa da figura Divina e da criação das jurisprudências pelos escribas que assumiam a função de Toth ao registrar as palavras sagradas como lei e jurisprudências.

Por mais que cada nomo tivesse sua peculiaridade, e o Egito fosse vasto o bastante para promover o politeísmo, os princípios que regiam o povo era de Maat (Filosofia que regia o Direito) e Heka (Espiritualidade), portanto, não é impossível conceber a ideia de que o julgamento dos Deuses servia como espelho para os atos presididos pelo faraó ou seu vizir nos Kenbet'aat (Tribunais Superiores) e até mesmo em instâncias inferiores, que o Estado litigava com acusador e Defensor, sob essa luz. (PALMAS, 2011, p.62-66).

A partir deste pensamento, são invocadas as afirmações (PALMAS, 2011, p. 65):

Dessa forma, jamais se pode dizer que os egípcios viveram alheios a noções procedimentais e à lei. Eles até cuidaram de desenvolver e conservar um rico manancial de fontes jurisprudenciais, a partir dos fragmentos das orientações do vizir.

Complementando a lógica, Palmas, pontua, “É de conhecimento dos especialistas que os egípcios, assim como os gregos, valorizavam sobremaneira o exercício da retórica. Não obstante isso, Gilissen não tem dúvidas de que as leis no Egito Antigo realmente foram escritas” (2011, p.63)

É bastante dizer que a retórica presente desde esta época, foi elemento basilar na criação da Sofística.

2.2 O surgimento do Direito como retórica

Como visto anteriormente, a possibilidade do uso da retórica na sustentação de algum ideal não é provável, mas axiomática. Os antigos egípcios mesmo à época apresentavam suas defesas por meio da retórica, bem como os povos chineses e hindus.

Reboul (2004, p.1) elucida de forma clara que “Em certo sentido, os gregos inventaram a “técnica retórica” como ensinamento distinto, independente dos conteúdos, que possibilitava defender qualquer causa e qualquer tese”. E finaliza sobre a teoria da retórica “não mais ensinada como uma habilidade útil, mas como uma reflexão com vistas à compreensão”.

Portanto, a ode que é atribuída à retórica grega não se deve confundir, pela simples utilização da retórica. Partindo que a evolução e origem desta, não a trazem como instrumento para uso em qualquer plataforma, e sim da instituição da técnica e da teoria.

O surgimento da retórica grega, no entanto, dá-se durante duas datas principais, a primeira sendo 480 a.C., batalha de Salamina, ao que tudo indica, em 29 de setembro, na batalha naval, a qual Temístocles, representante de Atenas defendeu a Grécia, com menor poderio, do exército Persa da Xérxes, durante o ciclo das guerras Médicas, sucedendo a fatídica Batalha das Termópilas, e apenas um ano depois

sobrepunhando o exército de Mardônio e suas tropas persas, eliminando a ameaça persa da Europa (REBOUL, 2004, p.2)

Com a vitória em batalha, o século IV, sorri aos gregos, apresentando-se a era clássica em 399 a.C., antes mesmo da morte de Sócrates (REBOUL, 2004, p.2)

A criação da retórica grega, é fruto da acentuada mudança jurídico-social do povo Grego. Nessa constância, margeia-se a evolução Jurídica Grega até o ponto da Grécia Clássica. Para um entendimento orientador da importância da retórica.

Ao século VII a.C., não havia leis escritas ou sistemas formalizados de punição, uma vez que a arte da escrita se perdera no início do período Homérico, como consequência da invasão dos povos agrafos, Dórios, Eólios e Jônios. Estes últimos, representantes do berço filosófico (REZENDE, 2012, p.19).

A arte da escrita foi reaprendida apenas um século depois (Século VI a.C.), no período conhecido como Grécia Antiga, Wolkmer, explica a reestruturação da escrita no país, “A explicação até agora mais predominante tem sido a de que o povo grego, em determinado ponto da história (por volta do século VII a.C.), começou a exigir leis escritas para assegurar melhor justiça por parte dos juízes.” (2006, p.46)

O autor ainda trata de invocar as palavras de Christopher Carey (CAREY, 1997, p.2-3 apud Wolkmer, 2006, p. 46), em seu livro *Trials from classical Athens* (Julgamentos da Atenas Clássica), “foi um desejo de colocar limites no exercício do poder por aqueles que detinham a autoridade”.

Isto é, a invocação da lei, dessa vez, não para objetivo de organização cultural do povo, como visto no tema anterior, mas sim delimitador de um círculo seletivo, pelo fato da não mais existência de uma representação divina através de um indivíduo, tomando o controle que houvera no passado. Às palavras de Teseu “Quando as leis são escritas, o pobre e o rico têm justiça igual.” (Suplicantes de Eurípedes, por volta de 420 a.C.)

Sobrevém o fato de o autor apresentar objeção quanto ao pensamento de Carey (1997, p.2-3) sobrevivendo a máxima:

No entanto, entre as objeções a essa teoria está a falta de evidência de que as leis, antes dos legisladores, estivessem sob controle exclusivo de determinados grupos da sociedade. Uma coisa é grupos aristocráticos, controlarem o processo judicial e outra é ter o controle do conhecimento das leis. A famosa queixa de Hesíodo sobre a injustiça dos reis refere-se à forma como a aplicavam, mas não sugere que as regras tradicionais fossem inacessíveis ou que reivindicassem maior acessibilidade a elas

Gradualmente a Grécia atingiu, ao século VII. a.C., após idade das trevas, que compreendia o período de 1200 a 900 a.C. (Período em que a era Homérica se encontrava, datando seu início em 1150 a.C.), a instituição de fontes legislativas respeitando sobretudo o caráter democrático que se mantinha. As fontes de direito, em vista a democracia, imprimiram-na com o desígnio de sua perpetuidade, grafando as à madeira, bronze e pedra, as fontes epigráficas (WOLKMER, 2006, p.49).

S.C Todd (1995, p.36), em *The Shape of Athenian Law* (A forma das leis Atenienses) concatena as fontes literárias do direito Grego:

- (i) Discursos forenses dos dez oradores áticos;¹
- (ii) Monografias constitucionais;
- (iii) Filósofos do direito e
- (iv) Antiga e nova comédia.

É nesta seara judiciária que se difundiu na Grécia, a origem da retórica, ao contrário do que se pode correlacionar à literatura, como afirma Reboul (2004, p.2).

Afirma-se, entretanto, que se trata de tema amplamente discutido, uma vez que se considera a retórica como instrumento judiciária e não literária, mesmo que se considerando a origem literária por nomes como Górgias, ao passo que os sofistas, como será visto a frente, eram considerados de movimentos literários, em sua maioria, poetas.

Por volta de 465 a.C. na Sicília grega, “os cidadãos despojados pelos tiranos reclamaram seus bens, e à guerra civil seguiram-se inúmeros conflitos judiciários”. Há que se dizer a inexistência de advogados e patronos das causas, devendo os litigantes se defenderem do jeito que pudessem. (REBOUL, 2004, p. 2).

É então que Corax e Tísias, publicam a *Tekhné rhetoriké*, ou Técnicas da Retórica, contendo os fundamentos práticos para os indivíduos que buscassem amparo quando recorressem à justiça. Eis que o filósofo não se bastou na criação das técnicas como promoveu definição acerca do tema por “Criadora de Persuasão” (REBOUL, 2004, p.2).

Os laços entre os territórios gregos, possibilitaram a instituição da *Tekhné rhetoriké* oriunda da Sicília à Acrópole, Atenas.

¹ Os eruditos alexandrinos estabelecidos como os dez oradores áticos são compostos pelas figuras de: Antífon (-480/-411), Lísias (-459/-380), Andócides (-440/-390), Isócrates(-436/-338), Iseu (-420/- 350), Ésquines (-398/-322), Hipérides (-390/-322), Licurgo (-390/-324), Demóstenes (-384/-322) e Dinarco (-360/-290)

A tessitura argumentativa que se apresentou na Grécia Clássica, a partir de então, pode ser complementada por Steven Johnstone em *Disputes and Democracy: The consequences of litigation in ancient Athens* (Disputas e democracia: as consequências da litigação na Atenas antiga), “A lei ateniense era essencialmente retórica. Não havia advogados, juízes, promotores públicos, apenas dois litigantes dirigindo-se a centenas de jurados.” (1991, p.1)

O esclarecimento invocado por S.C. Todd, fornece a sugestão da motivação Grega em criar um sistema judiciário neste molde, porquanto ao lado econômico, ao notar do baixo custo da administração judiciaria, ainda em vista da realização de sorteio dos jurados como será visto na origem do tribunal do júri, composto por cidadão sem qualquer pagamento (1995, p.77).

Bastava, portanto, a figura do sicofanta, que permitia a iniciação de qualquer ação pública, o simples relato dos litigantes aos logógrafos, (escrivães, que redigiam suas queixas e redigiam discurso para o cliente, e o mesmo deveria simular como se seu fosse), que seriam lidas diante do tribunal e então defendidas pelo próprio litigante. E nessa oportunidade, apresentando a maior particularidade jurídica da Grécia antiga², a retórica da persuasão, que os sofistas, munidos de seu saber locutório, persuasivo e seu senso de publicidade, oferecerem seus serviços aos litigantes, sob a premissa do convencimento garantido do público (REBOUL, 2004, p.2).

Nessa mesma linha, William Forsyth alude (FORSYTH, 1998, p.22 apud WOLKMER, 2006, p.57)

As pessoas em Atenas que correspondem mais de perto a nossa ideia de advogado, não eram os oradores nos tribunais, mas aqueles que forneciam discursos para os clientes (logógrafos) para serem apresentados pelas partes em seu próprio benefício. A retórica dos logógrafos tornou-se extremamente conveniente e considerada como uma das grandes fontes do direito grego antigo (WOLKMER, 2006, p.57)

Ainda, é possível citar as três categorias de retórica utilizadas pelos logógrafos, destacadas por Aristóteles, sendo a deliberativa, judiciaria e a epidítica (WOLKMER, 2006, p.58);

² Mas até o século dezenove houve pouco interesse na oratória ática como evidência do direito ateniense o direito da Atenas clássica sendo de pouca relação aos romanos e juristas europeus posteriores, cujas próprias leis não foram influenciadas por ele e só recentemente os escolares compreenderam o valor dos oradores para um estudo mais amplo da sociedade de Atenas. (GAGARIN, Michael. *Antiphon: the speeches*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 1-2)

A conotação da melhor retórica e do melhor sofista, tornaram mal vistas, “pois, quanto pior a causa, maior o recurso à retórica” (REBOUL, 2004, p.3) no caso dos sofistas, isto não impediu que seu malogro acabasse unicamente por conta disto.

A sofística e o elo com a retórica aparecem somente na literatura, com Górgias, e é nesta que expõem o sofista como criador da retórica como arte do discurso persuasivo, nesta vereda, invoca-se novamente o que anteriormente foi citado. Tratando-se necessariamente da retórica como discurso persuasivo com o objetivo de vitória, sem se tratar do verdadeiro, mas do *Eikos* (Verossimilhança) e *Kairós* (Momento Oportuno), e não a retórica gramatical sem tal objetivo.

Esta sustentação oral era principal objeto de ensino dos sofistas, classe que será tratada a seguir.

2.2.1 Os Sofistas

A evolução do que hoje se entende como retórica, deu-se na Antiga Grécia, com os chamados sofistas, oriundos da região da Jônia. Inicialmente tem-se como prioridade a contextualização dessa classe, que ao longo das gerações tiveram seu sentido alterado.

A palavra *Sophos*, em seu arcabouço etimológico vinha da perícia na matéria a qual o sofista dominava, conhecida como *Areté*, e para tanto eram considerados professores, de acordo com W. K. C Guthrie (1977, p. 27).

Guthrie (1977, p.27) inicialmente cita Os Sete³ sábios gregos como sofistas pelo que foi encontrado nos fragmentos de Aristoteles e Isocrates, de forma a nomear Cleobulus de Lindos, Solon de Atenas, Bias de Priene, Thales de Mileto, Pittacus de Mytilene, Chilon de Esparta e Periandro de Corintio. Nestes fragmentos, os sofistas eram citados de forma pejorativa, desde o início do quinto século.

Não obstante, sua origem não foi concebida sob pretexto de ser provocativa e mal vista. Os sofistas nada mais eram, do que poetas, vistos em uma ode de Píndaro que “sofista” significava “Poeta”. Com o tempo, o desenvolvimento da poesia e suas ramificações, o sofismo tornou-se expressão da lírica que sucediam esse modal,

³ Tales de Mileto; Pítaco de Mitilene; Bias de Priene; Sólon de Atenas; Cleobulo de Lindos; Míson de Queneia (noutros textos aparece o nome de Periandro de Corinto); Quílon de Lacedemónia

ganhando força nos segmentos musicais, representada pelos artistas e seus robes roxos distintos.

