

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Mestrado em Ciências Criminais

ELIAS DA COSTA BELINAZO

A RAZOABILIDADE DOS SIGNIFICADOS NA DECISÃO PENAL:
A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM CHAÏM PERELMAN E O DISCURSO EM
HABERMAS

Porto Alegre
Outubro de 2009

ELIAS DA COSTA BELINAZO

A RAZOABILIDADE DOS SIGNIFICADOS DA DECISÃO PENAL:
A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE CHAIM PERALMAN E O DISCURSO EM
HABERMAS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

Porto Alegre
Outubro de 2009

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B431r Belinazo, Elias da Costa

A razoabilidade dos significados da decisão penal: a argumentação jurídica de Chaïm Peralman e o discurso em habermas / Elias da Costa Belinazo. – Porto Alegre, 2009. 214 f.

Diss. (Mestrado) – Faculdade Direito, Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon.

1. Argumentação 2. Discurso Jurídico. 3. Processo Penal. 4. Epistemologia Jurídica. I. Pozzebon, Fabrício Dreyer de Ávila. II. Título.

CDD 340.1

Bibliotecária Responsável
Ginamara Lima Jacques Pinto
CRB 10/1204

ELIAS COSTA BELINAZO

A RAZOABILIDADE DOS SIGNIFICADOS NA DECISÃO PENAL: A
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM CHAÏM PERELMAN E DISCURSO EM
HABERMAS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa
de Pós-Graduação em Ciências Criminais da
Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade
Católica do Rio Grande do Sul como requisito
parcial para obtenção do título de Mestre em
Ciências Criminais

Aprovado em ____ de _____ de 2009

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

RESUMO

A presente dissertação destina-se a aproximar, ainda mais, o Direito ao conhecimento e ao saber humanos, através da visão transdisciplinar sobre a Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman e sobre a Teoria Discursiva de Jürgen Habermas, construídas de modo a permitir interações jurídicas éticas e moralmente corretas. Esta pesquisa será subsumida à questão: “Como comunicar os significados-sentidos-noções de uma Decisão Penal no processo, quando a linguagem jurídica é arbitrária para os receptores da norma, em especial, para as partes que não estão familiarizadas necessariamente com a mesma linguagem?” Assim, analisar-se-ão, seguindo Habermas e Perelman, conceitos que giram ao redor da linguagem e do discurso jurídicos destinados a fundamentar o Procedimento-processo Penal, levando em consideração os pressupostos de que o Direito deve transmitir algo a seus destinatários e causar algum efeito no mundo; bem como de que existam elementos intersubjetivamente compartilhados nele, para encontrar as condições capazes de comunicar uma Decisão Penal a quem não está familiarizado, necessariamente, com esta linguagem. Dentre estes conceitos destacam-se: Racionalidade, Discurso, Argumentação, Comunicação, Linguagem Natural, Linguagem Jurídica, Lógica Informal, Entendimento, Consenso, Processo, Procedimento, Retórica, Ação Estratégica, Justiça e Moral. Optou-se por este recorte, pois a Decisão Penal, especialmente a condenatória, representa a arbitrariedade jurídica de mais forte manifestação na vida do indivíduo ao restringir ou mesmo suprimir a ele ou sua liberdade. Interroga-se, também, se as propostas de Habermas e Perelman de, respectivamente, uma validade da linguagem jurídica fundada em relações de entendimento racional e/ou de uma validade fundada no convencimento-persuasão através da retórica são elementos suficientes para comunicar e tornar inteligíveis os significados presentes na Decisão Penal para quem não compartilha de sua linguagem. Concomitantemente, discute-se, também, se a racionalidade comunicativa, comparativamente com o uso da retórica, fornece uma resposta menos instrumentalizante do ser humano quando aplicada no Processo Penal ou se esta, devido a sua proximidade com a erística, permanece válida apesar de sua semelhança com as ações estratégicas. Tudo isto para reafirmar a aproximação da Decisão às partes através da linguagem natural, objetivando inclusive tornar aceitável retoricamente a imposição de uma pena. O trabalho vincula-se a linha de pesquisa de Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos ao investigar os fundamentos discursivos do Processo Penal, mais especificamente da Decisão Penal. Ao serem analisados os conceitos supracitados, faz-se isto com o intuito de aproximar o significado (confuso) da Justiça e suas implicações éticas, que

no Processo e Decisão Penais, referem-se à coação e a manutenção da liberdade, a liberdade discursiva.

PALAVRAS-CHAVE: Argumentação Jurídica. Discurso Jurídico. Decisão. Procedimento. Processo Penal. Razoabilidade. Entendimento.

RÉSUMÉ

Cette dissertation est destinée à tourner plus proche le droit à la connaissance et le savoir humain à travers la vision transdisciplinaire de la Théorie de l'Argumentation de Chaim Perelman et de la Théorie du Discours de Jürgen Habermas, construites pour permettre des interactions juridiques éthiques et moralement correctes. Subsumant cette recherche à la question: "Comment communiquer des significations, des sens, des notions d'une décision pénale dans un procès, quand la langue juridique est arbitraire, pour ceux qui reçoivent la norme, surtout pour les parties qui ne sont pas nécessairement familiarisées avec la même langue? Ainsi on analysera, en train de suivre Habermas et Perelman, concepts qu'orbitent la langue et le discours juridiques destinés à donner des fondements à la procédure-processus pénale, considérant qu'il est supposé que le droit devrait transmettre quelque chose pour les destinataires, provoquant un effet dans le monde et qu'il y a des éléments partagés intersubjectivement dans lui, pour trouver des conditions capables de communiquer une décision pénale pour qui ne partage pas, nécessairement, cette langue. Parmi ces concepts mettre en relief : Rationalité, Discours, Argumentation, Communication, Langage naturelle, Langage Juridique, Logique Informel, Entendement, Consensus, Processus, Procédure, Rhétorique, Action Stratégique, Justice et Morale. On concentre l'effort sur la Decision Penal, plus précisément dans la condensation, donc il est la plus forte manifestation de l'arbitrarité sur la vie d'un individu au temps qu'elle supprime le même ou sa liberté. En débattant, inclusivement, si le projet de Habermas et Perelman, respectivement, d'une validité du langage juridique fondée sur des relations de compréhension (entendement) rationnelle et/ou une validité fondée sur une convaincrant-persuasion par la rhétorique sont suffisants pour communiquer et faire les significations présentes dans la décision pénale intelligible pour ceux qui ne partagent pas leur langue. Au même temps, on débâtera, aussi, si la rationalité communicative comparée à l'utilisation de la rhétorique fournit une réponse moins instrumentalisant de l'être humaine lorsqu'ils sont appliqués dans une procédure pénale ou si, en raison de sa proximité de l'éristique, elle reste valable en dépit de leur similitude à des actions stratégiques. Tout cela pour réaffirmer l'approche de la Décision aux parties par le langage naturel, objectivant aussi tourner acceptable retoriquement la imposition d'une peine, pourtant en train de se lier aux lignes de recherche des Systèmes Juridique Penal Contemporané au temps qu'il objectif la investigation des fondements discursives Du Processus Penal, plus spécifiquement, de la Decision Penal. Au début d'être analysés les concepts supracités, on faisons 'ca avec l'intuition de s'approcher à la signification (confusée) de la Justice et à leurs implications éthiques, que

dans Le Processus e Decission Penal, correspondant a la manutencion de la liberte, la libert'e discursif.

MOTS-CLÉ: Argumentation Juridique. Discurs Juridique. Décision. Procédure. Processus Pénal. Raisonnable. Entendement.

Agradecimentos

A meus pais, Antonio Carlos e Preta Belinazo, e minha namorada, Samanta Yang, que suportaram minhas loucuras e devaneios;

Aos professores que criticaram meus erros e aos professores que deram apoio ao meu esforço, especialmente meu Orientador Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon;

A meus amigos que debateram comigo sobre a possibilidade e ideal de aplicação de uma Ética do Discurso no Direito Penal, declarando seu caráter idílico, especialmente Daniel Fraga, Alcione Fernandes, Leônidas Cavalcante;

Não esquecerei vocês até que tenha Alzheimer.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 BASES EPISTEMOLÓGICAS	18
1.1 Da Racionalidade	19
1.1.1 <i>Racionalidade como Discurso em HABERMAS</i>	20
1.1.1.1 Racionalidade Comunicativa.....	22
1.1.1.2 Superação dos Mitos e Racionalidade.....	23
1.1.2 <i>Racionalidade como Argumentação em PERELMAN</i>	25
1.1.2.1 Auditórios.....	27
1.1.2.2 Persuasão e Convencimento na Decisão Penal.....	29
1.2 Da Verdade e Validade	30
1.2.1 <i>Das Pretensões em HABERMAS</i>	32
1.2.1.1 Mundos.....	34
1.2.1.2 Pragmática Universal.....	36
1.2.1.3 Validade e Atos de Fala.....	38
1.2.2 <i>Consenso e Verdade em PERELMAN</i>	40
1.2.2.1 Acordos sobre Fatos e Verdades como Fundamentação para a Sentença Penal	41
1.2.2.2 Valores e Justiça.....	43
1.2.2.3 Justiça Formal, primeiros passos para o Contraditório Processual Penal.....	44
2 BASES DO PROCESSO	47
2.1 Da Linguagem em PERELMAN e HABERMAS	48
2.1.1 <i>Linguagem Natural e Língua(gem)Jurídica</i>	51
2.1.1.1 Arbitrariedade da Linguagem Jurídica: A Violência da Sentença Penal.....	53
2.1.1.2 Pragmática e Retórica, a Validade da Linguagem Jurídica.....	56
2.1.1.3 Validade da Tradição e dos Lugares-Comuns.....	59
2.1.2 <i>Lógica e Procedimento</i>	61

2.1.2.1 Lógica Formal.....	64
2.1.2.2 Lógica Jurídica: Informalidade.....	65
2.1.2.3 Análise, Dialética e Retórica	68
2.2 Procedimento e Justiça.....	71
2.2.1 <i>Procedimento e Processo: as peculiaridades do Processo Penal.....</i>	<i>74</i>
2.2.1.1 Procedimento Discursivo e Retórica	77
2.2.1.2 Entendimento, Convencimento e Concordância através de um Processo Esclarecedor.....	79
2.2.1.3 Democracia como propiciadora do convencimento	82
2.2.2 <i>Da Razoabilidade</i>	<i>84</i>
2.2.2.1 Razoabilidade e Racionalidade.....	87
2.2.2.2 Da Igualdade e da Equidade	90
2.2.2.3 Proposições Normativas e Intersubjetividade	93
3 BASES PARA A FINALIDADE DO PROCESSO	97
3.1 Contraditório como Comunicação	98
3.1.1 <i>Entendimento e Consenso entre os Destinatários da Norma: Estão Presentes no Processo Penal?.....</i>	<i>100</i>
3.1.2 <i>Relação Intersubjetiva para Comunicar e Ilocuções</i>	<i>103</i>
3.1.3 <i>Validade do Uso Estratégico das Proposições Normativas frente ao Entendimento ...</i>	<i>105</i>
3.2 Motivação e Auditório.....	109
3.2.1 <i>Entre o “U” e o Auditório Universal</i>	<i>111</i>
3.2.2 <i>Discurso(“D”) para o Auditório Universal e Falibilidade.....</i>	<i>114</i>
3.2.3 <i>Pretensões dos Juízes destinadas à Fundamentação Retórica da Necessidade da Pena.....</i>	<i>118</i>
3.2.4 <i>A Expansão do Auditório que valida o Direito</i>	<i>121</i>
CONCLUSÃO: UM PROCESSO PENAL QUE pretenda COMUNICAR JUSTIÇA PARA AS PARTES ATRAVÉS DA DECISÃO	125
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	129

INTRODUÇÃO

A presente dissertação busca aproximar, ainda mais, o Direito ao conhecimento e ao saber humanos, apresentando e criticando tanto a visão argumentativa de PERELMAN quanto a discursiva de HABERMAS, sem configurar um Discurso totalitário.¹ Ainda assim, não é a tudo que se deseja responder, mas sim a alguns dos conceitos relevantes para o que acreditamos ser o Direito, a Justiça, a Ética, a Moral, o Processo, a Norma, e outros correlatos. Tampouco serão abordados todos os aspectos destes, mas apenas alguns destinados à comunicação de uma Decisão Judicial Penal sobre a qual sujeitos (e não meros objetos) têm sua liberdade, claramente, dependente de uma argumentação.

Subsumindo-se esta idéia, até aqui sucinta, à questão “Como Comunicar os significados de uma Decisão Penal no processo, quando a linguagem jurídica é originalmente arbitrária, permite ficções e usa significados confusos para os receptores da norma, em especial, para as partes que não estão familiarizadas necessariamente com a mesma linguagem?”, vislumbra-se, com mais precisão, o que é proposto aqui. Mas apenas esta questão é insuficiente para alcançar a resposta. Ela surge da reflexão sobre o conhecimento posto e o a ser alcançado, ou seja, sobre o “Como”. Este sim é o principal ponto esclarecedor a ser construído.

Os autores indicados, ao apresentarem inúmeros conceitos, que giram ao redor da linguagem e do discurso (locuções), guiam — embora criem ainda mais dúvidas quanto à racionalidade da linguagem — a uma necessária compreensão do que é comunicado entre os homens, de como os significados são aceitos e de como não são uma abstração nebulosa. Surgiu disto o questionamento de: como, então, uma linguagem que, segundo os autores anteriores (em especial PERELMAN), tem uma origem arbitrária — caso do Direito — é capaz de fazer-se entender por seus destinatários- receptores.

É pressuposto que o Direito deve transmitir algo a seus sujeitos destinatários; assim como, para causar algum efeito no mundo, que existam elementos intersubjetivamente compartilhados nele. No momento desta percepção, então, deve existir alguma razão ou argumento que faça os significados, presentes na ação comunicativa da Decisão Penal (apesar

¹ O mesmo talvez não se possa dizer do adjetivo *totalizante* por sua base referencial teórica que deseja a universalização das proposições normativas, como se observará nas críticas realizadas por Apel quanto ao princípio do discurso presente em Habermas, que guarda uma dependência do princípio da universalização. Como vistos em trechos da obra de APEL, Karl-Otto; OLIVEIRA, Manfredo; MOREIRA, Luiz(org). **Com Habermas, Contra Habermas: Direito Discurso e Democracia**. São Paulo, Landy, 2004, pp. 206-208.

desta transitar também no âmbito estratégico)², chegarem e terem resultados nos seus sujeitos destinatários sem, no entanto, repercutir numa relação instrumental.

Este é um questionamento final, como tal ele deve ser reconstruído. Tornou-se necessário recorrer a bases epistemológicas, questionar, então a “verdade”, para depois rumar ao “Processo”.

PERELMAN dá como contributo neste ponto a idéia de que a presença da “Razoabilidade” (racionalidade) dentro da linguagem jurídica e da lógica jurídica (quando a decisão encontra uma justificação via argumentação) dá ao Direito a eficiência. HABERMAS por sua vez, não tratando somente do Direito, mas principalmente de elementos anteriores e/ou necessários ao discurso e à argumentação, indica a presença de relações intersubjetivas que auxiliarão a comunicação e a concretização das finalidades que esta carrega.

Esta dissertação, não encontra outro meio de ser apresentada a não ser através dos atos de fala. Mas estes só logram concretude através de um discurso (o que requer críticas dos leitores e a interação comunicativa com estes) que os reúna numa série de proposições e argumentos que lhes dêem substância. Realizar-se-á, então, uma abordagem reconstrutiva e arraoadada da linguagem vertida para o Processo através dos autores.

A linguagem não existe à toa, ela está para algo, mais precisamente para expressar algo para alguém.³ O que ela expressará no Direito, na Decisão Judicial Penal, é uma observação necessária para demonstrar a existência e validade destes, que lhe conferem a capacidade para intervir no mundo.

Em conseqüência destas idéias, surgiu o desejo de investigar elementos que auxiliem a razoabilidade-racionalidade no discurso jurídico no seu momento mais importante, a Decisão. No ambiente penal, esta proposta torna-se mais relevante ao buscar o entendimento

² HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e Comunicação**. Lisboa, Edições 70, 1996, pp.204-221. No transcurso do processo penal, não se deseja exclusivamente a orientação para a condenação ou absolvição, é certo que estas possibilidades podem ser conseqüências muito importantes. No entanto, como o Direito trabalha sobre uma linguagem artificial muitas vezes confusa, antes é necessário produzir o consenso sobre ela. Não há como dizer-se o que é justiça objetivamente, é necessário construí-la discursivamente buscando a concordância sobre seu significado, é necessário descobrir no transcurso do processo seu objetivo. Nas palavras de HABERMAS, 1996, p.207 ao tratar das ações comunicativas fortes: “*O objetivo em casos como este é a obtenção de uma concordância normativa, que, contrariamente à compreensão mútua relativa à seriedade (e viabilidade) das resoluções e decisões, se estende não só às premissas relativas ao agente em termos de cumprimento de objetivos da ação selecionados com base na livre escolha arbitrária mas também ao modo independente do agente selecionar objetivos legítimos*”. Ora é a isto que o processo se destina, saber se há legitimidade na ação do réu, na sua escolha e realização.

³ SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de Linguística General**. Buenos Aires, Losada, 1945, p.38, do qual é possível depreender que a construção de um conjunto de atribuições de signos a idéias tenha a função de transportá-las a alguém.

da decisão por seus destinatários e, ao mesmo tempo, reforçar o necessário combate à arbitrariedade.⁴

É neste ponto que se apresenta a relevância do tema, qual seja: o aprofundamento dos elementos que permitem a inteligibilidade e o entendimento da Decisão Judicial Penal que se propôs servir à pacificação social, transmitindo significados que levem à concretização das relações intersubjetivas, respeitando os sujeitos. SÖHNGEN em “*Uma Nova Racionalidade à Exclusão da Violência*”,⁵ colaborou com este intuito ao tratar respectivamente da Teoria da Argumentação de PERELMAN (ou Nova Retórica) com foco no Auditório Universal.

Aprofundou-se no dever de retirar a arbitrariedade e a coação do Direito para dar-lhe uma base argumentativa, esclarecedora e racional (formadora de consensos) de acordo com esta perspectiva. Aqui se dá mais um passo: a busca do entendimento através de significados razoáveis para a Justiça no entendimento da Decisão Penal, ou seja, num ambiente mais restrito (ainda que dependente do universal) onde a liberdade está sob ameaça.

Como o presente tema objetiva a investigação dos fundamentos discursivos do Processo Penal, é conseqüente sua vinculação à linha de pesquisa sobre Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, não sendo demais repetir, ao serem analisados conceitos como a “verdade”, a razão, a razoabilidade, faz-se isto com o intuito de aproximarmos do significado (confuso) da Justiça — que é comunicado para as partes envolvidas em conflitos— e de suas implicações éticas, que no Processo e Decisão Penais, referem-se à coação e a manutenção da liberdade, especialmente a liberdade discursiva.

Nesta seara PERELMAN destaca em sua obra *Ética e Direito* que o Direito tem como substrato, para seu discurso, conceitos confusos.⁶ Estes detêm característica arbitrária para a sua conceituação, ou seja, recorrem a outros conceitos arbitrários para a formação de sua noção, um retorno ao infinito parado por uma escolha. Retorna, assim, o questionamento principal desta dissertação neste ponto: como então transmitir significado para seus receptores para que a Decisão Penal tenha validade?

Aponta este autor que apesar das diferentes “categorias” que envolvem as noções confusas do Direito, estes redundam numa idéia (nebulosa) de “Igualdade” que permeará então todas as demais noções com que aquele trabalha.⁷ Estas categorias, no entanto, não se

⁴ Dá se isso para não ocorrer o desencantamento com o Direito como visto por RATZINGER, em HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização: Sobre a Razão e a Religião**. Aparecida, Idéias e Letras, 2007, pp.65-66.

⁵ SÖHNGEN, Clarice B. Costa. **A argumentação Jurídica: Uma Nova Retórica à Exclusão da Violência**. Dissertação (Faculdade de Direito), PUCRS, Porto Alegre, 2003.

⁶ Como por exemplo PERELMAN, **Ética e Direito**, São Paulo, Martins Fontes, 2005, p.453.

⁷ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, pp.42-43.

dão espontaneamente nem são conceitos ontológicos. São construídos através de uma “lógica jurídica”,⁸ de um consenso em torno das noções.

Tal consenso não se pauta por uma única idéia. Em breves linhas, para este autor o Consenso é uma construção da qual se depreende uma “razoabilidade”.⁹ E é partir desta razoabilidade que se dará fim à tautologia dos arbítrios sobre as noções que constituem, circundam ou auxiliam a Justiça, o Direito e, portanto, a Decisão Judicial.

A presença de uma lógica exige que o sistema normativo, a linguagem jurídica e as decisões, entre outros elementos, devam ter uma “justificação”¹⁰ para não retornarem à subjetividade arbitrária, permanecendo vinculados a noções razoáveis, ou seja, construídos dentro da linguagem aceitável e aceita (consensualmente) pelos destinatários e integrantes da relação jurídica. Esta lógica também não surge do nada, ela é reflexo da linguagem (natural) que há no mundo.¹¹

Ressaltemos a Justificação, por enquanto. Para este autor, ela dá a possibilidade de constatar a adequação das noções-sentidos da linguagem jurídica ao consenso que limitou o arbítrio em oposição à iniquidade que existiria se estes sentidos fossem ininteligíveis.

A inteligibilidade depende da linguagem natural¹² precede a linguagem jurídica. Assim, a justificação serve para dar racionalidade-razoabilidade ao “Processo”, que reafirmará as noções antes confusas e agora dependentes de uma delimitação consensual.

Esta construção, no entanto, toma como substrato os discursos já consolidados num sistema normativo. Considera ‘a priori’ a linguagem mundana dos lugares-comuns,¹³ e toma um foco tradicional, não distante do debate filosófico, mas centrado num ambiente jurídico-legislativo dotado de uma capacidade criativa para ficções. Porém, estas ficções, neste ambiente, acabam por se distanciar da linguagem natural e aproximam-se da subjetividade-arbitrária.¹⁴

⁸ PERELMAN, *Lógica Jurídica*, São Paulo, Martins Fontes, 2004, p.7 e PERELMAN, *Ética e Direito*, 2005, p.472.

⁹ PERELMAN, *Ética e Direito*, 2005, pp. 436 e 448.

¹⁰ PERELMAN, *Lógica Jurídica*, 2004, p.216

¹¹ PERELMAN, *Lógica Jurídica*, 2004, p.145

¹² BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem Jurídica*. São Paulo Saraiva, 2009, pp.20 e 168. Ainda que o autor aproxime a linguagem natural à verbal, no contexto de sua obra o autor faz referencia a outro atributo da linguagem, o comunicativo em si.

¹³ BITTAR, 2009, p.143.

¹⁴ SAUSSURE, 1945, pp.91-204. Ressaltando a arbitrariedade dos signos, significados (sentidos) e significantes, Saussure indica que, arbitrariamente na formação da linguagem, escolhe-se um objeto (inominado anteriormente), dá-se uma correspondência num signo, e este então comportará a idéia que se refere ao objeto, consolidando-se apenas pela paulatina aceitação destes pela comunidade. Apesar disso, o autor não se esquece de afirmar que, apesar deste consenso que envolve a aceitação da comunidade, no indivíduo este signo poderá ter seu significado alterado, assim como, ao mesmo tempo, o próprio signo pode ser transformado de alguma maneira em algo distinto. Estas distinções não desfazem a existência contínua do significado. O signo

Ora, os significados postos numa decisão não podem ficar em constante transição ou sempre submetidos a uma alcunha aquém da linguagem que se dá no mundo. Por terem ingerência íntima e arbitrária da mente do julgador, os significados poderão estar em dissonância com o significado que o signo referencial teria na mente do receptor deste ato, sem, no entanto, extrapolarem este.

Numa órbita fundamentadora mais distante das respostas tradicionais, HABERMAS propõe que o falante se faça compreensível e aceitável, para que os atos de fala sejam bem sucedidos, estabelecendo relações interpessoais, comunicando significados¹⁵ (ponto semelhante ao autor anterior). Muito mais abrangente que PERELMAN, HABERMAS não trata somente da linguagem jurídica, mas de toda a linguagem e inclusive da linguagem vertida para as proposições normativas.

Esta aceitabilidade e compreensibilidade partem de uma relação intersubjetiva que contém e necessita de um consenso sobre alguns signos, para que seja possível construir explicações ou justificações que demonstrem a fiabilidade do que se quer comunicar, sua validade e correção. Muito além da tradição, são construções pragmáticas que se dão na vida.

Estes debates giram em torno, principalmente, da construção da linguagem natural. Para inseri-los dentro do Direito é necessário que seja abordado como “Procedimento”. Um momento em que os sujeitos (partes) usam dos recursos argumentativos, através de uma lógica jurídica ou dos atos de fala, para construir um discurso capaz de recorrer a alguma resposta de quem dele participe. Os estudos de FAZZALARI auxiliam esta compreensão, pois, dentro da dogmática jurídica, consideram o processo como uma espécie procedimental, que inclusive o aproxima da proposta procedimental de RAWLS.¹⁶

No Processo Penal como “*procedimento*”,¹⁷ as partes, ainda que tenham uma finalidade superficialmente estratégica de conquistar a vitória, esclarecem o que propõem, para manter o Processo, ressaltando a comunicação e o contraditório. Observam suas ações e o que falam, suas intenções pretéritas e presentes com o foco na liberdade ou sua constrição (elemento que ambas as partes, pelo menos hipoteticamente, compartilham).

conceitualmente esta em um constante devir, numa modificação sincrônica do qual não se elimina e não cria algo novo dentro de si, mas se modifica e permite derivações de si. Assim, “Justiça” sempre há, seja ela qual for.

¹⁵ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización social**, vol. I. Madri, Taurus, 1997, pp.28 e PERELMAN, **Lógica Jurídica** 2004, pp. 161-162.

¹⁶ Ao qual HABERMAS e PERELMAN submetem-se com ressalvas, ponto a ser aprofundado em capítulos futuros.

¹⁷ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**, 1ªed. Campinas, Book Seller, 2006, pp. 93-94. A aproximação entre Rawls e Fazzalari a ser melhor aduzida no curso desta dissertação, se circunscreve, sem aprofundar aqui, a uma seqüência discursiva. Tal seqüência discursiva serve para a fundamentação de algum conceito ou ação que fundamenta então as posições das partes e da decisão.

Para encontrar esta razoabilidade-razionalidade dentro da linguagem jurídica torna-se um elemento necessário para estruturar discursos fundamentados que logrem construir e modificar a realidade através da decisão, contudo, é necessário responder, antes, a “como comunicar os significados”.

O primeiro pressuposto a ser sinalizado para tratar destes autores é que o Direito trabalha sobre noções confusas,¹⁸ pois a linguagem, ainda que transcendental,¹⁹ não é unívoca. O segundo é que o Direito é resultado de relações humanas, não é uma mera derivação do ser divino.²⁰ Ambos os pressupostos exigem a assunção de posição doutrinária contrária à metodologia e à epistemologia cartesianas.²¹

Trazendo à tona a Lógica Formal, não tão distante das determinações positivista — aproximadas, principalmente no que toca à analítica, da racionalidade matemática — PERELMAN observou que ela não permite a formação de um conceito de Justiça Material unívoco.²² Não há uma Justiça Material, mas várias, inclusive, com categorias que dentro delas existem em contradição. A concepção de Justiça Material guarda elementos arbitrários não subsumíveis a uma lógica analítica, a raciocínios demonstrativos silogísticos.

A realidade não põe as premissas do nada para extrair uma conclusão. Há vontades que escolhem as categorias que se relacionarão para permitir alguma apreensão, não necessariamente silogística.²³ Os “Arbítrios” não apresentam caráter silogístico também, ou seja, neles há um espaço de liberdade,²⁴ de escolha, aquém da racionalidade cartesiana que determina as categorias inclusas dentro do conceito de Justiça e que determina suas derivações ou resultados.

¹⁸ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, Capítulo I da Primeira Parte, nele o autor aborda a confusão da noção da Justiça, em que pese o autor usar o termo noção. Como o autor refere-se à linguagem ao mesmo tempo, é mais adequado o uso do termo significado.

¹⁹ Não é clara a presença de transcendentalidade da linguagem para Perelman, em que pese ser possível depreender de toda sua obra a presença da linguagem em todo homem racional. Habermas por sua vez condiciona a presença desta linguagem a um mundo da vida intersubjetivamente compartilhado.

²⁰ DESCARTES, 1637, Terceira e Quarta Parte.

²¹ MONTEIRO, 2006, e PERELMAN, **Lógica Jurídica**, 2004, apesar do autor desenvolver com maior sistematicidade à crítica a escola da exegese em Lógica Jurídica (primeira parte) existem argumentos discursivos de maior valia dentro de Ética e Direito em relação aos valores, apesar da falta de sistematicidade.

²² PERELMAN, **Ética e Direito** 2005, pp3-67, o autor trabalha com os seis conceitos mais comuns para a justiça material, “a cada qual a mesma coisa, a cada qual segundo sua posição ...”

²³ PERELMAN, **Lógica Jurídica**, 2004, pp. 242-243.

²⁴ Ainda que presente este termo em PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.472 (por exemplo, no qual o autor imbuí o juiz de liberdade), considero que a “autonomia” (oposição entre autonomia privada, pública, política e moral) proposta por HABERMAS, **Direito e Democracia: Entre a Faticidade e a Validez, vol. I**. Madri, Taurus, 1997, pp.154-157 cumpre melhor este espaço de decisão, pois mantém a fundamentação do direito vinculada a autolegislações que regulam a sua liberdade de ação-comunicação em igualdade e que por isso, necessitam argumentar.

Nesta linha, o autor constrói o conceito de Justiça Formal (Justiça abstrata), “*um princípio de ação segundo o qual os seres de mesma categoria essencial devem ser tratados de igual forma*”.²⁵ Em que pese os conteúdos das categorias, que complementam a Justiça Abstrata, serem arbitrários, esta função (quase de ordem matemática) não o é assim. É a Justiça Concreta, que apresenta categorias dentro de si, que a tornam não-abstrata devido a suas categorias qualificadoras. Assim sendo, esta nebulosidade não faz juízos de valor, mas, em contraposição, são as Justiças Concretas que impõe visões (morais) sobre o mundo.²⁶

O autor faz uma distinção entre os postulados científicos e os filosóficos dos quais surge a Justiça e o Direito, reafirmando que neste último ambiente não existe “verdades” definitivas, mas sim pressupostos construídos argumentativamente ou coativamente.²⁷ Estes regerão a validade dos conceitos jurídicos, sendo que, somente através da argumentação, é possível encontrar racionalidade neles, distanciando-se do arbítrio, mas sem eliminá-lo na plenitude. Esta redução à arbitrariedade merece destaque quando direcionada ao Processo Penal para que este não seja uma “brincadeira” com a liberdade de, pelo menos, um de seus integrantes que deve ser considerado seu sujeito (criador) também.

Os arbítrios em forma de argumentos recorrem a uma lógica não puramente demonstrativa, mas razoável e racional. Esta lógica não formal,²⁸ que será denominada de Lógica Jurídica, acessa a realidade através da pragmática,²⁹ mas ao mesmo tempo recorre à lógica formal para depreender conclusões. Por certo, ela não é perfeita, pois a observação da realidade tende ao arbítrio, ainda assim, ela apresenta noções que podem ser questionadas e aprimoradas a cada debate através da dialética.

O Direito insere-se nesta proposta a partir do momento em que recorre a uma linguagem artificial que pretende vedar as controvérsias e a ambigüidade. No entanto, as noções desta necessitam de justificação e aceitação racional por parte dos integrantes que formam a conceituação delas. Sua linguagem, quando puramente artificial, adquire caráter

²⁵ PERELMAN, *Ética e Direito*. 2005, p.19.

²⁶ PERELMAN, *Ética e Direito*, 2005, pp.239 e 246-247 (entre outras) nas quais o autor debate sobre a proposta de Rawls, questionando a dependência da sua teoria de um senso comum vinculado a moral que auxilia a determinação do conceito de justiça .

²⁷ PERELMAN, *Ética e Direito*, 2005, pp.365 e 474-477. Na primeira página relata a impossibilidade de se alcançar um novo regime jurídico sem violência. Nas seguintes é possível depreender a distinção entre os pressupostos científicos e filosóficos do direito e da justiça a partir da crítica realizada pelo autor contra Kelsen.

²⁸ IDEM, pp.469-558 Debate também presente em HABERMAS, *Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización social, vol. I*, 1987 pp.43-60. Apesar de Habermas centrar-se especialmente em debater as propostas de Toulmin sobre a argumentação, é neste momento que Habermas questiona a presença de uma lógica para esta, indicando que o autor que mais se aproxima do estudo da lógica para os argumentos na realidade é Perelman .

²⁹ Ou seja, de um contexto histórico-social do qual se depreende uma aceitabilidade-razoabilidade como se observa em PERELMAN, *Ética e Direito*, 2005, pp.253, ainda que o autor distinga o racional-aceito (universalmente, ou com pretensão ao universal) do razoável.

cartesiano e mais arbitrário do que quando dotada de vinculação à linguagem natural, que depende do debate e da dialética.

A *adesão* (aceitação) é o elemento principal da Teoria da Argumentação de PERELMAN.³⁰ Como transformar conceitos confusos e arbitrários em racionais e razoáveis, como construir e convencer que a Justiça, o Direito e as Decisões conforme estes são uma resposta plausível ou até boa para casos concretos, são respostas que o autor tenta construir. Nas palavras do autor, o objeto último da Teoria da Argumentação é “*o estudo das técnicas discursivas que permitem provocar um aumento da adesão dos espíritos às teses que se apresentam ao assentimento deles*”.³¹ Todos os recursos argumentativos são válidos, conquanto não repercutam na coação,³² não impedindo que os integrantes do respectivo auditório participem da construção da razoabilidade³³ que envolve a elaboração e a conclusão de um discurso justificativo para Decisões. Tal elemento é essencial para Decisões Penais racionais válidas de acordo com esta perspectiva.

PERELMAN constrói a figura do Auditório Universal³⁴³⁵ em que as racionalidades apresentam-se despersonalizadas, mas, ainda assim, referentes à racionalidade presente em

³⁰ PERELMAN, Chaim; TYTECA, Lucie Olbrechts. **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. São Paulo, Martins Fontes, 2005, pp.16.