Foi curto o tempo de duração da simples expressão poeta para caracterizar um sofista, uma vez que a palavra ganhou sentido amplo como espécie de pessoa especializada a passar o conhecimento, como indica Guthrie (1977, p.30) (Tradução nossa):

Um Sofista escreve ou ensina por que ele tem uma habilidade ou conhecimento especial para transmitir. Sua sofia é prática, quer seja nos campos da conduta e política ou nas artes técnicas. Se qualquer um pode fazer os produtos de cada ofício, e, adicionalmente, todas as coisa no mundo natural, ele seria, de fato, um maravilhoso sofista, disse Glaucon na República (596.B.C).⁴

Pode-se notar o conceito de sofista, na particular visão de Hipócrates. Guthrie(1977, p. 44) reproduz o conceito com o seguinte complemento (Tradução Nossa):

Um mestre na arte de fazer discursos inteligentes. A arte do orador era praticada por eles mesmos, ensinada pessoalmente, e comentada em cadernos escritos (technai) cobrindo tanto o argumento retórico e o correto uso da linguagem em geral.⁵

“*Deinós*”, foi a palavra, derivada do que se entende como medo, atualmente, que conseguiu canalizar a reação dos atenienses com a chegada dos sofistas, as pessoas da capital ática, suspeitaram da onda de intelectuais e professores que se engendrava.

Os Atenienses nada fizeram posto que “Nas mãos do conservador Aristófanes este se tornou um termo de abuso, implicando charlatanismo e enganiosidade, apesar de ainda não limitar de forma alguma a classe de Sofistas profissionais.” (Tradução Nossa) (GUTHRIE, 1977, p.33)⁶

⁴ A sophistes writes or teaches because he has a special skill or knowledge to impart. His sophia is practical, whether in the fields of conduct and politics or in the technical arts. If anyone could make the products of every separate craft, and in addition all the things in the natural world, he would indeed be a wondrous sophistes, says Glaucon in the Republic (596.D)

⁵ When young Hippocrates is asked what he thinks a Sophist is, he replies: ‘A master of the art of making clever speakers’ (Prot. 3i2d). The speaker’s art they practised themselves, taught personally, and expounded in written handbooks (technai) covering both rhetorical argument and the correct use of language in general.* All save Gorgias would admit to being teachers of arete (of which, as understood by them, the art of persuasive speech was a prerequisite) and one may suspect that Gorgias’s disclaimer was a little disingenuous (pp. 271 f. below): his teaching of rhetoric was aimed at securing for his pupils the same kind of success in life that Protagoras promised as a teacher oipolitike arete.

⁶ In the hands of the conservative Aristophanes it became definitely a term of abuse implying charlatany and deceit, though still by no means confined to the class of professional Sophists. We cannot therefore agree with Grote in blaming Plato as solely responsible for casting discredit on the word (p. 12 above). What existed already was more than a ‘vague sentiment of dislike’, nor is it true that ‘what was new

É nessa vereda que Guthrie (1977, p.34), ao invocar o sentimentalismo conservador de Aristófanos, diz não poder acusar Platão de seu descrédito aos sofistas, este que criticava principalmente a polimatia dos ditos professores. O autor ainda complementa, “O que existia já era mais que um ”vago sentimento de desgosto“, nem é verdade que ”o que era novo era o uso peculiar de um antigo mundo do qual Platão tomou seu significado usual, e firmou entre os eminentes professores pagos da era Socrática.“(Tradução Nossa)⁷

Não devendo ser algo pifiamente despercebido, na constância que das sete definições descritas por Platão, seis foram de cunho pejorativo, resguardando uma definição elevada, promovendo nesta, ao sofista que se utiliza de seus conhecimentos e técnica de refutação catártica, sob objetivo educador.

Iglesias (REZENDE, 2012, p.45) referência na obra Sofista, de Platão, as definições:

(O Estrangeiro de Eleia recapitula, com Teeteto, as seis definições do sofista que já foram encontradas)

Estrangeiro: — Primeiramente descansemos, e durante esta pausa vejamos o que dissemos. Sob quantos aspectos se apresentou a nós o sofista? Creio que, em primeiro lugar, nós descobrimos ser ele um caçador interesseiro de jovens ricos.

Teeteto: — Sim. Estrangeiro: — Em segundo lugar, um negociante, por atacado, das ciências relativas à alma. Teeteto: — Perfeitamente.

Estrangeiro: — Em seu terceiro aspecto, e com relação às mesmas ciências, não se revelou ele varejista? Teeteto: — Sim, e o quarto personagem que ele nos revelou foi o de um produtor e vendedor dessas mesmas ciências.

Estrangeiro: — Tua memória é fiel. Quanto ao seu quinto papel, eu mesmo procurarei lembrá-lo. Na realidade, filiava-se ele à arte da luta, como um atleta do discurso, reservando, para si, a erística.

Teeteto: — Exatamente.

was the peculiar use of an old word which Plato took out of its usual meaning, and fastened upon the eminent paid teachers of the Sokratic age’(1 Grote, History, vil, 35 and 37. Nor shall we follow Popper (OS. 263, n. 52) in saying that Plato is ‘the man who by his attacks on cannot therefore agree with Grote in blaming Plato as solely responsible for casting discredit on the word (p. 12 above). What existed already was more than a ‘vague sentiment of dislike’, nor is it true that ‘ what was new was the peculiar use of an old word which Plato took out of its usual meaning, and fastened upon the eminent paid teachers of the Sokratic age’(1 Grote, History, vil, 35 and 37. Nor shall we follow Popper (OS. 263, n. 52) in saying that Plato is ‘the man who by his attacks on the “Sophists” created the bad associations connected with the word’. (My italics.) A fairer statement is Havelock’s {Lib. Temper, i;8): ‘The playwrights of Old Comedy played upon the prejudice [against intellectualism], if they indeed did not create it, and when Plato uses the word sophistes it has lost its dignity. He cannot forget, perhaps, the burlesques staged in his youth which he had either read or seen.’)

⁷ What existed already was more than a ‘vague sentiment of dislike’, nor is it true that ‘ what was new was the peculiar use of an old word which Plato took out of its usual meaning, and fastened upon the eminent paid teachers of the Sokratic age

Estrangeiro: — O seu sexto aspecto deu margem à discussão. Entretanto, nós concordamos em reconhecê-lo, dizendo que é ele quem purifica as almas das opiniões que são um obstáculo às ciências. Teeteto: — Perfeitamente.

E complementa, o único Verdadeiro sofista para Platão é Sócrates, o único capaz de levar à *aretê*, devido seu vínculo com a *polis*, e o respeito da decisão de cada um, não confundindo o ensino pago, com a atividade do homem livre. Sócrates defendia a filosofia como atividade e não profissão, e para tanto “Aqueles que vendiam seu conhecimento por dinheiro a qualquer um que o queria eram chamados Sofistas”, disse Sócrates em Xenofonte. Enquanto para Platão os outros nada mais são, do que professores ambulantes em busca de pagamento.

Platão ainda referência o sofista falso, que tudo sabe e não produz crítica, tratando o conteúdo apenas como mercadoria, oferecendo “uma aparente, porém, irreal sabedoria” (GUTHRIE, 1977, p.36) (Tradução Nossa)⁸, através de retórica, que nada mais é, se não, orações ricas de persuasão vazia de conhecimento, objetivando o enriquecimento ou vitória em debate. Enquanto para Platão, Sócrates ao invés de tudo saber, nada dizia saber, buscando com os outros a verdade interna, através de uma dialética alcançada por perguntas e respostas a fim de purificar as almas com o saber, livrando-as da ignorância.

Não se deve entender a profissão e o pagamento pelo exercício de alguma atividade pejorativamente, pois, artistas recebem pagamento, e funcionários recebem taxas pela prática de tal ato, a questão, no entanto, se perfaz da venda de um conhecimento primariamente vazio, secundariamente ao fato que não deveria ser pago. Em suma, remuneração como recompensa da atividade não deveria ser julgada, visto que a sociedade se desenvolveu dessa forma, apenas o cerne de um vício redibitório constituído das orações eloquentes, compostos por um vazio intelectual.

As fundamentações nas quais Sócrates criticou seu recolhimento de taxas eram diferentes, e tipicamente do homem. Ele assegurou (Estas fundamentações não devem ser confundidas e aceitas pertencentes a Platão, mas de Xenofonte) que, aceitando o dinheiro, o sofista priva-se de sua liberdade: sendo limitado a seu pagamento para que pudesse explanar, ou conversar, devendo curvar-se, mesmo

⁸ Aristotle describes a Sophist as one who makes money out of an apparent but unreal wisdom, and, setting aside the jibe, this and other passages are evidence that paid Sophists still existed in his time (Soph. El. 165a2i; cf. i83b36ff. (where *μισθαρονοούντων* recalls the *μισθαρονοούντες ἰδιώται* of Plato, Rep. 493a) and EN 1164330.)

contra seu senso, aos que pagaram exigindo seu conhecimento. Por conta desta, Xenofonte, foi severo, chamando a profissão de prostituição, vendendo a mente de um ser não era melhor que vender o corpo. Sabedoria era algo que deveria ser livremente compartilhada entre amigos e entes queridos. Isso era como a filosofia tinha sido até então considerada, especialmente na escola de Pitágoras, a qual Platão, e provavelmente Sócrates, era admirador. (GUTHRIE, 1977, p.39) (Tradução nossa)⁹

Guthrie (1977, p.43), invoca Plutarco, que no que lhe concerne denota de conceito divergente a Platão, suscitando que (Tradução Nossa):

Plutarco escreve em uma passagem com algum interesse no desenvolvimento da profissão sofística: Também não era um orador nem um daqueles chamados filósofos da natureza. Ao invés disso ele criou um costume do que era chamado sofia, mas era, na verdade, perspicácia política (rebaixada) e sagacidade prática, e então perpetuando o que é chamado de uma escola que descendeu, sucedendo de Sólon. Seus sucessores combinaram-no com a arte da eloquência forense, e, transferindo seu treino da ação para a fala, foram chamados de Sofistas.¹⁰

As características invocadas pejorativamente, por Platão, Sócrates, Isócrates e Plutarco, derivam-se de suas atitudes extremamente interesseiras e individualistas. Guthrie (1977, p.36), entretanto, diz que a maior recompensa que um sofista poderia receber é a formação de cidadãos sábios e respeitados, reconhecendo, que “existem alguns Sofistas ruins, mas aqueles que fazem bom uso da filosofia não serão culpados por algumas ovelhas negras”. (Tradução Nossa)¹¹.

Sócrates e Protágoras são enfáticos e empáticos na concordância de que a *areté* oferecida aos discípulos, tem como elemento basilar quaisquer que sejam as matérias, a arte da cidadania e da retórica, no avanço político no currículo dos alunos,

⁹ The grounds on which Socrates criticized their fee-taking were rather different, and typical of the man. He held (we have this not from Plato but Xenophon) that by accepting money they deprived themselves of their freedom: they were bound to converse with any who could pay their fees, whereas he was free to enjoy the society of anyone he chose (Mem. 1.2.6, 1.6.5). He went so far as to call it prostitution, selling one's mind being no better than selling one's body. Wisdom was something that should be freely shared between friends and loved ones (1.6.13). This was how philosophy had been regarded hitherto, especially in the Pythagorean school, of which Plato certainly, and Socrates probably, was an admirer.

¹⁰ Plutarch writes in a passage of some interest for the development of the sophistic profession. He was neither an orator nor one of those called philosophers of nature. Rather he made a practice of what was called sophia but was in reality political shrewdness (demotes) and practical sagacity, and so perpetuated what one might call a school which had come down in succession from Solon. His successors combined it with the art of forensic eloquence, and, transferring their training from action to speech, were called Sophists

¹¹ The best and greatest reward of a Sophist, he says, is to see some of his pupils become wise and respected citizens. Admittedly there are some bad Sophists, but those who make a right use of philosophy ought not to be blamed for the few black sheep.

fornecendo a eles a chave da democracia Ateniense, pelo discurso persuasivo (GUTHRIE, 1977, p.38)¹²

Górgias foi de fato um dos filósofos que defendeu os ensinamentos da retórica pura como objetivo da *areté* como arte-mestra¹³, e não como meio para se chegar a esta, fosse qualquer matéria. Sob o princípio da transformação política do homem, e transformá-los em bons cidadãos.