³¹ MONTEIRO, Claudia Servilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e a Nova Retórica**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p.60 e PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.5, Note-se que o autor no transcorrer de sua obra não define o que é o espírito, mas permite depreender que é a representação ontológica do ser humano dentro do auditório universal, ou seja, a racionalidade transcendental do ser humano que é capaz de observar a realidade e analisar os debates que lhe são apresentados em conformidade com alguma lógica.

³² SÖHNGEN, 2003, que tem como autor de base Perelman. Apesar disso é devido ressaltar que seu debate fica centrado num dos conceitos principais de Perelman, o auditório universal.

³³ MONTEIRO, 2006, p.158-163, este conceito é também nebuloso e confuso como a Justiça formal. Muitas vezes o autor propõe, em especial, na obra *Ética e Direito* a palavra “razoabilidade” para os significados de justificação e argumentação, pois é um pressuposto para ambos.

³⁴ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I**. 1987, pp.43-69 traz à tona a posição de Klein quanto aos discursos e argumentações dentro de uma relação humana. Neste momento junta as palavras deste autor que consubstanciam esta idéia, na qual observa que Perelman com este conceito não está tão distante das argumentações reais. “...Toulmin, no investiga empíricamente como argumenta la gente en realidad. Y lo mismo cabe decir de Perelma/ Olbrechts-Tyteca, aunque quizá entre todos los planteamientos filosóficos, sea este el que más se acerca a las argumentaciones reales; sin embargo, el ‘auditoire universel’, uno de sus conceptos centrales, no es un grupo de hombres realmente vivientes, la población actual de la tierra; si no algún tipo de instancia por lo demás bastante difícil...”. A pesar de Perelman recorrer a este conceito abstrato, ele considera os auditórios particulares para a formação da racionalidade que o regerá. Não é uma mera soma dos particulares, mas supostamente a totalidade das racionalidades que participam neles, direcionadas a interagir argumentativamente para encontrar consensos mais amplos possíveis.

³⁵ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, pp. 255-360 e 559-684 e PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, pp.15-72, em especial, pp.34-38. Nelas o autor consubstancia o auditório universal na idéia de um espaço onde os espíritos se reúnem para encontrar uma suposta unanimidade, uma abstração na mente do orador direcionada a convencer a todos. Nas palavras de Perelman: “*O Auditório Universal é constituído por cada qual a partir do que sabe de seus semelhantes, de modo a transcender as poucas oposições de que tem consciência. Assim cada Cultura, cada indivíduo tem sua própria concepção do auditório universal, e o estudo dessas variações seria muito instrutivo, pois nos faria conhecer o que os homens consideram, no decorrer da*

cada ser humano, considerando-o como a pauta para o convencimento mais adequado e menos arbitrário.

É no auditório particular,³⁶ no entanto, que, segundo o autor, iniciam-se os debates e o convencimento.³⁷ Os indivíduos têm sua própria compreensão da vida, conseguem fazer abstrações e pautar-se por uma racionalidade transcendental, muito além da própria visão. Os sujeitos (e atores), inseridos em debates dos quais desejam retirar conclusões, integram o auditório particular e entre si tentam convencer-se da proposta que se aproxime de um resultado aceitável por todos.

Os conceitos e normas do Direito e as idéias de Justiça (ambos confusos ou nebulosos) postos num discurso (concatenamento) se agregam para tentar formar justificativas, novamente, inteligíveis e razoáveis. As confusões são dirimidas pela dialética auxiliada pela analítica, construindo forças que repercutirão na adesão dos sujeitos inseridos no debate.

PERELMAN aponta então que o Direito necessita recorrer à Linguagem Natural para que isto ocorra.³⁸ Este recurso, segundo a proposta de PERELMAN, normalmente, pode ocorrer através dos lugares comuns. Os “*Lugares Comuns*”³⁹ são construções que assumiram, por enquanto, os debates anteriores. São, por tanto, pautas razoáveis para iniciar e construir

história, real, verdadeiro e objetivamente válido”. Esta proposta inclusive auxilia a aproximação ao conceito de “mundo da vida” habermasiano (HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I** . 1987, pp.111-146). Perelman considera-o como o local onde os homens dialogariam e tomariam consciência do que os outros intentam expressar, assim é possível depreender-se que, em conceitos de Habermas, nele seja possível observar se as pretensões de veracidade e validade correspondam de fato ao mundo.

³⁶ Ao contrário do auditório universal este não é uma mera hipótese, mas a assunção das imagens de uma relação entre o orador e os receptores vivos, um momento em que ocorrem relações intersubjetivas (nos termos de Habermas), onde há comunicação através de atos de fala para receptores reais e concretos.

³⁷ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, pp.31-34

³⁸ PERELMAN, **Lógica Jurídica**, 2004, pp.154-156

³⁹ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, pp.559-684 e IDEM, **Lógica Jurídica**, 2004, pp.94-124. Neles o autor qualifica os lugares comuns, ‘Tópois’, como “*premissas de ordem muito geral (...) das quais derivam os tópicos ou tratados consagrados ao raciocínio dialético*”(IDEM, **Lógica Jurídica**, 2004, p.94). Em *Ética e Direito* o autor reforça a idéia de que a lógica jurídica fornece argumentos de ordem geral consubstanciados em princípios, que dependem de uma construção histórica e social que os expõem em linguagem. Na mesma linha ele indica que são as “*premissas de ordem geral que permitem fundar valores*”(IDEM, **Tratado da Argumentação: A Nova Retórica**. 2005, p.95). Os tópicos jurídicos são derivados tanto dos lugares-comuns quanto dos lugares específicos (lugares destinados a auditórios particulares e precisos) e mantêm uma relação mais próxima aos princípios, pois não se apresentam estritamente como uma construção lógica, nem simplesmente lingüística, mas como uma relação entre elementos de ordem pragmática e elementos de ordem dialética e analítica destinados a justificar conclusões. Perelman lista uma série de tópicos em “*Lógica Jurídica*” (pp.121-131) indicando que “*Alguns afirmam princípios gerais do Direito, outros constituem máximas ou adágios, formulados em latim, outros, por fim, indicam valores fundamentais que o Direito protege e põe em prática*”. Dentre os lugares-comuns e que se tornaram lugares específicos (ou que permanecem apenas com um caráter argumentativo geral) o autor cita: “a presunção de inocência”, “a dúvida em favor do réu”, “o silêncio não obriga a ninguém”, etc (IDEM, **Lógica Jurídica**, 2004, p.124). Note-se que nesta dissertação, não se recorre ao termo lugar-específico ou tópico jurídico para não vincular-se a uma perspectiva principiológica, mas para manter o “lugar-comum”, sobre tudo, como um recurso argumentativo (IDEM, **Lógica Jurídica**, 2004, p.120).

consensos dentro do auditório particular face ao caso, ou para demonstrar a racionalidade da conclusão frente ao auditório universal, que já havia aceitado estes valores.

Este trabalho de comunicar as Decisões, de formar entendimento entre as partes sobre significados confusos que devem ser tratados durante o processo, não foi tratado somente por PERELMAN. HABERMAS é um dos autores que desenvolve com enorme probidade toda a comunicação humana dos atos de fala,⁴⁰ da formação da compreensão do mundo.

Para este autor a racionalidade cartesiana também foi superada.⁴¹ Não apresenta mais a perfeição ou divindade a que se propunha, sendo necessário reconstruí-la. Apesar disso, inegavelmente, a racionalidade mantém relação estreita com a verdade, mas ela não é depreendida em termos absolutos por aquela. O autor afirma⁴² que é a partir da análise pragmático-formal dos discursos que se reconstruirá o conceito de racionalidade em contraste com as análises empíricas da *“materialização e evolução histórica de las estructuras de racionalidade”*.⁴³

Neste diapasão, o autor supõe uma *“estrecha relación entre racionalidade y saber”*⁴⁴ e indica que são racionais as pessoas que possuem um saber sobre as manifestações simbólicas, ou seja que saibam se manifestar e comunicar aos outros. Apesar da proximidade

⁴⁰HABERMAS, 1996, pp.103-149. Habermas centra seu foco nos atos de fala como meio para a interação no mundo da vida, faz um debate da proposta de Austin sobre estes e conclui que é a partir dos atos de fala que numa interação com o emissor nos introduzimos no mundo da vida intersubjetivamente compartilhado, um espaço de uma comunidade lingüisticamente compartilhada que nos auxilia a compreensão do que nos é falado. Nos atos de fala estão presentes elementos ilocutórios e perlocutórios, respectivamente, elementos que auxiliam o sentido com o que se fala e elementos que consubstanciam a finalidade do que se fala, do que se deseja. Sobre estes atos o autor não nega a presença de ações teleológicas, e, por conseguinte, entra no debate sobre as ações estratégicas e as ações comunicativas.

⁴¹ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I**. 1987, p.505 (para não retratar, exaustivamente este tema, por não ser o momento devido). Justamente pela superação da teoria da consciência.

⁴² *...ya sea en Lógica o en teoría de la ciencia, en teoría de la lenguaje o del significado, en Ética o en teoría de la acción, o incluso Estética, El interés se centra en las condiciones formales de la racionalidad del conocimiento, del entendimiento lingüístico y de la acción, ya sea en la vida cotidiana o en el plano de las experiencias organizadas metódicamente o de los discursos organizados sistemáticamente. La teoría de la argumentación cobra aquí una significación especial, puesto que es a ella a quien compete la tarea de reconstruir presunciones y condiciones pragmático-formales del comportamiento explícitamente racional.* (HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I**. 1987, p.16)

⁴³IDEM, p.17.

⁴⁴IDEM, p.24. Ressalte-se que o conhecimento não é um pressuposto em si para a racionalidade, mas uma expressão desta. Como o saber pode estar imbuído de erro, o dito não é absoluto, a verdade que se deseja expressar não é perfeita, mas sim uma pretensão, um enunciado que necessita ser posto à prova na sua veracidade, eficiência ou validade quando comunicado. O saber necessita tentar estar em conformidade com o mundo seja qual for ele, ainda que construa uma mera imagem deste. Assim o saber preserva a possibilidade de crítica e argumentação que dele se deseja, formando consensos. O saber também pode tomar um caráter implícito à comunicação e à racionalidade, como se pressupõe ser a cultura, instrutor da comunicação.

entre racionalidade e saber, o saber pode ser falho,⁴⁵ ou seja, não apresentar só conteúdos condizentes com a realidade percebida por um ouvinte-falante. Ainda assim, há dentro das manifestações pretensões de validez, de veracidade, de eficiência,⁴⁶ que podem ser contraditadas entre os sujeitos integrantes de uma relação comunicativa.

Contraditar pretensões de validade, veracidade ou eficiência é algo próprio do discurso, da relação comunicativa. Questionar se as proposições (normativas) são oponíveis para o diálogo, se são verdadeiras dentro dele ou se podem causar modificações desejadas no mundo são questões inerentes à argumentação (e dependentes da moral, vinculação a ser melhor aduzida no transcurso do trabalho).

Depreende-se disto que só é possível reduzir à racionalidade as manifestações, que sejam suscetíveis à crítica e à fundamentação.⁴⁷ Só o que o outro integrante de uma relação comunicativa consegue criticar pode ser submetido a um critério de racionalidade. Nisto agrega o autor que existem elementos subjetivos a cada indivíduo e a sua apreensão do mundo, ou seja, que há nos indivíduos uma relação entre o mundo subjetivo (carregado de vontades) e o mundo objetivo que lhes permite transigir entre si (num mundo social), há ações próprias a cada um destinadas a algo (que dependem da moralidade das ações).⁴⁸

Neste ponto o autor alinha-se à perspectiva da Teoria da Argumentação. Existe uma racionalidade destinada a formar consensos sem coações (exceto a do melhor argumento)⁴⁹ entre as subjetividades dos respectivos pontos de vista (morais).⁵⁰ Ao mesmo tempo, deve haver algo que assegure que estas subjetividades logrem entrar em contato umas com as

⁴⁵ IDEM, p.116 (para ilustrar o debate deste autor com POPPER, Karl R. **Conhecimento Objetivo: Uma Abordagem Evolucionária**. Belo Horizonte, Itatiaia, 1975, pp. 51-62, especialmente p.54 ao tratar sobre o conteúdo de falsidade e verdade dentro das asserções e sobre o caminho da verossimilitude; e pp.60 e 62 ao tratar da aproximação à verdade como pontos que se destacam sob asserções falsas, mas que apenas apresentam um conteúdo “próximo” aquela).

⁴⁶ IDEM, Capítulo I. Este debate sobre as pretensões e a racionalidade dentro da linguagem circunscreve-se na idéia de que há elementos com os quais é possível fazer um contraste lógico com os mundos para perceber se a linguagem usada nos atos de fala representa para o ouvinte e para o emissor aquela racionalidade que contém elementos que explicitem a validade do que é falado, a verdade do que é falado, a funcionalidade do que se fala dentro da linguagem e para o mundo.

⁴⁷ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social**, vol. I. 1987, p.28. É desta racionalidade que em contraste com a proposta de Perelman sobre a argumentação que se tentará encontrar os elementos que de fato sejam necessários para retirar a decisão penal de uma esfera excessivamente arbitrária, ou seja, que tragam ela de volta a patamares aceitáveis em detrimento da linguagem que ela utiliza. Ora é nesta linguagem que se perfaz a finalidade a que se propõe a justiça.

⁴⁸ O que depreendo a partir do julgamento moral (discurso oral) de ações como se observa em HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez** vol. I, p.131(para ilustrar)

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. São Paulo, Loyola,2004, pp.113-114 (que tratam da formação do entendimento mútuo, acordó e consenso)

⁵⁰ Termo que agrego em detrimento do exposto em HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez** vol. I, 1997, pp.143-146, pois creio ser impossível que um julgador se abstenha de realizar um julgamento moral de qualquer caso, ainda que pretenda aplicar um discurso moralmente neutro através da lei (o que não significa amoral), ou seja do princípio da democracia.

outras, um “*compartilhamento de convicções*”,⁵¹ que permita dar unidade entre o mundo objetivo, o subjetivo e a intersubjetividade (na sociedade) em que se desenvolvem, sem cair numa resposta mítica ou exclusivamente tradicional.

Aceitando uma percepção fenomenológica do mundo, depreende que o mundo deva ser compartilhado dentro de uma comunidade que o reconheça e o considere único,⁵² permitindo que os homens tenham um ambiente comum de vida. Neste “*mundo da vida*”⁵³ é construído o racional, as propostas cognoscíveis, válidas, eficazes. Fora dele, num ambiente metafísico, não há como construir a razão.

HABERMAS recorre a Piaget⁵⁴ para consolidar a idéia de que o homem, também, tem a capacidade de racional-cognitivo-instrumental de manipular as coisas e entender-se intersubjetivamente sobre elas. Os homens modificam o mundo quando coordenados dentro de uma ação comunicativa, a exemplo das proposições normativas do Direito. Isto reforça a idéia de que é necessário um ambiente, um mundo, que sirva para as relações acontecerem e desenvolverem-se.

O Direito desenvolve-se neste mundo compartilhado onde o ser humano não logra por si só construir a sua racionalidade ou suas pretensões. Apesar de ter uma linguagem

⁵¹HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social**, vol. I. 1987, p27. Para tomar esta conclusão o autor declara que usará a concepção em sentido estrito do conceito de racionalidade que tem como referencial o “saber” como descritivo. Nisto o autor faz duas distinções, ou se põe foco numa abordagem não comunicativa do “*saber proposicional en acciones teleológicas*”, ou se põe foco numa utilização comunicativa de um “*saber proposicional en actos de habla*” indo muito mais além da velha idéia de logos. Este ponto de partida é idêntico ao desejo de Perelman, pois, nas palavras de Habermas, “*...remontan a la experiencia central de la capacidad de aunar sin coacciones y de generar consensos que tiene un habla argumentativa en que diversos participantes superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos de vista y merced a una comunidad de convicciones racionalmente motivada se aseguran a la vez de la unidad del mundo objetivo y de la intersubjetividad del contexto en que se desarrollan*”. Em ambos autores há a finalidade de demonstrar que a argumentação só é possível num meio sem coações, proposta bem construída por SOHNGEN, 2003.

⁵²HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social**, vol. I. 1987, pp.30-32). O autor determina que o “mundo” é um conceito abstrato necessário para que os sujeitos que se comunicam possam entender-se, um elemento contextualizador dentro da vida que permite que haja algo em comum para o entendimento. Note-se que o autor agrega a este conceito a delimitação das interpretações que possam existir neste mundo, propostas por seus participantes. Tal idéia encontra alguma semelhança ao auditório universal construído na mente do orador, pois as interpretações dos participantes também são supostas em caráter generalizador dentro dela, para facilitar a adaptação da linguagem destinada ao convencimento dentro do auditório particular.

⁵³ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social**, vol. I. 1987, pp.31, 69-109. Para esclarecer o conceito de mundo da vida o autor primeiro supera a figura mítica deste, em que não há resposta racional suficientes para os significados que neles existem (distanciados do homem), onde há relações de poder desconhecidas que montam entre as coisas uma causalidade imprecisa em que impera a confusão entre a linguagem e o mundo. A seguir o autor frisa a irritação que esta proposta causa para a concepção moderna do mundo da vida onde as imagens do mundo postas em linguagem podem ser identificadas com a ordem existente nele e distinguem-se das interpretações que dele se fazem, pretensões do que ele estaria e seria, nele valeria ou nele seria eficiente.

⁵⁴ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social**, vol. I. 1987, p.32. Habermas indica que é na cooperação social que se unem tanto a interação entre sujeitos e objetos (instrumental) e a interação entre os sujeitos mediada pela ação comunicativa.

próxima da artificial,⁵⁵ esta deve submeter-se à construção social, condizente com as relações intersubjetivas dentro da comunicação.

O Direito, quando o homem tem uma autonomia inerente⁵⁶ — aspectos subjetivos e apreensões do mundo singulares —, deve recorrer a uma linguagem que permita a comunicação e a justificação para encontrar as pretensões de validade e de verdade que dele se espera, para realizar a eficiência a que se propõe. Na proposta de HABERMAS, é certo que ao tratar de atos de fala, ou seja, emissões representadas por locuções orais que podem ser transcritas no vernáculo, surgem elementos ilocutórios e perlocutórios,⁵⁷ relacionados com os mundos supracitados e, principalmente, com a intersubjetividade da comunicação. Tais elementos vão moldando o convencimento do discurso, em regra, de maneira comunicativa (voltada para o entendimento), mas também, muitas vezes, retoricamente e/ou estrategicamente (instrumentalizando o outro).⁵⁸

HABERMAS destina a sua “Teoria da Ação Comunicativa” para dar cabo da racionalidade nas relações interpessoais. Assim, o racional ocorre, por que há um mundo intersubjetivamente compartilhado concreto entre os sujeitos, que serve de pressuposto para a análise da comunicação e de suas pretensões (especialmente retidão ou correção face a normas) através do Princípio Discursivo⁵⁹ e da Universalização.⁶⁰

⁵⁵ IDEM, pp.102-103.

⁵⁶ O uso deste termo aqui certamente é criticável em detrimento da proposta de Habermas quanto a separação das esferas de autonomia (superficialmente tratada na nota...), talvez seja mais adequado o uso do termo liberdade subjetiva, uma vez que sobre estes aspectos o ser humano não necessita, obrigatoriamente, explicar-se, a não ser que os use como critérios de argumentação (o que o aproximaria então do termo autonomia privada de Habermas).

⁵⁷ HABERMAS, 1996, pp.208-212. Termos a serem esclarecidos no decurso desta dissertação

⁵⁸ A esta instrumentalização (como reificação, dominação do sujeito objetificando-o inclusive pela linguagem) dois recursos teóricos são aconselhados ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. 1947, p.20. Disponível em <http://antivalor.viabol.uol.com.br>, acesso em 23.08.2008 (para ilustrar e não perder foco desta dissertação) ainda que haja crítica de HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I**. 1987, pp. 477-479 e 486-487 (para ilustrar) apesar desta servir de fundamento para ele, apoiando-se nela também.

⁵⁹ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez, vol. I**. 1997, p.142, “São validas as normas de ação às quais todos os possíveis afetados atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. Como complemento ao entendimento destes princípios aconselho a leitura de ANDREDE, Camila C.; OLIVEIRA, Marcelo ^a C. A relação entre Direito e Moral na Teoria Discursiva de Habermas: porque a Legitimidade do Direito não pode ser reduzida à oralidade, in: Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte, 2007. **Anais...** Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008, pp.6093-6097. Disponível em: http://www.conpedi.org/anais_bh.html. acesso em 18.06.2009 (especialmente págs. 6094 e 6096) em que os autores fazem um apanhado da proposta habermaziana presente em Direito e Democracia, explicando as transformações de “D” em “U” (princípio moral) que se distingue do princípio da Democracia, de maneira superficial e rápida (fantástica qualidade se comparado diretamente com o texto original), pois não entram no debate apelino de um “U” antecedente a “D”.

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1989, p. 147, “Toda norma válida tem que preencher a condição de que as conseqüências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo possam ser aceitas sem coação por todos”.

A aproximação entre HABERMAS e PERELMAN não é simples, no entanto, pode ser reduzida, por enquanto, até aqui.⁶¹ Através destes autores será abordado o Processo Penal, como um Procedimento em que e onde ocorrem estas relações particulares, onde há a comunicação dos sujeitos para construir uma argumentação contraditada que represente o entendimento mútuo e racional que evade a arbitrariedade e a coação, pautando-se pela liberdade, especialmente, argumentativa.

Quanto ao Processo é cabível recorrer a FAZZALARI que o observa como uma espécie procedimental em que as partes interagem, contradizendo-se através de argumentos, para alcançar a Justiça e para persuadir um terceiro. O que permite que este autor seja correlacionado com os autores anteriores através da “contradição” dependente da argumentação, do discurso e dos atos de fala.

O Processo incorre numa construção de regras (na presente proposta) democráticas,⁶² feitas através da linguagem, destinadas a permitir o conhecimento delas pelos atores, a formar uma lógica na qual seja possível propor consensos sobre significados através de argumentos consubstanciados em discursos. É um momento em que, através de regras conhecidas pelos atores,⁶³ estes proponham seus resultados desejados. Assim, o Processo pode ser visto como um conjunto de discursos submetidos a uma ordem, relacionados entre si por uma lógica

⁶¹ MONTEIRO, 2006, pp.181-185. A autora indica que é no auditório particular que é possível aproximar a proposta de Habermas à proposta de Perelman, pois a abstração do auditório universal pressupõe como base o auditório particular para si. O auditório particular ou real serve como elemento pragmático para reflexões abstratas do auditório universal. Sendo o auditório real aquele que de fato contém pessoas físicas, nele é possível aplicar a Teoria da Ação Comunicativa, pois ela se destina a apresentar a racionalidade das relações intersubjetivas mediadas pela linguagem no mundo da vida.. No presente estudo, é o processo que serve como auditório particular, nele cada parte tenta demonstrar ao juiz que sua pretensão é a que mais se adequa ao significado de justiça. No entanto como o processo se funda numa linguagem artificial, torna-se necessário estabelecer uma linearidade discursiva, para que o discurso resultante dele seja inteligível. Para isto é necessário comunicar e encontrar pontos do mundo da vida que sirvam de ligação e parâmetro para a sua formação através de consensos sobre a linguagem. Outra perspectiva interessante entre as possibilidades de aproximação entre os autores é a de ZENNI, Alessandro S. V. Agir comunicativo em Habermas e a Nova Retórica de Perelman, in **:Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, vol.7, nº2, jul/dez. 2007, pp. 462, 466-467 e 469, disponível em: <http://www.esumar.br/pesquisa/periódicos/index.php/revjuridica/article/view/578/495>, que tenta focar-se na intersubjetividade da norma (compartilhamento), apesar de levar em consideração as distintas bases dos autores (que seriam segundo ele para Perelman o jusnaturalismo; e, Habermas o formalismo neokantiano; no que já vejo problemas principalmente quanto o “ser”, que para Perelman é apenas uma convenção), o que é aceitável mas que deve ser restringido ao discurso de fundamentação.

⁶² HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. I. 1997, pp.162-164.

⁶³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p.48. O uso do termo ator permite a uma aproximação ao conceito de ação dramática, uma das origens da ação comunicativa (HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social**, vol. I, 1987, pp. 127-136). Na a ação dramática, seu sujeito é desconsiderado assim como a realidade que ele representa, pois é uma expressão da subjetividade do ator, sem fazer referência a um mundo compartilhado intersubjetivamente. Ela necessita de elementos estratégicos para manipular as impressões que os observadores sentem. Nisto, ela pressupõe a ação comunicativa, pois sem esta não logra perfazer-se, pois necessita recorrer a uma realidade compartilhada (mundo da vida). Do contrário, sem a presença de uma relação intersubjetiva, poder-se-ia cair numa postura cínica em que pouco importa o que se pensa do ator (orador) ou do que ele fala.

jurídica, em que os sujeitos constroem uma conclusão, que represente o que crêem menos arbitrário para ela. Inserir-se-á a Decisão Penal nesta perspectiva.

Ao buscarem racional e individualmente resultados pragmáticos,⁶⁴ não têm conhecimento prévio da posição do outro (auditório ou outro falante ouvinte) sobre todos os elementos a serem debatidos. Necessitam, então, formar alguma proposta dialeticamente e em conjunto. Do contrário não necessitariam de debate, podendo usar o arbítrio puro para tomar conclusões e/ou decisões. Não é esta visão que deseja-se aplicar para a Decisão Penal. No Processo, as partes, reconhecendo a discordância e objetivando a condenação ou a absolvição, comunicam discursos para tentar esclarecer entre elas a apreensão subjetiva da linguagem por cada um, para formar uma Decisão que de alguma forma corresponda a seu entendimento.⁶⁵

Esta característica dialética entre as partes, na interpretação de ROSA,⁶⁶ é um ponto de aproximação entre FAZZALARI e HABERMAS. Ele só se apresenta através da linguagem em atos de fala que devem ser proferidos, em especial, na Decisão. A conclusão direcionada a alguma das pretensões das partes só é apreensível por um discurso exposto em que ambas as partes têm a possibilidade de contradizer à outra até se encontrar uma pretensa validade e verdade aceitável no que é falado, ou seja, de uma razoabilidade⁶⁷ (que no caso do Processo Penal deve, corresponder a pretensões direcionadas a liberdade argumentativa).

Como assumido pelos autores,⁶⁸ o juiz não é perfeito (não tem uma racionalidade correlata ao cartesianismo),⁶⁹ pelo contrário é vinculado a uma capacidade de decisão em que o discurso e a argumentação através da linguagem, em especial da retórica, tomam força para

⁶⁴ Significado depreendido das idéias de compreensão mútua e entendimento de uma ação (comunicativa) cuja única coação é a do melhor argumento, para não produzir arbitrariedade através do estabelecimento de relações interpessoais. HABERMAS, 1996, pp. 9 e 55-56 (para ilustrar)

⁶⁵ Neste momento é cabível recorrer a outra citação exposta por LOPES JR, 2009, p.48 de Calamandrei, (CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**, V3, p.223), "*O triunfo do processo depende, outrossim, de 'saber-la expor, encontrar quem atenda, e queira dar, e por último um devedor que possa pagar'*". A expressão "exposição" pressupõem uma relação discursiva através da comunicação e linguagem, por sua vez, tanto o "encontrar quem atenda" ou "queira dar", quanto o "possa pagar", dependem de uma relação comunicativa. Estas determinações devem vir acompanhadas por alguma argumentação que permita depreender racionalmente os sujeitos delas e o pertinente efeito, algo que lhe aproxime do que vai ser chamado de justiça na decisão.

⁶⁶ ROSA, Alexandre M. R. **Decisão Penal: A Bricolagem de Significantes**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp.267-269

⁶⁷ O juiz não fica adstrito a apreensão da validade do que lhe é dito. Não observa só a pretensão de validade, mas de veracidade e eficiência, como também forma relações estratégicas com as partes para convencê-las de que sua decisão foi boa ou até para sobrepujar a racionalidade com uma arbitrariedade. O juiz dentro do processo fica inserido dentro de um fluxo argumentativo onde fluem ações estratégicas e ações comunicativas fortes e fracas, onde ele demonstra a concordância do que lhe é proposto e do que propõe com normas, com o mundo objetivo e com o mundo social que compartilha intersubjetivamente com as partes.

⁶⁸ Crítica ao juiz Hercules de Dworkin feita por HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. II, 1997, p.266 (para ilustrar) "*Juízes escolhem princípios e objetivos, construindo a partir daí teorias jurídicas próprias, a fim de 'racionalizar' decisões, isto é, dissimular preconceitos com os quais eles compensam a indeterminação do direito'*"; PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, pp.542-543

⁶⁹ LOPES JR, 2009, pp.113-122.

formar consensos.⁷⁰ Através da retórica é possível entrar em contato e relacionar-se com o juiz, intersubjetivamente, através da linguagem.

Em consonância, todos estes três autores reafirmam o caráter de incerteza que ronda o Processo, seja na linguagem, seja na sua conclusão. Apesar disso, algo próximo a certeza deve surgir, ainda que seja uma mera ilusão (alguma pretensão), algo que possa seguir o percurso da racionalidade e que permita encontrar reflexivamente ou reconstrutivamente⁷¹ (ainda que não exaustivamente) algum referencial para a Decisão (que na perspectiva dos autores corresponde à liberdade argumentativa) .

Assim, tendo em vista as propostas anteriores, construir-se-á a dissertação para esclarecer a razoabilidade-racionalidade dentro do diálogo lógico-jurídico da Decisão Penal, expondo a visão argumentativa de PERELMAN e a construção do discurso em HABERMAS. Ambas as visões serão inseridas numa relação, na qual, necessariamente, deve haver algum entendimento entre os sujeitos que dela participem para que a arbitrariedade não fique sem norte, sem racionalidade ou inteligência alguma, especialmente no Processo Penal no qual o sujeito (pessoa ou indivíduo) depende da argumentação para conservar sua integridade e liberdade.

Para isso, propõe-se primeiro observar (I) as raízes epistemológicas que servirão para a construção da “verdade”, debatendo a razão e a racionalidade em HABERMAS e PERELMAN, investigando a “verdade” e a pretensão de veracidade, a relação desta com a linguagem, com os consensos, Justiça e Processo, todos circunscritos na sociedade, na história ou no mundo da vida, através da tradição ou da pragmática; para (II) tratar sobre: a Linguagem Natural e a Linguagem Jurídica que servem ao Processo, os reflexos da tradição sobre a linguagem jurídica através dos lugares-comuns, os reflexos da lógica sobre estas linguagens, recorrendo, então, ao conceito de razoabilidade conforme o depreendido dos autores acima expostos, sempre tendo em mente a necessária formação de consensos, incluindo assim a moral; conspirando para tratar sobre: (III) o Processo como contraditório (segundo FAZZALARI) no qual interagem o entendimento e a estratégia que motivam o auditório a aceitar uma argumentação exposta numa Decisão, que persegue sua própria validade, especialmente, na moral para então concluir com mais um esclarecimento que não foge à vida.

No incurso sobre a (I) Epistemologia (1) ter-se-á o foco na racionalidade proposta como Discurso segundo HABERMAS e como Argumentação segundo PERELMAN (2)

⁷⁰ Tome-se aqui este termo como sinônimo de entendimento ou pretensão para o convencimento.

⁷¹ Com o auxílio da proposta de HABERMAS, 1996, p.27

relacionando-as à busca (pretensiosa) da verdade num caminho onde tanto o consenso quanto a pragmática a fundamentam. Quanto ao (II) Procedimento e a Linguagem, abordar-se-á: (1) a natureza da linguagem para os autores anteriores, seu aspecto natural, o aparecimento da linguagem jurídica e dos lugares comuns que auxiliam a construção processual da justiça, analisando a presença da lógica, da dialética e da retórica que induzem a construção de um procedimento argumentativo que permite alcançar uma pretensa Decisão Justa; (2) no entanto, esta Justiça só é alcançada com a presença de uma razoabilidade, dentro de um Processo, dependente do combate a arbitrariedade e da formação de consensos sobre os pontos de vistas morais (vertidos para a liberdade argumentativa no Processo Penal) . Contribuindo para (III) entender as finalidades do Processo que se funda (1) no elemento contraditório que intenta encontrar o entendimento nas ações das partes, que delineiam (2) a motivação de uma decisão frente a um auditório obedecendo aos princípios pertinentes, sendo que tais princípios encontram suas forças numa fundamentação aceitável.

Esclarece-se, desde já, que para comunicar os significados da Decisão Penal, seja para as partes, como auditório particular, seja para o Auditório Universal (incluindo como aproximação, a sociedade) como relação discursiva, é necessário que a Decisão Penal recorra a significados presentes mais na Linguagem Natural que na Linguagem Jurídica, dentro do processo dialético-dialógico entre os sujeitos, recorrendo ao mundo da vida e aos lugares comuns, fazendo que a justificação presente nela corresponda a um consenso momentâneo (embasado naqueles) e em constante devir em direção a racionalidade, presunções de verdade e legitimidade, mantendo o compromisso da defesa dos sujeitos e seu mundo.

1 BASES EPISTEMOLÓGICAS

Os primeiros passos para tentar reencontrar a razoabilidade-razionalidade dos significados de uma Decisão Jurídica são reconstruir a epistemologia que a envolve. Este passo destina-se a reconhecer qual o conhecimento que torna válido os significados e as proposições que virão ser apresentadas tanto no discorrer deste trabalho quanto na Decisão Penal.

HABERMAS e PERELMAN apresentam proximidades no tocante ao que seria um conhecimento racional, mas os nuances para esta determinação levam a caminhos divergentes em amplitude e conseqüências. Ambos reafirmam a necessidade de justificação para as proposições numa relação falantes-ouvintes ou num auditório. HABERMAS frisa a importância da racionalidade comunicativa que busca o entendimento entre comunicantes, frente à necessária reconstrução da racionalidade e de todo conhecimento que não logra existir sem um que lhe anteceda;⁷² PERELMAN debruça-se na argumentação, em muitos momentos, como equivalente a própria racionalidade,⁷³ buscando a universalização de proposições através do convencimento e persuasão de um auditório.

Mas não só o elemento racional é necessário para estabelecer o conhecimento válido, encontrar a verdade das proposições é tão importante quanto, para estabelecê-lo. Outra vez, ambos os autores apresentam conclusões semelhantes, mas de amplitudes diferentes, que rondam a argumentação e/ou a formação discursiva dos consensos. HABERMAS para chegar as “pretensões” dos atos de fala⁷⁴ (qualquer emissão articulada em linguagem) que intentam encontrar sua validade, reconstrói o “*mundo da vida*”,⁷⁵ propondo uma teoria que se pretende universalmente válida. PERELMAN, por sua vez, reduz sua proposta à formação de consensos e de acordos para responder com maior facilidade e simplicidade à construção da noção de Justiça, especialmente, a Formal.

Como então são estas propostas?

⁷² Daí a presença de um mundo da vida intersubjetivamente compartilhado que serve de base com interpretações simbólicas anteriores através das quais podemos problematizar a relação comunicativa. (HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa: Crítica de la Razón Funcionalista, vol. II.** Madri, Taurus, 1987, pp.176-177).

⁷³ Como por exemplo PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005 pp.184-185 e 343-344, IDEM, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**.2005, p.4, PERELMAN, Chaïm, **Retóricas**. Rio de Janeiro, Martins Fontes, 2004, pp.263-264, etc.

⁷⁴ HABERMAS, 1996, pp.58-60.

⁷⁵ Especialmente em HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Crítica de la Razón Funcionalista, vol. II.** 1987, pp.170-210.

1.1 Da Racionalidade

A racionalidade é tema fundamental para ambos os autores. Dela resulta a fiabilidade de nosso conhecimento, pois serve como medida para a validade de nossas proposições (expostas em atos de fala e destinadas a auxiliar o convencimento que nossos argumentos possam causar, pois são elementos necessários para a inteligibilidade daquele). Estas são, respectivamente e de maneira reduzida, as perspectivas de HABERMAS e PERELMAN. É, todavia, insuficiente apenas abordar desta maneira. Detalhes que mantêm íntima relação com a racionalidade como a justificação e a fundamentação,⁷⁶ comuns a ambos os autores (mas abordados de maneiras diferentes), não podem ser ignorados.

Aqui se destaca HABERMAS, pois trata com grande profundidade as relações comunicativas incluindo-se, com sua própria interpretação, dentro da Teoria da Argumentação.⁷⁷ Inicia-se a apreciação da racionalidade através deste autor, pois sua proposta não se destina exclusivamente ao Direito, ao contrário de como se depreende de PERELMAN, mas a toda comunicação, ou seja, qualquer relação em que haja *“utilización comunicativa de saber proposicional em actos de habla”*.⁷⁸

As proposições se dão num discurso⁷⁹ que exige argumentos, justificações e fundamentos, seja para aproximar o entendimento entre os sujeitos falantes-ouvintes na visão de HABERMAS sobre a Racionalidade Comunicativa, seja para convencer e/ou persuadir um

⁷⁶ MONTEIRO, Claudia Servilha. Fundamentos para uma Teoria da Decisão Judicial, XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte, 2007. **Anais...** Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008, p. 6109, disponível em: http://www.compedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf. *“Se um conjunto de escolhas determina uma decisão, a responsabilidade por ela conduz à necessidade de sua fundamentação, por isso o campo teórico do fenômeno decisório versa sobre a justificação racional dessas escolhas e permite racionalizar o processo de tomada de decisões. A justificação por sua vez é um princípio metodológico que busca ampliar a margem de racionalidade de um raciocínio ou de uma ação e que fornece a base racional para a tomada de posições.”*

⁷⁷ Ao tratar a argumentação como um meio de encontrar a verdade cooperativamente (HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I.** 1987, p.60), intenção também presente em POZZEBON, Fabrício D. A. **Reflexos da Crise do Conhecimento Moderno na Jurisdição: Fundamentos da Motivação Compartilhada no Processo Penal.** Porto Alegre, Tese, Faculdade de Direito da PUCRS, 2005, pp.329 e337, apresentando nesta última a visão do autor anterior quanto a construção de uma verdade consensual.

⁷⁸ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I.** 1987, p.27.

⁷⁹ HABERMAS, 1996, p.108. Idéia compartilhada pela teoria da argumentação.

auditório na visão de PERELMAN.⁸⁰ Mas nem todas as proposições podem ser incluídas em discursos que se pretendem racionais.

A contemporaneidade não consegue mais aceitar discursos de conteúdos míticos para responder à realidade, especialmente no que toca ao Estado laico, ao Direito e as normas, pois este conteúdo se contrapõe à possibilidade de um entendimento, por não lograr ser intersubjetivamente comunicados sem apelar a uma visão totalizante da realidade⁸¹ (o que não condiz com as apreciações subjetivas individuais do mundo e da vida).

PERELMAN apresenta uma visão semelhante quanto ao abandono dos mitos,⁸² no entanto, a vinculação da racionalidade não está diretamente relacionada ao uso dos atos de fala, mas sim à argumentação, apesar desta trabalhar, essencialmente, com a fala. Na argumentação, o autor insere os sujeitos (objetivados) dentro de uma noção abstrata que compreende a relação argumentativa entre eles, os Auditórios, nos quais a racionalidade se expressa.

A própria racionalidade, porém, confunde-se com a argumentação, pois ambas destinam-se a formar o convencimento dos integrantes do auditório (universal)⁸³. Este convencimento serve para ampliar a aceitação sobre as noções e, conseqüentemente, para permitir a aproximação à “verdade” e para guiar as ações (racionalizadas através dele) no mundo.

1.1.1 Racionalidade como Discurso em HABERMAS

⁸⁰ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, pp.29-34.

⁸¹ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Crítica de la Razón Funcionalista, vol. II**. Madri, Taurus, 1987, pp.120-121 e 127.

⁸² PERELMAN, **Retóricas**, 2004, pp.255-256 e 263

⁸³ Note-se que os recortes da racionalidade aqui propostos são posicionamentos distintos aos usados por GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2001.p.180 que opta por aplicar a racionalidade em sentido lógico a análise das motivações das decisões penais, sem desconsiderar a racionalidade “axiológica” vertida para apreciações éticas e de mérito da decisão penal. Dá-se isto, pois para ambos os autores é justamente o aspecto axiológico (nos termos de Gomes Filho) o responsável por reger toda a racionalidade, uma vez que a lógica formal, como se verá, não corresponde na sua totalidade à argumentação. Assim enquanto o autor dá mais peso à lógica como não contradição ou necessidade de congruência, os autores aqui tratados, especialmente Perelman, darão mais peso a lógica informal que redundará acima de tudo na aceitação. Ponha-se em relevo, no entanto, que todos os movimentos lógicos propostos por Gomes Filho como se observa em páginas anteriores (IDEM,p.178) tem como finalidade uma aceitação, o que permite aproximar-lhe da proposta de Perelman (como se observará a seguir); ou seja, a Decisão Penal deverá ser construída para convencer através de uma trama argumentativa, que pode muito bem usar de recursos lógicos.

O discurso gera uma correlação entre as várias facetas da racionalidade segundo HABERMAS, incluindo nelas o saber, o agir e a fala. A cada uma delas corresponde um tipo de racionalidade,⁸⁴ epistêmica, teleológica e comunicativa, todas integradas na visão discursiva. Através do discurso, o ser humano compreende reflexivamente sua ação através de uma linguagem dependente do conhecimento que construiu.

Esta proposta sobre racionalidade permite constatar quando o ser humano torna-se capaz de perceber a validade de suas próprias pretensões. Assim, a própria racionalidade discursiva atrela-se a uma reflexão sobre o quê se faz, o quê se pensa e o quê se diz (o que confronta diretamente com o uso dogmático do Direito⁸⁵ em contraste com as próprias crenças que cada indivíduo tem). O discurso será, então, um ato de reflexão em que a ação humana é posta à prova pelo sujeito; e a racionalidade discursiva, o procedimento que o põe à prova (o que se assemelha ao entendimento de PERELMAN).⁸⁶ O que não logra encontrar alguma fundamentação (através destes passos justificativos) será discursivamente irracional. A racionalidade, ao mesmo tempo, exige uma fundamentação questionável para constatar a validade das ações que contenham alguma proposição apresentada por alguma performance.⁸⁷

Apesar disso, no mundo objetivo onde as atividades orientadas a fins (e/ou sucesso) o instrumentalizam e os sujeitos não se encontram necessariamente em sincronia⁸⁸ (mas numa relação próxima ao contraditório de FAZZALARI),⁸⁹ é necessário uma relação comunicativa entre eles. Alguma fundamentação deverá reafirmar para o outro sujeito a validade deste discurso (reflexão) apelando à linguagem intersubjetiva o que revela a faceta comunicativa da racionalidade discursiva. Aliás, o saber verdadeiro e o saber falso só podem ser encontrados a partir do momento em que haja uma reflexão sobre eles, não só íntima, mas compartilhada e correspondente ao objeto, dentro da vida, para não configurarem-se mitos⁹⁰ ou dogmas.

⁸⁴ HABERMAS, 2004, p.101.

⁸⁵ Pois o uso dogmático do Direito apela a relações lógico-formais, inferenciais ou silogísticas como se depreende de PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.2, IDEM, **Lógica Jurídica**, 2004, pp. 129-130 e de HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. II, 1997, pp.210-212 ao tratar sobre da necessidade do Direito se submeter a uma contextualização e princípios.

⁸⁶ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.16.

⁸⁷ HABERMAS, 1996, p.59.

⁸⁸ Depreendido de SAUSSURE, 1945, p.107, vista como relação de adequação entre os sujeitos desde uma perspectiva estática.

⁸⁹ FAZZALARI, 2006, p.122 em posições dispares em detrimento do movimento de seus opositores

⁹⁰ Termo a ser tratado nos capítulos seguintes, mas aqui com o sentido de poder anônimo ou total não reconstruível racionalmente.

1.1.1.1 Racionalidade Comunicativa

A racionalidade comunicativa responderá o como construir fundamentações e justificações para a reflexão discursiva válida no meio comunicativo (relação entre falantes ouvintes e não monológica). HABERMAS destaca que a racionalidade discursiva não abrange somente uma visão comunicativa, mas também uma teleológica e uma epistêmica, destacando sempre a primeira, pois esta depende de uma “referenciação a uma segunda pessoa”⁹¹ o que é essencial ao Direito (ainda mais no Penal que depende, especificamente, de outro sujeito e sua ação).

Neste ambiente, a racionalidade teleológica⁹² pauta-se por uma meta estabelecida pelo agente, sem levar, obrigatoriamente, em consideração a participação de outros sujeitos sobre a intenção daquele. Ela destina-se a observar a consciência do agente sobre a realização e o êxito da ação, assim como sobre as motivações que levaram a esta execução e êxito. Esta visão sobre a racionalidade, no entanto, recorre à necessidade de um ambiente discursivo anterior e presente ao ator que ponha à prova a consciência da realização e os motivos para a escolha da execução quando destinada a causar algum efeito no mundo.

Assim, a racionalidade teleológica necessita recorrer a um espaço comunicativo (para ser pragmática) que lhe proponha a linguagem e a informações que servirão à análise da ação. A comunicação através dos atos de fala e a racionalidade correspondente a esta servirão como base para a reflexão da intencionalidade do que é proposto pelo agente.

Mas não só a racionalidade teleológica mantém relação com a comunicativa quando direcionada à persecução de fins ilocucionários⁹³ e de efeitos no mundo; a racionalidade epistêmica também recorre à linguagem, pois necessita dela para estabelecer o conhecimento válido sobre as coisas. O “ ‘saber o quê’ esta implicitamente ligado ao ‘saber por quê’ ”,⁹⁴ exigindo justificações que retornam à relação de linguagem quando apelam à fundamentação e/ou à crítica que estabeleça a “verdade”.

O centro principal tanto da racionalidade teleológica, quanto da epistemológica (subsumidas pelo ambiente discursivo), ronda à fundamentação e à argumentação, provocando um retorno ao “por quê”, que só logra ser estabelecido por uma relação de linguagem em que as manifestações ou as emissões dos agentes são postos à prova nas suas

⁹¹ HABERMAS, 2004, p.10.

⁹² HABERMAS, 2004, pp.106-107.

⁹³ HABERMAS, 2004, pp.106-107.

⁹⁴ HABERMAS, 2004, p.104.

relações de validade (verdade do enunciado e eficácia da ação).⁹⁵ Dessa maneira, caso a ação seja pautada pelo uso da racionalidade comunicativa, alcançar-se-á uma resposta sobre a validade que alimenta as racionalidades anteriores, pois esta se destina a formação de consensos através da anuência⁹⁶ dos integrantes de uma relação argumentativa que supera a subjetividade individual, entrando em contato com as convicções motivadas, que mantém a unidade entre o que há de objetivo e de intersubjetivo na vida.

A partir da fundamentação os comunicantes conseguem entender-se sobre algo no mundo, propondo sua pretensão de validade sobre este; a outra parte propõe sua crítica através de outra pretensão, tornando-se racional o que encontra o entendimento⁹⁷ com o outro sobre algo no mundo (o que não significa consenso, mas aceitação da validade da proposição). É sobre esta base que trabalha o Processo Penal, uma vez que ele não intenta fazer uma representação pura de um fato ou coisa, mas afirma fatos que pretendem ser reconhecidos publicamente (principalmente por parte da acusação, pois a defesa ainda pode trabalhar sobre a indeterminação dos fatos).

1.1.1.2 Superação dos Mitos e Racionalidade

HABERMAS propõe a racionalidade comunicativa para superar as visões míticas da realidade que não conseguem tornarem-se inteligíveis.⁹⁸ O intuito principal é tentar estabelecer a possibilidade de um modo de vida racional, compreendendo as estruturas que pertencem ao *mundo da vida*.⁹⁹

O autor aponta inicialmente que as imagens míticas não conseguem adequar-se ao entendimento de racionalidade discursiva, apesar de darem uma aparência de unidade de tudo que há na vida através do mito. O mito apresenta uma perspectiva totalizante sobre o contorno geográfico, social, econômico, entre outros elementos, através de representações primitivas¹⁰⁰ que se contrastam e assemelham-se numa combinação una e/ou total. Nesta proposta, a

⁹⁵ IDEM, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I.** 1987, p.26.

⁹⁶ IDEM, p.27.

⁹⁷ HABERMAS, 2004, pp.117-118 Entendimento formado através das finalidades ilocutórias presentes nos atos de fala.

⁹⁸ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Crítica de la Razón Funcionalista, vol. II.** 1987, pp.120 Inteligibilidade como processo de racionalização

⁹⁹ IDEM, pp.171 e 186-187 (apenas para ilustrar, sem aprofundar o conceito de mundo da vida e o como este aporta imagens já interpretadas que permitem a existência de uma racionalidade comunicativa)

¹⁰⁰ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I.** 1987, p.73.

analogia responsabiliza-se por tecer a correspondência entre todos os fenômenos sem responder ao “*intuitivamente apreensível*”.¹⁰¹

Para isto, esta rede recorre a “*poderes anônimos*”¹⁰² que humanizam a natureza (seus fenômenos) igualando-a à cultura (e vice-versa), fazendo correspondê-la a uma prática que o controla, ainda que imaginária e magicamente. Mas isto “*no permite una clara distinción categorial entre cosas personas, entre objetos que pueden manipularse y agentes, sujetos capaces de lenguaje y acción...*”,¹⁰³ fazendo que tudo torne-se um todo. Ao mesmo tempo, a própria linguagem confunde-se com o mundo.

O mundo contemporâneo, porém, não aceita esta perspectiva, pois deseja ser racional e, através desta racionalidade, estabelecer a validade universal das proposições advindas de desacordos na linguagem (que as compreensões míticas não conseguem reunir). Estes desacordos necessitam que as imagens que o mundo nos apresenta não contenham uma única dimensão unitária entre o mundo como objeto, o mundo que socialmente compartilhamos e o mundo que, subjetivamente, introjetamos.

HABERMAS de acordo com Piaget¹⁰⁴ indica que o ser humano passa por um processo de aprendizagem em que sua compreensão não detém ou integra um mito total anterior a ele, mas que se desenvolve ampliando a sua racionalidade através de suas relações com o mundo da vida, nas interações sociais com objetos e consigo mesmo. Superando uma compreensão unitária, com o diferencial destes ambientes, ao invés de recorrer a uma resposta fundada nas relações analógicas, a proposta do autor permite a distinção entre o que nos é interno e o que nos é externo, assim como a distinção entre o nosso mundo subjetivo e o dos demais.

A divisão entre mundo exterior e o interno que os mitos reúnem, também é superada quando objetivado o mundo, o que permite interações instrumentais com as imagens deste sem que sejam uma mera reprodução do mágico.¹⁰⁵ No entanto, esta objetivação necessita de um ambiente interpessoal que se comunique com as vivências internas de cada indivíduo, representadas pelo conceito anteriormente exposto, através de uma linguagem intersubjetivamente compartilhada.

¹⁰¹ IDEM, p.74.

¹⁰² IDEM, p.76.

¹⁰³ IDEM, p.77.

¹⁰⁴ IDEM, p.32. O processo de aprendizagem da linguagem também está presente em POZZEBON, 2005, p.329 como constituinte do que se considerará verdade.

¹⁰⁵ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social**, vol. I. 1987, pp.80-82.

Esta perspectiva que aceita a divisão da vida em outras esferas componentes e dependentes de um desenvolvimento do conhecimento humano (social, subjetivo e objetivo) não redundaria numa perspectiva totalitária correspondente ao mito (seja ele do amor divino, criação, etc). Dá-se abertura, assim, a uma racionalidade discursiva que, ao contrário de responder de única maneira, permite argumentações que podem se contrapor tendo um substrato em comum que não é um “todo” e que não equivalem a ele, mas pretendem sê-lo.

Ainda nesta visão sobre a superação dos mitos, HABERMAS aponta que a construção de um *mundo da vida*, que compreende estas divisões da realidade em objetiva subjetiva e social. Tal mundo é um fundo que “*acumula el trabajo de interpretación realizado por las generaciones pasadas;...*”¹⁰⁶ o que reforça a incompletude que ele representa e a necessidade de novas interpretações próprias a cada um para validar a realidade. O Direito, seguindo esta interpretação dependente de um mundo que necessita de comunicação e argumentação para existir, é construído não através de um mito total que o inclui dentro da própria natureza, mas através da possibilidade de ser justificado argumentativamente dentro de um seio social que observa um objeto e apela ao entendimento entre sujeitos com apreensões próprias sobre ele, necessitando, portanto, de uma linguagem que tenha elementos assegurados anteriormente (o que permite visualizar o Processo Penal como um decorrer no tempo não restrito a apenas um caso).

1.1.2 Racionalidade como Argumentação em PERELMAN

PERELMAN, ao contrário de HABERMAS, não estabelece uma divisão conceitual da vida, mas apela diretamente à argumentação como critério de racionalidade,¹⁰⁷ sem focar as relações comunicativas que remontam à racionalidade. Tende a uma perspectiva mais dogmática,¹⁰⁸ ainda assim, muito humana por reinserir a retórica e a dialética como elementos determinantes da racionalidade.

Como o autor anterior, aliás, participando da base teórica daquele, direciona a racionalidade à capacidade de persuasão e de convencimento que o ser humano tem. A partir

¹⁰⁶ HABERMAS, *Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social*, vol. I. 1987, p.104, e PERELMAN, *Tratado da Argumentação: A nova retórica*. 2005, p.22.

¹⁰⁷ Como se depreende de toda a sua obra e como se observa, por exemplo em PERELMAN, Chaïm. *The Realm of Rhetoric*. Indiana, University of Notre Dame, 2008, PP.1-8 (especialmente p.4) ao tratar sobre a racionalidade como argumentação especialmente através da dialética e retórica em detrimento da analítica

¹⁰⁸ Superficialmente pois sua Teoria da Argumentação deixa o orador livre.

disto, propõe conceitos que auxiliam a compreensão desta visão da racionalidade, os Auditórios.

Os auditórios circunscrevem o ambiente de diálogo entre os seres humanos em que cada um tenta propor uma verdade ou um fim pretensamente universal.¹⁰⁹ O racional vem com a possibilidade de “*utilizar enunciados e meios de prova*”,¹¹⁰ para obter a adesão de outras mentes, num ambiente em que as mentes se encontram, para, então, tentar encontrar uma universalidade.

O universal é uma construção da própria mente do orador, uma abstração que varia como as informações que servem de substrato ao pensamento. O racional “*não é eterno, portanto; ao contrário, cada época, cada civilização, mesmo cada disciplina tem sua concepção do racional, da ‘consciência coletiva do racional’ à qual nos dirigimos e cuja adesão solicitamos*”¹¹¹.

Embora seja uma abstração, ao fazer referência ao contexto, ele depende da expressão singular, este sim real. O particular (singular) absorve as expressões dos espíritos individuais, a argumentação, que requer uma linguagem comum entre aqueles. Com esta linguagem e com o contato entre os espíritos o argumento apela à adesão dos interlocutores, ao consentimento e à participação mental na proposição dada.

Este “*conjunto daqueles que o orador quer influenciar com a sua argumentação*”¹¹² servirá para estabelecer o racional particularmente, mas, aumentando sua amplitude (em relação ao número de participantes do auditório), ainda que hipoteticamente, é possível projetar um universal.¹¹³ É certo que este conjunto, na realidade, não se apresenta uniforme ou idêntico ao orador (da mesma maneira, o orador não é sempre o mesmo indivíduo), daí a necessidade de argumentar para convencer os demais que participem dele sobre a racionalidade do que é proposto.

É necessário destacar, novamente, que tanto o auditório, o orador, quanto a própria racionalidade ficam em trânsito. Nenhum deles ocupa uma posição definitiva, eles mantêm uma dependência contextual com a interação auditório-ouvinte,¹¹⁴ se o auditório, o próprio orador ou a racionalidade alteram suas posições com os argumentos do orador, a

¹⁰⁹ PERELMAN, **Retóricas**, 2004, p.263, a semelhança de Habermas mas sem muitos pormenores

¹¹⁰ PERELMAN, **Retóricas**, 2004, p.263.

¹¹¹ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.138.

¹¹² PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.22.

¹¹³ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.22.

¹¹⁴ O que se aproxima à pragmática nos termos de Habermas (como dependência da interação de entendimento a ser tratada posteriormente).

racionalidade anterior a esta argumentação não terá os mesmos fundamentos que a racionalidade presente.

A alteração constante que recorre a uma linguagem não foi tão pormenorizada por PERELMAN, ao contrário de HABERMAS.¹¹⁵ Mas ambos os autores convergem quanto a racionalidade que só consegue ser alcançada através de uma argumentação (com uma linguagem compartilhada) que busque, pelo menos, o entendimento¹¹⁶ e/ou, mais profundamente, o convencimento na interação orador-auditório.

PERELMAN também, assim como HABERMAS, não dá certeza à racionalidade, a não ser sobre o meio para alcançá-la (discurso), contrariando a perspectiva dogmática que ronda o “cientificismo”¹¹⁷ e positivismo. O Direito nesta visão também apela à argumentação para ser racional, à perspectiva universalizadora e ao entendimento através da linguagem.

Como implicação desta visão, o Direito racional é aquele que se mostre presumidamente válido para todos, pois deve convencer a todos, o que o aproxima, ainda mais, da proposta de HABERMAS e, ao mesmo tempo, assegura a não coação e a não arbitrariedade. De qualquer maneira, é necessário um maior aprofundamento sobre os ambientes em que a argumentação é dada tanto para aproximar os autores, quanto para precisar ainda mais a racionalidade.

1.1.2.1 Auditórios

PERELMAN vê os auditórios como ambientes presumidos e construídos pelo orador para tornar eficaz sua persuasão através da argumentação. São ambientes em que o orador, nebulosamente, tenta categorizar, sociologicamente e psicologicamente, os indivíduos concretos em diferentes amplitudes, sempre buscando uma maior adequação com sua própria experiência.¹¹⁸

Como se depreende da proposta, o autor deseja representar a interação comunicativa e cada ouvinte e orador dentro desta abstração neste conceito. Os auditórios são uma forma de

¹¹⁵ Quando trata do mundo da vida e seu aporte (como reprodução cultural) simbólico para a interação comunicativa, HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Crítica de la Razón Funcionalista, vol. II**, pp.200.

¹¹⁶ O que se depreende de PERELMAN, **Retóricas**, 2004, pp.25-27 ao tratar sobre o nominalismo e a necessidade de acordos sobre os significados.

¹¹⁷ PERELMAN, **Retóricas**, 2004, pp.255-264.

¹¹⁸ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.22.

subsumir as imagens que esta interação apresenta em categorias instrumentalmente¹¹⁹ manipuláveis pelo orador, para adaptar seu discurso (e a si mesmo, pois também é convencido pelos demais) e conquistar com maior eficiência a adesão dos espíritos dos integrantes daquele.

O autor estabelece três tipos de auditórios, sem excluir outras categorizações, mas lhes dando destaque por servirem de medida para a eficiência da argumentação utilizada. “*O primeiro, constituído pela humanidade inteira, (...), que chamaremos de auditório universal; segundo formado no diálogo, (...) pelo interlocutor a quem se dirige; o terceiro, (...), constituído pelo próprio sujeito, quando ele delibera ou figura as razões de seus atos.*”¹²⁰

O Auditório Universal, sendo uma grande abstração, absorve todos os demais, embora no auditório particular o orador ter maior contato e, portanto, controle sobre as reações do interlocutor frente à argumentação proferida, pois tem a possibilidade de obter conhecimento sobre as pretensões deste. O autor aponta que esta hiper-abstração é a melhor guia para a argumentação, pois permite que as pretensões desenvolvidas em direção a ele consigam, não só valer para singularidades, mas para qualquer outro momento ou auditório.

Note-se que este auditório absorve toda a intenção de alcançar a validade universal, admitindo a falibilidade humana, por ser fruto da imaginação do orador. Fato interessante é que o autor admite que este auditório pode criar coerção através dos argumentos construídos,¹²¹ ao transcender tanto as posições e as concepções do próprio orador quanto da suposta totalidade da humanidade num contexto determinado.

Este contexto é dado pelos Auditórios Particulares que aportam à abstração a concretude, sem, no entanto, deixar de pretenderem que a validade do que é tratado num ambiente restrito seja direcionada a um universal. Este ponto do auditório particular que constrói e apela ao auditório universal para formar uma verdade é semelhante à proposta de HABERMAS no que toca as pretensões de validade das proposições, apesar de mais restrito. No ambiente particular, o contato entre o orador e os interlocutores pretende criar uma validade para todos sobre o que é proposto.

A adesão formada com o diálogo no Auditório Particular não significa um indício de verdade,¹²² mas uma seta à pretensão universalizadora, contribuindo com o que os indivíduos agregam concretamente para a construção da verdade e não mera imaginação do orador que

¹¹⁹ Não é o auditório manipulado, mas os significados que este representa para orador que são manipuladas, preferencialmente em um diálogo consigo mesmo, para criar um discurso numa linguagem que este considere mais adequada àquele.

¹²⁰ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.34.

¹²¹ IDEM, p.35.

¹²² PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p. 40.

convenceria a todos. Para isto, segundo PERELMAN, os indivíduos devem durante o processo do diálogo, deliberar consigo mesmo,¹²³ introjetando o auditório universal¹²⁴ em conjunto com todas suas manifestações individuais (intuição e outras características incomunicáveis), refletindo se suas razões servem inclusive para um auditório total que o inclui, para forjar a sua crença e construir argumentos a serem comunicados aos demais.

Todos os auditórios dependem uns dos outros e sempre pretendem a uma universalização. A norma jurídica e a relação que surge no processo estão inseridas nesta visão. O processo é momento do diálogo, no qual as partes tendo já construído suas convicções íntimas, face ao que a norma apresenta como universal, tentam formar um acordo que se pretenda universal também.

A validade e a verdade do que é dito, frente a estes auditórios, são dependentes da persuasão e do convencimento que venham causar através dos argumentos que o orador propõe. Este ponto será analisado a seguir.

1.1.2.2 Persuasão e Convencimento na Decisão Penal

PERELMAN propõe a distinção entre a argumentação Persuasiva e a argumentação Convincente, a primeira destinada ao auditório particular; a segunda, a “*obter a adesão de todo ser racional*”¹²⁵. O convencimento é vinculado, portanto, à racionalidade.

O caminho para formar esta vinculação entre convencimento e racionalidade é contrário à proposta kantiana da oposição entre o objetivo e o subjetivo.¹²⁶ Para PERELMAN, quando o convencimento era fundamentado na verdade do objeto, só se admitiria a prova lógica, pois era a única válida a qualquer ser racional.

Os auditórios particulares não se submetem, no entanto, somente a este tipo de prova. Tanto os elementos subjetivos quanto os objetivos auxiliam a argumentação dada pelo orador neste ambiente, tanto mais quando se recorre à retórica. Persuadir, não corresponderia somente a provar um universal, mas pretendê-lo e usar artifícios argumentativos e/ou elementos não comunicáveis. O que corresponderia, inclusive, a uma aproximação subjetiva ao julgador, ou seja, um argumentar para sempre defender contra a violência.

¹²³ Ponto semelhante com Habermas quando trata do uso cognitivo da linguagem e uso interativo da linguagem, HABERMAS, 1996, p.82.

¹²⁴ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.46.

¹²⁵ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.31.

¹²⁶ IDEM, p.32.

Apesar de ser confusa, segundo o próprio autor, a distinção entre os dois termos, ao terem como pauta as características dos auditórios a que se referem, retorna à dependência que os auditórios mantêm uns com os outros. Depreende-se do autor que para persuadir, é necessário haver um convencimento (convicção formada num debate íntimo) dependente de um contexto.

Essa volta assemelha-se às pretensões de validade das proposições em atos de fala tratados por HABERMAS.¹²⁷ O orador, no respectivo auditório, remete ao interlocutor uma proposta, que deseja ser aceita, cuja racionalidade e verdade são postas à prova e que, então, poderá causar efeitos no interlocutor, preferencialmente, sua adesão.

O Processo como auditório particular é um ambiente em que cada parte, tornando-se orador, tem uma busca principal de persuadir um juiz que necessita criar uma decisão que pretenda tanto persuadir os integrantes da relação processual quanto convencer qualquer um que venha lê-la ou ouvi-la¹²⁸. Condenar alguém a prisão nestas visões não poderia repercutir numa violência desmedida e racionalmente inaceitável, pois em algum momento, como dito, não convenceria a alguém. De qualquer maneira, não é só a racionalidade que deve servir ao convencimento, também é necessário que ambos (racionalidade e convencimento) recorram à verdade para reforçar a persuasão que venham causar.

1.2 Da Verdade e Validade

A racionalidade, por si só, de nada serve num ambiente de diálogo em que não há certezas sobre as proposições. Ela necessita demonstrar o que os integrantes propõem dentro

¹²⁷ Tema repetido em inúmeras vezes em seus trabalhos ao qual apenas apresento, a título de exemplo, o recorte de HABERMAS, 1996, pp.98-102 (especialmente esta última página que apresenta uma tabela ilustrativa esclarecedora).

¹²⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2001.p.122 ,128, 136-137, especialmente esta última em que o autor levanta a possibilidade do juiz fazer uma interpretação de valores contrário a lei e conforme a Constituição (representante da 3ª pessoa do plural habermasiana) quando destinadas a proteção do controle decisório para evitar a arbitrariedade, ou seja quando a valoração seja explicitada o que possibilita a sua aceitação ou negação (o convencimento). O que impele a assunção, principalmente, dos valores exposto no art.3º. da Constituição Federal de 1988, ou seja, aplicar uma decisão penal de acordo com o desejo de criar uma sociedade livre, justa e solidária sem preconceitos de qualquer espécie, e que não corresponde a uma decisão voltada para a violência, ou seja, a arbitrariedade que avilta o outro. Importante citação do autor é: “... a obrigação de fundamentar escolhas valorativas adquire feição peculiar, devendo o juiz mostrar a racionalidade do emprego do standard na decisão correta, sobretudo em função do programa normativo do ordenamento como um todo, pois como ressalta Warat, esses termos são utilizados para obter a **consolidação e aceitação de valores dominantes na sociedade**”.(IDEM, p.142)(sem grifo no original).

do diálogo. A principal análise realizada para dar crédito às proposições (manifestações em argumentos) no diálogo é o que acreditamos ser verdade.¹²⁹

Tanto PERELMAN quanto HABERMAS acreditam que a “verdade” não guarda uma correspondência ontológica entre o fenómeno que se apresenta na vida e as manifestações discursivas transposta em linguagem.¹³⁰ O que é dito recorre a um entendimento entre os comunicantes para, então, serem análogos a uma “verdade” não definitiva, construída no discurso.

Ambos os autores propõem-se analisar como a argumentação torna-se capaz de convencer os participantes de um discurso. Enquanto HABERMAS não se detém somente na demonstração da “verdade”, mas de toda a validade que ronda a argumentação que gerará o convencimento; PERELMAN foca-se nas técnicas para formá-lo.

A racionalidade do discurso dependente do convencimento é dependente, também, portanto, da validade dos argumentos manifestos. Um argumento cuja validade não consegue ser questionada, não consegue ser racional.¹³¹ Um argumento que não consegue apelar ao entendimento, ainda que gere a “adesão” do espírito do interlocutor, também não é racional¹³².

Para pormenorizar as conclusões destes autores deve-se recorrer a seus fundamentos. Destacar-se-ão os principais pontos que impelem a formação de suas teorias sobre o convencimento.

HABERMAS para dar profundidade a sua proposta sobre a argumentação desenvolve a divisão dos mundos, sucintamente percorridos anteriormente, que servirão como substrato ao questionamento da validade da argumentação. Contribuindo para alimentar a racionalidade e validade das argumentações manifestas, recorrer-se-á a visão deste autor sobre a Pragmática Universal que se destina a “*identificar e reconstruir condições universais de possível compreensão mútua*”¹³³ das manifestações que os interlocutores proferem sobre as interpretações dos mundos que lhes são apresentadas. Isto para realizar-se um incursão sobre

¹²⁹ Destaque para POZZEBON, 2005, pp.323-356 especialmente pp.326, 328,333,334 e 337 em que apresenta as posições de William James, Austin, Heidegger, Foucault, Wittgenstein e Habermas, construídas de maneira muito mais objetiva para constatar a presença deste conceito na decisão judicial.

¹³⁰ HABERMAS, 2004, pp.47-49 (tanto que o autor apenas considera como pretensão a ela, citando inclusive Perelman no que toca a esta pretensão) e PERELMAN, *Retóricas*, 2004, pp.27 e 40.

¹³¹ HABERMAS, *Teoria de la Acción comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social*, vol. I, 1987, pp.37-36.

¹³² PERELMAN, *Tratado da Argumentação: A nova retórica*. 2005, p.16, o entendimento é anterior a adesão, se não há um “contato intelectual”, não há entendimento, e o auditório que aderiu a algo sem este entendimento não age como um sujeito, mas como um instrumento que, por não questionar, não permite inteligência.