Este estudo político e persuasivo pelos sofistas, invocou o medo, anteriormente citado, principalmente pela divergência do povo Ateniense que se via em um cenário ambivalente, nesta seara transitiva da vida social e intelectual Ateniense. Razão pela qual os “verdadeiros” sofistas, tais como Sócrates e Platão malviam a prática, bem como parcela dos cidadãos atenienses, mas principalmente os líderes políticos. O fato é que o próprio status sofístico estava contra eles por quererem ensinar ao povo a civilidade e política, sendo que não tinham quaisquer raízes a polis, ou seja, homens que não eram cidadãos, ensinando cidadania. (GUTHRIE, 1977, p. 40) (Tradução nossa)¹⁴

Pode-se considerar que um dos poucos motivos pela qual o malogro pelos sofistas não foi mais extremo, foi a falta de conexão entre eles, não havendo nenhuma relação entre os sofistas, desconsiderando a existência de uma escola sofística apesar da natureza filosófica, já que a única semelhança entre eles eram o fato de serem professores, e ensinarem a retórica ou razão. Havendo até que se dizer na excessiva competitividade entre eles em busca da ovação pública, buscando serem reconhecido como homens de sucesso,

¹² In short, says Socrates, the art of citizenship, and Protagoras emphatically agrees. Though some of them taught many other things as well, all included political advancement in their curriculum, and the key to this, in democratic Athens, was the power of persuasive speech (Similarly in the Clouds (v. 432) Socrates, who is there caricatured as among other things a professional Sophist (cf. 98 ἀργύριον ἢν ΤΙΣ ΣΙΣΚΟ), assures Strepsiades that through his instruction ἐν τῷ δήμῳ γνώμα\$ οὐδεὶ\$ νικήσει πλεῖοναί ἡ σύ. At Gorg. 520ε Socrates suggests a reason why teaching this kind of thing is generally frowned on.)

¹³ Gorgias indeed concentrated solely on rhetoric and refused to be included among the teachers of arete, for he held that rhetoric was the master-art to which all others must defer. (Pp. 27iff. below, ἀρετῆς διδάσκαλοι was Plato's regular way of referring to the Sophists (Dodds, Gorgias, 366). For Gorgias see Meno 95 c, Gorg. 456ce, especially οὐ γὰρ ἐστὶν περὶ οὗτου οὐκ ἂν πιθανώτερον εἶπτοι ὁ ρητορικὸς ἢ ἄλλο; ὅστισοῦν των δημιουργῶν ἐν πλήθει. Gorgias ἴν'τι admits that his pupils will learn from him the principles of right and wrong 'if they don't happen to know them already' (460a), while at the same time maintaining that the teacher is not responsible for the use made of his teaching. For the correctness of including (Gorgias among the Sophists see now E.L.Harrison in Phoenix, 1964 (against Raeder and DoiliU).)

¹⁴ The Sophists, then, were disliked for different reasons both by philosophers like Socrates and Plato and by leading citizens like Anytus.

The odium which they incurred in the eyes of the establishment was not only due to the subjects they professed; their own status was against them. Not only did they claim to give instruction in what at Athens was thought to be for the right people a kind of second nature, but they themselves were not Athenian leaders or even citizens. They were foreigners, provincials whose genius had outgrown the confines of their own minor cities. Some of them first went abroad on official missions, as Gorgias to Athens to plead the cause of Leontini against Syracuse in 427.

uma vez que o veículo de status na Grécia antiga, era o plano político, caracterizando assim a idade da razão, por falta de melhor tradução (GUTHRIE, 1977, p.48).(Tradução nossa)¹⁵

É neste plano político que se desenvolveu o status de um homem grego, e para tanto a figura do sofista era de extrema valia, uma vez que se pode comparar uma escola de negócios aos sofistas na época com a retórica e política.

Partindo desta vereda do poder político e intelectual que o sofista dizia proporcionar, muito se discutiu sobre a mentalidade sofisticada, durante este período de idade da razão, sobre o contraponto entre a iniciação de um movimento, considerando uma adolescência ou um declínio intelectual.

Primeiramente cita-se em *The Sophists*, o plano decadente.

Para um contemporâneo hostil como Aristófanes, ideias sofisticadas são um sintoma de decadência. Os grandes dias da Grécia foram aqueles das Guerras Médicas, quando homens eram homens. Coragem e rusticidade, simplicidade de vida, padrões de moral elevada eram atribuídos imediatamente a esta geração precedente. Agora, ele lamentava, todos os padrões estão sendo abandonados e ninguém consegue distinguir o certo do errado, ou, se conseguissem, eles descaradamente defenderiam o errado e desprezariam o certo. A jovem geração é amante da luxúria, afeminada, imoral e covarde. (GUTHRIE, 1977, p.49) (Tradução nossa)¹⁶

Em seguida, o autor cita Karl Joel, e sua respectiva aproximação da sofisticada como a adolescência intelectual, por meio da expressão “*Rausch der Jugend*”, ou barulho da juventude (GUTHRIE, 1977, p.49) (Tradução nossa)¹⁷

¹⁵ The Sophists, with their formal instruction backed by writing and public speaking, were prime movers in what has come to be known as the Age of Enlightenment in Greece.

¹⁶ To a hostile contemporary like Aristophanes, sophistic ideas were a symptom of decline. The great days of Greece were those of the Persian Wars, when men were men. Courage and hardiness, simplicity of life, high moral standards were all attributed to this immediately preceding generation. Now, he lamented, all standards are being abandoned and no one can distinguish right from wrong, or, if they do, they blatantly uphold the wrong and despise the right. The young generation are luxury-loving, effeminate, immoral and cowardly.

¹⁷ This view—that Greece had already passed the peak of her greatness and that the Sophists were a sign of the times and by their own teaching hastened her decline—has tended to reappear in modern histories. On the other hand Karl Joel in the 1920s (*Gesch.* 674¹) was already seeing, in the intellectual ferment of which they were the leaders, not decline but the ‘*Rausch der Jugend*’. Like the young they were ambitious, contentious, breaking out in all directions. In the same strain T. Gomperz (*Gr. Th.* 1.480) perceived in the rhetoric of Gorgias ‘the streaming and unbridled vitality of an age in which the young blood leaps with a wayward pulse, and the mind’s activity is in excess of the matter at its disposal’. Grant {*Ethics* 1, 76f.) worked out a division of morality into three eras: ‘first, the era of popular or unconscious morals; second, the transitional, sceptical or sophistic era; third, the conscious or philosophic era’. (In the third era, of course, the three stages will exist contemporaneously among people of different education and intellectual powers.)

Guthrie (1977, p.51), cita Górgias, Protágoras, e suas considerações principais a resumir os ensinamentos filosóficos com intuito de convencer o uso da palavra como molde singular da mente humana.

Pode sempre existir crença, mas nunca conhecimento. Para provar seu ponto de que “a persuasão aliada a palavras pode moldar a mente do homem e seus desejos”, Górgias alegou três considerações, que ilustravam a maneira a qual o ensinamento dos sofistas cresceu além da vida e da filosofia de seu tempo (Hel. 13):

1. As teorias dos cientistas naturais, cada um pensando que ele possuía o segredo do universo, mas, na verdade, apenas opondo-se a uma opinião contra outra e a instalação do incrível e do invisível nos olhos da imaginação.
2. O contestamento inevitável e debates da vida prática [como em cortes jurídicas ou a assembleia], onde um único discurso pode deleitar e convencer uma multidão apenas por que ele é artisticamente e inteligentemente construído, não por que contém a verdade.
3. As disputas entre filósofos, que apenas irão demonstrar a rapidez com a qual o pensamento pode demonstrar a mutabilidade de opiniões e crenças. (Tradução Nossa)¹⁸

“Em todo tópico existem dois argumentos contrários entre si”. Ele aspirava ensinar seus pupilos a incentivar e denegrir as mesmas coisas, em particular a fim de aprimorar o argumento mais fraco para fazê-lo parecer mais forte (Tradução nossa)¹⁹

2.3 Origem do tribunal do júri

O seguinte tema não tratará de minuciar cada acontecimento desde a introdução dos tribunais compostos pelo júri, mas o objetivo de suscitar o seguinte item, para melhor entendimento do passado para que se torne possível, o necessário desenvolvimento do tema.

Primeiramente, faz-se necessário interpretar que em um estado de sociedade primitivo e familiar, a conotação do tribunal apesar de poder ter existido, não atingira

¹⁸ There can be belief, but never knowledge. To prove his point that ‘persuasion allied to words can mould men’s minds as it wishes’, Gorgias adduced three considerations, which illustrate the way in which the Sophists’ teaching grew out of the life and philosophy of their times {Hel. 13}: 1. The theories of the natural scientists, each one thinking that he has the secret of the universe, but in fact only pitting one opinion against another and setting up the incredible and the invisible in the eye of the imagination. 2. The inevitable contests and debates of practical life [as in the law courts or the Assembly], where a single speech can delight and convince the crowd just because it is artistically and cleverly contrived, not because it contains the truth. 3. The disputes of philosophers, which only go to show the rapidity with which thought can demonstrate the mutability of opinions and beliefs.

¹⁹ It was part of rhetorical instruction to teach the pupil to argue with equal success on both sides of a question. As Protagoras said, ‘On every topic there are two arguments contrary to each other’. He aimed at training his pupils to praise and blame the same things, and in particular to bolster up the weaker argument so that it appeared the stronger.

o propósito que se tem como mérito temático, visto que a situação jurídica, anteriormente percorrida, raramente era objeto de análise, precisando apenas de uma palavra para decisão, como exemplo, a teofania, e representação Divina, a partir de um individual, desta forma, desnecessária representação e julgamento popular.

Visto isto, pôde-se dizer que não houve nenhum sistema como o presente, visto que cada sociedade se utilizava de sua estrutura consuetudinária, ao mesmo passo que, o mesmo motivo traz semelhanças entre os diferentes sistemas ao longo do tempo.

O sistema Brasileiro instaurado em 1822, tem seu arcabouço gregário ao tribunal inglês, originário a época do Concílio de Latrão, e para tanto, a compreensão e questionamento do Tribunal Brasileiro, invoca a evolução que gerou o sistema do júri inglês. (PAULO FILHO, 2003. p.3)

R. Moschzisker (1921, p.1), chefe de justiça da suprema corte da Pensilvânia, trata de historiar tal evolução. Começa discutindo as possibilidades do desenvolvimento, indagando a introdução pelas leis trazidas por William, O conquistador, enquanto a outra acepção vem da introdução anglo-saxônica anterior a conquista Normanda, enquanto outros sugerem data anterior a ambos os eventos.

William Blackstone (BLACKSTONE, 18?, p.349-350), refere-se ao tribunal do júri como tão antigo quanto às primeiras colônias saxônicas, e os achados de traços da utilização de espécie de tribunal do júri, das nações adotantes do sistema feudal.²⁰

Este primeiro tribunal, “era composto por 12 homens honestos e bons, sendo os iguais ou pares das partes litigantes”, no entanto, há de se destacar o julgamento por batalha, este que era tão apreciado e estimado que nenhuma conquista ou mudança de governo conseguiria findar esta tradição. Ainda que presente na Magna Carta como principal meio de defesa da liberdade (MOSCHZISKER, 1921, p. 2). Acredita-se que os julgamentos por batalha foram um dos métodos mais populares Disseminados da Escandinávia, entre as pessoas nobres e jovens, enquanto o júri popular era destinado principalmente aos fracos e senis. (MOSCHZISKER, 1921, p.7).

²⁰ “Some authors have endeavored to trace the origin of juries up as high as the britons themselves, the first inhabitants of our island, but certain it is that they were in use among the earliest saxon colonies, their institutions being ascribed by Bishop Nicolson to Woden (or Oden) himself, their great legislator and captain. Hence it is that we may find traces of juries in the laws of all those nations which adopted the feudal system, as in Germany, France and Italy, who had all of them a tribunal composed of twelve good men and true. . .]

Sendo apenas retirado este tipo de julgamento com a introdução do cristianismo nesta parte do mundo, substituído pelo julgamento de Provação (Tradução nossa), ou seja, de vida ou morte, imposto pelo Clero, sob a prerrogativa da proteção divina, em que Deus protegeria os inocentes das injúrias (MOSCHZISKER, 1921, p.8).

Muitos doutrinadores e historiadores consideram as ideias de Blackstone, enquanto outros tendem a creditar os Normandos, advindos do povo Vikings, pelo estabelecimento do sistema de júri na Inglaterra.

William Forsyth (1875, p.2-5), alerta o conflito de teorias, pelos mais variados escritores e historiadores, atestando a sua existência, sem necessidade de preconização de qualquer ideia de jurisprudência, mas como instituto de evolução das sociedades em questão.

Mr.Forsyth (1875, p.2-5), cita ainda este instituto, pela característica consistente entre um corpo de homens, invocados pela maioria da comunidade de modo a descobrir a verdade na disputa de fatos de forma que a lei seja aplicada em sua plenitude, atuando como juízes e jurados, dispostos a cumprir os princípios impostos.