¹³³ HABERMAS, 1996, p. 9.

os atos de fala e sobre as pretensões que representam a interpretação daqueles, na qual se inclui o Direito.

PERELMAN, apesar das conclusões semelhantes às de HABERMAS, quanto à verdade, dá um salto teórico. Não constrói a Pragmática Universal,¹³⁴ muito menos mundos a serem interpretados, mas aponta diretamente para a formação de acordos fundamentados numa linguagem (que pressupõem acordos anteriores à semelhança de Saussure)¹³⁵ que os construirá. A formação de acordos tem como objetos, especialmente, os fatos, as verdades,¹³⁶ os valores e lugares.¹³⁷

Para o autor, a “verdade” mantém dependência dos fatos e da argumentação dirigida ao auditório universal; enquanto que os valores, da dirigida ao auditório particular. No entanto, o Direito não trabalha somente com acordos sobre verdades, mas também através de juízos de valor nos quais a moral¹³⁸ é fonte de controvérsias argumentativas e elemento para a retórica.¹³⁹

Apesar da arbitrariedade que a moral e os valores escondem, e do apelo que o Direito faz a eles, quando destinado a construir a “Justiça”, torna-se necessário o estabelecimento de um conceito formal capaz de conjugá-los e dar-lhes racionalidade (ou pelo menos um aspecto lógico), a “*Justiça Formal*”.¹⁴⁰ Desta conjugação em que moral ou verdades funcionam como argumentos que se formará uma relação discursiva entre os integrantes de um Procedimento-Processo.

1.2.1 Das Pretensões em HABERMAS

O caminho proposto por HABERMAS para analisar a existência de pretensões nos atos de fala dá-se através da “*Pragmática Universal*”,¹⁴¹ mas antecedente a este, estão as relações que o homem tem com o seu próprio mundo.

¹³⁴ Apesar de tratar sobre o argumento pragmático em PERELMAN, **Retóricas**, 2004, pp.11-22, como argumentos sobre as possíveis conseqüências de um fato.

¹³⁵ SAUSSURE, 1945, p.42.

¹³⁶ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, pp.75-78.

¹³⁷ IDEM, pp.83-87 e 94-96.

¹³⁸ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, pp.239-240 e 246-247 (ao tratar sobre o senso comum em Rawls)

¹³⁹ IDEM, p.305.

¹⁴⁰ IDEM, p.250-253, Importante ressaltar a distinção entre o racional e o razoável posta nesta última página para preparar o leitor sobre o debate vindouro.

¹⁴¹ Desconsiderando os aspectos lingüísticos, HABERMAS, 1996, pp.20-21

A construção teórica sobre os mundos é o contexto para a racionalidade e a validade das manifestações dos falantes-ouvintes. Não só as manifestações lingüísticas se submetem aos mundos, mas toda e qualquer ação humana depende das imagens¹⁴² que estes subministram.

HABERMAS se apóia numa tripartição do *mundo da vida* em *mundo social*, *objetivo* e *subjetivo*, cada um possibilita um modelo de interação do homem. A linguagem, neste diapasão, surge no relacionamento entre estes mundos apropriados culturalmente.¹⁴³

Com estes mundos que fornecem as imagens e permitem a construção de uma linguagem, será aplicado o conceito de Pragmática Universal proposto pelo autor, para esclarecer o entendimento de um discurso. Este discurso é o elemento essencial ao Direito, pois, através daquele, intenta-se chegar “*a uma concordância que termine na mutualidade intersubjetiva de compreensão recíproca, no conhecimento compartilhado, na confiança mútua e na concordância entre os ouvintes*”¹⁴⁴ que fundamenta¹⁴⁵ este, lhe dá racionalidade e o retira da arbitrariedade de um poder absoluto, para transferi-lo à democracia (o que se espera de um Direito Penal “democrático”).

As manifestações dos falantes-ouvintes apresentam requisitos quanto à sua validade, para provocar o entendimento. Assim, após apresentar o substrato que corresponde aos mundos e o conceito de Pragmática Universal que apresenta as condições de entendimento, analisar-se-á a validade dos atos de fala, inclusive os direcionados a constatar a legitimidade das ações humanas e das normas jurídicas.

Ressalte-se que este tema será recorrente na presente dissertação, pois corresponderá a uma das visões que permitirá, a partir do entendimento, no Processo, que os significados apresentados no discurso da Decisão Penal sejam razoáveis-rationais.

¹⁴² HABERMAS, 1996, p. 9-102.

¹⁴³ HABERMAS, **Teoría de la Acción Comunicativa: Crítica de la Razón Funcionalista**, vol. II, 1987, pp.258-261. Conforme se depreende do autor ao criticar a tecnificação do mundo da vida que retira o espaço da de formação da opinião pública e, portanto, da ação comunicativa, ao bastar-se de outros processos que não uma interação lingüística “aberta”.

¹⁴⁴ IDEM, pp.12-13

¹⁴⁵ Quanto a esta fundamentação e a concordância (aceitação) é esclarecedora a proposição de CHAMON, 2008, pp131, “*O poder comunicativo gerado em discursos racionais é aquilo a garantir a legitimidade, inclusive, da produção do direito*” (apenas para ilustrar, pois o debate que o autor realiza vai muito além, disso sendo aconselhável observar também as páginas 172 e 173, por exemplo).

1.2.1.1 Mundos

HABERMAS apresenta uma divisão entre um mundo de objetos e estados físicos, um de estados mentais ou de consciência e outro de conteúdos objetivos do pensamento (problemas, teorias, argumentos e instituições sociais),¹⁴⁶ nos quais se apresentam enunciados verdadeiros.

Na interpretação de HABERMAS, o “*mundo objetivo*” mantém contato com o “*mundo dos estados mentais*”. Paralelamente, o “*mundo dos conteúdos objetivos do pensamento*” mantém relação direta com o *mundo dos estados mentais*, mas não com o *mundo objetivo*.¹⁴⁷ O mundo dos conteúdos mantém-se autônomo do primeiro, ou seja, ele necessita recorrer ao elemento subjetivo-individual que interpreta e dá nexos aos objetos ou estados físicos. Mas, ao mesmo tempo, não é um simples resultado dos estados mentais, pois também apresenta um caráter instrumental sobre o primeiro mundo e segundo mundo ao fazer teorias e ao propor argumentos sobre ambos.¹⁴⁸

Como HABERMAS deseja adaptar estes conceitos para uma teoria da ação, ele retira o perfil ontológico que os mundos detinham, abordando-os a partir da teoria da constituição da experiência, utilizando a dualidade “*mundo*” e “*mundo da vida*”.¹⁴⁹ É necessário ressaltar que o próprio conceito de mundo é interpretado por indivíduos já socializados, que detêm uma base cultural que lhes auxilia a determinar os respectivos conteúdos dos mundos. Há um *mundo da vida* compartilhado entre as subjetividades individuais, uma anterioridade da tradição cultural, que lhes permite questionar, interpretar e dirigir-se ao que existe nos mundos (objetivo, subjetivo e social).

Como segunda modificação, o autor, supera a proposta de autonomia do terceiro mundo (de Popper),¹⁵⁰ principalmente, em relação ao primeiro mundo, ao montar relação de

¹⁴⁶ HABERMAS, *Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social*, vol. I. 1987, p.115 e HABERMAS, *Teoria de la Acción Comunicativa: Crítica de la Razón Funcionalista*, vol. II, 1987, pp. 170-173

¹⁴⁷ IDEM.

¹⁴⁸ HABERMAS, *Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social*, vol. I. 1987, p.115 e HABERMAS, *Teoria de la Acción Comunicativa: Crítica de la Razón Funcionalista*, vol. II. 1987, pp. 170-173 e 180 (esta última com um organograma elucidativo)

¹⁴⁹ IDEM, *Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social*, vol. I. 1987, p.119

¹⁵⁰ POPPER, 1975, pp.108-123, especialmente p.108 em que o autor afirma que seu “*terceiro mundo se aproximaria mais de perto ao universo de conteúdos objetivos de pensamento de Frege*” e apresenta seu conceito dos demais mundos ou “universos”, indicando na página seguinte que este é o local da “crítica”; p. 110 e 114 em que o autor trata do seu conceito de epistemologia (conhecimento científico, sem cair na discussão de conhecimento subjetivo ou objetivo) que habitaria, exclusivamente, o terceiro mundo, ponto sobre o qual Habermas se opõe, pois o conhecimento também depende das apreensões subjetivas como apontado acima. Ainda complementando a discussão, as páginas 116 e 119 ao tratarem da existência de um mundo autônomo (e

dependência daquele com pretensões de validade¹⁵¹ que se relacionam com o mundo objetivo. O autor aponta este caminho para permitir que as esferas de valores culturais (e o saber) possam encontrar alguma maneira correspondência com o *mundo objetivo* (pretensa fonte de verdade). O *mundo social* (representante das tradições culturais) seria uma construção dependente desta validade sob substrato do *mundo da vida*,¹⁵² que reporta, também, às interpretações subjetivas.

O *mundo objetivo* corresponde à totalidade de enunciados verdadeiros (ontologicamente, um universo), segundo o autor.¹⁵³ No entanto, não é somente com o mundo objetivo que se mantém relacionamentos, muito menos, somente sobre ele que se estabelecem a comunicação.¹⁵⁴ Falamos sobre o estado dos objetos, das nossas apreensões sentimentais, etc.

Contraopondo-se a este ‘ontos’ (e ao mundo social), está o *mundo subjetivo*, que “*representa a totalidade das vivências as que em cada caso só um indivíduo tem um acesso privilegiado*”.¹⁵⁵ Ele não é compartilhado entre os indivíduos, apesar de ter um substrato no mundo da vida e manter relação com os demais mundos. Através do *mundo subjetivo* julgam-se os estados dos objetos e as “*expectativas normativas*”¹⁵⁶ a partir de uma perspectiva que nos é própria (egocêntrica). Esta última perspectiva é um elemento essencial ao Direito e à Decisão Penal, que não escapa a um posicionamento íntimo das partes, sobre as pretensas verdades que o *mundo objetivo* apresenta e sobre as normas que a sociedade dá (sobre a condenação, a absolvição e fatos).

biológico, como resultado humano) da crítica e da linguagem, que dependem da argumentação segundo o próprio autor (p.121), remontam para a apreciação subjetiva apontada por Habermas, do contrário não se convenceria sobre uma argumentação, mas apenas se realizaria um esforço operatório para demonstrar o objeto, sendo desnecessária a crítica.

¹⁵¹ IDEM, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I.** 1987, pp.114-115.

¹⁵² HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Crítica de la Razón Funcionalista, vol. II,** 1987, pp.179,187-193. Escolheram-se estas páginas, apenas para elucidar, pois caso fosse realizada uma reconstrução pormenorizada sobre este objeto esta dissertação perderia a sua temática.

¹⁵³ IDEM, p. 170.

¹⁵⁴ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I.** 1987, p.121.

¹⁵⁵ IDEM, p.81.

¹⁵⁶ IDEM, p.103.

1.2.1.2 Pragmática Universal

A partir dos mundos, inicia-se a análise do entendimento do que é transmitido entre falantes-ouvintes numa relação comunicativa que permite o discurso, ou seja, a “*identificação ou reconstrução das condições universais para a compreensão mútua*”.¹⁵⁷ O primeiro passo dado pelo autor, neste caminho, é identificar as bases de validade do discurso.

Qualquer ato de fala comunicativo emitido por qualquer ser humano racional tem pretensões de validade universal que ele mesmo supõe defensáveis frente aos demais falantes-ouvintes, para (caso queira) provocar a concordância destes. HABERMAS aponta o processo para apresentar as pretensões de validade¹⁵⁸ capazes de conquistar a concordância: “*a) a enunciar de forma inteligível; b) a dar (ao ouvinte) algo que este compreenderá; c) fazer a si próprio, desta forma, entender; d) atingir o seu objetivo de compreensão junto de outrem*”.¹⁵⁹ No caminho entre a propositura do inteligível (racional) à compreensão mútua que permite a concordância, o falante tentará expor uma pretensa verdade, exprimindo-a de maneira que tanto ele quanto seu ouvinte possam acreditar como verdadeira e de acordo com as normas e os valores da sua presente cultura (inclusive língua).¹⁶⁰ Daí então, caso os falantes-ouvintes estejam de acordo (à semelhança de PERELMAN como se verá) sobre a compreensão de uma expressão lingüística ou sobre o “*acerto de uma expressão relativamente a uma base normativa mutuamente reconhecida*”,¹⁶¹ ainda que não adstritas à identidade das razões dadas para fundamentar a validade das pretensões apresentadas nos atos de fala, surgirá o entendimento mútuo. Num ponto mais extremo, haverá concordância entre eles, caso além deste entendimento, se pelas mesmas razões apresentadas no ato de fala, considerem válida a expressão frente aos três mundos.¹⁶²

Através da Pragmática Universal com estes apontamentos, já é possível estabelecer alguns argumentos sobre como transmitir da “razoabilidade” nas Decisões Penais, mas ainda há muitos outros pontos a serem esclarecidos antes. O “*discurso argumentativo*”,¹⁶³ ou seja, o

¹⁵⁷ HABERMAS, 1996, p.9.

¹⁵⁸ IDEM, p.12.

¹⁵⁹ IDEM. Os três primeiros requisitos são dados como requisitos de racionalidade em Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I.

¹⁶⁰ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Crítica de la Razón Funcionalista, vol. II.** 1987, p.196. Língua como acervo da cultura sobre os quais os participantes da comunicação recorrem.

¹⁶¹ HABERMAS, 1996, p.13.

¹⁶² HABERMAS, 1996, p.199.

¹⁶³ IDEM, p.14.

aprofundamento deste processo de análise das pretensões problematizadas (de difícil entendimento mútuo), ainda é raso.¹⁶⁴

Retornando à Pragmática Universal vertida para o discurso argumentativo, composto de atos de fala cuja validade é problematizada, o autor aponta que existe uma “*dupla estrutura*”.¹⁶⁵ Existe um componente ilocutório e um proposicional,¹⁶⁶ que se apresentam concomitantemente, no discurso. O primeiro correspondente a um nível em que através de atos ilocutórios os falantes-ouvintes estabelecem um relacionamento que possibilita o entendimento mútuo; o segundo, em que os falantes-ouvintes apresentam o quê pretendem estabelecer num entendimento comunicativo.

O ato ilocucionário fixará o sentido com que nos expressamos; o proposicional, o que corresponde e é compreendido com este sentido. Agregando-se a estes conteúdos os falantes-ouvintes realizam performances¹⁶⁷ quando se expressam que permitem a aprendizagem dos significados ilocutórios. Segundo o autor, com estes elementos, num diálogo os interlocutores podem objetivar os atos ilocutórios (sentidos, conteúdos) em novas proposições expressas, que reportam a um novo conteúdo ainda não objetivado, numa reflexividade dependente da comunicação que impele a um novo ato ilocutório, a uma nova proposição, a um novo aprendizado. A Pragmática Universal, para reconstruir o entendimento mútuo, estabelece que o ato ilocutório recorre a um relacionamento intersubjetivo, que necessita da interpretação subjetiva de uma performance, possibilitando o aprendizado dos significados através dos quais pretendemos encontrar entendimento. Ao mesmo tempo, o ato proposicional nos permite encontrar os significados através de uma relação objetiva.¹⁶⁸

HABERMAS projeta que a teoria dos atos de fala depende das pretensões que, por sua vez, referenciam-se ao “*meio ambiente*”¹⁶⁹ no qual os falantes posicionam-se (“*demarcam*”¹⁷⁰ nos termos do autor) como um terceiro não partícipe, observador dele, correspondente ao *mundo objetivo* (externo e manipulável); a um “meio-ambiente” no qual ele se aproxima ao interlocutor ou o repele atuando como um partícipe através de performances, correspondente ao *mundo social*; a sua subjetividade expressa ou tácita quando atua em primeira pessoa, correspondente ao *mundo subjetivo* (interno); e ao meio da própria

¹⁶⁴ Habermas aprofunda os atos de fala antes de ater-se ao discurso, a serem tratados a seguir, no entanto aqui primeiro exporemos a pragmática universal para depois analisar os atos de fala com uma maior atenção esclarecendo esta visão.

¹⁶⁵ IDEM, p.66.

¹⁶⁶ IDEM, p.67.

¹⁶⁷ IDEM, p.68.

¹⁶⁸ IDEM, pp.75-77 .

¹⁶⁹ HABERMAS, 1996. p.98.

¹⁷⁰ IDEM, pp.98-102.

linguagem para conseguir alcançar o entendimento e provocar a concordância entre os falantes-ouvintes. Para o discurso (conjunto de expressões-manifestações problematizadas) provocar este entendimento, a pragmática universal, nos termos propostos por HABERMAS, requer que estes três ambientes devam ser respondidos simultaneamente. É necessário pretender e demonstrar que o fato ou objeto apresentado na proposição é verdadeiro, que os elementos ilocutórios e a performance expressa estão justificados frente à sociedade, e que é sincera através da linguagem.

Uma Decisão Penal que pretende ser entendida terá que ter seu discurso inserido nesta visão; do contrário, não corresponderá a uma relação comunicativa, muito menos à respectiva racionalidade e validades correlatas, o que não significa que ela não possa ter efeitos instrumentais e instrumentalizantes¹⁷¹ sobre os que deveriam ser considerados como participantes e construtores de seus argumentos.

1.2.1.3 Validade e Atos de Fala

HABERMAS considera que a teoria dos atos de fala¹⁷² descreve regras fundamentais que os falantes devem dominar para serem capazes de “*satisfazer as condições necessárias a um feliz emprego das frases em expressões, independentemente de qual a língua a que venham pertencer e dos contextos (...)*”.¹⁷³ Este conceito não é destinado a uma abordagem lingüística, mas a formação de entendimento, ou seja, a uma abordagem pragmático-universal.

O autor, portanto, ao não focar a lingüística, não analisa a gramática e as frases, distinguindo-as das expressões, pois antes de proferir as frases o falante deve adequar-se aos pressupostos da comunicação e do discurso.¹⁷⁴ A expressão proferida em frase expressa uma compreensão subjetiva do falante sobre algo objetivo que há no mundo de acordo com realidade normativa do mundo social. Enquanto a frase, por si só, depende apenas da

¹⁷¹ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. I. 1997, p.295 quando levanta o uso estratégico da tomada de provas face ao tribunal (limitado pelo processo), do que se pode depreender exista uma desconsideração a participação comunicativa ao estar focado em uma finalidade egocêntrica.

¹⁷² Apesar de o tema ser interessante, nesta dissertação não se deseja reconstruir toda a Teoria dos Atos de Fala (muito menos significado de “realizativo” para verbos), ainda assim, indica-se as leituras de AUSTIN, John L. **Cómo Hacer Cosas con Palabras**. 1955. Disponível em: <http://www.philosophia.cl/biblioteca/austin/C%F3mo%20hacer%20cosas%20con%20palabras.pdf>, especialmente as páginas 27-35 de onde saem os exemplos de Habermas em relação às palavras que também representam ações; e a página 10 no que toca ao “dizer” no processo; página 41 quanto ao “culpado”; página 62-70 em relação aos atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários; etc.

¹⁷³ IDEM, p.47.

¹⁷⁴ HABERMAS, 1996. p.50.

“*compreensibilidade*”¹⁷⁵, exclusiva do compartilhamento das normas gramaticais pelos falantes-ouvintes; a validade das propostas exprimidas (em frases) vai além.

Uma expressão, para causar efeito no mundo, necessita ser considerada pelos participantes da comunicação correspondente a algo no mundo (verdadeira), ser considerada sincera, e estar em conformidade com o que a sociedade espera. Um ato de fala é constituído, na interpretação do autor, por: um componente ilocutório que fixa o conteúdo proferido realizado por uma “*frase performativa*”¹⁷⁶ que é completada por um “*conteúdo proposicional*”¹⁷⁷ (complementar a frase), na sua “*forma-padrão*”. Apesar de suportar outras formas, “*esta frase performativa é composta pelo presente do indicativo na afirmativa, tendo como sujeito lógico a primeira pessoa e como objeto lógico (direto) a segunda pessoa*”.¹⁷⁸

Caso esta frase seja destinada a constatar uma situação ou objeto, a proposição, assume a forma de uma “*frase proposicional*”¹⁷⁹ (declarada ou não) cuja expressão contém um substantivo que se refere a um objeto sobre qual o falante deseja afirmar algo e um predicado com as qualificações que o falante atribui. A isto HABERMAS denomina de atos de fala “*proposicionalmente diferenciados*” que permitem, no discurso (expressões problematizadas) ao falante e ao ouvinte, uma liberdade de interação e não somente respostas afirmativas e negativas (o que ocorre em qualquer peça processual e que no Processo Penal refere-se, especialmente, as afirmações de inocência ou culpa em relação a uma suposta ação “reprovável”).

Muitos desses atos de fala estão vinculados a “*instituições*”¹⁸⁰ que concentram em si normas pressupostas que determinam sua validade, como os exemplos “*batizar como/com..., apostar em/por...*”,¹⁸¹ outros, por sua vez, podem recorrer a qualquer instituição implícita ou explícita pertencente aos mundos ou ao mundo da vida para serem válidas, como os exemplos de “*ordens*”, “*perguntas*”,¹⁸² julgar, justiça, decidir, condenar, absolver e razoabilidade (que incluímos). Dentro deste último grupo, alguns podem ter sua validade determinada pelo contexto que os tornam inequívocos; outros não.

Sobre estes últimos atos, que não dependem de um contexto, que foram explicitados pelo falante, que não dependem de uma instituição e que apresentaram a proposição, HABERMAS afirma que

¹⁷⁵ IDEM, p.49.

¹⁷⁶ IDEM.

¹⁷⁷ IDEM.

¹⁷⁸ IDEM, p.59.

¹⁷⁹ IDEM.

¹⁸⁰ IDEM, p.63.

¹⁸¹ IDEM.

¹⁸² IDEM.

...em qualquer língua, em todas as relações interpessoais que um dado falante queira estabelecer explicitamente com outro membro da sua comunidade lingüística, caso não exista uma expressão performativa adequada a que possa recorrer, poderá (se necessário) obtê-la através da especificação de expressões disponíveis ou recentemente introduzidas (HABERMAS, 1996, p.64)

É sobre estes atos de fala que a Pragmática Universal deseja formar o entendimento, estabelecendo a validade destas proposições. Para conseguir “Comunicar os significados de uma Decisão Penal de forma razoável” num discurso, o julgador deve inclui-se nesta perspectiva que necessita passar por um processo de validação racional que se direcione ao entendimento (ou seja, deve esclarecer o que significa, no curso do Processo Penal, condenar ou absolver alguém, pelos fatos e argumentos apresentados).

1.2.2 *Consenso e Verdade em PERELMAN*

Ao contrário de HABERMAS, PERELMAN não se fixa antes sobre a natureza da linguagem e sobre as formas de expressão, para explicar a formação de argumentos capazes de realizar o entendimento e a concordância entre os participantes de um auditório, ele salta¹⁸³ diretamente para “*o que é aceito como ponto de partida de raciocínios...*”.¹⁸⁴ A partir do estabelecimento de um acordo sobre o conteúdo das premissas, das ligações entre elas, a argumentação poderá persuadir.

Persuadirá com mais força o orador que já conta com uma adesão inicial sobre o que servirá para a construção de seus argumentos, sobre qual premissa escolher para estes e sobre como serão apresentados. No que toca aos objetos que servem de premissas, o autor esclarece que não deseja elaborar um rol exaustivo de todos os possíveis a serem utilizados, no entanto, os agrupa em duas categorias, “*uma relativa ao real que comportaria os fatos, as verdades e as presunções, outra relativa ao preferível que conteria os valores, ...*”.¹⁸⁵

Para adequar à abordagem epistemológica proposta e para o esclarecimento do objeto desta dissertação, não serão abordadas as formas de argumentação e a escolha das premissas,

¹⁸³ Apesar de abordar a correlação entre linguagem e lógica nas proposições de forma rápida em PERELMAN, **Retóricas**, 2004, pp.93-103.

¹⁸⁴ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.73.

¹⁸⁵ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.74.

mas somente o objeto dessas. Quanto ao objeto, o autor, semelhante à HABERMAS e a sua proposta dos três mundos, vincula-o aos auditórios através de uma “*pretensão de validade*”.¹⁸⁶

O real, a verdades, os fatos e as presunções são pretensões de validade destinadas ao auditório universal; enquanto que o preferível (valores, lugares e hierarquias), aos auditórios particulares. A partir desses acordos realizados em torno de pretensões que se apresentam para os auditórios, será possível encontrar alguma raiz para o significado de Justiça.

Este caminho que percorre o real e o preferível apontará tanto os elementos universalmente válidos no significado de Justiça, quanto os elementos concretos e pragmáticos. Com os elementos válidos frente ao auditório universal, será formado o conceito de Justiça Formal sobre o qual há o estabelecimento de outros acordos que fundamentarão os argumentos de uma decisão, que busca construir em torno de si o convencimento do Auditório Particular e o provável convencimento do Auditório Universal.

Assim, para conceituar a Justiça, pretende-se, vinculá-la a uma realidade objetiva que constrói o real através de um acordo, montando, ao mesmo tempo, relações entre os acordos sobre valores que dão suporte ao Direito que concretiza aquela, em conformidade com o proposto pelo autor.¹⁸⁷ A partir deste conceito rumar-se-á para o Processo que constrói um discurso dependente de todos os elementos anteriormente expostos, para firmar a sua racionalidade e validade.

1.2.2.1 Acordos sobre Fatos e Verdades como Fundamentação para a Sentença Penal

PERELMAN considera que fatos são acordos a respeito de dados que se reportam a uma realidade objetiva a vários sujeitos ou a todos. Semelhante à aceção do mundo subjetivo de HABERMAS, a formação de adesão em um acordo sobre fatos apela a uma reação subjetiva¹⁸⁸ sobre algo que é a todos imposto. A respeito dos fatos há a possibilidade de formar um acordo universal não controverso (algo análogo à possibilidade de formação de enunciados verdadeiros sobre o mundo objetivo, através do mundo subjetivo), o que não significa que seja inquestionável. No entanto, este acordo só mantém este status de “fato” enquanto for aceito por todos, pois o que se pretende ser um fato depende da argumentação e da aceitação dele como tal.

¹⁸⁶ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.74.

¹⁸⁷ Visão de PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, pp.83-90; Idem, **Ética e Direito**, 2005, pp. 247-254,288-306,312-338; **Retóricas**, 2004, pp.359-368.

¹⁸⁸ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.75.

Os fatos tornam-se então todas aquelas propostas de um orador destinadas a acordos que se adéquam ao que um auditório considera como correspondente a uma realidade objetiva e permanecem com esta denominação num embate com outros fatos através da argumentação. O fato que serviria a fundamentação de uma sentença que atacaria ou defender a liberdade de um réu para enviá-lo ou não ao cárcere não passaria de um acordo transitório, uma argumentação aceita e não uma “verdade”. A “verdade”, por sua vez, também seria uma designação acordada.

Para o autor, “verdades” são apenas *“sistemas mais complexos, relativos a ligações entre fatos que se trate de teorias científicas ou de concepções filosóficas ou religiosas que transcendem a experiência”*.¹⁸⁹ Além disso, o autor posiciona-se, numa visão humeana,¹⁹⁰ quanto à “verdade”, que na maioria das vezes é uma correspondência dos fatos aos objetos regulados por uma relação de probabilidade. Assim, de acordo com esta posição, uma Decisão Penal no máximo poderia afirmar que considera que o argumento sobre algo que ocorreu no mundo lhe é suficiente para aceitar aquilo como fato ou como provável “verdade”; reforça-se, o termo aceitar, pois permanece como um aceite e não como uma realidade por si só.

A verdade não é mais, apenas, uma correspondência com o "real", pois o real é dependente de proposições constituídas através da linguagem.¹⁹¹ Assim, o autor questiona se a “verdade” não é apenas um juízo implícito que formamos sobre os termos dela.¹⁹² Discutir o que é expresso através da linguagem é o que permite determinar a “verdade”. A linguagem sobre a qual se formam consensos não é simplesmente um arbítrio subjetivo ou uma correspondência com a realidade; ela é uma forma que consolida através de uma tradição proposições consideradas “verdadeiras”.¹⁹³

Esta visão dá flexibilidade à “verdade”. Este conceito não será mais constante, pelo contrário, sendo dependente do aceite dos demais em relação à validade da linguagem, exige que uma argumentação seja produzida para gerar o convencimento que determina a "verdade". Fundamentar-se na “verdade” para condenar ou absolver em face da liberdade, ou seja, encarcerar ou não alguém, necessitará de um acordo profundo em torno da linguagem.

Em paralelo a esses dois conceitos, está o conceito de “presunção”.¹⁹⁴ Este conceito corresponde a uma criação arbitrária de categorias para fatos que se pressupõem ser

¹⁸⁹ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.77.

¹⁹⁰ IDEM, p.78, e HUME, David. **Tráite de la Nature Humaine**. Paris, Aubier,1983, pp.141-157.

¹⁹¹ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.257.

¹⁹² IDEM, p.260.

¹⁹³ Cf PERELMAN, **Retóricas**. 2004, p.100.

¹⁹⁴ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, pp.79-83.

considerados "normais",¹⁹⁵ portanto, presumíveis. Ainda assim, a própria formação de presunções e a determinação do "normal" é um acordo formado através da linguagem. Tal como a verdade, a presunção tenta consolidar uma proposição válida para todos.¹⁹⁶

É a partir deles que o quê é transmitido dentro do Processo e da Decisão Penal torna-se racional. A racionalidade e a verdade unem-se pela aceitação de uma argumentação. Uma Decisão Penal que se pretende racional necessita de uma argumentação, também, pretensamente verdadeira, retornando assim para o ponto principal, um aceite.

1.2.2.2 Valores e Justiça

Enquanto os conceitos anteriores destinam-se à formação de um acordo num ambiente universal, PERELMAN destaca os “valores” como objetos da formação de acordos em auditórios particulares. Os “valores” são acordos cuja validade não alcança o auditório universal, são uma maneira de possibilitar *"uma comunhão sobre modos particulares de agir (...) vinculada à idéia de multiplicidade dos grupos"*.¹⁹⁷

O autor considera que esta categoria de acordos realizados através da linguagem não são indiscutíveis, pelo contrário, os “valores” são elementos de qualquer argumentação, pois *"recorre-se a eles para motivar o ouvinte a fazer certas escolhas em vez de outras e, sobretudo para justificar esta, de modo que se tornem aceitáveis e aprovadas por outrem"*.¹⁹⁸ Os valores são uma forma de buscar a primazia de uma justificação em detrimento de outras, sem recusar a presença de outros valores, mas apenas determinando a importância de uns para o convencimento.

PERELMAN considera que os “valores” podem pretender a universalidade, porém esta pretensão só consegue ser alcançada quando não há uma especificação do seu conteúdo. Sua precisão, no entanto, só consegue alcançar a adesão de auditórios particulares. Os “valores universais” são instrumentos de persuasão amplos, uma *"(...) espécie de contexto vazio, mas sobre o qual reina um acordo mais amplo"*.¹⁹⁹

Como generalidade, a "Justiça" se pretende universal, sua precisão, porém, não passa de um acordo momentâneo e contextual. Quanto mais vaga apresente-se, mais próxima será

¹⁹⁵ IDEM, p.81. Conceito que transita entre a verossimilhança (não nos termos popperianos, mas no sentido comum) e a probabilidade

¹⁹⁶ IDEM, p.83.

¹⁹⁷ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.84.

¹⁹⁸ IDEM.

¹⁹⁹ IDEM, p.86.

do conceito de "fato". Assim, este valor como também todos os outros são mais um artifício para justificar escolhas na falta de unanimidade, apelando a uma pretensa universalidade mais ampla.

Para deixar mais claro o conceito de “valor”, o autor distingue dois tipos: os “*valores abstratos*” e os “*valores concretos*”.²⁰⁰ O *valor concreto* refere-se a um objeto particular e "uno", enquanto os *valores abstratos* não têm seu objeto esclarecido. No entanto, um *valor concreto* só consegue ter um único objeto a partir de uma posição arbitrária dos indivíduos que o aceitam como tal, por sua vez os *abstratos* não conseguem formar esta arbitrariedade.

Novamente aqui se insere a “Justiça”. Não há como determinar com clareza o seu objeto de acordo, pois em alguns momentos da história apela-se a um único objeto; em outros se debate sobre o objeto que deveria corresponder-lhe. PERELMAN ressalta que não existe uma lógica específica para estes valores, mas sim técnicas de raciocínio usadas para justificar as pretensões de proposições, denominadas de “*juízos de valor*”.²⁰¹

A aceitabilidade em torno dos “valores” é o que determina a racionalidade deles. Quando não conseguirem manifestar uma proposição direcionada ao convencimento universal, mas somente a um ambiente particular, estes valores terão uma parcialidade e uma arbitrariedade inerentes. Se o valor universal é vago, justamente por esta característica, sua aceitabilidade não é questionada, pois todo o auditório comparte da mesma nebulosidade.

A Justiça incerta, nesta perspectiva, busca de alguma maneira conseguir particularizar o universal mantendo a validade contextual num ambiente hipotético que se pretende absoluto e total. PERELMAN aponta que, acima de tudo, há no conceito (valor) de “Justiça” uma igualdade que não consegue esclarecer as categorias que a envolvem.²⁰² Crê o autor que, no que toca esta igualdade, a lógica formal encontra um universal, o que conseqüentemente permite formar um consenso em torno dela, mas que, ao mesmo tempo, é iníquo, necessitando ser precisado.

1.2.2.3 Justiça Formal, primeiros passos para o Contraditório Processual Penal

O primeiro passo dado por PERELMAN, para explicar a noção de Justiça, é esclarecer o que há de comum em suas diferentes formas . O autor aponta que esta noção

²⁰⁰ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.87.

²⁰¹ PERELMAN, **Ética Direito**, 2005, p.184.

²⁰² IDEM, p.18.

"sugere que a todos, inevitavelmente, a idéia de certa igualdade".²⁰³ A partir da realização desta nebulosa idéia de igualdade, a Justiça passaria do conceito de valor para um conceito de fato.²⁰⁴

No entanto, os valores de Justiça contradizem-se devido às categorias que as precisam.²⁰⁵ De qualquer maneira, o autor considera que é necessário encontrar alguma "fórmula"²⁰⁶ comum entre as diversas apreensões subjetivas deste valor.

A esta fórmula corresponderá à definição de "*justiça formal ou abstrata*";²⁰⁷ enquanto que, nas fórmulas particulares, a "Justiça Concreta". O autor considera, então, que a Justiça Formal seria um "*princípio de ação segundo o qual os seres da mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma*".²⁰⁸ Nesta surgirão divergências quanto ao seu significado no momento de determinar as categorias essenciais. Esclarece, ainda, que, no ambiente moral,²⁰⁹ cada um pode escolher o valor concreto de Justiça; no entanto, no Direito a fórmula da Justiça é imposta (que no Direito e Processo Penais pauta-se, primeiro, pela defesa da liberdade e igualdade fundamentadora do ordenamento e linguagem jurídicos e, em segundo lugar, pela coação fundada em argumentos referentes aquela).²¹⁰

PERELMAN não nega que o juiz como todo e qualquer ser humano possa fazer julgamentos morais, pois é "*levado a fazer coincidir, em sua apreciação dos fatos, o Direito e seu sentimento íntimo de justiça*".²¹¹ Em contrapartida, o autor considera que é a jurisprudência que consegue, através de "*um jogo, definir essas noções e interpretar essas expressões de forma que o sentimento de justiça do juiz não seja contrariado com demasiada violência pelas exigências da lei*".²¹²

Esta fórmula vazia necessita, de alguma maneira, ser preenchida, para impor-se aos fatos. Utilizam-se regras que determinam as categorias essenciais da Justiça, para isto, mas a própria determinação dos significados dessas categorias também é uma atitude arbitrária tal

²⁰³ IDEM, p.14.

²⁰⁴ Igualdade consagrada pelo contraditório como meio de reconhecer a dignidade do acusado nos termos de GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2001. p.39.

²⁰⁵ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.16 A cada qual segundo méritos ou necessidades, por exemplo.

²⁰⁶ IDEM, p.18.

²⁰⁷ IDEM.

²⁰⁸ IDEM, p.19.

²⁰⁹ Assemelhando se com HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. I. 1997, pp. 147-148.

²¹⁰ IDEM p.29. Apesar de ser construído através de um debate que leva em consideração posicionamentos morais.

²¹¹ IDEM, p.29

²¹² IDEM.

como o próprio conceito de “Justiça Concreta”.²¹³ Ambas as conceituações dependerão de um processo argumentativo que buscará uma justificação que valide estes significados.

Apesar do processo de validação guardar no seu âmago determinações subjetivas e arbitrárias, deve-se dar empenho à argumentação para tornar estes conceitos, pelo menos, racionais²¹⁴ (ou seja, que realize um retorno a uma fundamentação aceita e aceitável o que corresponderiam a uma fundamentação vertida para a liberdade e igualdade no curso da argumentação, processo). A questão aqui não gira mais em torno de um ideal de certeza, mas sim no como estabelecer uma justificação que consiga eliminar, na medida do possível, a arbitrariedade através de consensos sem recorrer à coação de um valor de Justiça Concreto e absoluto²¹⁵ que elimina as considerações subjetivas de cada um sobre ela.²¹⁶ Dito de outra maneira e vertendo-a especificamente para a Decisão Penal, é necessário que se retorne a todo momento, no curso do Processo e na própria Decisão Penal a uma argumentação vertida para a liberdade, seja por parte da acusação, seja por parte da defesa, pois esta é aceita por todos e requisito para qualquer comunicação racional.

Com o conceito formal de Justiça e a necessidade de um estabelecimento de categorias que a especifiquem, todo o Direito que recorre a Justiça dependerá, portanto, da própria argumentação e do convencimento que esta venha gerar, seja no momento da criação da regra (ambiente legislativo), seja na sua aplicação (ambiente judicial-processual). Para esclarecer mais a correspondência entre o que é posto na argumentação, destinada à aplicação de uma norma através do diálogo que intenta dar concretude ao valor Justiça, recorre-se à FAZZALARI, que aborda o processo como uma construção dialógica. No processo as partes, contradizem-se para buscar o convencimento do juiz, tanto cooperando quanto competindo, para precisar o conceito de Justiça na Decisão Judicial.

Realizado até este momento o debate das bases epistemológicas que se destinam a encontrar entendimento e/ou o convencimento através de uma argumentação comunicativa, sem entanto exauri-lo, propõe-se agora dar mais um passo em direção ao entendimento do Processo que serve para esclarecer a Justiça numa Decisão Penal. Muitos outros elementos ainda devem ser apresentados, para responder o questionamento proposto aqui.

²¹³ IDEM, p.54.

²¹⁴ IDEM, pp.58-59.

²¹⁵ PERELMAN, *Ética e Direito*, 2005, p.64.

²¹⁶ IDEM, p.32 ao afirmar que as concepções concretas da justiça tendem a resumir uma concepção do mundo e a imposição de uma visão particular do universo.

2 BASES DO PROCESSO

Vistas as bases do conhecimento que permitem o entendimento da “Justiça”, do Direito e da Decisão Penal, o próximo passo é aprofundar conceitos que apelam à construção argumentativa do discurso jurídico através da racionalidade-razoabilidade. Para isso, propõe-se aqui, primeiro, analisar a linguagem que serve para a construção de argumentos válidos, em especial, para o Direito.

Abordada a linguagem, aprofundar-se-á no entendimento da lógica e dos procedimentos jurídicos precursores da Decisão Penal, que dependem daquela. A partir do esclarecimento destes conceitos propor-se-á a inserção da racionalidade-razoabilidade como elemento essencial para a formação do entendimento comunicativo de uma Decisão Penal.

Este é um delineamento superficial do segundo passo dessa pesquisa. Para entender o como é possível comunicar Decisões Penais para as partes que não compartilham necessariamente a mesma linguagem do juiz, determinar-se-á o significado de linguagem, recorrendo tanto ao criador do conceito de Lingüística, Saussure,²¹⁷ quanto aos autores anteriores e ao precursor do mundo da linguagem, Wittgenstein.²¹⁸ Então, inserir-se-á a faceta do mundo social, as relações jurídicas, no conceito de linguagem, aprofundando também relações entre a pragmática e a retórica dentro do discurso jurídico.

Dá-se isto para compreender as relações lógicas da linguagem com o Direito, com base na Nova Retórica de PERELMAN, que permitem estruturação de um Procedimento e, em seguida de um Processo, conforme a proposta de FAZZALARI, que necessita fazer-se entender e convencer às partes, segundo HABERMAS, situando, então, a razoabilidade como uma forma de alcançar esta finalidade dentro deste procedimento discursivo, tanto por seu vínculo com a racionalidade comunicativa quanto por sua capacidade de gerar consensos.

²¹⁷ SAUSSURE, 1945.

²¹⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig, **Investigações Filosóficas**. Barcelona, Altaya, 1999 e WITTGENSTEIN, Ludwig, **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1968.

2.1 Da Linguagem em PERELMAN e HABERMAS

HABERMAS parte da virada lingüística de Wittgenstein para determinar o significado de linguagem.²¹⁹ No entanto, anterior a este autor, está Saussure, precursor desta visão. Saussure considerava que a linguagem não passava de um instrumento do pensamento não existindo por si só,²²⁰ apresentando tanto um lado individual quanto social.

Para o criador da lingüística, língua e linguagem não se confundem. A língua é uma expressão da linguagem, um produto social derivado de uma capacidade individual de articular a cadeia de significações em unidade significativas.²²¹ Em correspondência com esta perspectiva, o autor considera que *“não é a linguagem falada natural ao homem, se não a faculdade de constituir uma língua, é dizer um sistema de signos distintos que correspondem a idéias distintas”*.²²² A fala e a escrita são manifestações e funções desta capacidade de corresponder signos a idéias. A língua surge a partir do momento em que a linguagem é formalizada em um contrato social tácito e é exteriorizada sem ficar adstrita a um único indivíduo e a sua atividade psíquica. Permanece, assim, neste autor, a capacidade natural de criar um conjunto de imagens visuais tangíveis com uma perenidade longa que habilita o seu estudo.²²³

Wittgenstein, por outro lado, aprofunda a possibilidade do homem ter conhecimento sobre o mundo. Após uma infinidade de considerações no *“Tractatus Logico-Philosophicus”*, o autor considera que a linguagem é a totalidade das proposições, quando uma proposição é carregada de significados, ou seja, quando o pensamento tenta exprimir sentidos através da palavra sem ter controle e conhecimento sobre este processo.²²⁴ A proposição é uma figuração da realidade realizada por nós que guarda uma construção lógica, que permite constatar a verdade ou a falsidade daquelas.²²⁵ Mais adiante, na mesma obra, o autor considera que os limites da linguagem são os limites do mundo, a própria lógica, surgida a partir das proposições, mantém a mesma vinculação com os dois limites anteriores. De uma forma mais rasteira, o mundo, a linguagem e a lógica entrelaçam-se de tal maneira que todos vêm por

²¹⁹ HABERMAS, 1996, pp.150, 155 e 162-163 (para ilustrar a relação entre o significado e a pragmática que apela para a comunicação). Perelman, no entanto, não tem esta vinculação declarada, ao contrario da sua indelével proximidade com Aristóteles.

²²⁰ SAUSSURE, 1945, p.36.

²²¹ IDEM, pp.37-38.

²²² IDEM, p.38.

²²³ IDEM, pp.42-43.

²²⁴ WITTGENSTEIN, 1968, p.70.

²²⁵ IDEM, pp.71-75.

integrar a própria vida.²²⁶ Também neste autor o homem naturalmente possuía capacidade de construir a linguagem, de maneira análoga a Saussure, pois “*cada sentido se deixa exprimir, sem contudo pressentir como é que o que cada palavra denota*”,²²⁷ admitindo inclusive a presença de acordos silenciosos para o entendimento da linguagem.²²⁸

Tanto PERELMAN quanto HABERMAS, com base nas construções desses autores, direta ou indiretamente, estruturam suas teorias sobre epistemologia e ética, distinguindo os significados de linguagem e língua. Ambos apresentam considerações muito próximas sobre este tema, acreditando, inclusive, que a formação da língua se dá de maneira arbitrária, apesar dos significados terem um fundo mais próximo a uma identidade e a um consenso entre as percepções individuais do mundo.²²⁹ A partir desta capacidade de criar signos, o ser humano relaciona-se comunicativamente e estabelece regras para uso daqueles. Mas não só estas regras determinam a possibilidade do uso válido das proposições.

As normas, assim como a Decisão Penal, como construções lingüísticas, destinam-se a apresentar um discurso que deseja fazer-se entender, causando um efeito no mundo. No entanto, saber qual o limite para depreender, a partir desta linguagem, argumentos (e inferências) pragmáticos²³⁰ é outra dificuldade a ser superada através de um convencimento. Neste aspecto, a retórica torna-se elemento importante, como relatado por PERELMAN.²³¹

Os lugares-comuns são destacados especialmente por este autor dentro desta finalidade de convencer, pois conservam dentro de si significados estabelecidos através da linguagem natural que permanecem na língua jurídica. Eles são uma forma especial de consubstanciar premissas de ordem geral, consagradas através do raciocínio dialético,²³² reforçando que o Direito não se funda somente numa perspectiva formalista. Assim como no parágrafo anterior, os próprios lugares como construções de linguagem, também, dependem de uma determinação de sua validade e da validade de suas inferências.

²²⁶ IDEM, p.111.

²²⁷ WITTGENSTEIN, 1968, p.70, idéia também presente nas Investigações Filosóficas logo no início da primeira parte, na qual o autor também vincula a linguagem a um aprendizado de um jogo. Aqui ressalto que recorro ao “primeiro” Wittgenstein para não ter a obrigação de desenvolver minuciosamente os jogos de linguagem.

²²⁸ IDEM.

²²⁹ Interpretação de PERELMAN, **Retóricas**, 2004, pp. 93-103, especialmente pp.99-100; HABERMAS, 2004, pp.65-97, especialmente pp.66,70-71, e 93 o que aponta a língua (linguagem) como um elemento do mundo da vida que permite a interação comunicativa destinada ao entendimento e a busca cooperativa da verdade.

²³⁰ PERELMAN, **Retóricas**, 2004, pp.11. Quanto às inferências cabe recorrer a CAMPOS, **A Relevância da Pragmática na Pragmática da Relevância**, 2008, pp.48-49 disponível em <http://www.jcamposc.com.br/arelevanciadapragmatica.pdf>, (apenas para introdução).

²³¹ Como se depreende de PERELMAN, **Retóricas**, 2004, p.22.

²³² PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.94.

A linguagem natural impele a que a língua, construída a partir daquela, necessite de um conjunto de regras lógicas das quais se torne possível depreender conclusões, conforme apontado por PERELMAN.²³³ Isto, no entanto, não significa o uso exclusivo da lógica formal, especialmente no Direito, pois a determinação dos fatos e do próprio significado da norma não apela exclusivamente à linguagem analítica, pelo contrário, a motivação que busca convencer "... *deverá recorrer a todos os recursos da argumentação, tanto em sua deliberação íntima, e sua tomada de decisão, quanto na redação do de uma sentença, ...*".

²³⁴O que é anda mais claro na Decisão Penal, quando levamos em consideração que há um julgamento moral das ações de um sujeito e do próprio sujeito.

HABERMAS faz uma construção mais rebuscada para chegar a este mesmo ponto, debatendo a validade da própria norma em detrimento dos mundos correspondentes, tomando a posição *ético-discursiva*²³⁵ para encontrar o entendimento da norma através de um Procedimento que leva em consideração também a moralidade. Este Procedimento é uma busca por legitimidade que não ocorre exclusivamente no momento da aplicação da norma, mas, também, no da sua construção legislativa.²³⁶ Em ambos os momentos, não só é a lógica formal é aplicada; a linguagem natural prevalece levantando muitos outros questionamentos além da adequação analítica. Esta legitimidade é uma busca do convencimento que também não é dado apenas por relações lógico-formais. Tal como o autor anterior, a determinação dos fatos e dos significados da norma dependem, de sobremaneira, do que os indivíduos autônomos e a sociedade pensam e do que constroem comunicativamente sobre algo que ocorre no mundo.²³⁷

Em ambos os autores permanece a necessidade de um Procedimento que leve em consideração elementos lógico-analíticos, mas que, ao mesmo tempo, também, leve em consideração a dialética e o diálogo para a construção de uma norma aceitável e válida. A necessidade deste Procedimento se justifica como caminho para superar a arbitrariedade e manter a racionalidade através de um discurso argumentativo, tanto mais, na Decisão Penal.

²³³ PERELMAN, **Retóricas**, 2004, pp.26 e 32 (apenas para ilustrar).

²³⁴ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.516.

²³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1989, pp. 110-112 e 116 (as primeiras indicando condições para o discurso e a posterior informando que a ética do discurso pode ser resumida ao Princípio do discurso, note-se que isto ainda será tema de críticas)

²³⁶ E inclusive anterior a este momento, na esfera pública, e daí a derivação do princípio da democracia (ser analisado posteriormente) do princípio do discurso para a validação da norma .

²³⁷ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. I. 1997, pp.48-55.

2.1.1 Linguagem Natural e Língua(gem)Jurídica

A *linguagem natural* é vista para os autores tal como previsto por Wittgenstein,²³⁸ ou seja, uma capacidade de adaptar os elementos que se apresentam no mundo a signos destinados à formação de relações comunicativas entre diferentes sujeitos. Esta definição parca consegue ser um pouco mais esclarecida distinguindo-a da *linguagem artificial*, criada como derivação da linguagem natural, conforme exposto por PERELMAN.²³⁹

Uma *linguagem artificial* estabelece: um sistema logístico, um conjunto de signos primitivos, um conjunto de regras de formação para as expressões de linguagem, um conjunto de expressões com validade fixa (independente de qualquer inferência)²⁴⁰ e um conjunto de regras de inferência.²⁴¹ Uma *linguagem natural* não tem essas características de forma prescritiva, ela seria uma construção independente de sistema logístico, dando-se na história e cultura da sociedade humana conforme prega Saussure.²⁴²

A *linguagem natural* surge paulatinamente através de acordos dentro da sociedade que comparte o mesmo mundo objetivo. No entanto, esses acordos não repercutem necessariamente numa correspondência entre o uso comunicativo e o uso lógico da *linguagem natural*. A *linguagem natural* transitaria entre um ambiente pragmático e um semântico na comunicação.²⁴³ De um lado, um uso e, de outro, um significado batalham por um entendimento e compreensão.

HABERMAS aceita esta perspectiva e, no que toca o Direito, reafirma que os indivíduos têm autonomia para interpretar as normas; mas, ao mesmo tempo, a necessidade de um uso compartilhado do seu significado, para que seja válido.²⁴⁴ Permanece, de qualquer maneira, o elemento comunicativo como determinante de ambos os aspectos. O Direito pode

²³⁸ Neste momento este conceito está vinculado ao primeiro Wittgenstein em relação à capacidade natural de linguagem e não a capacidade natural de criar “jogos de linguagem”. Esta posição é divergente em relação a NETO, Antonio Graça. **Uma Releitura da Argumentação Jurídico-Política com base nos fundamentos da pragmática: desenho discursivo da linguagem nas linhas de Perelman, Habermas e Wittgenstein.** Tese (Doutorado da Faculdade de Direito), UFPR, 2003, p.263. Em relação ao autor reservo minhas críticas (especialmente quanto à ética do discurso “*entregar o ouro ao bandido*”, p.183) e elogios para outro momento, conquanto estabelecido o contato com este autor.

²³⁹ PERELMAN, **Retóricas**, 2004, p.93-103

²⁴⁰ O que não ocorre em linguagens naturais como se observa em CAMPOS, Jorge(org); RAUEN, Fábio J.(org), IBANOS, Ana. Relevância, cognição, inferência e processos dedutivos, in: **Tópicos em teoria da relevância**, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. pp.57-67 (especialmente pag. 68 que expõe a síntese da sua exposição

²⁴¹ PERELMAN, **Retóricas**, 2004, p.94

²⁴² SAUSSURE, 1945, pp36-37

²⁴³ Note-se que aqui, não se esta trabalhando com uma proposta de interface lógico-formal, pois Perelman a rejeita, mas sim a comunicativa pragmático-semântica, nos termos de CAMPOS, Jorge. Ciências da linguagem: comunicação, cognição e computação, in: **Inovação e interdisciplinaridade na universidade**. Porto Alegre: Edipucrs, 2007. p.19

²⁴⁴ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. I. 1997, pp.135-138

até criar um conjunto semântico estrito, pode inclusive determinar o seu conjunto de padrões interpretativos, porém toda sua produção é antecedida por uma *linguagem natural* que não tem estes padrões.²⁴⁵

É possível intuir-se que a *linguagem natural*, por sua origem aberta, não tenha características prescritivas, porém é possível descrever, a partir dela, outras relações. Deve-se dar destaque especial para as relações semânticas e pragmáticas, o contexto de formação de significados, a validade do uso de significados²⁴⁶ no que toca ao Direito (o que é essencial para a determinação dos “fatos” na Decisão Penal). Deste contexto, surge a “linguagem jurídica” como um conjunto de convenções bem definidas da linguagem, adquirida numa relação de aprendizagem dentro da sociedade²⁴⁷.

A língua é muito menos ampla que a linguagem, uma vez que se constitui num conjunto de signos determinados e tangíveis por sua materialidade nos atos de fala (apesar de serem uma construção abstrata da linguagem).²⁴⁸ Nesta perspectiva, o Direito fica com posição distinta da linguagem. O Direito acaba por aproximar-se do significado de língua ou até, no máximo, de uma linguagem artificial tal como aponta PERELMAN.²⁴⁹

O Direito tem seus significados construídos muito antes de estabelecimentos de uma língua ou linguagem artificial aquém da *linguagem natural*, ele está diretamente ligado as determinações desta (uma pena justa declarada pela justiça não é uma construção precisa, muito menos positiva). Nem a própria lógica escapa de uma construção realizada pela própria linguagem, apesar de ter seus significados e signos vinculados a uma validade universal por seu formalismo.²⁵⁰ Por este apelo a liberdade da *linguagem natural*, o próprio Direito torna-se arbitrário, e sua validade fica dependente de uma formação de consensos em torno, principalmente, de sua semântica e pragmática (absolver ou condenar alguém por um fato que se supõe criminoso, reprovável, depende da determinação destes significados de acordo com um contexto, de acordo com uma linguagem).

Conforme aponta HABERMAS, a norma jurídica também tem um radical na aprendizagem.²⁵¹ O que se considera hoje um Direito Penal e uma Decisão Penal (justos) é

²⁴⁵ BITTAR, 2009, pp.229-230 e 286-287.

²⁴⁶ BITTAR, 2009, pp. 151-153 Deprendendo-se que tais pontos são concernentes à própria razoabilidade, segundo o autor, dentro do processo decisório.

²⁴⁷ HABERMAS, 1996, pp.156-157. Língua como elemento de integração no mundo (perspectiva próxima a Popper).

²⁴⁸ SAUSSURE, 1945, p.42.

²⁴⁹ PERELMAN, 2005, p.519.

²⁵⁰ PERELMAN, *Retóricas*, 2004, p.95.

²⁵¹ Devido a sua complementaridade recíproca com a moral (HABERMAS, *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez*, vol. I. 1997, pp.39-154) que é aprendida (HABERMAS, 1989, pp.150-160,

um resultado das relações sociais e dos próprios indivíduos em detrimento de um substrato objetivo. Tal aprendizado não foca somente perspectivas ontológicas em relação a seu substrato, mas leva em consideração as perspectivas autônomas (em moral e política)²⁵² dos sujeitos em detrimento de suas próprias linguagens e da necessidade de encontrar entendimento entre si e os demais, dentro de um contexto social.

A fim de esclarecer ainda mais a linguagem do Direito é devido apresentar suas origens para então reforçar o caráter pragmático seus significados, ou seja, vislumbrar de forma rápida o caminho histórico da sua semântica para então debater a validade de seus usos.

2.1.1.1 Arbitrariedade da Linguagem Jurídica: A Violência da Sentença Penal

Saussure já apontava, muito antes de PERELMAN e HABERMAS, que o signo é uma sucessão arbitrária entre um significante e significado. A atribuição de um significado, em expressões de uma língua, é uma construção social que se consolidou num hábito coletivo, numa convenção. O que não implica que o falante tem a liberdade plena de determinar um significante a um significado e vice-versa e que, ao mesmo tempo, a relação entre o significante e o significado é, em realidade, motivada.²⁵³

Este autor considera que o signo lingüístico está fora do alcance da vontade individual dentro da língua.²⁵⁴ A língua, derivada da capacidade natural do homem de estabelecer linguagem e comunicação, não passa de um produto herdado através da tradição na sociedade. Por este caráter tradicional mantém sua inércia frente às possíveis modificações,²⁵⁵ mesmo assim, sua trajetória é passível de fracas e paulatinas modificações. A relação entre significado e significante pode-se deslocar como consequência da arbitrariedade.

Tal como Wittgenstein²⁵⁶ o autor aponta que não é possível estabelecer qualquer relação entre a fala e as idéias.²⁵⁷ Inclusive as linguagens artificiais, quando postas em

especialmente p.154) e que serve para o entendimento do próprio Direito e a busca de sua legitimidade (HABERMAS, **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. 2007, p.297).

²⁵² O que depreendo da ética do discurso, sem me ater exclusivamente ao que é proposto dentro de Direito e Democracia quanto à complementaridade e separação entre direito (que não necessita de um consenso em sentido estrito) e moral e a derivação do princípio da democracia do princípio do discurso.

²⁵³ SAUSSURE, 1945, p.94.

²⁵⁴ SAUSSURE, 1945, p.97.

²⁵⁵ IDEM, p.99.

²⁵⁶ WITTGENSTEIN, 1968, p.70.

²⁵⁷ SAUSSURE, 1945, p.102.

circulação dentro sociedade, ficam des governadas, podendo ter a suas relações entre os significados e os significantes deslocadas.

PERELMAN adota posição semelhante. A linguagem jurídica, que graças ao positivismo propunha afirmar certezas através de uma linguagem sem dúvidas, acaba por ser alterada neste fluxo, principalmente, devido às forças que se apresentam no curso da sociedade e história. Não há possibilidade de juízos de certeza apenas através da observação literal da linguagem jurídica. A própria linguagem jurídica modifica-se com o tempo, inclusive o que se supõe ser sua lógica.²⁵⁸

HABERMAS, em contraposição a estes autores, parte de uma perspectiva que dá mais ênfase à autonomia dos sujeitos,²⁵⁹ à determinação dos significados e ao uso destes dentro do Processo Legislativo. Existe espaço para arbitrariedade o que não significa que seja racional ou que os significados expressos numa proposição normativa jurídica sejam incondicionalmente válidos. Existe na comunicação uma pretensão de universalização que impele ao entendimento e, ao mesmo tempo, a um acordo realizado através da democracia com uma linguagem já constituída.²⁶⁰ Nisto um significado fica dependente de um ambiente social, um ambiente subjetivo e uma correspondência ao objeto, anteriores à democracia.²⁶¹

A simples dependência do elemento social não é suficiente para determinar o significado válido e racional. A tradição ocupa um lugar não tão destacado na ótica de HABERMAS em oposição a PERELMAN. A linguagem não é um arbítrio desmotivado, pois sua continuidade depende de uma relação de aprendizagem que, inclusive, mantém-se nas relações morais.²⁶² O Direito e sua respectiva linguagem são fruto do desenvolvimento social e da autonomia dos sujeitos, depende de aprendizagem paulatina que envolve, nas suas fases iniciais, um poder arbitrário,²⁶³ para que, nas suas fases finais, possa ser utilizado numa

²⁵⁸ PERELMAN, *Lógica jurídica*, 2004, p. 9.

²⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo, Loyola, 2007, pp.301-303.

²⁶⁰ Tentando manter consonância com a manutenção e concordância do Direito com si mesmo (legitimidade através da legalidade) proposta por HABERMAS, *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez*, vol. I. 1997, p.203 e com a ética do discurso que permeia toda sua obra.

²⁶¹ Levando em consideração as críticas de APEL, 2004, pp.229, 235, 253-254 (especialmente esta última, no que toca a impossibilidade de fugir do “*discurso argumentativo primordial*”).

²⁶² HABERMAS, 1989, pp.196-197. Tanto mais quando ela é um passo a partir do qual a autonomia do sujeito se desprende para analisar o significado de justiça desde um ponto de vista moral no qual pauta-se por uma “neutralidade”.

²⁶³ HABERMAS, 1989, pp.150, 154-155. Interpretação do comentário de Habermas em relação aos estágios pré-convencionais de Kohlberg, devido a relação de castigo e punição que não leva em consideração uma destinação ao entendimento, mas à obediência (IDEM, p.201 figura que subsume o debate das páginas anteriores).

relação fundada no entendimento. É neste entendimento que o indivíduo consegue expressar sua autonomia.²⁶⁴

PERELMAN deixa mais aberto o espectro da arbitrariedade dentro da linguagem jurídica apesar de levar em consideração a posição que os “lugares” ocupam dentro do consenso sobre aquela. Existe uma necessidade de persuadir e de convencer o auditório, o que dá liberdade ao orador de transfigurar a linguagem que usa através da retórica. É, principalmente, o orador que tem autonomia para determinar sua linguagem em detrimento da que o auditório possui, buscando de uma maneira ampla encontrar a adesão deste. Apesar disto, é possível depreender que o autor se aproxime da perspectiva de HABERMAS quanto à busca de uma validade subjetiva e social. O contexto objetivo, no entanto, não é tão relevante. Existe uma realidade, mas ela não passa de uma construção realizada para adquirir a adesão do auditório.

Permanece a busca por uma verdade-validade e um entendimento-convencimento. Os significados jurídicos ficam abertos, pois a determinação deles dá-se através de um consenso²⁶⁵ (consentimento) sobre algo. Esta abertura da linguagem jurídica deixa o próprio mundo jurídico mais aberto, no entanto, permite que se torne, em alguns momentos, ininteligível pela falta de compartilhamento de sua própria linguagem. Um orador (ou falante), juiz, pode muito bem usar uma linguagem própria e não ser entendido pelos demais, pode também usar a mesma língua que seu auditório (ou o ouvinte) sem conseguir expressar-se na sua totalidade, apesar de existir uma formalidade na lei que não responde a si mesma.

O ponto principal, então, torna-se o caminho usado para provocar o entendimento através das expressões de linguagem, que serão capazes de levar o auditório à ação desejada, seja pelo orador, seja por ambos. Tal debate leva em consideração que a linguagem jurídica trabalha, ora com uma racionalidade teológica, ora com uma racionalidade comunicativa. Em ambas as racionalidades, a lógica formal não impera, mas auxilia.

De qualquer maneira, a linguagem expressa numa Decisão Penal terá que ser racional e expressar sua racionalidade, e no que toca, especialmente, ao aspecto teleológico, levando em consideração os termos de FIGUEREDO DIAS de que: “*O Sentido, o fundamento e as finalidades da pena criminal são determinações indispensáveis para decidir de que forma*

²⁶⁴ IDEM, p.173. Uma vez que Habermas acredita que somente através da compreensão do caminho entre o agir governado pela autoridade e pela cooperação é possível chegar ao agir pelo o entendimento sobre o qual o sujeito pode agir autonomamente (IDEM, p.196-197).

²⁶⁵ Não sendo demais apresentar outros trechos das obras dos autores, PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.530; HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. I. 1989, p167-168 (ainda que este consentimento seja reflexo da democracia que visa a participação de todos os implicados).

*deve aquela actuar para cumprir a função do direito penal... ”,*²⁶⁶, e as propostas dos autores anteriores, não poderá corresponder ou pretender a uma mera retribuição. Ao contrário disso, a necessidade de convencimento que pretende superar a arbitrariedade sempre necessitará de um retorno a defesa da liberdade (o que pode retoricamente ser transposto na defesa de interesses preventivos como será depreendido da proposta de Habermas mais adiante).

2.1.1.2 Pragmática e Retórica, a Validade da Linguagem Jurídica

O paradigma positivista de dedução das demais normas a partir de uma norma fundamental²⁶⁷ através de relações lógico formais não encontra mais espaço dentro de uma época que deixa linguagem com ampla liberdade²⁶⁸. Apesar disso, o Direito propõe-se a

²⁶⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Direito**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2007. p.44. No que toca ao aprofundamento do debate sobre a pena são esclarecedores os apontamentos de IDEM, pp. 49-50 quanto à aplicação da pena (na qual se inclui por óbvio a Decisão Penal), da qual discordo por seguir a Ética do Discurso. Quando trata da utilização do ser humano como objeto e a necessidade de seguir a negação desta coisificação através do ato de “**prescindir de direitos**” e a separação do debate de “dignidade” e “pena” para passar para “dignidade e “aplicação da pena”. Apesar de apresentar bons argumentos contra ao processo de coisificação, o autor não consegue elidi-lo, pois segue uma racionalidade teleológica na “aplicação da pena” sem considerar que fins, limites e condições de aplicação e da própria pena se confundem face ao mundo objetivo, principalmente. Decidir que alguém deve dividir alguns anos de sua vida com 20 ou mais colegas em um cubículo com péssima alimentação e etc, se confunde com a finalidade da mesma. Não é muito difícil lançar argumentos, especialmente subjetivos, sobre se isto pretende ou não causar uma violência, pois é sensível seu resultado. Dizer que é outra a finalidade, a de prevenir ou outro argumento para exprimir que uma Sentença Penal vai levar alguém a um literal sofrimento (ao perder sua liberdade, integrante essência de sua dignidade) quando corta sua existência confinando-a a um local onde não há como lançar mão em qualquer processo de integração (ainda que não seja o termo mais adequado) ou comunicação não foge da coisificação, o que levaria o debate sobre o que a Decisão Penal implica, para em quem ela será aplicada. Tal debate salta do arbítrio sobre o significado da justiça da pena para fazer a “minha justiça sobre o que eu achar adequado”. Precisando um pouco mais no que toca ao debate sobre o finalismo da pena e a aplicação, para fugir do “retribucionismo” Kantiano ou Hegeliano não tão aprofundado aqui, muito menos por DIAS, que propostas discursivas tentam recorrer ao diálogo e a aceitação, para que a Decisão não seja o movimento do pau sobre o cão, mas um convencimento do homem livre apesar de suas conseqüências muitas vezes excessivamente racionais e pouco humanas quando circunscritas à ética do discurso habermasiana. Ainda sobre este debate, função da Pena e portanto de sua aplicação, portanto, de grande validade são os apontamentos de PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal: Parte General**. Barcelona, Reppertor. 1996. pp.45-55, especialmente p.46-49 quando trata da justiça retributiva e as propostas kantianas e hegelianas (mais profundas que o autor anterior) que apresentam a melhor qualidade da negação da coisificação na p.47 e um dos melhores argumentos para a não aceitação de propostas que negam este processo epistêmico na p.49, quais sejam, o estabelecimento da dignidade da pessoa (termo que adequando a tema proposto corresponderia à racionalidade) como limite para a fundamentação das ações dos Estados; e a posição positiva do Estado face a negação da invasão da moral no Direito.

²⁶⁷ Crítica comum de PERELMAN, 2004, pp.91-96 e HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez, vol. I**. 1989, p.119 (especialmente) a Kelsen.

²⁶⁸ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez, vol. I**, 1997, pp.27-35, foco nas três últimas páginas deste trecho em que a linguagem da uma especial liberdade para o conceito de verdade e para as interpretações sobre o que ela expressa.

alguma finalidade. O Direito não está à toa, está destinado a completar alguma determinação. Duas questões se depreendem da existência de alguma finalidade: como determinar qual é ela.

Partindo de uma perspectiva pragmático-universal, como exposto nos capítulos passados, depreende-se que HABERMAS acredita que a finalidade do estabelecimento de uma linguagem jurídica é causar algum efeito no mundo através de um entendimento (estabelecido nela), permitindo a continuidade de relações ético-discursivas através da democracia, vale dizer, a manutenção de relações não coativas entre os sujeitos, respeitando a alteridade e autonomia de cada um, buscando um entendimento que permita a cooperação e a aprendizagem entre eles sobre os mundos objetivo, social e subjetivo. O ponto principal é criar uma linguagem normativa que permita a cooperação entre os indivíduos e a manutenção da autonomia individual para intervenções instrumentais sobre o mundo objetivo que não interfira nestes dois elementos interiores²⁶⁹ (o Processo Penal, nesta perspectiva não poderá ser interpretado, pura e simplesmente, como uma coação desarrazoada, mas apenas como uma coação que, fundamentadamente, leve em consideração aqueles elementos).