Lesser (LESSER, 18?, p.69, apud, MOSCHZISKER, 1921, p.4) na História do sistema do júri, instrui de forma honesta que aos que fantasiavam a ideia da descoberta desse sistema durante os períodos de Ethelbert à conquista Normandia em 1066 D.C., foram levados ao erro por falsas analogias e falta de atenção ao distinguir características do júri popular. Lesser ainda aponta que, por mais que o sistema fosse desconhecido nos tempos Saxônicos, é fato que se pode reconhecer traços do mesmo, que pavimentaram a introdução e renderização do que é conhecido nos tempos atuais.

Moschzisker (1921, p.5) afirma que, apesar da grande discordância da maioria dos historiadores, a teoria mais tangível é da evolução do sistema oriundo de um desenvolvimento gradual de costumes antigos trazidos a Inglaterra, pelos antigos invasores.²¹

²¹ The historians fail to agree, but the most tenable theory is that the present system represent a gradual development of ancient customs, brought to England by the earliest invader, upon which, most likely, the Norman influence wrought material changes, and that subsequent developments kept pace with the increasing complexity of society. This view is supported by a study of the various models of trial, which existed in other countries prior to Anglo-Sacon times, showing the germ of the system even in distant lands."

O autor confirma esta (premissa), devido o estudo de diversos modelos de julgamentos ao longo do globo, provando que o germe do sistema esteve presente mesmo em terras distantes. (MOSCHZISKER, 1921, p.5)

Pode-se relacionar o surgimento deste, ao direito antigo, anteriormente explanado, do surgimento social munido das fusões consuetudinárias dos povos, para tanto, a conclusão da necessidade eventual do surgimento de um tribunal de fatos que se tornaram necessários com o aumento da complexidade das sociedades, em que os simples costumes já não mais se tornaram viáveis para resolução de conflitos.

Tem-se como principais exemplos dessa premissa, a criação dos tribunais dos *Heliastas*, que se dividiam em *Dikasterias*, as cortes de justiça nos tempos da Grécia antiga, presentes nos anos de 507 antes de Cristo, rivais das cortes democráticas Atenienses. Eram compostos por dez júris, dos quinhentos escolhidos aleatoriamente, todos os dias, selecionados por mais de seis mil cidadãos, eleitos anualmente. Estes *Dikasts*, membros do tribunal do júri, eram julgadores de fato e de direito, semelhantes aos *éforos* de Esparta, hoje invocando muitas similaridades do júri moderno. Nota-se ainda a presença do voto secreto dos júris que impediam a corrupção, dado que estes seriam responsáveis por escolher a liberdade ou não dos julgados, visto que se reuniam em praças públicas (MOSCHZISKER, 1921, p.6)

Ademais, outros exemplos enfáticos historicamente são as assembleias Romanas ao longo do império, sendo o *Comitia Curiata*, *Centuriata*, *Plebiscito Tributa* e *Populi Tributa*, e por demais durante a república sob as *questiones perpetuae* (MOSCHZISKER, 1921, p.6)

Thomas Starkie diferencia os julgamentos romanos dos atuais, pela ausência do magistrado ou qualquer pessoa de cargo importante do júri competiam na apreciação das formalidades, balanceando esta relação atribuindo, geralmente, um ou dois advogados representantes da lei para o julgamento, para que enfim preste um veredito correto sobre os fatos e direitos (STARKIE apud MOSCHZISKER, 1921, p.6)

O autor ainda aduz que o tribunal do júri moderno, percorreu vários estágios de desenvolvimento até que, durante o império (352 antes de Cristo) e o código de Justiniano, houve a junção dos deveres dos juízes e jurados, de forma que a corte decidisse tanto a lei e os fatos nos casos civis.

Foi apenas em 1789, com a Revolução Francesa, e os ideais os Direitos humanos de Liberdade, igualdade e fraternidade, que o júri se instaurou na França

contra as instituições judiciárias monárquicas e parciais, disseminando o germe do tribunal do júri por toda Europa (NUCCI, 2015, p.21).

Em Princípios de direito constitucional geral, Santi Romano (ROMANO, 1977, p. 47-48, apud, NUCCI, 2015, p.21) denomina como transmigração do direito, o fenômeno que propagou os direitos dos países de origem para eventuais colônias, caso este que tem como exemplo Inglaterra e Estados Unidos da América.

Ocorre, entretanto, que a introdução do tribunal do júri não ocorreu de forma contagiosa pela colônia, como firmado ser o usual, como é explicitado pelo autor (NUCCI, 2015, p.21):

Porém, há de se considerar que o Brasil, às vésperas da independência, começou a editar leis contrárias aos interesses da coroa um menos, dissonantes do ordenamento jurídico de Portugal. Por isso, instalou-se o júri em nosso País, antes mesmo que o fenômeno atingisse a pátria colonizadora. Assim em 18 de junho de 1822, por decreto do príncipe regente, criou-se o tribunal do júri no Brasil, atendendo-se ao fenômeno de propagação da instituição corrente em toda a Europa. Pôde-se dizer que, vivenciando os ares da época, o que “era bom para a França o era também para o resto do mundo”.

Foi então com o decreto 848, de 1890, sob influência direta da CF americana, que o instituto adquiriu força na seara dos direitos fundamentais, complementa o autor. (NUCCI, 2015, 22)

Ainda sob este pretexto, em 1937, houvesse a total retirada do tribunal do júri do texto constitucional da constituição de 1934, havendo atualização, após acentuada polêmica edificando a permanência do tribunal do júri, entretanto, sem a permanência de sua base principiológica de sua soberania. Havendo somente em 1946 a volta do instituto sob a mesma égide que fora implantada inicialmente.

Como antítese constitutiva, a legislação em relação ao júri, após a introdução da Ditadura militar e a CF gerada pelos estandartes políticos (1967), não houve a prevalência dos princípios anteriormente conquistados, desta forma, a soberania e os demais princípios fundamentais foram ignorados pela letra da lei, consentindo apenas a competência aos crimes Dolosos contra a vida. Este último é necessário discernir que o princípio imposto na época diferencia-se do que se entende pela competência que se tem hoje, tratando-se somente dos crimes dolosos contra a vida, enquanto hoje, consideram-se estes, como competência básica, não excluindo nenhuma outra possibilidade da participação do júri em outras competências. (NUCCI, 2015, 22)

Por fim, em 1988 a nova constituição tratou de romper a mudança trazida pelas cartas anteriores, instaurando novamente toda a força principiológica que uma vez tivera, sendo a soberania, sigilo das votações e da plenitude de defesa, princípios estes que serão objeto do item a seguir (NUCCI, 2015, 23)

Com a nova constituição, passasse a compor o Tribunal do júri destacando a Lei. 11689/08, este se tratando do Código de Processo Penal que traz em seu Art. 406 todas as funções referentes à composição do tribunal, bem como seus fundamentos procedimentais, até art. 497 da mesma lei. Este que é rol extremamente extenso e, portanto, tende-se a pormenorizar, visto que a letra da lei não é posto como objetivo principal da suscitação.

2.3.1 Dos princípios constitucionais do tribunal do júri

Abre-se a exposição deste item, enunciando a presença de diferentes Ritos pelo direito ao longo do tempo, entretanto, somente será discorrido o rito reformado pela lei vigente.

Resta, expor o encargo da palavra Princípio, incorporando a perspectiva que Nucci adota, sendo esta, “Princípio, em visão etimológica, tem variados significados. Para o nosso propósito, vale destacar o de ser um momento em que algo tem origem; é a causa primária ou o elemento predominante na constituição de um todo orgânico.” (2015, p.1)

Ao se referir a princípio constitucional, existe a necessidade de uma divagação quanto a sua amplitude, sendo tema de trabalho apenas a exposição dos princípios expressos no art. 5.º, XXXVIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1998), ultrapassando o princípio das matérias do direito em particular, sobrepujando estes pelo real cerne propagador da base do ordenamento jurídico, evitando a todo custo a interpelação sobre princípios implícitos.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXVIII - e reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

2.3.1.1 Princípio da Plenitude de Defesa

Este é norteado pelo princípio mais valioso dentro do devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, sendo o correspondente principiológico aplicado ao âmago do tribunal do júri.

Ocorre que, como analisado anteriormente a fundação do tribunal do júri apesar de jurídica em âmbito moderno, tinha caráter da análise e julgamento arguidos sobretudo no fato. Nucci, diferencia os dois princípios e sua eventual interpretação dissertando o significado de amplo como algo vasto, enquanto pleno, reivindica sentido de perfeito, terminando por falar que “ainda que não tenha sido proposital, ao menos foi providencial.” (2015, p.3)

Por sua vez Andrey Borges Mendonça (2008, p.1) suscita o arcabouço do princípio como:

No Tribunal do Júri a ampla defesa é potencializada, de sorte que são admitidos, inclusive, argumentos extrajurídicos (morais, religiosos, éticos etc.). Segundo se entende, o referido princípio vai além da garantia da ampla defesa.

Pode-se associar, assim, a extrajudicialização da plenitude de defesa com a perfeição, sugerida por Nucci, como um conceito único.

A plenitude de Defesa fez valer a permanência dessa esfera extrajurídica na proteção, diferenciando-se assim de seu princípio norteador. Esta possibilidade que se apresenta as figuras jurídicas, permitem todo e qualquer tipo de defesa possível. O princípio, então, a primeira vista, traz possibilidades fantasiosas ao cenário jurídico.

Entretanto, este mesmo princípio traduz espantosamente o despreparo dos julgadores, visto que o vazio jurídico que neles existem, munidos apenas do conhecimento factual e não do direito, traz um desequilíbrio legal, a partir do momento que a Perfeição que se é considerada pelo julgador, é aquela supérflua, visada na tendência da argumentação mais eufuística e emocional, que mais invoca compaixão

aos jurados, mesmo que munida de sequer uma valoração legal que corrobore a mesma.

De mesmo cerne, Nucci (2015, p.3), compara a suposta perfeição da plenitude de defesa para com seu norteador, dentro do processo criminal comum:

No Tribunal do Júri, a sustentação aos jurados de teses divorciadas das provas existentes dos autos redundará na fatal condenação ao réu. Como poderiam os juízes leigos suprir a deficiência da defesa, absolvendo o acusado? Jamais haveria tal condição, a menos que o órgão acusatório interferisse e pedisse, ele próprio, a absolvição, o que não é seu dever, mormente se não for a sua convicção.

E finaliza. (NUCCI, 2015, p.3)

No processo criminal comum – e quem milita na área bem sabe – o defensor não precisa atuar de maneira perfeita, sabendo falar, articular, construir os mais sólidos argumentos, enfim, pode cumprir seu papel de maneira apenas satisfatória. A ampla defesa subsiste a tal impacto.

Este princípio tem importância fulcral na atuação do Juiz, este que deve apresentar controle da defesa do acusado, e fazer entender-se aquilo que deve ser entendido, tendo como perspectiva a soberania do tribunal do júri e sua meiguice, e a importância que a defesa e acusação detêm, uma vez que uma atuação menos do que perfeita desta comprometa a liberdade do réu.

Dentro da plenitude de Defesa, nota-se a presença do princípio *Reformatio in Pejus*, que se trata de efeito direto da ampla defesa, exprimindo a ideia do não agravamento de pena por novo julgamento proferido, não podendo a nova pena ser superior à anterior.

Pode-se invocar por fim, o princípio da soberania dos veredictos que será suscitado abaixo, ponderando de forma a trazer maior perspectiva sobre a solenidade deste princípio.

Trazendo exemplo enunciado por Nucci (2015, p.6):

Lembremos mais: o Tribunal do Júri é soberano (outro princípio constitucional da instituição). Suas decisões não devem ser revistas, quanto ao mérito, por tribunais togados. Por isso, é crucial que a defesa seja plena.

2.3.1.2 Sigilo das Votações

A defesa plena que se busca pelo princípio da plenitude de defesa tem como nexos a disputa pela convicção dos julgadores, uma vez que não existe a fundamentação do magistrado como ocorre no processo comum, apenas uma votação sigilosa, este que é outro princípio a ser discorrido.

Estabelecido pelo art. 5.º, XXXVIII, b, (BRASIL, 1998), bem como pelo código de processo penal, mas manifestado desde a antiguidade, como visto anteriormente, o princípio estabelece que os jurados votarão de forma secreta, em sala especial.

Determinado sigilo das votações traz segurança aos jurados, isentando-os de qualquer influência externa que pudesse comprometer seu voto. Havendo até mesmo extensa e já exaurida discussão a respeito da publicidade do citado princípio, entretanto, uma vez que demonstrada como fundamento da defesa de sua intimidade e opinião, a discussão foi superada.