Para isto, HABERMAS somente encontra o caminho discursivo em que a única coação aceitável e válida é a do melhor argumento (que não pode ser direcionado à violência).²⁷⁰ Apenas através de um discurso argumentativo que leve em consideração a participação do outro para a formação do entendimento, é possível ter intervenções pragmáticas sobre os mundos.²⁷¹ O uso da retórica é posto em dúvida pelo autor, uma vez que a retórica não, necessariamente, apela para a formação de entendimento racional entre os falantes-ouvintes. Muitas vezes a retórica é usada para fins estratégicos (da norma) ou de acordo com uma racionalidade teleológica²⁷², que poderia ser direcionada a violência.

Através da retórica um falante pode impelir o ouvinte a reproduzir instrumentalmente a ação que somente aquele deseja, sem levar em consideração o mundo subjetivo deste ou, muito menos, uma interpretação compartilhada. O ouvinte, nessa situação, não é um sujeito da ação, pois não reflete racionalmente a si. O uso retórico pode muito bem impelir a um uso arbitrário e descontextualizado do Direito, pois não leva em consideração aquele. Mas, como

²⁶⁹HABERMAS. **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. I. 1997, pp.245-246. Nos termos de Manter a segurança jurídica e as expectativas de comportamento dos indivíduos em sociedade.

²⁷⁰HABERMAS, 1989, pp.194-195.

²⁷¹Aproximando-me do discurso como Apel o vê (respeitando a ética do discurso, ainda que isto repercute numa queda à ética da responsabilidade, ou seja num dever de propulsão à “U”, APEL, 2004, p.273).

²⁷² Interpretação de HABERMAS, **Teoría de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social**, vol. I. 1987, p.367 pois a retórica muitas vezes atua como instrumento técnico de convencimento para um fim desejado e em outros como meio valorativo (estético) para influenciar um integrante do auditório, imperando de qualquer maneira o desejo de que a ação do auditório esteja de acordo com o intuito do orador independente de uma apreciação racional (IDEM, p.368).

a formulação da linguagem jurídica e seus significados não são meramente dedutivos e exigem posicionamentos subjetivos, proferir proposições tentando criá-los ou modificá-los através inferências, induz a um compartilhamento na ação, na finalidade ou nos próprios significados da sua linguagem.

Se a retórica induz ao sujeito-ouvinte a agir não em conformidade a si, mas em conformidade com o falante, através de meios não condizentes com sua própria racionalidade, o que é derivado desse uso não é um uso racionalmente válido.²⁷³ Tal compromisso pensa a retórica apenas como erística, como se ela não tivesse interação com ética,²⁷⁴ apenas como se fosse uma técnica de instrumentalização do ser humano. Retórica seria um descompromisso com um mundo subjetivo, uma forma de evadir a sinceridade que temos com nossa própria linguagem e travestir os significados para o ouvinte.

PERELMAN não pensa assim, a retórica deve permanecer com compromissos com a sinceridade.²⁷⁵ A retórica não é apenas uma forma de ludibriar através da linguagem, pelo contrário, é uma forma de levar em consideração o que não consegue ser expresso logicamente.²⁷⁶ A retórica auxilia o contato humano e, portanto, consegue permitir uma sincronia²⁷⁷ dos espíritos que há nos respectivos auditórios.

Apesar de acreditar que a linguagem jurídica é um resultado social com a colaboração da autonomia dos oradores e o respeito aos auditórios, a retórica serviria para suprir, através do discurso racional, lacunas que a própria racionalidade vinculada à lógica formal deixa em comparação ao elemento humano. Através da retórica impulsiona-se uma "*disposição para reagir*",²⁷⁸ forçando motivações mais convincentes através de técnicas

²⁷³ Como JORGENSEN, 2007, p.166, 170-172 observa. O autor inclusive, para evitar o uso retórico como instrumentalizante, aconselha a admissão do uso da retórica e da intenção persuasiva frente aos ouvintes, mantendo um comportamento "honesto" (e equânime, "fair"), ou seja, uma "*retórica responsável*" (pág.172). Tal posicionamento impeliu o autor a tratar da necessária análise da intenção do orador para realmente afirmar se a retórica é ou não válida como elemento persuasivo dentro de debates pragmáticos-dialéticos.

²⁷⁴ PERELMAN, **Retóricas**, 2004, pp.50, 71-72 e 74 (argumentação que pretende conciliar virtude, sinceridade e as características dos auditórios).

²⁷⁵ PERELMAN, **Retóricas**, 2004, pp.74-75,143-144.

²⁷⁶ IDEM, p.77, "*O que distingue, além disso, a lógica da retórica é que enquanto na primeira sempre se raciocina no interior de um dado sistema, que se supõe aceito, numa argumentação retórica tudo sempre pode ser questionado...*".

²⁷⁷ Recorrendo ao conceito expresso por Saussure para considerar o contato de espíritos como um evento presente e simultâneo entre o auditório e o orador sem instrumentalizações.

²⁷⁸ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.555. Outra proposta para a retórica, semelhante à de Perelman, é a presente em ZAREFSKY, David. Strategic Maneuvering through Persuasive Definitions: Implications for Dialectic and Rhetoric, in: **Argumentation**. Amsterdam, Kluwer Academic Publishers, n. 20, 2006. pp.399-420, quando trata da possibilidade de usos de argumentos estratégicos (manobras estratégicas, pág.400-401) questionando se eles se incluíam dentro de uma perspectiva dialética como retórica, respondendo que não, necessariamente, uma vez que estratégias não se destinam a solução de desacordos (contraditório), ainda que seja uma método adequado quando a finalidade em si da estratégia seja a persuasão de um auditório ou a solução de um desacordo.

discursivas. Inferir a linguagem jurídica através da retórica não é descomprometer-se com a sinceridade, seguindo PERELMAN.

Nisto a retórica pode ser considerada como um meio pragmático de conquistar a validade, nos termos expostos nos capítulos anteriores, ou seja, ser considerada mais uma técnica persuasivo-racional. Ela não se destina a ser uma superação arbitrária da linguagem jurídica compartilhada pelos falantes ouvintes, mas uma forma de buscar entendimento através de técnicas discursivas. Destacam-se nesta proposta de retórica de PERELMAN os “lugares” que consolidam o discurso jurídico em expressões sucintas, a serem tratados a seguir.

2.1.1.3 Validade da Tradição e dos Lugares-Comuns

PERELMAN aponta que os *lugares comuns* são “premissas de ordem muito geral”²⁷⁹ construídas e consagradas através do raciocínio dialético. Graças a sua generalidade tornaram-se banais em nossos tempos, perdendo em grande parte seu valor argumentativo apesar de serem elementos essenciais ao discurso. Os *lugares*²⁸⁰ constroem em torno de si acordos sobre o “preferível”²⁸¹ o que os vincula a uma fundamentação valorativa.²⁸²

Devido à fundamentação valorativa, o *lugar-comum* reproduz a capacidade de gerar adesão dos valores. Assim, o autor apresenta dois grupos principais sobre os quais os acordos valorativos já estão consubstanciados no tempo, entre eles os *lugares de quantidade* e os de *qualidade*, entre outros,²⁸³ sem, no entanto, exauri-los. Todos são uma representação contextual da linguagem natural.

Os *lugares-comuns* tornam-se o ponto de partida para debater situações concretas, pois se assemelham a “*prénoções*” segundo o autor²⁸⁴ que permitem um embate entre posições distintas do orador e do auditório. Como o *lugar-comum* não possui uma clareza e precisão, debate-se principalmente no ambiente semântico para adequá-lo à pragmática,²⁸⁵ ou seja, uma forma de explicar o significado das palavras que este lugar contém para reforçar sua

²⁷⁹ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.94.

²⁸⁰ BITTAR, 2009, p.143 (incluindo outros lugares comuns, ainda mais comuns que os reportados por Perelman em *Lógica Jurídica*, como por exemplo a boa fé e ordem pública).

²⁸¹ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.74.

²⁸² PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.678.

²⁸³ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, pp.96-108.

²⁸⁴ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.678.

²⁸⁵ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.679-680 (apenas para ilustrar) e BITTAR, 2009, pp143-144.

validade. De qualquer forma, o *lugar-comum* mantém não só um espaço para alteração semântica, mas também um sentido emotivo.

Os *lugares-comuns* assemelham-se às imagens do *mundo da vida* de HABERMAS especialmente como fonte de valoração cultural,²⁸⁶ pois são pré-estruturas simbólicas de convicções e de interpretações que permitem a inserção do sujeito dentro da sociedade através de relações comunicativas. Porém, HABERMAS, ao contrário do autor anterior, considera que estas imagens não permitem dar uma estabilidade sólida à sociedade devido a seu caráter falível e à possibilidade da realização de um dissenso fundamentado sobre elas.²⁸⁷ Daí que se torna necessário, a todo o momento, a apresentação de novos argumentos contextuais, para tentar manter um espaço de socialização. O *mundo da vida* fica fornecendo um pano de fundo inicialmente aproblemático, mas sobre o qual a comunicação torna-se problematizável quando tematizada, nos impulsionado a jogar com normas e valores para produzir aceitação de ações.²⁸⁸ Simplificando, o *mundo da vida* é um espaço de reinterpretação com elementos já interpretados. Nas palavras de HABERMAS, tratando do mundo da vida dentro um conceito culturalista:

(...)os padrões culturais de interpretação, de valoração e a de expressão servem como recursos para as faenas e rendimentos interpretativos dos participantes na interação que negociam uma definição comum da situação, em cujo marco pode chegar a um consenso sobre algo no mundo. (HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I.** 1987, p.191)

Apesar disso, o *mundo da vida* não se reproduz simplesmente, ele se renova também na tradição. Assim, os *lugares-comuns*, que antes eram uma fonte de certeza e de coerência, ficam à mercê das relações comunicativas capazes de alterá-lo quando ele não for capaz de reproduzir um conhecimento válido. Ao fim e ao cabo, sua posição em relação ao *mundo da vida*, enquanto valores subsumidos a expressões valorativas como os *lugares-comuns*, chega ao mesmo ponto que PERELMAN.²⁸⁹

A generalidade que PERELMAN atribui aos *lugares-comuns* assenta-se num consenso sobre o acervo cultural que os membros da sociedade possuem e que se preserva graças à confiança na sua reprodutibilidade e na sua validade. Aceitam-se os *lugares-comuns*

²⁸⁶ Recorrendo ao mundo da vida desde uma perspectiva culturalista, sem observar uma perspectiva social (HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Crítica de la Razón Funcionalista, vol. II.** 1987, pp.189-191,196).

²⁸⁷ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez, vol. I.** 1997, p.56.

²⁸⁸ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Crítica de la Razón Funcionalista, vol. II.** 1987, p.190.

²⁸⁹ HABERMAS, 1991, p.37.

enquanto consigam ter correspondência com a crença subjetiva, com a crença exposta pela sociedade em detrimento a um objeto, ou seja, enquanto não tematizados.

A tematização os tira de um fundo sombrio para trazê-los à tona na comunicação. O que antes era consensual e intersubjetivamente compartilhado passa ser uma proposição subjetiva, que deve ser entendida dentro de um contexto de falantes-ouvintes. A diferença entre os dois autores, no que toca a validade dos lugares-comuns, refere-se a tematização em si. Para HABERMAS quando essas convicções de fundo são tematizadas, ou elas tombam definitivamente, ou se mantêm como são, não há um espaço aberto para a ampla problematização;²⁹⁰ PERELMAN, em oposição, crê que a tematização destes é um caminho para reforçar sua validade de dentro de um discurso que busca o convencimento de outro sujeito.²⁹¹

Em ambos autores permanece a nebulosidade que envolve essa realidade já interpretada que nos é dada e que, por decurso de fatos que consideramos novos, é posta à prova. Intui-se que o Direito tem esta penumbra, ao mesmo tempo e da mesma maneira, a formação da norma não se dá exclusivamente com base nela. O Direito funda-se numa realidade problematizada que pressupõem este conhecimento, criando relações que a levam em consideração.

2.1.2 *Lógica e Procedimento*

Apresentada a vinculação da linguagem jurídica com uma racionalidade que busca uma pretensa verdade através de um discurso esclarecedor e convincente, assim como, que antecedente à linguagem jurídica está *linguagem natural*. Resta aprofundar as vinculações que a linguagem jurídica apresenta em relação a lógica devido a sua artificialidade.

²⁹⁰ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Crítica de la Razón Funcionalista**, vol. II. 1987, pp.185-188.

²⁹¹ PERELMAN, **Lógica Jurídica**, 2004, pp.130-131. Em linha semelhante HANNKEN-ILLJES, 2006, p.315-316, 318-323 (apesar de ter uma abordagem etnográfica) informa que a argumentação mantém dependência do “campo de argumentação” (auditório) que pode ser traduzidos em regras tópicas que são aceitas dentro dele como “Standards” de validade (e estabilidade para as argumentações). Quanto a estes campos de argumentação, nos procedimentos judiciais penais, o autor sugere três modelos de campos de embate: colisão (em que as partes contrapõem-se sobre um tema, em que o autor levanta como exemplo de lugar comum o uso do racional-razoável, como justificador para uma ação) , justaposição (em que há uma tentativa de negociação entre argumentos, exemplificado através do lugar comum de “eficiência”, aplicado em regra nos “plea bargaining”) e combinação (em que outro campo de argumentação externo é trazido ao processo penal contribuindo para os lugares comuns presentes nele, ou os campos anteriores são postos simultaneamente para a busca do convencimento).

Como dito, o Direito vincula-se, antes de mais nada, à *linguagem natural*. A partir dela estabelece-se um conjunto de inferências possíveis, conforme observado por ALEXY,²⁹² que, ainda assim, não escapam de uma estrutura lógica que permita a conexão entre a argumentação dos participantes de um julgamento e a construção de uma decisão. Neste ponto, o Direito, que se pretende uma linguagem jurídica, devido ao vínculo linguagem jurídico-natural, permanece arbitrário, mas seu destino é uma universalização para a formação de uma pretensa certeza. Ora, a Decisão Penal, em especial, necessita chegar a uma resposta sobre os argumentos da acusação ou da defesa.

Essa certeza não passa de um trânsito, de uma construção convincente, persuasiva. Assim, o que era antes arbitrário necessita de alguma forma de determinação, alguma língua que circunscreva as proposições que são utilizadas no discurso deste momento. O Direito, então, tenta estabelecer esta língua técnica²⁹³ (artificial) de tal forma que o que é criado no seu leito não fique sem rédeas e perca a finalidade universalizante a que se propôs. A decisão Penal ou responde uma condenação, ou uma absolvição.

Apesar de ser arbitrário por um lado, buscando corresponder aos mundos para conquistar uma validade através da aceitação do outro, o Direito necessita de algum fundo já consolidado que permita a construção de seu discurso, seja na norma, seja na sua aplicação. Esta consolidação dá-se através de uma linguagem que já contém um consenso em torno dela. No entanto, PERELMAN afirma que a lógica formal não consegue conter e responder a todos os aspectos a que se destinam proposições normativas.²⁹⁴ A lei penal, principalmente, não responde aos “fatos”

Se por um lado a linguagem jurídica está aberta, por outro ela necessita fechar-se (correspondendo a um contexto), para dar uma resposta pretensamente válida, sem estender-se desordenadamente no tempo.²⁹⁵ Ainda assim, apesar de dar uma resposta através de uma linguagem artificial, esta recorre à informalidade que lhe dá origem para poder causar efeito no mundo. O fundamento da lei penal disposta numa sentença não está dentro de si.

Devido a essa informalidade advinda da linguagem natural, o Direito pauta-se radicalmente pela dialética e pela retórica mais que pela análise. Aliás, toda a construção do Direito surge por relações dialógicas em que proposições contraditórias firmam-se através de

²⁹² ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional com Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo, Landy, 2005, pp.102-109.

²⁹³ BITTAR, 2009, pp.178-179.

²⁹⁴ PERELMAN, **Lógica Jurídica**, 2004, p.142. Trecho escolhido apenas para ilustrar, pois este tema é recorrente em sua obra.

²⁹⁵ PERELMAN. **Retóricas**, 2004, p.374.

discursos muitas vezes permeados pela retórica.²⁹⁶ O ato de condenar alguém a uma pena, antes de depender da linguagem estabelecida nos códigos, depende de um diálogo formado na sociedade em que falantes-ouvintes ou oradores contradizem-se, principalmente em relação aos valores que querem defender, e buscam fazer-se entender e convencer ao outro sobre a validade de suas proposições.

Como este diálogo é demasiadamente aberto a ponto de não apresentar obrigatoriamente uma pretensa aplicação universal devido ao contraditório,²⁹⁷ que impele a formação de entendimento, ele transfigura-se de uma relação procedimental-dialético-discursiva para uma relação processual-discursiva muito mais formal que anterior.²⁹⁸ No entanto, a relação processual necessita manter os significados que o procedimento produziu para continuar válido e racional.

Comunicativamente determinamos o significado de uma pena justa antes determinar as normas materiais e processuais que configurarão uma decisão judicial. Mantemos uma alternância entre os falantes ouvintes ou oradores e auditórios. A partir disso, estabelecemos formalidade que perduram no tempo e tentam encerrar em si uma resposta universal para este significado, entre outros, dando um espaço menor para o contexto em contraposição ao que haveria diretamente a *linguagem natural*.

De qualquer maneira, o resultado do processo necessita ser entendido como capaz de convencer sobre a racionalidade do seu discurso e de sua linguagem. Nisto não há outra maneira para conquistar uma resposta válida se não retornando de uma relação procedimental-dialético-discursiva mais próxima a *linguagem natural* aceitando a retórica. Por exemplo, novamente, dizer quais são os “fatos” imputáveis a um suposto réu num Processo Penal, negar “fatos”, tratar sobre o significado de uma pena, entre outros elementos, são questões de *linguagem natural* antes de serem questões de Direito.

Para proferir uma Decisão Penal justa e válida é devido passar por um processo, mas antes é preciso responder procedimentalmente os seus significados.

²⁹⁶ A exemplo dos discursos apresentados na esfera legislativa, como observado por HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e Validez, vol. I.** pp.195-196 , (ponto “b”, quanto a formação do direito com fundamento no poder comunicativo e portanto da aceitação social).

²⁹⁷ Tendo, aqui, uma visão estrita do contraditório proposto por FAZZALARI, 2006, pp.119-120 e 125, como uma contraposição estratégica desinteressada em formar o entendimento, mas, exclusivamente, interessados nos efeitos do ato final .

²⁹⁸ Aqui outra vez incidem as críticas de Apel a Habermas ao desconsiderar o discurso primordial.

2.1.2.1 Lógica Formal

PERELMAN considera que a lógica formal é responsável pela "(...) *análise do raciocínio demonstrativo, cuja correção formal poderia, no limite, se controlar mecanicamente*"²⁹⁹ o que a levaria a confundir-se com a matemática, ainda mais por se ter tornado uma disciplina cujo rigor a elevou ao status de ciência "*que estuda a estrutura de sistemas logísticos ou de cálculos não interpretados*"³⁰⁰ sobre a qual não há mais controvérsias.³⁰¹ Porém, a análise dos argumentos não depende exclusivamente de uma análise da demonstração.

Uma ação de julgar e motivar decisões requer uma combinação entre a determinação de "fato" e demonstrações normativas.³⁰² Como a nossa racionalidade não depende exclusivamente de relações deterministas com o mundo, há um espaço para uma autonomia,³⁰³ principalmente no tocante ao aspecto comunicativo, que não é coercitivamente controlável.

A ação de julgar não é um cálculo matemático. Não basta uma norma fundamental e fundamentadora servir como parâmetro dedutivo sobre qual toda a decisão e todas as normas serão defendidas.

Sempre há um momento em que um ato justificador apresenta-se para uma tomada de decisão, ou seja, para causar um efeito no mundo.³⁰⁴ Isso não significa que exista uma capacidade ilimitada para tomar decisões. Não só a decisão jurídica como a própria comunicação necessita de um fundo de racionalidade que é conquistada a partir de relações de entendimento e convencimento sobre os quais é debatida a validade das proposições.

Este caminho, para tomar a decisão, apela muito mais para especificidades próprias da linguagem jurídica que para regras da lógica formal,³⁰⁵ fato que PERELMAN sustenta:

(...) ela não é uma lógica da demonstração formal, mas uma lógica da argumentação, que utiliza não provas analíticas, que são coercitivas, mas provas dialéticas - no sentido aristotélico dessa distinção- que visam a convencer, pelo menos, a persuadir o auditório (o juiz nessa ocorrência), de modo que o levem a dirimir com sua decisão uma controvérsia jurídica.(PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.500)

²⁹⁹ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.470.

³⁰⁰ IDEM.

³⁰¹ PERELMAN, **Retóricas**, 2004, pp.93-103.

³⁰² PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.494.

³⁰³ IDEM, pp.259-262. Vendo o termo Liberdade como autonomia para a interpretação da linguagem.

³⁰⁴ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p. 476 e STRECK, 2009, p27.

³⁰⁵ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.493.

Em seguida, o autor aplica essas mesmas características à decisão do juiz, que apela à mesma lógica e que necessita demonstrar que sua conclusão é válida. Nela há um espaço especial para premissas como os *lugares-comuns* sobre os quais, dialeticamente, consolidou-se um sentido sobre o qual o raciocínio jurídico se pauta.³⁰⁶ Como, por exemplo, ‘in dúbio pro reo’ ou ‘in dúbio pro libertate’, fundamentos do Processo e do Direito Penais.

Dialeticamente no tempo, argumentos de ordem geral se consolidam na tradição e aportam ao Direito um marco já interpretado do mundo através dos quais se torna possível, então, o uso das demonstrações. Note-se, no entanto, que a construção desses lugares não pertence ao formalismo, pelo contrário são resultados de um conhecimento humano falível, reformável e incompleto.³⁰⁷ Ora, os lugares anteriores não surgiram por uma questão lógica, mas sim por um debate histórico.

Não se trata mais de encontrar a demonstração mais condizente com o que se supõe ser a realidade, mas sim de encontrar os argumentos que aumentem a adesão dos partícipes de uma relação comunicativa. O uso formal da linguagem não é suficiente para cumprir esse papel, ele apenas configura mais um instrumento para isso. A *linguagem natural* tem muito mais liberdade para realizar esta tarefa. A cada instante, orador e auditório, ou falantes ouvintes, interferem-se para obter o melhor entendimento e convencimento possíveis entre eles. Intentam comunicar suas apreensões individuais sobre os fatos e recorrem a atos de fala retórica, dialética e analiticamente.

Todas as partes de um processo gesticulam e mudam entonação de suas frases; recorrem a exemplos, a analogias; buscam correspondências entre as imagens consolidadas do mundo e as suas proposições; demonstram suas depreensões da norma; perguntam a seus contraditores; contradizem-se, enfim vão muito além de uma proposta positiva.³⁰⁸ Apesar desta enorme abertura que há no discurso, todos os integrantes do processo pretendem fazer-se entender e convencer sobre a validade do que falam para todos que possam ouvir ou ler.

2.1.2.2 Lógica Jurídica: Informalidade

ALEXY ao tratar sobre PERELMAN indica que este não desejava substituir a lógica formal por sua Teoria da Argumentação dentro do ambiente jurídico, o que o autor desejava

³⁰⁶ PERELMAN, *Ética e Direito*, 2005, p.501.

³⁰⁷ PERELMAN, *Retóricas*, 2004, p.98 e PERELMAN, *Ética e Direito*, 2005, p.519.

³⁰⁸ Retidão como aplicação correta das expressões lingüísticas em correspondência com o mundo o mundo social no qual compartilhamos as normas de uma língua.

era uma complementação desta.³⁰⁹ No entanto, o que se observa é o contrário. PERELMAN afirma que *"a lógica jurídica comporta o estudo de esquemas argumentativos não formais, próprios do contexto jurídico"*.³¹⁰

Esta idéia ressaltada pelo esforço do autor em demonstrar que a argumentação não é mecanicamente controlável, por dirigir-se ao auditório humano, repercute numa racionalidade em que se funda a argumentação, que passa por juízos de valores que não são, necessariamente, demonstrações. O efeito da argumentação é um resultado personalíssimo, pois o convencimento depende principalmente do aspecto subjetivo de cada um.

Mas não é somente esse aspecto que distingue a lógica jurídica da lógica formal e que estabelece a complementaridade desta àquela. A racionalidade jurídica depende de uma razão comunicativa, ela intenta tecer elementos que permitem a compreensão de uma proposição destinada a gerar uma ação, modificar o mundo.

Isto não significa que o uso da lógica formal seja vedado dentro da lógica jurídica. Para o autor é possível utilizar demonstrações silogística para auxiliar o convencimento, mas o uso das provas dialéticas³¹¹ é superior, pois sua finalidade é a persuasão do auditório.³¹² Novamente, dizer o que são fatos no curso do Processo Penal é uma questão dialética.

Dessa maneira, o autor transforma a lógica jurídica em algo diferente da lógica formal. Nesse aspecto, a lógica jurídica é uma fonte de argumentos de ordem geral, construídos dialeticamente na tradição, que servirão para montar uma técnica argumentativa destinada a formar o convencimento do auditório. Nas palavras do autor:

A lógica jurídica é uma lógica que permite levar a seu termo uma controvérsia, em que os argumentos são confrontados, em que, em cada etapa, o pró e o contra não são postos em pé de igualdade, pois as presunções intervêm em favor da tese ou da antítese, incumbido o ônus da prova a quem se propõe a derrubar essa presunção. (PERELMAN, **Ética e Direito**. 2005, p.504)

Aqui o autor retrata tanto o elemento pessoal e subjetivo que envolve as presunções quanto a necessidade de um resultado prático. Algo a ser destacado é que o autor considera que, no *"vaivém de argumentos"*,³¹³ exige-se posicionamentos subjetivos e juízos de valor em

³⁰⁹ ALEXY, 2005, p.165.

³¹⁰ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.493.

³¹¹ Que devido dessa natureza não são coercitivas (PERELMAN, **Retóricas**, 2004, pp.48-49).

³¹² PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.500.

³¹³ IDEM, p.505.

relação aos argumentos apresentados, mas ao contrário de HABERMAS, PERELMAN eleva a função da tradição como pano de fundo para isto.³¹⁴

HABERMAS não tem essa preocupação de alinhar a tradição com os posicionamentos subjetivos, mas este alinhamento que PERELMAN realiza dá-se em detrimento dos lugares-comuns que fazem parte das interpretações simbólicas que já são dadas, ou seja, de um *mundo da vida* que é compartilhado. A aproximação entre ambos, que foi realizada anteriormente, retorna aqui para reafirmar a informalidade da lógica jurídica através da *linguagem natural* (nos *lugares-comuns*) que consolida essas interpretações.

Através da *linguagem natural* formam-se argumentos gerais que servirão para a apreciação de fatos, mas somente argumentos gerais não são suficientes para produzir o convencimento. Não bastam esforços operatórios e mecânicos para convencer, para produzir este feito, antes, é devido entender os argumentos e encontrar a validade destes, para depois, através deles produzir efeitos sobre o auditório ou outro falante ouvinte. No caso do Processo Penal, nesta perspectiva, deve-se encontrar, primeiro, entendimento sobre os *lugares-comuns* que lhe servem, para entender os argumentos que tem base nestes e, então, buscar o convencimento do auditório.

Nesse aspecto, HABERMAS também contribui com sua *Teoria da Ação Comunicativa* da qual é possível depreender-se que existe uma lógica discursiva pragmática, em conformidade com a interpretação de ALEXY sobre este autor.³¹⁵ Apesar de HABERMAS considerar que os argumentos podem ter uma análise formal, eles não conseguem manter relação entre si apenas por relações de dedução ou indução. Entre eles existe um espaço para a aceitação e formação de consensos.

A formação dos consensos é realizada por meio da linguagem, mas o uso restrito de uma linguagem formal não é suficiente para determiná-los. O discurso, especialmente, jurídico está permeado pela moral (pragmática e ética), construída através da informalidade,³¹⁶ não por demonstrações. Porém, o mesmo adquire uma forma sobre a qual é possível revisar a correspondência entre o objeto do discurso e os respectivos mundos.

Assim como PERELMAN, o discurso jurídico recorre tanto à lógica formal quanto à lógica informal para determinação da validade das proposições que expõe, mas ele agrega um elemento muito importante. O discurso, em seus elementos formais, deve permitir eticamente

³¹⁴ Pois para Habermas não só a tradição ocupa esta função mas todo o mundo da vida que engloba muito mais que a percepção culturalista, mas uma diferenciação entre a cultura a sociedade e a personalidade (HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Crítica de la Razón Funcionalista, vol. II.** 1987, pp. 208-211).

³¹⁵ ALEXY, 2005, p.127-133.

³¹⁶ Tendo vistas a argumentação como “lógica informal” (HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I**, 1987, p.43).

a abertura destes para a problematização e, portanto, novas argumentações que os alterem assim como a própria linguagem utilizada neles.³¹⁷

2.1.2.3 Análise, Dialética e Retórica

Tanto PERELMAN quanto HABERMAS acreditam que a lógica formal tem o devido espaço dentro da lógica jurídica ou da lógica do discurso. Ambos reforçam a importância da dialética, no entanto uso da retórica e da analítica sofre restrições de acordo com cada autor.

Para ambos os autores, a analítica corresponde à lógica formal, enquanto que a dialética, esquecida pelo positivismo,³¹⁸ retorna a reintegrá-la através na contemporaneidade com a *virada lingüística*.³¹⁹ Através da linguagem encontra-se um elemento intersubjetivo que não consegue ser construído, exclusivamente, através de uma lógica formal.

ALEXY observa que HABERMAS foca-se no estudo formal do discurso, incluindo neste o discurso jurídico.³²⁰ Não é somente este elemento que HABERMAS analisa para a construção de toda sua *Teoria da Ação Comunicativa*. Existem condições de validade para expressões, um contexto de pretensões que deve ser justificado para ser reconhecido. No que toca à gramática, pode-se sim vinculá-la à lógica formal, no entanto, essa restrição, segundo o autor, não dá cabo das relações pragmáticas principalmente "*porque nos atraem erradamente para uma formalização dos conceitos básicos que não foram satisfatoriamente analisados (como fica, na nossa opinião, demonstrado no caso da lógica normativa que atribui as ordens a origem das normas de ação...)*".³²¹ De qualquer maneira, o autor considera necessário que se reduza o objeto da *Teoria da Ação Comunicativa* às propriedades formais e gerais que permitem a utilização de frases no discurso,³²² o que impele para a distinção entre análise lingüística e a análise pragmática da frase.³²³

³¹⁷ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. I. 1989, pp. 119-121 (especialmente o ponto "d"); PERELMAN, **Lógica Jurídica**, 2004, pp.241-243

³¹⁸ HABERMAS, 2004, p.96, PERELMAN, **Retóricas**, 2004, 99-103 (especialmente, pp.102)

³¹⁹ Pois a linguagem apela para um jogo argumentativo e justificativo (WITTGENSTEIN, 1999, itens 23-24)

³²⁰ ALEXY, 2005, pp.127-139

³²¹ HABERMAS, 1996, p.21

³²² IDEM, p.53

³²³ IDEM, p.48, o que difere da proposta das interfaces de CAMPOS, Jorge. Ciências da linguagem: comunicação, cognição e computação, in: **Inovação e interdisciplinaridade na universidade**. Porto Alegre: Edipucrs, 2007. p.19.

Antes de encontrar entendimento com o outro falante-ouvinte, é necessário estabelecer uma frase gramaticalmente correta de tal forma que consiga compartilhar conhecimentos com aquele, expressando intenções através de imagens sobre as quais exista um possível acordo.³²⁴ Sem dúvida, esse aspecto permite uma análise lógico-formal sobre a frase, no entanto, a adequação da frase ao efeito que ela causa do mundo só consegue ser observada através de uma relação comunicativa que exige a dialética dentro do diálogo, para o estabelecimento do entendimento. A linguagem não guarda somente uma racionalidade teleológica sobre a qual é possível analisar a adequação da frase. A própria linguagem é determinada pela comunicação, assim não é possível focar exclusivamente em demonstrações. Não bastasse isso, o aprendizado da linguagem e da moral, assim como os processos de cooperação entre falantes ouvintes não se dão exclusivamente através de uma linguagem analítica.³²⁵

HABERMAS não repele o uso nem da dialética nem da analítica, no entanto o uso retórico da linguagem constitui-se em um uso estratégico que instrumentaliza o outro falante-ouvinte por seu descompromisso, especial, com a veracidade.³²⁶ Aqui ambos os autores divergem superficialmente, pois apesar de discordarem sobre a validade do uso da retórica, ambos convergem quanto à necessidade da sinceridade nas proposições, principalmente nas proposições normativas.

Se HABERMAS vê o uso retórico da linguagem como próximo da racionalidade teleológica ao assemelhar-se a uma ação dramática,³²⁷ por instrumentalizar o outro participante do diálogo e compeli-lo a uma ação que este realiza sem, necessariamente, fazer um processo reflexivo racional; PERELMAN pensa o oposto. A retórica é uma forma de alcançar uma comunhão de espíritos, um caminho privilegiado para estabelecer o contato subjetivo entre o auditório e o orador.

³²⁴ HABERMAS, 1996, p.50.

³²⁵ ARAUJO, **Moral, Direito, Política e Teoria do Discurso de Habermas**, —, pp.5-6. Interessantíssima a classificação que o autor dá à proposta de Habermas quanto a Teoria do discurso, “*kantiana pós-hegeliana da justiça e da razão prática que se inscreve num universo pós-metafísico de pensamento*”(pág.7), se Habermas a declarasse de forma literal na introdução de Direito e Democracia não precisaria tornar a obra tão rebuscada. Outro ponto, também interessante, desenvolvido por Araujo é a unidade entre direito e moral para a proteção do indivíduo e sociedade (pág. 9) o que impele a uma relação de complementaridade entre eles (pág12), o que discordo, uma vez que Habermas pressupõe uma gênese moral anterior aos direitos, (ou seja, não estou, diretamente, de acordo com Habermas nem com a de Araujo, mas próximo da proposta de Apel sobre Habermas)

³²⁶ Como de depreende de HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I.** 1987, p180, ao criticar um consenso fático (baseado na coação ou sugestão retórica) e um consenso válido.

³²⁷ O que depreendo a partir do momento que ação dramática intenciona que o ator seja visto e aceito (pelo auditório) de uma determinada maneira, que em regra ele conduz, HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I.** 1987, pp.131-136 (especialmente a primeira em que o autor tenta estabelecer o conceito desta ação).

A retórica ao manter seu compromisso com a sinceridade não é um instrumento manipulativo, pois o convencimento trabalha junto com a persuasão, sendo que a racionalidade, que se destina ao convencimento, não tem foco exclusivo numa lógica formal, mas tem foco numa tentativa de um aumento de adesão que pressupõe elementos subjetivos.³²⁸ Nisto a retórica é um espaço de liberdade em que os argumentos produzidos através dela permitem, a qualquer momento, o questionamento.³²⁹

Uma vez que envolve um uso não formalizado e unívoco da linguagem, a retórica, a todo o momento, necessita buscar um entendimento e um acordo sobre a validade dela.³³⁰ Esta característica reforça o caráter performativo da retórica,³³¹ mas isso não menospreza que ela possa trazer um aparato técnico que facilite o entendimento e convencimento entre o auditório e o orador. Aliás, esta é a função da retórica, nas palavras do autor ela se destina ao “... *condicionamento do auditório mediante discurso, no qual resultam considerações sobre a ordem em que os argumentos devem ser apresentados para exercer maior efeito*”.³³²

Com essas contribuições já é possível delinear que uma Decisão Penal deve usar de todos estes recursos, sejam eles analíticos, dialéticos ou retóricos para encontrar o entendimento entre o auditório e o orador, ou falantes-ouvintes, para permanecer racional e, de alguma forma, convencer alguém sobre sua validade. No entanto, devido à necessidade da apreensão de uma conclusão ou “decisão” que leve em consideração os argumentos dos integrantes de uma relação jurídico-penal em que são postas, diretamente, suas apreensões sobre o mundo e sobre a moralidade em face de um “fato” do qual depende a liberdade, é necessário formular algum parâmetro sobre o qual a apresentação dos argumentos possa ser problematizada.

Esta plataforma para a problematização que leva em consideração relações de demonstração, dialéticas e retóricas é precedida pelo diálogo na sociedade através de uma *linguagem natural*, resultando, então, em um Procedimento, um espaço mais formalizado que sua criadora no qual o discurso é apreciado, analisado e contraditado frente a “fatos”. Através

328 PERELMAN, **Retóricas**, 2004, p.70.

329 IDEM, p.77.

330 IDEM, p.80.

331 HABERMAS, 1996, pp. 78 (feliz ou infeliz quanto às pretensões que se destinam ou à persuasão e ao convencimento que deseja realizar).

332 PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, p.9. Aqui o termo condicionamento não deve ser lido como uma instrumentalização do auditório, pois para Perelman a própria retórica nunca produz argumentos coativos, mas somente os introduz no discurso da maneira que a nossa racionalidade consegue captá-los com maior facilidade e simplicidade devido a sua constante adaptação ao auditório conforme se depreende de toda sua obra.

do Procedimento poder-se-á estabelecer uma validade casual condizente com que consideramos Justiça.

2.2 Procedimento e Justiça

Neste ponto prolonga-se o debate sobre como o discurso e a argumentação são recebidos dentro do que se considera um “processo”, tendo em vista que precedentes às relações jurídicas estão as de relações comunicativas e de linguagem e que o Direito assenta-se, antes de tudo, no discurso e na argumentação discorrida nele.

O que se considera Justiça será, para manter a sua racionalidade e seu compromisso com a validade, uma construção discursiva argumentativa, ou seja, uma justificação para a ação. PERELMAN e HABERMAS alinham-se a esta proposta, mas a construção do discurso de Justiça não se dá pura e simplesmente através de uma relação dialógica momentânea e singular.

A construção das normas deve passar, como também antes observado, por consensos os mais amplos possíveis, seja através da formulação de uma hipótese de um *Auditório Universal*, seja através de relações formais e informais com o espaço público. A *linguagem natural* é o recurso criador;³³³ no entanto, para conseguir dar uma resposta ao que se supõe serem “fatos”, existe a necessidade de uma formalização de normas.³³⁴ Apesar de a relação comunicativa ser a única forma de encontrar entendimento e convencimento sem ser uma forma de impedir outros seres humanos-instrumentos a agir, ela não é uma forma simples de conseguirmos determinar qual a motivação, a justificação e a fundamentação para o agir.

Ambos concordam que, para a determinação de um agir “correto”, os elementos subjetivos, os que permitem um acesso próprio e privilegiado a imagens do mundo, não correspondem exclusivamente a uma racionalidade em termos formais e teológicos (apesar de integrarem a racionalidade discursiva)³³⁵. É nessa integração com o discurso que o Direito consolida uma linguagem na qual os significados partem do pressuposto de que sua veracidade e verdade correspondem ao mundo, o que não significa que sua retidão, ou melhor,

³³³ BITTAR, 2009, pp167, ressalte-se que este autor parte de uma visão semiótica o que difere das bases epistemológicas usadas aqui, no entanto sua clareza quanto à formação da linguagem e do próprio texto jurídico (IDEM, pp.78-81) é tentadora.

³³⁴ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. I. 1997, pp.20-21

³³⁵ HABERMAS, 2004, p.102-104 e HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. I. 1997, pp.21-22

correção,³³⁶ tenha esta correspondência sem antes estabelecer um discurso sobre sua aplicação.

O que se deseja para os discursos do Direito é permitir que nas relações de entendimento exista um compartilhamento intersubjetivo dos significados e, ao mesmo tempo, uma coordenação na ação entre os falantes ouvintes sem recair numa coação-violência.³³⁷ Se, por um lado, existem interpretações de caráter impositivo que nos são dadas através do *mundo da vida*, apreendidas por instituições que mantêm as relações sociais da mesma maneira; por outro, isto não significa que, através daquelas, não possam ser questionadas as proposições criadas por estas.³³⁸

O mundo da vida já nos passa uma série de interpretações simbólicas impostas, no entanto, a sua mera imposição não repercute necessariamente que, racionalmente (comunicativamente), seja concedida validade-assentimento quando problematizadas. Para transpor esta falta de validade natural que apresentam, interpõe-se um processo de normatização que fundamente a intervenção das instituições, especialmente, o Direito através do Estado,³³⁹ para conservar aquele mundo.

Esta busca por validade das normas faz com que a legitimidade delas dependa diretamente de um discurso que produza convencimento, na sua criação e na sua aplicação, sobre a racionalidade de um acordo em torno dela, ou seja, um *"reconhecimento racionalmente motivado, que requer do destinatário obediência ao Direito pelo motivo não coercitivo do dever"*.³⁴⁰ Disto se pode aduzir que exista um Processo Legislativo no qual os falantes-ouvintes estejam orientados a encontrar um entendimento intersubjetivo³⁴¹ através de argumentos falíveis e revisáveis.

Até aqui se reforçou a abertura que este debate permite para o dissenso, contraditório, no entanto, este dissenso não pode desestabilizar as relações sociais a ponto de derrubar todo o discurso anteriormente fundamentado,³⁴² segundo HABERMAS. Daí a necessidade de uma positivação do Direito que se submeta a processos legitimadores, combinando a coação construída comunicativamente com regras construídas da mesma maneira.

³³⁶ O que depreendo a partir do momento em que para Habermas o discurso de aplicação (através do princípio da adequação) é um requisito para a pretensão de uma decisão correta, HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. I, 1997, p.129-131, ao que imponho ressalvas a serem observadas mais adiante.

³³⁷ Coação como ato de sobrepujar a participação de outro dentro da cooperação da busca pela verdade

³³⁸ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. I, 1997, pp.40-47.

³³⁹ Como elementos de estabilização da solidariedade dos grupos (HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Crítica de la Razón Funcionalista**, vol. II. pp.246-249)

³⁴⁰ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. I. 1997, p.52.

³⁴¹ IDEM, p.53.

³⁴² IDEM, pp.59-60.

O centro de todo o Direito está nas relações de entendimentos destinados à integração social, e todo este entendimento reporta à racionalidade comunicativa e à análise dos pressupostos de validade, face ao que o *mundo da vida* nos impõe como “fatos”. Neste caminho, para garantir as pretensões de cada falante ouvinte “*resulta a exigência de que o Direito vigente, em caso de conflito, seja interpretado e aplicado obrigatoriamente num procedimento especial*”³⁴³. Ora este Procedimento destina-se a salvaguardar, através de garantias processuais fundamentais, à aplicação de um Direito legitimado-validado (ou seja, conforme às imagens que o *mundo da vida* nos impõe ou aos *lugares-comuns*) .

Ressalte-se que a validação da norma não ocorre, exclusivamente, num auditório particular, mas através do mais amplo auditório que possa haver. Nesse aspecto, ambos os autores vinculam o uso da argumentação e do discurso à Democracia, um foro em que, abstrata ou materialmente, todos têm a possibilidade de problematizar os argumentos levantados e formar consenso sobre eles.

A aproximação entre a legitimidade da norma e a legitimidade da Sentença Penal põe em choque a liberdade discursiva de uma das partes em detrimento dos outros, tanto mais quando o resultado desta retira de um falante ouvinte a sua capacidade discursiva. Para tentar resolver este problema relativo a proposições permeadas por pontos de vistas morais³⁴⁴ frente a “fatos” (criadores de normas que implicam na violação da autonomia do outro, quando não se atêm a uma racionalidade comunicativa) que conduzirão à coação do Direito, propõe-se o uso da “razoabilidade” como uma resposta que tenta proteger todos os legitimadores do Direito. Assim, recorrer-se-á uma razão pública que leve em consideração o que há de objetivo no mundo sem deixar de apreciar elementos éticos e morais que mantenham a inclusão de todos nas relações discursivas argumentativas.

A manutenção dessas relações com o elemento não coativo representa uma forma para integrar o que se supõe ser uma igualdade entre os construtores radicais da validade normativa. Através da “razoabilidade”, busca-se criar argumentos sobre os quais, as partes integrantes de um Processo, que lhes permite proteger e validar a norma, consigam encontrar elementos mais próximos da intersubjetividade nas suas linguagens.

³⁴³ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. I, 1997, p.162.

³⁴⁴ HABERMAS, 2005, p.254 Ao considerar que existe um reproche moral dentro do Direito Penal. “Os suportes fáticos elementares do direito penal, tais como o assassinato, homicídio, (...), são tidos como moralmente reprováveis(...)” .

2.2.1 Procedimento e Processo: as peculiaridades do Processo Penal

Afirma FAZZALARI que os termos “Processo” e “Procedimento” são dois conceitos cujos signos e significados surgiram de maneira distinta apenas recentemente,³⁴⁵ ainda que, no passado, seus significados fossem correlatos. Esta distinção é fruto de tentativas de normatização positiva que buscava clareza na determinação de sua linguagem.³⁴⁶

Em princípio, o termo “Procedimento” surge através da atividade administrativa, que se vincula ao elemento coativo das interpretações simbólicas que o Direito, através da instituição Estado, circundou, especialmente, nas raízes romano-germânicas. A ‘Common Law’ dá um passo mais claro em relação ao significado deste procedimento administrativo com a vinculação do seu significado aos lugares-comuns de ‘due process of law, fair and proper procedure’ ou ‘rule of law’.³⁴⁷

Apesar desta aproximação ao significado de “Procedimento” que a ‘Common Law’ realizou, a Áustria, segundo o autor, foi o primeiro a defini-lo com o termo “...*Parteiengehör (entendido como princípio da 'audição' do cidadão interessado) e / ou até mesmo o contraditório dos destinatários do provimento...*”,³⁴⁸ a partir do qual começa delinear-se o que o autor chama de “Processo”. Para FAZZALARI o que houve foi uma inversão e conseqüente confusão entre os significados de “Processo” e “Procedimento”.

O “Procedimento” é uma idéia que vai muito além do ambiente jurisdicional, incorrendo, também, na esfera administrativa e, portanto, nas próprias relações entre as instituições e os falantes-ouvintes dentro do mundo da vida.³⁴⁹ Por consubstanciar o elemento dialético, numa relação discursiva, devido à confusão criada entre os significados dos dois termos, o “Processo” tomou o significado para si, derrocando o “Procedimento”, tentando ser um elemento próprio e único à linguagem jurídica.

De qualquer maneira, para o autor o embrião de tudo é a relação dialética entre as partes.³⁵⁰ Daí que o autor qualifica o “Procedimento” quando

³⁴⁵ FAZZALARI, 2006, p.109.

³⁴⁶ IDEM, p.110.

³⁴⁷ FAZZALARI, 2006, p.110.

³⁴⁸ IDEM, p.111.

³⁴⁹ Como se pode depreender do alcance do procedimento que na formação das leis, FAZZALARI, 2006, pp.705-711.

³⁵⁰ IDEM, p.113.

"(...) se está diante de uma série de normas (até a reguladora de um ato final, freqüentemente um provimento, mas que pode-se tratar também de um simples ato), cada uma das quais reguladoras de uma determinada conduta (qualificando-a como Direito ou obrigação), mas que inicia com um pressuposto da sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série"(FAZZALARI, 2006, pp.113-114)

O “Procedimento” acaba sendo uma seqüência de ações qualificadas como faculdades, poderes ou deveres³⁵¹ previstas por algum tipo de norma, seja ela positivo-jurídica, seja ela moral, concatenadas em um discurso problematizado no qual uma proposição impele a que outros dêem sua resposta face à justificação apresentada. Na mesma linha que HABERMAS, o autor considera que esta relação discursiva destina-se a causar um efeito no mundo através de uma ação. Assim o procedimento é uma forma de que validar um ato final, ao qual o autor denomina "*Provimento*".³⁵²

O “Provimento” é o qualificador do ambiente em que o procedimento é realizado. A partir do ato final, o Procedimento adquire atributos mais singulares e próximos ao auditório particular a que se destinam. Somente o “Provimento” não faz surgir um "processo", ainda que ocorra num ambiente que seja considerado jurídico, possa ser chamado de jurisdicional.

O “Processo” surge a partir do momento em que a relação dialética discursiva seja contraditória,³⁵³ ou seja, em que as partes apresentem, em condições de paridade,³⁵⁴ seus argumentos, para validar o ato final. Nas palavras do autor:

Existe, em resumo, o "processo ", quando em uma o mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não só - e obviamente- do seu autor, mas também dos destinatários do seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desentender, mas não ignorar"(FAZZALARI, 2006, p.120)

O “Processo” não passa, então, de uma espécie do gênero “Procedimento”, problematizado, em que falantes ouvintes afirmam suas proposições, negam-se e entram em consenso sobre linguagem para buscar o convencimento em torno de seus argumentos. A partir deste convencimento, o juiz determina um ato final que, de igual maneira, necessita

³⁵¹ FAZZALARI, 2006, p.114.

³⁵² IDEM, p.115.

³⁵³ IDEM, p.119.

³⁵⁴ A semelhança da situação ideal dos atos de fala que apela aos Princípios da universalização e do Discurso, para a conservação da racionalidade e da busca cooperativa da verdade, para aproximar mais ainda: “*No discurso argumentativo, mostram-se estruturas de uma situação de fala que está particularmente imunizada contra a repressão e a desigualdade*’ (HABERMAS, 1989, p.111). Aproximação também realizada por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira em CHAMON Jr, Lúcio A. **Teoria Geral do direito Moderno: por uma reconstrução Crítico-Discursiva na Alta Modernidade**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. pp.xxxiv-xxxv.

convencer. Todos os atos, que permeiam o “Procedimento” e que se transpõe para o “Processo”, submetem-se a todas as relações de validade, para serem entendidas e para poderem produzir algum convencimento. Os meios para alcançar esta validade-convencimento sobre o discurso mantêm-se vinculados pela seqüência de relações analíticas e dialéticas, como visto anteriormente, o que não retira a importância dos recursos retóricos.³⁵⁵

Apesar de todas essas possibilidades, as relações entre as proposições apresentadas no *procedimento-processo* não respondem exclusivamente a uma validade singular independente do contexto, ou independente do mais amplo auditório (universal); caso contrário, apenas conseguiriam causar efeito no mundo no momento específico do debate. Todo o procedimento destina-se a construir uma pretensa validade universal, existe, então, a necessidade de conectar esta dialética a normas comunicativamente legítimas. Daí a correlação entre o procedimento jurisdicional e sua linguagem com as determinações democráticas que pressupõem relações de entendimento.

Note-se que aqui não se trata de debater as classificações dogmáticas do Processo Penal, mas de apresentar um debate sobre sua natureza e seus cernes, o contraditório e a relação discursiva. Tais contraditório e discursos devido a suas raízes argumentativas fazem com que este procedimento quando transformado em processo, especialmente, na esfera penal, apresente superficialmente um desequilíbrio tendente favoravelmente ao réu atualmente.

Tal desequilíbrio defensivo, fruto de lugares-comuns, seguindo Perelman ou por uma aceitação da 3ª pessoa do plural segundo Habermas, deve-se a um desenlace histórico que aceitou como fato um desequilíbrio anterior tendente favoravelmente a acusação conforme aponta GOMES FILHO.³⁵⁶ Esta modificação vem como resposta a necessidade da manutenção da racionalidade ao tentar fluir novamente em direção `a aceitação sobre a “igualdade” que reside na Justiça, ou seja, “*compensar as desigualdades reais, que trazidas para o processo, poderiam comprometer a própria justiça do provimento final*”.³⁵⁷ Aqui reside a principal particularidade do Processo Penal, o intransigente desejo da manutenção da racionalidade através de uma tratamento paritário. Se como espécie procedimental ele apresenta a essência contraditória, como processo sua paridade não é simétrica a dos demais

³⁵⁵ Em linha semelhante GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2001. p.41.

³⁵⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2001.p.43

³⁵⁷ IDEM.

ramos do Direito, pois sua igualdade tem que ser uma questão de fato e não objetiva para ser racional e produzir Justiça.

De nada serve um réu materialmente limitado (limitado em face ao mundo objetivo) quando combatido por um corpo técnico com um adequado fluxo de recursos materiais, para considerá-lo em uma condição fictícia de igualdade. Daí a necessidade de que intersubjetivamente sejam determinadas compensações.

2.2.1.1 Procedimento Discursivo e Retórica

Tendo em vista que o Procedimento passa a ser uma seqüência de argumentos problematizados destinados a um resultado pragmático através do uso da linguagem, retorna-se ao problema de como conceber um convencimento fundado no melhor argumento. É neste aspecto que PERELMAN supera HABERMAS, apesar deste tratar com maior propriedade as condições de validade do uso da linguagem.

O melhor argumento não é simplesmente um argumento válido, a validade é acima de tudo uma questão de entendimento. A partir deste entendimento forma-se o que se pretende ser o convencimento, um consenso maior que o sobre a linguagem, um consenso sobre uma ação cooperativa.³⁵⁸ Construir esta cooperação entre os sujeitos da relação *procedimental-processual* é uma aproximação, majoritariamente, subjetiva face ao mundo objetivo e social.

Aqui é possível tratar-se de uma tentativa de encontrar uma conjunção de espíritos através de uma seqüência de argumentos, ou seja, encontrar estruturas que permitam uma conexão psicológica entre o orador e seu auditório. Não é possível fugir da linguagem natural nem das interpretações simbólicas que já nos são dadas pelo *mundo da vida*, aliás são essas que permitem este contato mais profundo entre os sujeitos de um discurso ao serem precedentes da linguagem jurídica.

Assim, a aproximação dos sujeitos deste discurso dá-se quando se propõe uma proposição universalmente aceitável e aceita, a partir de elementos válidos, ou seja, aceitos dentro de um ambiente particular. Isso não significa que, através da seqüência de argumentos, dê-se uma resposta infalível. Pelo contrário, como a argumentação usada no discurso procedimental é fundada parcialmente em um elemento subjetivo, passível de ser revisado, e

358 HABERMAS, 1996, pp.206-207. Tal idéia de ação comunicativa forte permite conectar esta temática a proposta de POZZEBON, 2005, pp.329 e 465 de uma motivação compartilhada em tono da decisão penal, principalmente no que toca ao compartilhamento intersubjetivo da verdade e da norma.

num contexto objetivo, que se altera com o a ação, a resposta pode ser problematizada outra vez.

Repetindo, a cada momento, é possível propor um novo melhor argumento. No entanto, PERELMAN e HABERMAS distinguem-se quanto à eficácia (e eficiência) deste melhor argumento. HABERMAS acredita que o melhor argumento apresentado na relação procedimental deve ter efeito coativo face ao que a racionalidade comunicativa consegue aceitar como válido. Não aceitar esta coatividade é uma ação irracional ou uma ação estratégica que desconsidera o outro falante-ouvinte, instrumentalizando-o de acordo com o fim determinado por si e não através mútuo entendimento.³⁵⁹

PERELMAN propõe que nenhum argumento tenha carácter coativo.³⁶⁰ Dessa forma, o Procedimento não contém nem deve conter qualquer forma de coação, conseqüentemente, é construída, através dele, uma verdade-validade tênue, muito mais carente de reafirmação e revisão que a proposta de HABERMAS. Apesar de ambos concordarem na ampliação dos auditórios para a afirmação da validade das proposições dentro do Procedimento, PERELMAN evoca a falibilidade do conhecimento como apenas superável por um contato de espíritos através da retórica, enquanto HABERMAS constrói uma falibilidade superável através da comunicação no Procedimento, ou seja, certezas transitórias em torno das proposições.

Concomitantemente, depreende-se que, para PERELMAN, o próprio Procedimento é passível de revisão, ainda que a partir dele, inicialmente, haja um consenso que permite toda fundamentação-argumentação posterior. O orador pode no transcurso do seu discurso propor alterações que permitam um contato maior com seu auditório, conquanto convença este sobre as alterações no Procedimento. Tudo isto ocorre através da retórica, das técnicas argumentativas que recorrem aos *lugares-comuns* sobre os quais há um consenso sobre a generalidade.

HABERMAS vê de outra maneira o Procedimento, muito mais vinculado à proposta procedimental e hipotética de Rawls³⁶¹ ao conectar o procedimento ético a uma “situação

³⁵⁹ HABERMAS, 1989, pp.111-112, 124-125.

³⁶⁰ Trecho apenas para ilustrar no qual o autor defende a retórica observando através dela (PERELMAN, **Retóricas**, 2004, p.77) “ numa argumentação retórica tudo sempre pode ser questionado (...). A argumentação retórica não é coercitiva porque não se desenvolve no interior de um sistema cujas premissas e regras de dedução são unívocas e fixadas de maneira invariável”.

³⁶¹ Em relação à situação hipotética de igualdade transcendental no véu da ignorância (RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo, Martins Fontes, 1997, p.147) e a tentativa de transpor condições de “igualdade” e não coação dentro do discurso argumentativo.

ideal de fala”³⁶² na qual se forma um comprometimento racional em torno da linguagem, da seqüência e abrangência dos atos de fala, para a manutenção de pressupostos da universalização das proposições através do discurso. Sua proposta, apesar de ter aberturas para a modificação do Procedimento, não condiciona esta a alterações arbitrárias e descontextualizadas. Pelo contrário, vincula a um processo flexível que leve em consideração, não apenas o desejo do orador em modificar a seqüência sobre a qual propõe sua argumentação, mas também ao que todos os participantes do discurso procedimental desejam.³⁶³ Não se trata, simplesmente, do orador usar artifícios retóricos para alcançar uma finalidade, mas de planejar cooperativamente a seqüência dos atos de fala de tal forma que todos tenham a possibilidade de participar do discurso enquanto interessados em sua temática sem sofrer coação (a não ser a do argumento que considere melhor).³⁶⁴

Nesta seara, a determinação do Procedimento que se tornará Processo liga-se à democracia como Procedimento em si, no qual todos necessitam ter um espaço não coativo para que, através de um diálogo dialético antecedido pelas interações em *linguagem natural*, possam determinar como podem apresentar seus argumentos circunscritos a um ambiente e problematização determinados, como no caso dos Procedimentos Jurídicos. É certo que neste meio informalizado o uso da retórica é um dos caminhos para alcançar o entendimento sobre o Procedimento, no entanto isso não significa que ultrapassando este meio seja possível retoricamente reconstruí-lo ou modificá-lo.

2.2.1.2 Entendimento, Convencimento e Concordância através de um Processo Esclarecedor

Neste ponto HABERMAS e PERELMAN se reúnem outra vez quanto ao uso da racionalidade comunicativa dentro do Processo. Ambos concordam que dentro de um diálogo é necessário que o orador tenha crenças “verdadeiras” sobre suas ações. Também concordam

³⁶² Pelo menos na fase legislativa, conforme se depreende de ALEXY, 2008, pp134, pelas condições ali elencadas e reutilizadas por HABERMAS, 1989, pp. 110-113, que se aplicam ao discurso (geral e não ao de aplicação) que principiaria a criação de normas.

³⁶³ Depreendido da relação entre a complementaridade entre o Direito e a moral mediada pela democracia, na qual a autonomia moral e a autonomia política se desprendem de uma subordinação para serem tratadas em complementaridade devido à positivação que aquela sofre para dar cabo de um discurso que leve em consideração a participação de todos, e não somente sobre o um único sujeito pensa que é bom. (HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. I. 1997, pp.139-168.

³⁶⁴ É interessante aqui reportar que esta perspectiva não se aplica ao discurso de aplicação (que será visto mais adiante), o que nesta perspectiva do melhor argumento, faça com que este se torne um uso estratégico do direito, levando a intuir desde já alguma falha na sua proposta.

quanto à atitude reflexiva que temos em relação as próprias ações³⁶⁵ e sobre a conquista da validade em diálogos com auditórios mais amplos.

Postar-se racionalmente frente a outros falantes-ouvintes ou auditórios depende de um discurso através do qual é apresentado justificáveis, inclusive através da retórica, para produzir entendimento e, mais, convencimento. Realiza-se, assim, dentro do diálogo, uma seqüência de ações em que se reflete a proposição e se a emite. O ouvinte reinicia esta seqüência, reflete sobre a proposição recebida e sobre a sua e responde, em cada um desses momentos cada sujeito busca suas justificáveis para adequar sua proposição de tal forma que seja entendida.

Esta seqüência reflexiva leva em consideração o discernimento moral³⁶⁶ e o conhecimento de a própria relação comunicativa. Isto para que seja encontrada na proposição

... (a) as condições que tornam um ato de fala válido, (b) a pretensão apresentada pelo falante de que essas condições estão satisfeitas e (c) a credibilidade da garantia emitida pelo falante para o fato de poder, se necessário, justificar discursivamente a pretensão de validade.(HABERMAS, 1996, p.194)

A relação comunicativa, portanto, é um processo destinado a formação de um reconhecimento intersubjetivo nas proposições através da linguagem, mas não só isto. Em um Processo Judicial Penal as partes anunciam suas intenções e desejam que "*os outros as levem a sério e contem com a sua realização*".³⁶⁷ Seja o Ministério Público, seja o suposto réu, seja o juiz declaram o que vão realizar dentro do processo e o fim que almejam. O *Processo como Procedimento* destinar-se-ia, primeiro, para esclarecer o entendimento das intenções de cada sujeito-parte;³⁶⁸ e, em segundo lugar, para formar uma concordância em torno das pretensões por causa das razões que forem consideradas melhores.

Enquanto PERELMAN vê o entendimento como uma aproximação entre o auditório e o orador que necessita usar da mesma linguagem para convencer, ligando-os de forma estreita, dependente e conseqüente; HABERMAS acredita que não, necessariamente, sempre se deseja convencer.³⁶⁹ Apesar disso, a concordância e o convencimento, termos usados

³⁶⁵ HABERMAS, 1996, p.184. Reflexividade que se assemelha ao dialogo consigo mesmo dos auditórios particulares de Perelman.

³⁶⁶ IDEM, p.191. Vendo a moral desde a perspectiva da racionalidade teleológica como um fim sobre o qual conhecemos os motivos da sua realização e o como somos impelidos através deles para explicar nossas ações.

³⁶⁷ IDEM, p.197.

³⁶⁸ IDEM, p.199.

³⁶⁹ Ora, sua proposta de discurso de aplicação aceita o uso estratégico do direto, pois não se trata mais de uma questão de validade, HABERMAS, 1997, pp. 270 e 271, o que ainda será criticado.

respectivamente pelos autores,³⁷⁰ redundam na intenção de circunscrever um entendimento da validade da proposição e suas pretensões por razões idênticas em ambos os falantes-ouvintes ou auditório e orador. Tanto o réu quanto o Ministério Público desejam que o juiz atenda suas intenções de acordo com motivos e justificações idênticos aos seus.

Cada parte tenta expressar seu interesse ilocutório (correspondente a aquele que a proposição não contém expressamente, equivalente aos significados de suas intenções que subjacem a proposição)³⁷¹ e, também, tentam exercer uma influência recíproca sobre o juiz. Antecedente a influência sobre o juiz, as partes seqüencialmente apresentam a adequação de seus argumentos ao mundo objetivo e a si mesmas (sinceridade), contradizem-se, principalmente, nestes dois aspectos sobre os quais, nos termos de HABERMAS, surge a “*ação comunicativa em sentido fraco*” e o entendimento.³⁷² Elas também questionam a correção e a retidão de sua proposição e a pretensão frente a uma norma, intersubjetivamente, o que corresponderia a uma “*ação comunicativa forte*” sobre a qual se formaria uma “*união de vontades com base em discernimentos normativos*”.³⁷³

Convencer um juiz sobre a condenação ou absolvição seria uma “*ação comunicativa forte*”³⁷⁴ em que se apresentaria, problematizar-se-ia e analisar-se-ia a correspondência entre as proposições e suas pretensões em detrimento da sinceridade do agente, do que há no mundo e de uma norma sobre os quais há um compartimento intersubjetivo de seus significados. Isto se aproxima da seqüência caracterizada pelo termo “*contraditório*” usado por FAZZALARI, ou seja, um Processo.

Enquanto que a relação procedimental destina-se à concretização de uma ação, o Processo busca este convencimento através de um contraditório. Isto não impede que surjam efeitos perlocutórios,³⁷⁵ através de proposições que já conseguiram expressar seu conteúdo ilocutório, pois quem profere pode incluir outros na intenção expressa na proposição.

Através desses efeitos perlocutórios é possível incluir-se o uso retórico e estratégico da linguagem³⁷⁶ alcançando um sucesso sobre a condução da ação de outro sujeito para além do entendimento e convencimento. Estrategicamente, uma das partes pode muito bem expressar-se através de uma proposição que apresente sua intenção, como no caso do pedido

³⁷⁰ PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, pp.31-32 e HABERMAS, 1996, pp.207 e 208.

³⁷¹ Interpretação feita a partir de HABERMAS, 1996, pp.197 e 204.

³⁷² IDEM, pp.207 e 208.

³⁷³ IDEM, p.205.

³⁷⁴ IDEM, p.208.

³⁷⁵ IDEM, p.208. Efeitos que podem ser provocados tanto por ações não lingüísticas quanto por atos de fala, como o medo, causado pela sentença.

³⁷⁶ IDEM, p.221.

de condenação do Ministério Público no Júri que normalmente faz uso de expressões retóricas, incluindo nela algum elemento que leve o ouvinte a manter o elemento racional do diálogo estabelecido, assim como incluir posições aquém deste para efetivar uma aproximação maior ao auditório independentemente de uma relação sincera com a outra parte.

Note-se que o elemento perlocutório mantém uma dependência com a normatividade, com a pretensão de correção, ao extrapolar a valoração presente no elemento ilocutório da proposição. O exemplo proposto por HABERMAS são as reprimendas morais e condenações, nos quais há um pano de fundo consensual, uma norma que já serve como ameaça e ofensa.³⁷⁷ Visa, assim, muito mais que um mero entendimento e concordância em torno delas, mas uma condução da ação do outro para além da racionalidade comunicativa.

De qualquer maneira, antecedente a esta pretensão retórico-perlocutória, ao tratar de um reconhecimento intersubjetivo racional numa seqüência de atos de fala, sempre será necessário partir de um conhecimento lingüístico comum em que já haja uma validação dos elementos subjetivo e objetivo (para que a proposição não seja uma insanidade descontextualizada), para, então, incluir reviravoltas no conteúdo normativo.

2.2.1.3 Democracia como propiciadora do convencimento

Tendo em vista que as relações procedimentais e processuais dependem de uma seqüência de atos, argumentos em forma de proposições que, em primeiro momento, buscam formar o entendimento em torno de si, e num segundo momento demonstrar a sua adequação a normas para formar o convencimento, examinar-se-á em breves linhas como surge o elemento intersubjetivo nela. Tanto PERELMAN, quanto HABERMAS questionam Rawls sobre a perspectiva de justiça que estabelecerá um procedimento no qual eticamente consolidam-se normas para a integração social e o agir cooperativo entre os sujeitos.³⁷⁸

A Democracia, nesta seara, tem um papel de destaque. Apesar de terem como fonte a proposta procedimentalista de Rawls, os autores transfiguram-na para adequá-la às suas. HABERMAS considera que as pessoas têm a capacidade de uma autolegislação moral, mas

³⁷⁷ HABERMAS, 1996, p.211.

³⁷⁸ Perelman questiona principalmente quanto a confusão entre o razoável e o racional, e a aplicabilidade prática desta proposta de uma teoria que cria uma hipótese descontextualizada da diferença entre as pessoas (PERELMAN, *Ética e Direito*, 2005, pp.241-247), enquanto Habermas questiona a distinção entre a autonomia moral e a política face a esta hipótese para a criação de uma “Justiça”.

não isso significa que desta capacidade possam autolegislar como cidadãos.³⁷⁹ Apesar disso, o autor propõe que a raiz discursiva, que conserva um radical moral,³⁸⁰ sirva ao processo de institucionalização jurídica (criação de normas jurídicas) como legitimador,³⁸¹ através do Princípio Democrático.

A partir do Princípio do Discurso, determinam-se as liberdades subjetivas de ação, que redundam na proposta de igual liberdade para todos,³⁸² e através desta chega-se a um exercício discursivo da autonomia política que constituíra a lei. Através do Princípio Discurso, ou seja, da liberdade para agir, especialmente, falar e ser ouvido sem qualquer outra coação que não a do melhor argumento, os sujeitos com esta capacidade constituem um código jurídico e comunidades organizadas para proteger aquela, de tal maneira que este discurso “garantidor” não possa ser revisado senão para mantê-la.³⁸³

Nesta visão, os sujeitos do Direito são também autores do mesmo. Como esta é uma ação coordenada e racional, eles necessitam entender-se, para assegurar sua autonomia e, agora, liberdade (positivada para sua proteção). Por enquanto, somente através da Democracia conseguimos fundamentar os Direitos através dessa participação-interação comunicativa. Ela é uma derivação do Princípio do Discurso ao permitir a participação de todos nos processos de deliberação através de uma formação política da opinião e da vontade em que há para cada cidadão uma liberdade comunicativa que garante "*os processos discursivos de consulta e decisão*".³⁸⁴

A Democracia permite o uso público da liberdade comunicativa, que foi criada através de relações discursivas, por meio de Procedimentos³⁸⁵ que permitem a participação do maior número de pessoas, aplicando a regra da maioria, garantindo o Princípio Discursivo e protegendo as liberdades subjetivas.³⁸⁶ Não se pode negar que dentro da Democracia existem argumentos estratégicos e retóricos ou que existem negociações, todos próximos da racionalidade teleológica, mas a escolha de sistemas jurídicos dá-se num debate histórico³⁸⁷ que encontrou este meio comunicativo como o melhor ao permitir que, procedimentalmente, o maior número de pessoas seja incluído nas deliberações públicas livres de coações externas e

³⁷⁹ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez, vol. I.** 1997, p.158.