O sigilo das votações ocorre de maneira a preservar totalmente a privacidade dos julgadores, uma vez que é imposto pelo CPP (BRASIL, 1941), que deverão ser feitas:

- De forma incomunicável:

§1º – O Juiz Presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do §2º do art. 436 deste Código (BRASIL - DECRETO-LEI Nº 3.689, 1941).

- Em sala especial como já previsto anteriormente, e esta não havendo, invocando-se:

Na falta de sala especial, o juiz presidente determinará que o público se retire, permanecendo somente as pessoas mencionadas no caput deste artigo (art. 485, § 1.º).

- De íntima Convicção (Uma vez que os jurados se comprometem a decidir com sua consciência, juramento este, presente no art. 472, CPP):

Art. 486: Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o Juiz Presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra sim, 7 (sete) a palavra não (BRASIL - DECRETO-LEI Nº 3.689, 1941).

2.3.1.3 Soberania dos Veredictos

Pode-se resumir a soberania dos votantes, como aquela vontade suprema, que não há nenhuma outra acima (NUCCI, 2015, p.9)

Diferentemente do procedimento comum, em que é perfeitamente cabível certa interferência do mérito, o júri popular é soberano quanto a decisão dos jurados, não havendo nenhum outro poder acima que verse sobre a assertividade da decisão. Visto que o representando direto do povo é o Estado, e nesse caso o povo é o julgador, devendo a vontade do mesmo prevalecer sobre qualquer outra que exista, visto que não deveria haver justiça maior sobre qual a própria sociedade impõe.

Não é possível que, sob qualquer pretexto, cortes togadas invadam o mérito do veredito, substituindo-o. Quando – e se – houver erro judiciário, basta remeter o caso a novo julgamento pelo Tribunal Popular. Porém, em hipótese alguma, pode-se invalidar o veredito, proferindo outro, quanto ao mérito. (NUCCI, 2015, p.9)

Nucci (2015, p.9), logo em seguida explana as eventuais possibilidades possíveis de reparação em caso de erro do júri:

a) “errou” ao avaliar, à sua maneira, as provas exibidas em plenário pelas partes? No máximo, valendo-se do duplo grau de jurisdição, ocorrerá apelação e, provida esta, outro Conselho de Sentença promoverá a devida revisão do julgado anterior; b) “errou” porque não lhe foram oferecidas todas as provas, logo, existe prova inédita, o que tornaria indispensável outro julgamento? Basta que o Tribunal, em apelação ou revisão criminal, remeta o caso a novo júri.

Há que se dizer, mesmo havendo apelação ou revisão Criminal, o caso será remetido a novo júri, não havendo, novamente, qualquer soberania maior que o júri, visto que qualquer possível redecisão passará novamente pelo mesmo tribunal.

Por fim, é de entendimento do Supremo Tribunal Federal a supremacia desse princípio como fundamental.

1. A jurisprudência é pacífica no sentido de que não há falar em ofensa ao princípio constitucional da soberania dos veredictos pelo Tribunal de Justiça local que sujeita os réus a novo julgamento (art. 593, III, d, do CPP), quando se tratar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. 2. No caso, o Tribunal de Justiça estadual reconheceu que a tese defensiva não é minimamente consentânea com as evidências produzidas durante a instrução criminal. Desse modo, qualquer conclusão desta Corte em sentido contrário demandaria, necessariamente, o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável na via estreita do habeas corpus. 3. Ordem denegada” (HC 94730, 2.ª T., rel. Teori Zavascki, j. 01.10.2013).

2.3.1.4 Competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida

Nucci (2015, p.14) introduz o conceito do último princípio, esboçando sua competência e campos de atuação do tribunal do júri, não entendendo esta de forma concentrada.

O art. 5.º, XXXVIII, d, da CF, assegura a competência do júri para o julgamento dos delitos dolosos contra a vida. É bem verdade que algumas posições existem sustentando ser essa competência fixa, não podendo ser ampliada, embora não haja nenhuma razão plausível para tal interpretação

Não somente, inexistente impedimento, como existe legislação reguladora presente no Decreto Lei 3689/41(CPP):

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948) I no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

A competência quanto aos crimes dolosos é acentuadamente polemica entre os doutrinadores, uma vez que deveria existir a competência em algum crime para que se utilizasse determinado tribunal.

É certo que Nucci (2015, p.15), tem como entendimento:

Não nos parece exista explicação sistemática e muito menos psicológica ou ontológica. Foi uma opção de política legislativa. Um grupo qualquer de crimes havia de ser o eleito, como se disse, para garantir que o Tribunal do Júri existisse, de fato, em nosso País

Enquanto o autor crê que o princípio da competência poderia envolver o júri à matérias de direito difusos e coletivos, como exemplo, que tivessem maior diferença na sociedade, visto que são os representantes diretos desta que estão competentes para esse julgamento.

Ao mesmo passo que outros autores, como Basileu Garcia e Esther de Figueiredo Ferraz, entendem as infrações penais dolosos que envolvessem a vida, e não tão só os crimes dolosos contra a vida, exclusivamente, reivindicam o julgamento do júri (NUCCI, 2015, p.17)

2.3.2 Inserção da Dialética erística no Direito

Exaurida base principiológica do tribunal do júri, introduzir-se-á a conceituação da dialética e sucessivamente a dialética erística, sumarizados por Arthur Schopenhauer em trinta e oito estratégias, cujo fulcro é a vitória em debate, esta que afrontam o núcleo dos citados princípios.

Pode-se caracterizar dentro do âmbito dialético a denotação da orientação estética, unida de recursos erísticos e psicológicos, assemelhando-se ao antigo julgamento por combate, buscando o massacre do oponente, dessa vez, armados pela palavra, em preferência ao conteúdo que se apresenta na retórica, sem qualquer apreciação e vontade de discernimento.

E como uma batalha, o desejo pela vitória converge frente à ética desejada no discurso, uma vez que Karl Erdmann bem cita na introdução do livro *A arte de ter Razão*, “uma refutação é considerada acusação de inferioridade intelectual. Portanto, cada um se agarra desesperadamente às suas afirmações “(SCHOPENHAUER, 2014, p.8). Desta forma, livrando-se e pormenorizando qualquer moral imbuída até o momento no discurso.

A dialética como se estuda, antecede Schopenhauer, sinalizando a lógica aristotélica, na criação de seus tópicos.

Uma vez referenciado o achado de seu início, basta que se diga apenas no amálgama desta em tópicos, uma vez que não há como se criar a dialética, mas organizá-la.

Aristóteles há dois mil anos, tratou de fazer essa organização tópica nas “falacias dos sofistas”, simplificando as formas de retórica sofista, ampliando a compreensão medieval nos idos do século XIX (SCHOPENHAUER, 2014, 10).

Sua organização tratou de explanar a filosofia por trás da dialética, indicando a apenas como objetivo da discussão. Em seu Tópicos, I, 12, o filósofo trata de evidenciar seu ponto de vista na máxima “Lidamos com as argumentações de acordo com sua verdade; e a dialética parte do ponto de sua credibilidade ou de acordo com a aprovação dos outros” (SCHOPENHAUER, 2014, 23).

A base da dialética, portanto, dá-se na conceituação de Aristóteles, pois é nela que está o conteúdo. Schopenhauer (2014, p.24), cita o filósofo assegurando entendimento desta:

Argumentos e conclusões são apenas simples formas: Os conceitos são seu conteúdo. Seu caminho é o seguinte: Toda discussão parte de uma tese ou problema (eles se diferenciam apenas na forma) e então argumentações, que devem servir para resolvê-las. Isso sempre tem a ver com a relação entre os conceitos.

Procura-se em um conceito por:

1. sua definição;
2. seu gênero;
3. sua particularidade, característica considerável, proprium, idion;
4. seu accidens, isto é, uma qualidade, tanto faz se particular e exclusiva ou não, em resumo, um predicado. O problema de cada discussão está sempre relacionado a uma dessas quatro relações.

E conclui sobre as quatro considerações e suas regras para cada uma, tendo seu fulcro na apresentação da relação em conceito para a criação de uma definição

Aristóteles ainda apresenta os *topos* (ou *locus*), que nada mais são do que o resultado das regras e das relações. Schopenhauer descreve *topos* como “tem a ver com uma relação com toda a classe de conceitos, que podem ser incontáveis se examinados em relação às quatro considerações, que se verificam em toda discussão” (SCHOPENHAUER, 2014, p.25) e finaliza dizendo que são nas considerações que é apresentada as classes secundárias.

Nessa seara, conceitua-se o *genus*, formado a partir da relação de dois conceitos distintos gerando uma definição. Schopenhauer (2014, p.26) em sua obra exemplifica de forma enfática a propositura do *genus*:

Quando o *genus* de uma coisa é destacado, também se deve encontrar alguma *species* para esse *genus*; se isso não acontecer, então a afirmação é errada. Por exemplo, caso se afirme que a alma tem movimento, então

também deve se determinar que tipo de movimento seja esse: voo, caminhada, crescimento, diminuição, etc. Sem isso, então ela não tem nenhum movimento. Assim, quando nenhuma species pode ser atribuída, então também não há genus; este é o topos.

A lógica aristotélica, no entanto, não foi a única a se apresentar ao longo das eras, Marcus Tullius Cicero, filósofo romano, no período da república romana tardia, tratou de criar uma versão própria da obra falácias dos sofistas. Schopenhauer (2014, p.24) descreve sua obra como:

uma imitação aristotélica feita de cabeça: muito superficial e pobre. Cícero não tem nenhum conceito claro do que são um topos e qual seu objetivo, portanto diz todo tipo de besteira ex ingenio [por conclusão própria] e equipa isso com muitos exemplos jurídicos. O que a transforma numa de suas piores obras.

No transcorrer das eras, muito após a inovação do calendário gregoriano, Julius Frauenstadt, publicou a obra “Éristica”, sobre a organização dos estratagemas sofísticos, classificados por Schopenhauer (2014, p.12), sendo acreditado pelo livro.

Nesta obra, Schopenhauer (2014, p.24) cita a base da dialética e crítica o ponto de vista da obra de Aristóteles afirmando que “Algumas das regras que ele muitas vezes cria para a dialética na verdade pertencem à lógica; e por isso me parece que ele não ofereceu uma solução adequada para o problema”, acrescenta-se que o autor trouxe nesta base os já citados, trinta e oito estratagemas que atuam como doutrinas lógicas comuns de afirmação e refutação retórica. Apresenta ainda a erística, como instrumento que abarca truques retóricos, não condizentes somente à dialética, que é essência para a distinção do real e do sofisma, munindo-se da inteligência sofística, para se defender, uma vez que perceptível aos ouvintes, ganhasse singular percepção sobre a assertiva imoral do argumentante.

É posto, então, que os sofismas podem ser abarcados dentro de características particulares, sendo possível classificá-las de forma singular, ao momento que podem e devem ser tratadas como soma das características, ao denotar sua impossibilidade de atrelar qualquer modalidade de sofisma, a uma em particular.

Estas características, demonstram “as imperfeições naturais e inevitáveis da inteligência e da transferência de conhecimento humanos” de acordo com Erdmann (SCHOPENHAUER, 2014, p.15), que classifica as características em cinco principais categorias:

1. Inadequação da linguagem do ponto de vista lógico. Goethe diz: “Assim que fala, a pessoa já começa a divagar.”
2. Conflito entre o universal e o particular: os perigos da generalização, esquematização e tipificação; as contradições e as imperfeições da indução
3. O fato de que nossas principais convicções baseiam-se em valores e, portanto, estão ligadas à ideia de certo e errado.
4. O fenômeno inevitável de que cada experiência própria se dá ao mesmo tempo em que a dos outros, e de que ninguém pode prescindir das autoridades.
5. A tendência erradicável de todas as pessoas ao pensamento absoluto, enquanto nossos valores, conceitos e conhecimentos são relativos.

Schopenhauer (2014, p.30), não se esgota nos sofismas e na erística, como trata de definir a dialética, anteriormente conceituada por Aristóteles, agora sob novo pretexto. Referindo a como:

uma esgrima mental para vencer uma disputa, apesar de o nome erística ser mais apropriado. O mais certo seria dialética erística, dialectica erística. E ela é muito útil, e hoje em dia é negligenciada de maneira injusta. Nesse sentido, a dialética deve ser apenas resumida a um sistema de regras e à representação de cada uma das naturezas inspiradas pela natureza.

E finaliza exemplificando a conduta errônea que pode ser assumida ao se tratar da dialética pura:

A maioria das pessoas se serve da dialética quando percebe que em uma briga a verdade nem sempre fica do seu lado, e ainda assim tenta ficar com a razão. Por isso também seria muito inapropriado, caso se quisesse levar em consideração na dialética científica à verdade objetiva e sua proposta de esclarecê-la simplesmente, o que não acontece na dialética original e natural ao homem, cujo objetivo simplesmente é ter razão.

É nessa relação de conceituação de Schopenhauer, que o autor discute a base da dialética, considerando a essência da argumentação, explicando dois modos singulares para eventual refutação, sob dois caminhos.

Schopenhauer (2014, p.37), bifurca os métodos primeiramente em ad rem e ad hominem, focando sua refutação primeiramente no núcleo do objeto discutido, e a segunda atacando o oponente, invocando fato relativo subjetivo, este último não tem relação ao objeto da discussão. O segundo método trata-se da forma direta, feito diretamente, denunciando a afirmação falsa contida nos fundamentos da tese, ou aceitando-a, ao mesmo tempo, que ataca suas consequências, provando a falsidade da tese, já que a afirmação não leva a consequência prevista.

E na seara indireta, é citado ainda a Apagogia, invocada por Hippias em Sócrates. (SCHOPENHAUER, 2014, p.38):

aceitamos uma afirmação como verdadeira, e então mostramos o que vem a seguir quando utilizamos outra proposta reconhecida como verdadeira. Usamos as duas como premissas para um mesmo desfecho, chegando a uma conclusão que é claramente falsa, pois contradiz a natureza das coisas ou as outras afirmações do próprio oponente; isto é, a conclusão é falsa ad rem ou ad hominem (Sócrates in Hippias maj. et alias).

Schopenhauer, complementa a máxima de Hippias considerando que “a afirmação de nosso oponente também era falsa, pois premissas verdadeiras só podem ser seguidas por conclusões verdadeiras, apesar das falsas nem sempre serem seguidas por conclusões falsas” (SCHOPENHAUER, 2014, p.38)

Finaliza o autor, na invocação do alcance da segunda modalidade indireta, tida como Instância contrária, baseando-se “na refutação da afirmação por meio da referência direta a casos particulares que nela se incluem pela forma como são expostos, mas aos quais não se aplicam e por meio dos quais a afirmação se mostra necessariamente falsa.” (SCHOPENHAUER, 2014, p.39)

É neste arcabouço dialético composto por Schopenhauer, que a dialética erística se resume, e a partir destas características são impressos seus trinta e oito estratagemas.

3 A ERÍSTICA NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A Falibilidade no sistema de tribunal do júri frente à ética

A dialética erística, como visto anteriormente, baseia-se somente no livre convencimento e na estratégia pautada na vitória, e que pese no sistema jurídico, não somente nesta, uma vez que um defensor ou acusador, seria extremamente antiprofissional de ter como objetivo simplesmente a vitória pela vitória.

Nesta baila, o desejo lírico da vitória em júri, buscando a pura bajulação homérica, como na época sofística, não teve seus traços apagados na erística atual, uma vez que a evolução do direito, não deveria, todavia, ainda permanecer, submissa a necessidade por competição dos homens.

Eis que o objetivo imediato da retórica, incontestavelmente corolária, pela dialética erística, é a competição entre homens, e esta, impede o justo.

Trazendo, portanto, a máxima de Titus Maccius Plautus, em *Asinaria*, e posteriormente difundida por Hobbes, em *Leviatã* (1651) “O homem é o lobo do homem”, trazendo o instinto competitivo do homem como sua maior arma e fraqueza.

Ocorre, que no cenário jurídico, este fator resulta na falibilidade do tribunal do júri, uma vez que a ética extraída da erística influencia elementos substanciais, que atuam conjunta e irrestritamente, para uma decisão injusta.

Necessário se faz dizer que, a falibilidade exposta, tratar-se-á unicamente ao reflexo das falácias argumentativas, portanto, desviando-se de reflexos negativos de condutas aquém à argumentação falaciosa, mesmo que retratando o tema proposto.

3.1.1 A influência da mídia no tribunal do júri Brasileiro

Primeiramente, é oportuno desmistificar a imagem da mídia e sua influência, expondo a sua complexidade para com a sociedade humana, e a impossível separação de tal forma de comunicação.

Yuval Noah Harari (2011, n.p), desenvolve uma teoria, sob seguinte mentalidade a respeito da evolução social.

Nossa linguagem evoluiu como uma forma de fofoca. De acordo com essa teoria, o Homo sapiens é antes de mais nada um animal social. A cooperação social é essencial para a sobrevivência e a reprodução.

Neste trecho, o autor deixa a entender, a formação da fofoca como a tessitura que uniu o homem como sociedade, trazendo-lhe o entrelaçamento e a informação necessária sobre o indivíduo para que a sobrevivência fosse possível à época.

Desta forma, a criação do veículo midiático não passa, se não, da fofoca, responsável pela criação da sociedade. E esta como cumpridora de sua função, acentua os comportamentos inadequados, uma vez que sua característica sui generis, destaca, dos demais comportamentos naturais, traçando, novamente, uma ligação aos que são receptores de tal novidade.

Esclarecido a forma evolutiva da fofoca como meio de comunicação cooperativa do homem, resta dizer que a mídia é cumpridora deste mecanismo, portanto, tendendo a mostrar o inadequado, uma vez que a atenção do homem segue determinados comportamentos.

Criado do homem, para o homem, nada impede que o veículo midiático, sobreponha o comportamento natural pelo inadequado, a fim de atingir seu objetivo instintivo.

Afinal, o homem como competidor, suscetível aos prazeres lúgubres do superno cenário imaginário de salvador da sociedade, tenderia a seguir sua natureza ordinária, que a muito percorrida anteriormente. Pontuando neste caso, os saberes de Marquês de Beccaria, aludindo o fascínio (1999, p.62)

Homens dotados dos mesmos sentidos e sujeitos às mesmas paixões se comprazem em julgá-los criminosos, têm prazer em seus tormentos, dilaceram-nos com solenidade, aplicam-lhes torturas e os entregam ao espetáculo de uma multidão fanática que goza lentamente com suas dores.

Pierre Bourdieu (1997), relata haver direta conexão dos mecanismos midiáticos às exigências demandadas, desnecessário expor que, essa exigência influenciará aqueles que são responsáveis por expor a verdade, que por consequência, influenciam o campo jurídico, cultural e os futuros julgadores.

Uma vez que o instituto do tribunal do júri tem angariado cada vez mais atenção, devida sua matéria, aos olhos midiáticos, a tendência que busca se consolidar é a decisão dos julgadores congruente a opinião pública, gerada por esta influência, podendo votar em desconformidade ao ponderado no tribunal.

Aury Lopes Júnior, ataca a relação de independência dos jurados quanto a influência de fatores externos aos jurídicos. (2014, p.1076)

Argumenta-se, ainda, em torno da independência dos jurados. Grave equívoco. Os jurados estão muito mais suscetíveis a pressões e influências políticas, econômicas e principalmente, midiáticas, na medida em que carecem das garantias orgânicas da magistratura.

Destaca-se consonantemente, a estrutura dos jurados propensos aos encantos destes fatores, uma vez que carecem de qualquer conhecimento jurídico, inobservando qualquer presença de falácia apresentada pelos veículos de comunicação, de forma geral, neste caso, tratando-se pela forma a qual o conselho de sentença é constituído, uma vez que, apesar de se demonstrar como discurso pretensioso, deve-se assumir o desconhecimento jurídico dos jurados.

O autor, ainda enfatiza a importância do discurso sobre o homem médio (LOPES JÚNIOR, 2014, p.1081)

Com certeza, é bastante sedutor o discurso manipulado em torno do “saber do homem simples”, mas é demagógico e busca apenas desviar o eixo da discussão. Quando refutamos a necessidade desse tipo de participação do “homem simples”, não o fazemos por arrogância científica ou desprezo do saber decorrente da experiência (como certamente argumentarão os defensores do júri), senão que deixamos o populismo de lado para definir as diferentes dimensões da participação do homem na distribuição da justiça.

A influência da mídia, entretanto, não interfere tão somente no estado de leiguice do homem médio, mas diretamente no processo, somando a este fator.

Tem-se que, é permitido desaforamento de um processo para outra cidade, ocorre que a comunicação não tem barreiras, e os avanços tecnológicos permitiram que a informação chegasse a todos, que isto é fator altamente positivo para a sociedade, é indiscutível, entretanto, com este avanço, é prosaico pensar no seu oposto. A vista disso, a segurança jurídica que se busca com esta opção acaba perdendo validade, uma vez, que os problemas persistirão a onde a notícia alcançar.

A noção da influência da mídia no tribunal do júri, deve ser também, observada na seara do magistrado, e correlacionar a relação de erro do juiz togado, em

comparação não com o júri popular em sua natureza teórica, e sim naquela que o mesmo, é afetado por essa mídia.

Na primeira hipótese, teórica, é plenamente possível à concordância da presunção do erro do juiz em relação a um conjunto de cidadão, se pensado somente na lei e anulando os efeitos já percorridos anteriormente, estes sendo a natureza humana da competitividade e da fofoca como meio de comunicação, ter-se-á a certeza de uma defesa justa da sociedade.

Não é excepcional, portanto, defender a prerrogativa dos ditames da moralidade do homem médio, e sua incapacidade de ser corrompido pelos variados veículos de comunicação e os atuais “Fake news”. Roberto Tardelli, promotor de justiça, do I Tribunal do Júri de São Paulo, aduz sobre sua estima aos jurados, nestes casos. (CONSULTOR JURÍDICO, 2012)

O promotor que já atuou em casos de enorme repercussão, como o de Suzane Von Richthofen, entende que quando um julgamento começa, a imersão dos jurados na situação concreta é absoluta, com o confinamento e incomunicabilidade dos jurados, “de forma que as provas e testemunhos apresentados têm um peso muito maior [para os jurados] do que a repercussão da mídia”.

Não obstante, numa seara mais realista, o magistrado, também sofre influência, entretanto, este tem conhecimento jurídico para saber o certo, e desvencilhar as amarras falaciosas encontradas, e dessas usadas pelos patronos do tribunal do júri, enquanto, a população carece desse entendimento, tornando a probabilidade do júri popular discernir o direito de forma errônea.

Tem-se ainda nessa vereda, a presença da tecnologia em desfavor da privacidade do cidadão, uma vez que é plenamente possível a concepção de veículos midiáticos, dentre este, referente as redes sociais, a utilizando das informações fornecidas pelos usuários durante a utilização das mesmas, e desta regulando pela venda de dados, a vinculação, através de algoritmos, de uma seleção de conteúdo preferível para determinado leitor, isto é, delimitando as notícias de acordo com o gosto e pensamentos do usuário, uma vez que é de conhecimento do homem médio, que estes aplicativos utilizam-se dos microfones dos aparelhos celulares, e computadores dos mesmos, para que sejam encontrados os interesses, criando um amalgama de conteúdo diretamente visado para o individuo, a fim de gerar lucro.

Entretanto, não somente os produtos são usados nesta separação, a priori benigna ao usuário, já que seleciona os possíveis gostos, automatizando sua vida, mas também trazendo notícias relevantes de acordo com seu posicionamento social, prejudicando assim a imparcialidade midiática, e gerando uma influência negativa, mesmo que de forma indireta, uma vez que o usuário não tem pleno conhecimento sobre o contexto, mas apenas aquilo que ele gostaria de ler, assim criando um preconceito antes da mesma da argumentação.

O inegável, no entanto, é a imagem, adstrita, a concepção que os jurados terão nos momentos do julgamento, não somente referente a possíveis informações sobre o julgamento que se encontram responsáveis, mas ao paralelo criado entre julgamentos parecidos e notícias relacionadas, sendo estes, tão influentes quanto os que se encontram.

O juiz Thiago Elias Massad, sobre a interpretação que tem a respeito da influência midiática, e o livre convencimento dos jurados (CONSULTOR JURÍDICO, 2012)

A justificativa de que a notoriedade trazida pela imprensa pode comprometer a decisão do Tribunal do júri, que é um benefício do réu, não é válida, haja vista que o júri tem uma flexibilidade maior que o juiz, para condenar ou absolver. Por exemplo, na análise de requisitos de legítima defesa, o magistrado deve se ater a requisitos extremamente técnicos, enquanto o júri não. O juiz precisa embasar legalmente sua decisão, enquanto os jurados podem absolver ou condenar pelo seu livre convencimento.

A flexibilidade aludida pelo juiz, entretanto, traz em seu cerne uma incerteza jurídica, uma vez que é defendido o embasamento legal do juiz e o livre convencimento do júri popular para sustentar a desconexão da influência, ao passo que na realidade, a flexibilidade apenas torna mais suscetível a crença do falacioso, que no que lhe concerne não há como ser impedida justamente pela flexibilidade alegada do livre convencimento.

3.1.2 Da desnecessidade de justificativa por íntima convicção do jurado

Uma vez exaurido tópico com relação à mídia e suas influências no tribunal do júri tratar-se-á esta próxima, de evento não isolado a este, e sim o garantidor dessa

influência. Discorrido anteriormente a inexperiência jurídica dos jurados, Aury Lopes Júnior (2014, p.1076) introduz a relação paradoxal entre um juiz togado e os jurados, em detrimento da capacidade funcional.

Os jurados carecem de conhecimento legal e dogmático mínimo para a realização dos diversos juízos axiológicos que envolvem a análise da norma penal e processual aplicável ao caso, bem como uma razoável valoração da prova.

Ainda nesta corrente, o autor argui sobre a resultância da liberdade do jurado., “A situação é ainda mais grave se considerarmos que a liberdade de convencimento (imotivado) é tão ampla que permite o julgamento a partir de elementos que não estão no processo.” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 1078)

Neste caso, é plenamente possível traçar um paralelo e analisar o insucesso de um julgamento, pautado na influência midiática, discorrida anteriormente, e a base principiológica do convencimento imotivado, oriundo da desnecessidade da ater-se nos elementos processuais. O autor finaliza, expondo o que julga como retrocesso ao Direito Penal. (LOPES JÚNIOR, 2014, p.1078)

A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento. Isso significa um retrocesso ao Direito Penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu.

A íntima convicção deste modo, permite com que o preconceito dos jurados, derivados de experiências anteriores, atue como verdadeiro carrasco das causas, ao passo que o desvencilhar de uma experiência ou preconceito arraigado, torna intrincada a tentativa de foco apenas no conteúdo discutido, tornando a justiça em pura arbitrariedade permitida pela primazia jurídica concedida aos jurados, não necessitando do estrito cumprimento baseado nos autos. Portanto, não necessitando apresentação de qualquer espécie de ensejo, o ato jurídico torna-se submisso as prévias concepções dos jurados, como alude, em complemento, Aury Lopes Júnior (2014, p.1078)

A decisão dos jurados é absolutamente ilegítima porque carecedora de motivação. Não há a menor justificação (fundamentação) para seus atos.

Trata-se de puro arbítrio, no mais absoluto predomínio do poder sobre a razão. E poder sem razão é prepotência.

O principal argumento contrário à resistência da livre convicção, é a chamada “instituição democrática”, proposta pelo autor. Nesta seara defendida pelos simpatizantes do júri, em sua composição atual, demonstra aversão à participação popular, como pode ser demonstrado pelo mesmo. (2014, p.1075)

A tal “participação popular” é apenas um elemento dentro da complexa concepção de democracia, que, por si só, não funda absolutamente nada em termos de conceito. Democracia é algo muito mais complexo para ser reduzido na sua dimensão meramente formal representativa. Seu maior valor está na dimensão substancial, enquanto sistema político-cultural que valoriza o indivíduo em todo feixe de relações que ele mantém com o Estado e com outros indivíduos. São fortalecimento e valorização do débil (no processo penal, o réu), na dimensão substancial do conceito.

É nesta vereda, que a instituição democrática, como citada, se faz duvidosa, em virtude da composição do tribunal do júri, uma vez que seu núcleo arca, na falta de justificativa, com uma deficiente proteção do indivíduo. É dito pelo autor, ainda, que o instituto do tribunal do júri, não perfaz a proteção do acusado, como é feito no processo penal, já que nesta situação, faz-se valer o contraditório e a ampla defesa, de forma real, por decisão do juiz togado, que necessariamente há de ser baseada nestas. Enquanto a instituição do júri, é constituída, por uma eleição. (LOPES JÚNIOR, 2014, p.1075)

Essa outra vertente, a simples eleição dos jurados, teoricamente, já perfaz esta proteção, meramente por trata-se de ato randômico, como se o valor do contraditório e da ampla defesa, pudesse ser subjugado a tal ponto, que equivalente a uma aleatoriedade de jurados, que depois de uma mera eleição de conselho de sentença, sobrepujasse, a esfera processual tão facilmente, quase tratando a democracia de forma lírica, como instituto de maior segurança jurídica.

Lopes Júnior, critica a eficácia deste sistema, criado pela eleição, dizendo (2014, p.1076)

Ora, o que legitima a atuação dos juízes não é o fato de serem “eleitos” entre seus pares (democracia formal), mas sim a posição de garantidores da eficácia do sistema de garantias da Constituição (democracia substancial). Ademais, de nada serve um juiz eleito se não lhe damos as garantias orgânicas da magistratura e exigimos que assuma sua função de garantido.

E finaliza, de forma a expor, o malefício da intimidada convicção, apontando a alteridade para com o processo penal comum. (LOPES JÚNIOR, 2014, p.1078)

Na medida em que não existe a exclusão física dos autos do inquérito e tampouco há vedação de que se utilize em plenário os elementos da fase inquisitorial (inclusive o julgamento pode travar-se exclusivamente em torno dos atos do inquérito policial), o réu pode ser condenado só com base nos meros atos de natureza inquisitória. Para completar o triste cenário, os jurados julgam por livre convencimento imotivado, sem qualquer distinção entre atos de investigação e atos de prova.

A íntima convicção por fim, consubstancia-se à relação midiática, onde a atuação do mecanismo que aflora atualmente, sobre a busca pelo esclarecimento da notícia, passa a funcionar como instrumento de duelo, uma vez que a incerteza de uma notícia pode ser usada na forma que convier, a quem convir.

Tratando-se do homem médio, deve-se pressupor e enfatizar a prerrogativa sobre a habilidade de discernir os meios midiáticos, uma vez que, não seria exagero, pontuar que as fontes são milhares, e permitindo a inobservância de decisões imotivadas, o resultado, tende a ser, uma decisão baseada em um pré-julgamento, somada a falta de conhecimento jurídico .

Este instituto democrático, no entanto, pode ser desmistificado, como falho e gerador uma insegurança jurídica, dado que ele permite, quando traçado um paralelo, da intensa repercussão midiática, tornar o preconceito mais valioso que um julgamento crítico, este que em consonância a um despreparo jurídico, permite o devaneio dos jurados a situações aquém do mérito jurídico, fazendo a íntima convicção fragmentar o controle que se tem, tornando-se uma antítese do que busca representar.

3.1.3 Do despreparo jurídico e prático do julgador e do despreparo perceptivo do magistrado

As críticas que são impostas com relação aos jurados, seja a intimidada convicção, seja a influência da mídia, tem ponto fulcral na situação do despreparo dos jurados, e é esta que possibilita que outras situações falaciosas ocorram.

Este estado de leiguice jurídica, do homem médio é posta por Aury Lopes Júnior, de forma exemplificativa (2014, p.1081).

É como querer comparar a margem de erro de um obstetra e sua equipe, numa avançada estrutura hospitalar de uma grande capital, com a de uma parteira, isolada em plena selva amazônica. É óbvio que o risco está sempre presente, mas com certeza a probabilidade de sua efetivação é bastante diversa. E se a parteira, em plena selva amazônica, é útil e necessária, diante das inafastáveis circunstâncias, o mesmo não se pode dizer do Tribunal do Júri, instituição perfeitamente prescindível.

O autor, ainda critica o despreparo, fazendo uma comparação do juiz togado para com os jurados (LOPES JÚNIOR, 2014, p.1076).

A falta de profissionalismo, de estrutura psicológica, aliados ao mais completo desconhecimento do processo e de processo, são graves inconvenientes do Tribunal do Júri. Não se trata de idolatrar o juiz togado, muito longe disso, senão de compreender a questão a partir de um mínimo de seriedade científica, imprescindível para o desempenho do ato de julgar.

É nesta mesma vertente que Fairen Guillen diz que, “um juiz leigo, ignorante da lei, não pode aplicar uma lei que ele não conhece.” (1997, p.57)

É nesta frase que se reconhece a figura do jurado, este que não é conhecedor da lei.

Entretanto, é necessário, delimitar, cuidadosamente, a inexperiência do jurado com a lei para manobras falaciosas, e não como forma de demonstração de protesto de todo instituto. Visto que, incorrendo delimitação da falibilidade puramente erística, pode-se observar esta situação, de modo que o não conhecimento da lei permita-se que se tenha uma abordagem mais humana e com visão mais social, desde que munida do preparo necessário para que se evite tais estratégias, ao mesmo tempo, que esta visão menos jurídica atua exatamente como fator pelo qual, ocorre o protesto pela irrazoável valoração dos julgamentos. Pode-se citar por fim, a representatividade democrática, discorrida por Aury Lopes Júnior (2014, p.1076)

Os jurados tampouco possuem a “representatividade democrática” necessária (ainda que se analisasse numa dimensão formal de democracia), na medida em que são membros de segmentos bem definidos: funcionários públicos, aposentados, donas de casa, estudantes, enfim, não há uma representatividade com suficiência democrática.

Portanto, os quadros falíveis encontram-se novamente, já que, como homem médio, tem-se a indagação sobre a influência deste, que não poderia ser considerada representativa conhecedor jurídico, e se deixa levar pela mídia.

Em um segundo prisma, mais genérico, mas ainda necessário, pode-se incluir no conceito de despreparo do tribunal do júri, juiz togado, que apesar de não ser responsável pelo veredito, é aquele que conduzirá a audiência de forma a buscar melhor resultado.

Entretanto, pode-se citar a falta de experiências de alguns juízes, não percorridas sua condução como incapazes ou imperitas, mas, por falta de expressão mais específica, pura. Haja vista, que a erística não se encontra apenas na mídia, mas também nos patronos das causas. Não cabe ao juiz togado discernir aos jurados o que se tem como verdadeiro ou falso na mídia, e muito menos causar interferência na opinião do conselho de sentença, mas tem como função conduzir, e nessa condução, desvendar os jurados para os discursos de meias verdades.

É fato certo que os jurados irão criar um conceito sobre as imposições dos patronos, mas a condução pela toga, permite eventuais elucidações a respeito dos atos praticados por estes, criando uma neutralização às eventuais manobras dialéticas.

Portanto, sendo de extrema importância, a observação, no caso específico de utilização de dialética erística, não somente a preocupação concernente aos juízes da causa, como daquele que é responsável por sua condução.

3.2 Sistemas de proteção à prática da dialética erística

A falibilidade jurídica encontrada no tribunal do júri, segundo erros de moralidade e, por que não, ignorância, carece de contra medidas.

A doutrina confabula possíveis medidas que tornariam o instituto mais seguro em todas suas vertentes. Necessário engendrar em sua concepção, que essas medidas atuam como proteção, não unicamente, a desvios morais, como até então discorrido, mas buscando trazer a segurança que alguns dos princípios desarraigados das possibilidades.

Nestas confabulações, doutrinadores como Luiz Flávio Gomes buscam ideias no direito comparado, não cedendo as inspirações “hollywoodianas “. O autor cita o direito comparado espanhol, havendo a possibilidade de escolha entre o juiz singular ou o conselho de sentença, neste caso, sendo uma alternativa primorosa se pensado contra os casos de grande repercussão, que possam comprometer eventuais decisões do júri. (CONSULTOR JURÍDICO, 2012)

No entanto, o direito comparado norte-americano, apartado da seara cinematográfica, muito tem a acrescentar ao direito brasileiro, mais especificamente ao rol de proteção dos jurados, quando aludidas à erística, uma vez que se deve observar o direito comparado, para não gerar estagnação conceitual, a medida que o desenvolvimento social, mantem-se numa constante devida as implantações tecnológicas que ocorrem diariamente.

Muito se diz respeito quanto a incomunicabilidade dos jurados. O direito diverge, no Brasil a comunicação é proibida na teoria, porém, na prática a teoria torna-se inverdade, uma vez que a duração excessiva de alguns julgamentos, e a situação de permanência em conjunto dos jurados até a data do veredito, força-se criar uma relação entre eles, resultando em uma comunicação, por mais breve que seja.

Enquanto nos Estado Unidos, é estimulada. Desenrola-se esse estímulo, no direito comparado, uma vez que a comunicação funciona como contra ponto das sentenças por emoção, como pode ser descrito no artigo *Teaching Jurors to Spot Logical Fallacies in Deliberation* (THE ADVANTAGE BLOG, 2013)

O que se passa atrás das portas fechadas da sala de deliberação é frequentemente um mistério. Mas sabemos que os vereditos são o produto de um processo deliberativo de dar e receber entre os jurados que provavelmente usam (conscientemente ou não) uma série de ferramentas persuasivas para convencer seus colegas jurados a ver o caso à sua maneira. Muitas dessas táticas persuasivas serão baseadas logicamente; outros não. Embora o tribunal tenha “salvaguardas” contra o uso de alguns recursos não lógicos na sala do júri (por exemplo, instruções do júri que exortam simpatia, preconceito e preconceito), nem sempre funcionam. (Tradução nossa)²²

²² What goes on behind the closed doors of the deliberation room is often a mystery. But we do know that verdicts are the product of a give and take deliberative process among jurors who likely use (knowingly or not) a host of persuasive tools to convince their fellow jurors to see the case their way. Many of those persuasive tactics will be logically based; others will not. Even though the court has “safeguards” against using some non-logical appeals in the jury room (for example jury instructions admonishing sympathy, bias, and hindsight bias), they don’t always work.

É nesta lógica, que deve ser presumida a comunicação dos jurados. Não atuando como persuasão a um resultado emotivo, como se tende a evitar nos parâmetros brasileiros, mas como método de evitar a mesma. É neste íterim, que se deve aplicar ao Brasil, o balanceamento entre a comunicação proibida que ocorre de qualquer forma, e pode influenciar negativamente o resultado, por ser perfídia, em seu cerne, ou a comunicabilidade aberta a todos, para uma completa análise, entre todo o conselho de sentença. É complementado ainda a máxima (THE ADVANTAGE BLOG, 2013)

No entanto, pode ser necessário apenas um jurado devidamente armado com a instrução anti-simpatia para desafiar um jurado que está sendo indevidamente influenciado por suas emoções. Esse jurado pode não ser capaz de mudar de ideia, mas pode se opor a que outros jurados sejam influenciados por um apelo emocional. (Tradução nossa)²³

Luiz Flávio Gomes, suscita a respeito da comunicabilidade (CONSULTOR JURÍDICO, 2012) “Pois embora exista o risco da influência, os jurados decidiriam com mais certeza sobre o futuro do réu”.

Nesta baila, é discutida a função da falácia imperceptível aos leigos na argumentação, já que a garantia do entendimento é a função fundamental dos juízes da causa, e, portanto, a de maior preocupação. Destarte, a validação de instruções fornecidas pelo poder judiciário aos jurados ao serem convocados, evitaria maiores riscos de influência e trataria de zelar para com o veredito justo, evitando situações de vereditos incertos, como pode ocorrer na chamada evidência anedótica, quando utilizadas pelos jurados, mesmo que inconscientemente, sobrevalendo a informação das partes, por experiências prévias pessoais, ao invés de se ater ao argumento válido apresentado. Como destacado pelo artigo supracitado, o que se entende *por Cherry Picking* ou evidência incompleta (THE ADVANTAGE BLOG, 2013).

A lei instrui os jurados a chegarem a um veredicto depois de considerar todas as evidências. Mas os jurados costumam chegar a uma conclusão escolhendo as evidências que confirmam sua posição. Eles estão inconscientemente (ou talvez intencionalmente) desconsiderando um conjunto de fatos, dados e evidências que provam o contrário. Ensinar os jurados a concluir que precisam examinar e considerar todas as evidências

²³ However, it might only take one juror properly armed with the anti-sympathy instruction to challenge a juror who is being unduly influenced by his or her emotions. That juror might not be able to change the sympathetic juror's mind, but she might be able to ward against other jurors being influenced by an emotional appeal.

antes de chegar a uma conclusão pode armar certos jurados para contestar as conclusões escolhidas. (Tradução nossa).²⁴

Cria-se, então, a ideia de um amalgama, entrelaçando a possibilidade de instruções, sobre os erros lógicos, dos magistrados, e dos patronos, que caberiam a exaltá-los para melhor discernimento, bem como a convalidação entre a comunicação dos jurados. Tornando nesta hipótese, a comunicação entre jurados e o juiz condutor, realizador de julgamento primoroso.

Outra grande crítica que se busca contornar é a influência da maioria simples na busca pelo resultado moralmente justo.

Aury Lopes Júnior, deduz que (2014, p.1079-80)

Quando os jurados decidem pela condenação do réu por 4x3, está evidenciada a dúvida, em sentido processual. Significa dizer que existe apenas 57,14% de consenso, de convencimento. Questiona-se: alguém admite ir para a cadeia com 57,14% de convencimento? Elementar que não.

Pode-se analisar, a incoerência da situação atual, ao cotejar a linha de pensamento do *in dubio pro reo*, este que presume, no caso de incerteza, há a interpretação a favor do réu, dentro do procedimento penal comum, enquanto no tribunal do júri, instituto este de maior importância social, como dito anteriormente, uma maioria simples é capaz de fazer uma decisão de forma tão simples, nos valores conformes ao *in dubio pro societate*.

Assim, os valores sociais enquanto fixados em maioria simples, permanecem passíveis de desvios morais, assumindo maior ônus a cada jurado. E ao sobrecarregar a decisão do jurado, a tendência tende a seguir a linha de raciocínio da maioria.

Ou seja, havendo maioria votando sim, o jurado se sentirá pressionado a seguir esta linha de raciocínio, para evitar possíveis erros, ao mesmo tempo, que carrega em seu voto, inconscientemente, desvios morais sofridos por outrem, que eventualmente também age de forma inocente, mas ignorante, como pode ser esclarecido, segundo Robert Beno Cialdini, emérito psicólogo, que deu o nome desta prática de *Social Proof Theory*, e cita em seu livro *Influence: The Psychology of Persuasion*, “Em geral, quando não temos certeza de nós mesmos, quando a situação não é clara ou

²⁴ The law instructs jurors to reach a verdict after considering all of the evidence. But jurors often reach a conclusion by cherry picking the evidence that confirms their position. They are unknowingly (or perhaps knowingly) disregarding a cluster of facts, data, and evidence that proves the opposite. Teaching jurors in closing that they have to look at, and consider, all of the evidence before reaching a conclusion can arm certain jurors to challenge cherry-picked conclusions

ambígua, quando a incerteza reina, é mais provável que olhemos e aceitemos as ações dos outros enquanto elas ocorrem.” (2006, p.98) (Tradução nossa)²⁵

Por fim, é possível, tomar o princípio que a maioria simples concorre para um resultado munido da unanimidade, obrigando os jurados a entrarem em um consenso, não havendo manobra de defesa maior do que partir de um resultado pela unanimidade, já que desse modo, seria altamente improvável que argumentações falaciosas conseguissem passar despercebidas, somadas ainda a instrução previamente discutida.

²⁵ “In general, when we are unsure of ourselves, when the situation is unclear or ambiguous, when uncertainty reigns, we are most likely to look to and accept the actions of others as correct.”

4 CONCLUSÃO

Este trabalho vislumbrou uma maior compreensão histórica do direito e seu instituto argumentativo, bem como adentrar esta tessitura, permitindo a clareza quanto aos principais problemas gerados pela dialética erística no tribunal do júri. Com a revelação da preservação do tribunal do júri, atada aos moldes do passado, não apresentando expressiva mudança quanto uma segurança mais efetiva à justiça na era atual. Pode-se perceber a necessidade de galgar novas formas de interpretação para este instituto, buscando atingir um equilíbrio, revolucionando a estrutura jurídica, para acompanhar a evolução tecnológica que se faz presente, e com tendência e evoluir cada vez mais.

Para que a compreensão fosse tangida, definiram-se dois objetivos principais. O primeiro, demonstrar a evolução do direito em sua totalidade, ressaltando a relação que se tem com a psique comportamental do indivíduo, tornando-se reflexos de comportamentos comuns ao homem. Assim, atingindo a máxima, revelando a evolução do direito mediante evolução do homem social, ao mesmo tempo, que inobservando as falhas da natureza humana, como empecilho para realização da justiça.

Após, contextualização do direito, foi adentrada uma vertente mais específica, mostrando a evolução do tribunal do júri, neste, atreveu-se discorrer sobre seu possível ponto de partida, e igualmente, suas mudanças ao longo do tempo, que mais adiante, ao ser discutida a falibilidade do júri, foi demonstrada a falta de progresso na sua construção, que deveria seguir equilibrada a expansão tecnológica que atua acelerando a sociedade vertiginosamente, obsoletando, ainda mais, aquilo que há tempos já havia se tornado decrépito.

Foi adentrada, após breve elucidação conceitual anterior, a essência da falibilidade do tribunal do júri, concernente a utilização da dialética erística. Nestes moldes, foram citados instintos do comportamento humano que atuam tanto conjunta quanto isoladamente, como da fofoca, da competição e da incerteza, que atuam como catalisadores da lesão à sociedade.

Embranhando a relação da argumentação especulativa, como fator natural, à utilização da mídia para atravancar decisão justa, a presença da competição mesmo

que inconsciente entre as partes, atuando como estímulo à vitória, negligenciando a justiça, e os jurados, que na falta de conhecimento jurídico, são alvos da incerteza, incentivadora da tomada de decisões fruto da persuasão arguta.

Por fim, foram criadas algumas observações, embasadas por meios doutrinários e observados no direito comparado, adstritas às falácias argumentativas, em busca de um aperfeiçoamento do tribunal do júri a evitar a atuação conjunta das falhas, estruturando diferentemente as disposições, optando a escolha do réu pelo juízo de preferência.

Também, havendo no tribunal do júri, a retirada das diretrizes de incomunicabilidade, implantação de instruções referentes às condutas morais e explanação, fornecido pelo próprio poder judiciário, seja pelo juiz togado que conduz a sessão, ou pelos patronos, bem como por outras instruções, no tocante aos estratagemas falaciosas para que os possíveis jurados adentrem ao conselho de sentença, com prévio conhecimento argumentativo, que nestas situações, se fazem mais importantes que os jurídicos. Não exaurida as probabilidades, foi citada ainda a mudança da maioria simples, atingindo resultado apenas com a unanimidade dos votos, para que a falácia não se perfaça facilmente.

Desse modo, demonstrando a real problemática que se apresenta no campo jurídico, ao passo que a sociedade se moderniza e as diretrizes permanecem no passado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 200.

BALTAZAR, Antônio Henrique Lindemberg. **Princípios e regras**: uma abordagem evolutiva. *Lex Humana: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCP*, Petrópolis, ano 2009, v. 2, p. 83. DOI http://dx.doi.org/10.14195/2175-0947_1-2_4. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/33876>. Acesso em: 5 set. 2019.

BARBOSA, Rogério. **Especialistas analisam tribunal do júri brasileiro**. *Consultor Jurídico*, [S. l.], 3 mar. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-03/especialistas-veem-modelo-brasileiro-tribunal-juri#author>. Acesso em: 19 ago. 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 13.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

BOBBIO, Norberto. et al. **Dicionário de política**. Trad. do italiano coordenada por João Ferreira. 5. ed. Brasília: Edunb, 1993, v. I.

BOBBIO, Norberto. et al. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP:EDIPRO, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**: seguido de a influência do jornalismo e os jogos olímpicos. Rio de Janeiro: Zahar, 1997

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 out. 2018

CAREY, Christopher. **Trials from classical Athens**, Londres: Routledge, 1997.

CIALDINI, Robert B. **Influence: The psychology of Persuasion**: HarperCollins e-books, 2006.

COHEN, William; **Thomas Jefferson and the problem of slavery** –The Journal of American History. v. n. 3, dec, 2000.

FAIREN GUILLEN, Víctor. **El Jurado**. Madrid, Marcial Pons, 1997.

FORSYTH, William. **History of Trial by Jury**. 2. ed. Jersey City: Frederick D, Linn, 1875.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: Uma Breve História da Humanidade**. 29. ed. Rio de Janeiro: Harper, 2011. Edição Kindle.

JOHNSTONE, Steve. **Dispute and democracy: the consequences of litigation in ancient Athens**. Austin: University of Texas Press, 1999.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Peocessual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCHI, Marco Aurelio (Org.). **Dizionario tecnico-etimologico-filologico**. [S.l.]: Milano: Dalla Tipografia Di Giacomo Pirola, 1828. 658 p. v. 1.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2016 - (Dicionários Michaelis). 992p.

MOSCHZISKER, Robert Von. **The Historic Origin of Trial by Jury**. University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, Novembro 1921.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAULO FILHO, Pedro. **Grandes advogados, grandes julgamentos**. 3. ed. Campinas, SP: Millennium, 2003. p. 03.

PLATÃO, A. **O Sofista Diálogo**. [S.l.]: Golden Books, 2005.

PRATES; TAVARES. **A influência da mídia nas decisões do Conselho de Sentença**. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 33-39, jul./dez. 2008

REZENDE, Antônio (Org.). **CURSO DE FILOSOFIA**: Para professores e alunos dos cursos de ensino médio e de graduação. 15.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A Arte de ter Razão**: 38 estratégias para vencer qualquer debate. São Paulo: Faro Editorial, 2014.

THE ADVANTAGE BLOG. **Teaching Jurors to Spot Logical Fallacies in Deliberation**. 2013. Disponível em:< https://tsongas.com/newsletter_articles/teaching-jurors-to-spot-logical-fallacies-in-deliberation/ >. Acesso em: 15 aug. 2019.

TODD, S. C. **The shape of Athenian law**. Oxford: Clarendon Press, 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história de direito**, organizador. 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.