³⁸⁰ Ora a moral trata de questões de justiça HABERMAS, **Direito e Democracia: Entre a Faticidade e a Validez, vol. I.** 1997, p.149, o que também permite intuir uma subordinação do direito a moral ainda que o autor negue.

³⁸¹ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez, vol. I.** 1997, p.158.

³⁸² HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez, vol. I.** p.157.

³⁸³ O que se assemelha a proposta de APEL, 2004, p.126 de "*contra-estratégia de estratégia*".

³⁸⁴ IDEM, p.164.

³⁸⁵ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez, vol. II.** 1997, p.9.

³⁸⁶ IDEM, p.27.

³⁸⁷ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez, vol. I.** 1997, p.168.

internas que não sejam a do argumento que cada participante considere melhor para si, formando acordos racionalmente motivados sobre todos os pontos em que haja o interesse de todos, permitindo o debate e a transformação dos argumentos e dos valores construídos na tradição.³⁸⁸

Este Procedimento constitui as normas que servirão para constatar, no transcurso do *procedimento-processo* jurídico penal, a correspondência com as proposições das partes. É um consenso muito anterior sobre os comportamentos aceitos consensualmente, que permitem as interações cooperativas entre os agentes, o elemento que transforma o entendimento num convencimento para este autor.

PERELMAN vislumbra a Democracia de forma semelhante, exaltando a retórica como produtora de convencimento dentro da esfera legislativa. A Democracia é uma geradora de consensos, uma vez que propicia os debates e a troca de opiniões que permitirão a validação da lei³⁸⁹ que servirá como um consenso valorativo sobre o qual o juiz e as partes poderão estabelecer seus argumentos em detrimento deste consenso.

Através da Democracia o legislador constrói seu discurso, para provocar uma aceitação racional de seus argumentos, tentando consolidar um valor sobre o qual haja algum consenso que propiciara a problematização de uma ação face a um auditório no qual o próprio agente também foi participante do consenso.³⁹⁰ Até aqui, se apresentou o caminho para chegar a uma decisão racional, mas o que a qualificará como razoável será o passo a seguir.

2.2.2 Da Razoabilidade

O termo “razoabilidade” é debatido tanto por PERELMAN, quanto por HABERMAS, ambos em complementação à proposta de RAWLS. Este autor constrói um modelo de Justiça fundado a partir da “*posição original*”³⁹¹ em que as pessoas consideradas como partes estabelecem um processo equitativo para construir o significado daquela. Segundo HABERMAS, para que RAWLS possa conceber esta situação, o autor decompõe a autonomia política em dois elementos, propriedades morais neutras, que são destinadas a perceber o que

³⁸⁸ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez**, vol. II. 1997, pp.29-30.

³⁸⁹ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.553.

³⁹⁰ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.355.

³⁹¹ RAWLS, 1997, pp.19-24.

é racionalmente vantajoso às partes, e restrições morais destinadas a escolher princípios que estabeleçam um sistema de cooperação equitativo.³⁹²

Este comentário é depreendido a partir da interpretação do "*Véu da Ignorância*" proposto por RAWLS em que as partes "*são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base em considerações gerais*",³⁹³ pois ignoram e desconhecem suas próprias capacidades, assim como o contexto em que vivem, mas mantendo uma vontade egoísta natural e racional.³⁹⁴ Para isso, RAWLS pressupõe que os cidadãos, ainda que num momento de ignorância, permanecem com disposições morais ao senso de Justiça e a concepções pessoais do bem.³⁹⁵

A esta predisposição moral a um sentido de Justiça e bem que o autor qualifica como "*razoabilidade*".³⁹⁶ Este conceito foi inserido pelo autor, segundo interpretação de HABERMAS, para tentar suplantar uma dificuldade teórica tida em *Uma Teoria da Justiça*. Em breves linhas, na posição original, como os participantes do diálogo, sobre o qual se constituirá o significado de Justiça, são ignorantes, eles não podem estabelecer uma verdade, ou seja, uma correspondência objetiva com um contexto, ou tentar encontrar um compartilhamento intersubjetivo sem colocar-se na posição dos demais. Daí que o "razoável" tenta suprir esta lacuna atribuindo uma capacidade moral às pessoas para encontrar condições equitativas para a cooperação,³⁹⁷ assim como uma capacidade de refletir sobre a pretensão de verdade das concepções de justiça.³⁹⁸

Inicialmente, o "razoável" seria uma forma de permitir que se torne possível questionar a justificação das normas no seu uso público.³⁹⁹ Pessoas com convicções morais são razoáveis quanto justificam publicamente as normas, que comporiam o que consideram

³⁹² HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Débat sur la Justice politique**. Paris, Cerf, 2005, p.12 Uma proposta muito interessante (por reaproximar ambos autores através de suas bases kantianas, debate que aqui, considero inapropriado devido ao aprofundamento que requeriria), por seu caráter sintético sobre as críticas de Habermas a Rawls está presente em OLIVEIRA, Nythamar F. Critique of Public Reason Revisited: Kant as arbiter between Rawls and Habermas, in: **Veritas**, vol.45, nº4, dez. 2000, p.585 que traduzo a seguir: *À grosso modo, de acordo com Habermas, a teoria da justiça de Rawls é falha em três aspectos;* " 1) *a posição original não parece levar em conta a imparcialidade requerida por princípios deontológicos da justiça;* 2) *a distinção entre questões de justificação e questões de aceitabilidade é turvada e neutralizada pela concepção da justiça rawlsiana, enfraquecendo sua aclamada validade;* 3) *ao construir um estado constitucional em função do primado dos direitos liberais básicos sobre o princípio de legitimação democrática, Rawls torna indeterminado seu intento de reconciliar as liberdades modernas com as antigas.* " .

³⁹³ RAWLS, 1997, p.147.

³⁹⁴ RAWLS, 1997, pp.154 e 159. Egoísmo como desinteresse nos outros.

³⁹⁵ IDEM, p.154.

³⁹⁶ HABERMAS, 2005, pp. 34, 53 e 54.

³⁹⁷ IDEM, p.34.

³⁹⁸ IDEM, p.37.

³⁹⁹ Vendo o uso público das normas como relação comunicativa que vai além do diálogo entre poucos sujeitos, e que leva em consideração uma postura reflexiva não monológica, mas plural (HABERMAS, 2007, p.75).

Justiça, e permitem que seus argumentos, usados para validar uma proposição, sejam problematizados.⁴⁰⁰ No entanto, na *posição original*, os participantes de um diálogo que contratualmente, ou comunicativa-consensualmente, criaria o que seria a Justiça (e suas normas) não apresentam uma moralidade consolidada, mas apenas uma predisposição a esta.

HABERMAS não acredita que, nesta posição original, as pessoas participantes possam abstrair sua moralidade de suas argumentações,⁴⁰¹ a sua “razoabilidade” não consegue abster racionalmente pontos de vista particulares através do *Véu da Ignorância*.⁴⁰² De igual maneira, ele não consegue banir os processos de aprendizagem que suportam o uso discursivo da razão no espaço público. RAWLS, por outro lado, permanece arraigado na idéia de que através da “razoabilidade” não, necessariamente, apresentam-se visões sobre o mundo verdadeiras, o que compromete a ligação entre a racionalidade discursiva proposta para HABERMAS e a sua proposta para a Justiça.

A “razoabilidade” não está ligada diretamente a uma racionalidade comunicativa na perspectiva de RAWLS em combinação com a de HABERMAS. Ora, como dito por RAWLS, a sua proposta tem duas diferenças centrais em relação a de HABERMAS, "*a dele é compreensiva, enquanto que a minha se atem somente a política, e nada mais*",⁴⁰³ além de que ambos utilizam diferentes instrumentos de representação e terminologias, "*a dele é a situação ideal de fala(...), enquanto que a minha é a posição original*".⁴⁰⁴

HABERMAS, no entanto, insere no conceito de “razoabilidade” o "*ponto de vista moral*"⁴⁰⁵ que permite conectar este conceito à argumentação de modo a superar o egoísmo-desinteresse da posição original para cair numa reflexão que leva em consideração a primeira pessoa do plural. Isto permite questionar a validade das proposições normativas que compõem o conceito de Justiça dentro das pretensões presentes nos atos de fala, de acordo com sua *Teoria da Ação Comunicativa*.⁴⁰⁶ Paralelamente a esta proposta de inserir o significado “razoabilidade” dentro das argumentações e do discurso, PERELMAN desenvolve sua

⁴⁰⁰ HABERMAS, 2005, pp.35 e 69.

⁴⁰¹ HABERMAS, **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**, 2007, pp.103-104. Habermas considera que, para a determinação de um conceito de justiça, é necessário que exista um ponto de vista moral (visto como condição de imparcialidade dos julgamentos de normas e princípios, IDEM, p.100) que permita os “cidadãos”, discursivamente, justificar publicamente a concepção de justiça.

⁴⁰² HABERMAS, 2005, p.24.

⁴⁰³ Tradução de HABERMAS, 2005, p.50.

⁴⁰⁴ Tradução de HABERMAS, 2005, p.51.

⁴⁰⁵ IDEM, pp.161-167.

⁴⁰⁶ IDEM, pp.161-162.

concepção de maneira semelhante, vinculando, muitas vezes, a “razoabilidade” à racionalidade, sempre tentando manter como radical o convencimento.⁴⁰⁷

Dessa maneira, vinculando a “razoabilidade” a argumentações e aos discursos, ela torna-se um dos fundamentos para a Democracia que formulará as normas sobre as quais será possível realizar o convencimento e o entendimento. Com esta abordagem sucinta acima apresentada, passa-se a apresentar, com maiores, detalhes os vínculos entre “razoabilidade” e racionalidade, o elemento equitativo que há nelas, assim como iniciar o debate sobre as relações intersubjetivas e morais dentro das proposições normativas.

2.2.2.1 Razoabilidade e Racionalidade

Assim como tópico anterior, através de abordagem rápida, tentar-se-á aproximar o conceito de “razoabilidade” ao de racionalidade. Explicita-se, no entanto, que aqui a sua profundidade não será exaustiva.

HABERMAS problematiza o conceito de “razoabilidade” para dar cabo da idéia de “*consenso abrangente*”⁴⁰⁸ que formam o conceito de Justiça trabalhada por RAWLS. Tal consenso consiste segundo o autor:

(...) em que uma concepção política da justiça é elaborada em primeiro lugar com visão independente que pode ser justificada relativamente (pro tanto), sem levar em conta as doutrinas compreensivas existentes, sem tentar adequar-se com elas, ou mesmo sem saber a que doutrinas nos referimos” (HABERMAS, 2005, p.73)

Não é demais repetir que, a partir dessa concepção, formam-se as normas que permitem uma *ação comunicativa forte* sobre a qual se constitui o convencimento exposto na Decisão. Em complementação a RAWLS, HABERMAS considera que os participantes desta determinação podem, a cada momento, argumentativamente encontrar razões diferentes fundamentadas de forma idêntica em comum e publicamente.⁴⁰⁹ A esfera pública chama o uso

⁴⁰⁷ Uma vez que a razoabilidade corresponde a uma possibilidade de aceitação que é pressuposto da sua Teoria da Argumentação como uma questão de racionalidade.

⁴⁰⁸ HABERMAS, 2005, p.161.

⁴⁰⁹ IDEM.

público da razão,⁴¹⁰ mas na vida cotidiana a todo o momento recorre-se aos atos de fala que, precisamente, serão usados na argumentação pública.⁴¹¹

Tal como nos atos de fala, as questões normativas dependem de uma aceitação subjetiva e moral que não conta necessariamente com a aceitação dos demais, o mesmo ocorre quando se debate concepções de Justiça (e constitucionais)⁴¹². A questão é formar um consenso sobre a validade da coerção em detrimento deste conceito quando, não necessariamente, as crenças subjetivas não correspondem à crença dos demais.⁴¹³

Enquanto RAWLS, para encontrar um meio de responder a isso, considera que as pessoas por serem razoáveis, ou seja, terem a vontade e a capacidade de viver numa sociedade bem ordenada, propondo condições equitativas para a cooperação social, assim como a capacidade de levar em consideração os efeitos da argumentação para este fim,⁴¹⁴ HABERMAS aponta que no processo reflexivo que as pessoas razoáveis realizam, elas não abstém de apresentar suas percepções sobre o mundo.

Segundo HABERMAS,

As concepções políticas razoáveis que fazem valorar o primado dos valores políticos e a definição de visões de mundo religioso e metafísico suscetíveis de serem considerados como razoáveis devem ser não somente elaborados desde um ponto de vista imparcial mas também aceitados. ... É porque os cidadãos não podem ter a última palavra que eles podem participar da 'formulação dessas idéias' de um ponto de vista mais compreensivo e intersubjetivamente partilhado, o dito de outra forma desde um ponto de vista moral. (HABERMAS, 2005, p.117)

Assim, o autor crê que o debate público sobre a Justiça deve levar em consideração proposições capazes de formar consensos.⁴¹⁵ Como visto nas bases epistemológicas deste trabalho, o discurso que formará este consenso partirá dos pressupostos de validade dos atos de fala, mas, além desses, de condições que permitam um posicionamento imparcial subjetivo e das imagens que o mundo da vida apresenta (o que reforça a presença dos *lugares-comuns* no Direito e Processo Penais justos).⁴¹⁶

⁴¹⁰ HABERMAS. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. 2007, pp.106-107.

⁴¹¹ HABERMAS, 2005, p.162.

⁴¹² IDEM, pp.149 e162.

⁴¹³ IDEM, p.163.

⁴¹⁴ IDEM, pp.53-54.

⁴¹⁵ HABERMAS, 2005, p.117.

⁴¹⁶ Aqui novamente retornam as condições da situação ideal de comunicação reportadas por Alexy e repetidas por Habermas.

Esta imparcialidade é concebida a partir dos “*pontos de vista morais*”⁴¹⁷ que não são públicos.⁴¹⁸ HABERMAS observa, então, que a justificação pública para a Justiça leva em consideração um consenso que lhe é anterior, ou seja, considerações morais, principalmente, sobre a imparcialidade⁴¹⁹ são antecedentes a um consenso abrangente, o que não lhes torna independente de visões compreensiva do mundo.⁴²⁰

PERELMAN vê a “razoabilidade” de forma semelhante, conquanto contextualizado o uso dessa expressão no transcurso de sua obra. Conforme o autor racionalidade a vincula-se com a tentativa de encontrar convencimento através da argumentação, enquanto que o “*razoável e o desarrazoado são ligados a uma margem de apreciação admissível e ao que, indo além dos limites permitidos, parece socialmente inaceitável*”.⁴²¹ Ora, ambos os conceitos redundam na aceitação dos argumentos e não somente no que se considera “verdade”.

Quando, por exemplo, PERELMAN trata sobre o papel do juiz de construir uma decisão que convença os que nela participem, ao usar o termo “razoável”, ele expõe no mesmo contexto em que se apresentam argumentos racionais.⁴²² O argumento “razoável” é aquele que auxilia a convencer e demonstrar que o discurso proferido pelo orador apresenta a devida conexão entre os espíritos.

⁴¹⁷ HABERMAS, 2005, p.173

⁴¹⁸ IDEM, pp.157-158

⁴¹⁹ O leitor pode perceber que nesta dissertação há uma tomada de posição frente a ética do discurso e a neutralidade moral que Habermas propõe frente ao princípio do discurso e seu derivado, princípio da democracia, levando em consideração as críticas de Apel. Quanto a esta neutralidade, só consigo observá-la, como dito acima, como uma questão de imparcialidade, que de qualquer maneira repercute numa consideração moral. Alias, neste aspecto, o apontado por APEL, 2009, pp 143, 204-214, 234-248 (como o vejo) esta correto, há na ética do discurso habermasiana um universal pressuposto ao princípio “D”, ou seja, este trato imparcial tendente a criar normas universalmente aplicáveis (partir de uma consideração de igualdade). Nesse sentido Habermas não tem como manter um “D” moralmente neutro como sinônimo de amoral, muito menos criar uma fundamentação que torna independente o princípio da democracia e “D” de “U”, no máximo seria possível pensar numa complementaridade (intuo, recíproca, como se pose deprender de Habermas ao tratar da relação entre moral e direito), subsistindo uma subordinação, superficialmente mais clara, daqueles a este. Ora, esta alternativa responde pelo menos a motivação para o uso de “D” (se não por que nos pautaríamos por ele?).

⁴²⁰ Aqui vale citar ALEXY, 2005, p.143, que organizou a proposta de Habermas em relação a situação ideal de fala (sendo citado por este repetindo o mesmo por esta causa).

⁴²¹ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.436. Ressalte-se que a visão de Perelman aceita a presença da retórica dentro da construção do razoável, no entanto, há outras como a de BERTEA, Stefano. Certainty, reasonableness, and Argumentation in Law, in: **Argumentation**. Amsterdam, Kluwer Academic Publishers, n.18 2004, p. 472-475, vinculam ela exclusivamente a dialética, pois a perspectiva retórica para o aceitável (razoável) corresponde a uma construção direcionada, exclusivamente, a persuasão e consenso, enquanto que a primeira levaria em consideração elementos que não estão nesta como a coerência, sinceridade, generalização, entre outras dependentes do contexto provido pela dialética (pág.473). Em linha semelhante ao autor anterior BIRO, John; SIEGEL, Harvey. Rationality, Reasonableness, and Critical Rationalism: Problems with the Pragma-dialectical view, in: **Argumentation**. Amsterdam, Kluwer Academic Publishers, n.22, 2008, pp.194-195, considerando a razoabilidade como um pressuposto pragmático-dialético, ainda que discorde de sua aplicação à realidade por não responder adequadamente ao trilema de Münchhausen, especialmente quanto ao processo de justificação (pág.199-202), discussão interessantíssima, mas descabida neste momento.

⁴²² PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.529.

Este autor não se atém à ligação entre o conceito de “razoabilidade” com o conceito de Justiça, pois a racionalidade dá conta disto.⁴²³ A existência de procedimentos para a confecção de normas ou para a aplicação destas depende, muito mais, de um discurso argumentativo e retórico (que busca o convencimento) que de uma imparcialidade transcendente, o que consegue ser facilmente apreciado no Procedimento-Processo Penal, especialmente no júri, tanto mais quando a moral se apresenta como elemento persuasivo.

PERELMAN considera que a moralidade não neutraliza o discurso, pelo contrário, é mais um elemento persuasivo.⁴²⁴ Tal idéia leva ao questionamento de como, então, conjugar esta modalidade com o conceito de igualdade e equidade no que consideramos Justiça.

2.2.2.2 Da Igualdade e da Equidade

A razoabilidade, que permite a construção do conceito de Justiça segundo RAWLS e que depende de pontos de vistas morais conforme HABERMAS, deve encontrar algo que conduza a uma igualdade nas normas. PERELMAN também tem a mesma preocupação.⁴²⁵ Cada um apresenta sua proposta correlacionando-a com o ideal de não coatividade. A igualdade é, acima de tudo, uma questão argumentativa e discursiva que não pode ser limitada arbitrariamente na vida.

Enquanto Rawls aprecia a igualdade como uma hipótese encontrada no “*Véu da Ignorância*” que propicia juízos de pessoas razoáveis de maneira equitativa que determinarão a Justiça,⁴²⁶ PERELMAN e HABERMAS apreciam a igualdade como uma condição para o discurso não coativo (ou que apresente somente a coação do melhor argumento), único capaz de legitimar as normas, a Justiça e a Decisão através de uma aceitação racional ou convencimento.

Reforçando o anteriormente dito, as pessoas apresentam duas faculdades morais, nas palavras de RAWLS:

(...) uma dessas faculdades é a capacidade de ter um senso de justiça: é a capacidade de compreender e aplicar os princípios da justiça política que

⁴²³ Quando nos atemos a uma “justiça concreta” disposta a universalização (valor consensual) sem a pragmática própria da razoabilidade. PERELMAN, 2005, pp.243.

⁴²⁴ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.293.

⁴²⁵ IDEM, p.437.

⁴²⁶ RAWLS, John. **Justiça como Equidade: Uma reformulação**. São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp.120-121.

determina os termos equitativos de cooperação social, e de agir a partir deles...

(...) a outra faculdade moral é a capacidade de formar uma concepção do bem(...) do que considera ser uma vida digna a ser vivida (RAWLS, 2003, p.26)

Quanto a estas capacidades, todos são (hipoteticamente) idênticos e postos em condições simétricas.⁴²⁷ A partir desta condição de igualdade as pessoas concebem o que consideram um sistema equitativo e, portanto, justo de cooperação social.⁴²⁸ Isto reforça a idéia da distinção entre HABERMAS e RAWLS.

Para HABERMAS, assim como para PERELMAN, as pessoas não estão em uma situação de igualdade naturalística devido a suas capacidades morais, mas elas têm que pressupor uma capacidade natural de linguagem. É através da linguagem que se torna possível conceber consensos que formaram um sistema de cooperação social.⁴²⁹

Como visto nos capítulos anteriores, a linguagem depende não só de uma disposição natural para montar ligações entre significado e significantes através de signos, mas também de um aprendizado que os adéqua ao mundo, assim como da tradição da língua.⁴³⁰ A moral se pauta da mesma maneira. HABERMAS considera que a moral também passa por um processo de aprendizado⁴³¹ e, tal como a linguagem, depende de um substrato da vida intersubjetivamente compartilhado, *o mundo da vida (lugares-comuns)*.

É sobre esse substrato que os indivíduos tentam estabelecer sua individualidade e pertencer a um grupo social, para isso estabelece-se a moralidade com este fim protegendo o indivíduo neste processo. Isso é possível a partir do momento em que a moralidade torna-se responsável por:

(...) valer a intangibilidade dos indivíduos socializados, exigindo igual tratamento e portanto um respeito igual à dignidade de cada um; e há de proteger as relações intersubjetivas de reconhecimento recíproco e exigindo aos indivíduos solidariedade enquanto membros de uma comunidade em que foram socializados.(HABERMAS, Jürgen. **Aclaraciones a la ética del discurso**. 1991, p.59. Disponível em: www.libros tauro.com.ar, acesso em: 25.05.2008)

⁴²⁷ RAWLS, 2003, pp.27-28.

⁴²⁸ IDEM, p.7.

⁴²⁹ Perelman não usa deste termo “*cooperação social*”, no entanto depreende-se isto do interesse do autor em adequar o direito ao “*socialmente aceitável*” (por exemplo, PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p. 456), para HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez, vol. I**. 1997. pp. 120-121.

⁴³⁰ O que se depreende de Saussure.

⁴³¹ Fundamentado em Kolberg, HABERMAS, 1991, p.58.

Assim, a construção da igualdade e da equidade não derivam de um momento e/ou de capacidades hipotéticos, mas de um contexto em que as pessoas agem comunicativamente entre si.

É a própria comunicação que apela para um Procedimento. Os participantes do discurso necessitam manter-se e manter seu mundo, daí que, através de seus atos de fala e dos pressupostos comunicativos que estes contem, eles conduzam suas vontades em conjunto e solidariamente. Não se trata mais de uma igualdade hipotética que conduz à equidade, mas uma necessidade de proteger o nosso "papel" dentro de uma comunidade, de nosso *mundo da vida* que compartilhamos com os demais.⁴³²

O discurso, então, torna-se uma seqüência de atos de fala que, apesar de falho e revisável, possibilita um entendimento integrador de seus participantes anterior ao estabelecimento de um tratamento igualitário⁴³³ que conduz à fundamentação de normas na tentativa de encontrar um assentimento sobre elas, principalmente, no interesse de proteger o indivíduo e sua socialização.⁴³⁴ E, como este interesse tem uma pretensão universal, ele não consegue escapar da apreciação, necessária, de todos os interessados.⁴³⁵ Aqui se insere a igualdade como uma condição que habilita esta participação, embora pareça idílica quando inserida no *Procedimento-Processo* Penal.

De acordo com essa visão, a Democracia, criadora de normas, é um foro privilegiado para buscar um assentimento universal. PERELMAN também concorda com essa posição. Aliás, no que toca a igualdade, ele também a condiciona ao interesse geral.⁴³⁶ Numa abordagem histórica apresenta a derrocada do conceito de igualdade em detrimento das intervenções institucionais,⁴³⁷ muitas vezes, submetidas à arbitrariedade apesar do pretexto de estarem adequadas a um interesse maior.

Tal como HABERMAS, o autor considera que o discurso e a linguagem são antecedentes a uma condição de igualdade moral, a partir destes condicionar-se-á a Justiça.⁴³⁸ A argumentação em forma de discurso impele a um tratamento não coativo do auditório para angariar seu convencimento. Não se trata de uma situação hipotética sobre a qual a Justiça decorreria à equidade, mas de uma série de discursos contextualizados e condicionados a seu

⁴³² HABERMAS, 1991, p.60.

⁴³³ IDEM.

⁴³⁴ O que entendo ser ao contrário para Apel, por considerar o princípio da responsabilidade que em conjunto com "U" complementa "D", ou seja, por considerar que a imputabilidade (de todos os "interessados", portanto, igualmente atribuído a todos) antecede o discurso (APEL, 2009, p.109).

⁴³⁵ HABERMAS, 1991, p.86.

⁴³⁶ PERELMAN, *Ética e Direito*, 2005, p.234.

⁴³⁷ IDEM, p.235.

⁴³⁸ PERELMAN, 2005, pp. 244-246.

tempo que determinam este significado.⁴³⁹ Construir uma Decisão Penal justa é deixar os integrantes do *Procedimento-Processo* livres para argumentar.

Ao fim e ao cabo, os dois autores estão de acordo que as proposições normativas, as normas jurídicas, não dependem de uma situação hipotética inicial construída com base numa igualdade artificial e destinada a construir um Procedimento e um tratamento equânime entre as pessoas. O significado de Justiça e as construções normativas depreendidas dela não conseguem fugir do discurso, pois o que mais necessitam para serem válidas é de um compartilhamento de fundamentação.

2.2.2.3 Proposições Normativas e Intersubjetividade

Como visto até agora, uma Decisão é um conjunto de procedimentos destinados à ampliação da validade do discurso.⁴⁴⁰ Ela é um vaivém de argumentos sobre os quais se pretende conquistar a adesão de todos que dela participem. No entanto, existe uma adesão anterior na norma sobre a qual se argumenta, novamente, para conquistar o convencimento.

É uma tentativa de fundamentar uma nova adesão e convencimento, a partir do entendimento sobre uma adesão anterior. Tal caminho de fundamentação passa por juízos morais segundo ambos os autores,⁴⁴¹ ou seja, sobre o "*como podem solucionar-se os conflitos de ação sobre a base de um acordo racionalmente motivado*".⁴⁴²

Tanto PERELMAN, como HABERMAS, crêem que os juízos de valor tentam encontrar normas cuja validade e justificação possam ser universalizadas.⁴⁴³ No que toca à HABERMAS, somente as normas que podem contar com o assentimento de todos participantes de um discurso⁴⁴⁴ podem pretender ser válidas. Como a validade-aceitação depende da argumentação, essa validade só pode ser alcançada enquanto não exista coação.⁴⁴⁵ O mesmo pode-se dizer de PERELMAN, como as normas são fundamentadas por

⁴³⁹ IDEM, p.247.

⁴⁴⁰ POZZEBON, 2005, p.437.

⁴⁴¹ Segundo depreendo levando em consideração as críticas de Apel, ainda que para Habermas exista um juízo de aplicação através de uma positivação do direito que o neutraliza moralmente.

⁴⁴² HABERMAS, 1991, p.24.

⁴⁴³ Pelo menos ao que toca aos juízos morais quanto a HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez, vol. I**. 1997, p.144.

⁴⁴⁴ Ao qual Habermas entende como "*um procedimento que não serve a produção de normas justificadas se não ao exame da validade de normas já existentes, mas que, ao terem se tornado programáticas, são abordadas em uma atitude hipotética*" (HABERMAS, 1991, p.37), que os faz assemelhar-se ao discurso criador de normas de caráter mais teórico.

⁴⁴⁵ HABERMAS, 1991, pp.25-26.

argumentos, que se pretendem persuasivos e destinados a convencer, caso o auditório não reconheça a validade do argumento, não reconhecerá também a norma fundamentada naquele ou sua aplicação.

Como a coação não é aceita por nenhum dos autores dentro da fundamentação racional, a argumentação pressupõe um tratamento igualitário, ou seja, o orador ou o falante-ouvinte pressupõe que o auditório ou o outro falante-ouvinte gozam dos mesmos pressupostos racionais e de uma idêntica liberdade⁴⁴⁶ para serem persuadidos e convencerem-se ou para apreciar o que consideram o melhor argumento. A partir desse pressuposto ideal, surge a relação comunicativa que construirá o discurso no qual os participantes apresentaram seus argumentos de acordo com o que crêem ser a ação mais correta.⁴⁴⁷

Nisto, HABERMAS conceitua a moral, em suas palavras:

"(...) morais" chamarei a todas as instituições que nos informam a cerca do melhor modo de comportarmo-nos para contra-restar mediante a consideração e respeito à extrema vulnerabilidade das pessoas. (...) vulneráveis nesse sentido e, portanto, moralmente necessitados de atenção e consideração são os seres que só podem individualizar-se por via da socialização (HABERMAS, 1991, p.26)

A moralidade, portanto, é um reflexo da relação comunicativa em que, para encontrar o entendimento, não coativamente, e o posterior convencimento, necessita partir dos pressupostos anteriores de igualdade e liberdade, que devem ser assegurados. Encontrar esta moralidade, para HABERMAS, é um atributo da ética do discurso. A "*Ética do Discurso*" liga à moralidade a argumentação racional.⁴⁴⁸

Nesta seara, para que uma norma consiga universalizar-se, o dever que ela prescreve deve ser uma expectativa de comportamento intersubjetivamente compartilhada por todos.⁴⁴⁹ Todos devem considerar que uma norma corresponda a um controle do comportamento do indivíduo, que permita sua socialização e, ao mesmo tempo, conserve seu mundo. Este processo reflexivo se dá para todos, quando problematizado publicamente; portanto, é

⁴⁴⁶ HABERMAS, 1991, p.96. "*Ninguém pode entrar seriamente em uma argumentação se não pressupõe uma situação de diálogo que garanta em princípio a publicidade do acesso, iguais direitos de participação, a veracidade dos participantes, a ausência de coerções nas posições que tomem, etc.*" e PERELMAN, **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. 2005, pp. 18. "*Os seres que querem ser importantes para outrem, adultos ou crianças, desejam que não lhes ordenem mais, mas que lhes ponderem, que se preocupem com suas reações, que os considerem membros de uma sociedade mais ou menos igualitária.*"

⁴⁴⁷ Ou a norma mais correta (HABERMAS, 1991, p.37).

⁴⁴⁸ HABERMAS, 1991, p.97.

⁴⁴⁹ IDEM, p.119.

possível dizer que uma norma que se pretende universal é boa para todos de igual maneira.⁴⁵⁰ Não se trata de uma atitude plural de vários indivíduos simultaneamente encontrarem um contrato com o que concordam, mas da tentativa de incluir a perspectiva do mais amplo auditório onde cada integrante dele realiza uma reflexão própria no que concerne ao que consideram universalizável e propõe entre si um discurso capaz de encontrar o assentimento de todos.⁴⁵¹ Esta perspectiva, também deve estar presente na Decisão Penal ao determinar a norma válida frente aos “fatos”.

A moralidade (que ocupa uma posição de destaque nesta perspectiva) é um dos elementos sobre os quais o legislador pauta-se para construir o Direito,⁴⁵² no que toca o Direito Penal é o principal,⁴⁵³ pois ele tenta determinar uma proibição categórica.⁴⁵⁴ Além dela o legislador recorre, muitas vezes, a uma racionalidade teleológica em ações estratégicas para, independentemente de um entendimento, alcançar objetivos e sucessos de programas que propõe. No caso do Direito Penal, é a possibilidade de generalização de proibições que individualmente consideramos boas que nos impele à construção de um discurso fundamentador das respectivas normas. Mas esse aspecto subjetivo não fica restrito a uma e única pessoa quando posto em um discurso, pois neste a necessidade de individualização exige que intersubjetivamente as partes aceitem a moralidade com o intuito de protegerem-se para encontrar o entendimento. Tal apreciação, embora pareça ingênua quando aplicada à Decisão Penal, mantém a racionalidade conforme as bases epistemológicas aqui tratadas.

Tanto PERELMAN quanto HABERMAS consideram que o contraditório é algo corriqueiro e que fundamentações morais no discurso são, em regra, utilizadas para resolver estes dissensos.⁴⁵⁵ À semelhança com HABERMAS, PERELMAN considera que a deliberação moral “(...) não pode fazer distinção de pessoas”,⁴⁵⁶ mas não apresenta diretamente uma pretensão universalizante como o autor anterior, apenas indiretamente, pois a considera como um elemento persuasivo.

De igual maneira, o autor também considera que não somente a moralidade é a única fonte de justificação das normas.⁴⁵⁷ Critérios de utilidade, por exemplo, também são fontes

⁴⁵⁰ Depreendido de HABERMAS, **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. 2007, p.107 e HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez, vol. I**. 1997, p.202.

⁴⁵¹ HABERMAS, 1991, p.123.

⁴⁵² IDEM, p.137.

⁴⁵³ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez, vol. I**. 1997, p.206.

⁴⁵⁴ HABERMAS, 1991, p.117.

⁴⁵⁵ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez, vol. I**. 1997, pp.150-154 (especialmente p.153) e PERELMAN, 2005, pp.302 e 303.

⁴⁵⁶ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.292.

⁴⁵⁷ PERELMAN, **Retóricas**, 2004, p.169.

persuasivas. Ainda assim, a norma (jurídica), em regra, pertence à moral.⁴⁵⁸ Como toda a sua teoria da argumentação jurídica é destinada a realizar a persuasão e ao convencimento, e como a moralidade é um aspecto subjetivo assumido pelos integrantes do auditório, que pode ser posto na norma jurídica através do legislador, o uso de argumentos fundados nessa é mais uma técnica de aproximação com o auditório.

PERELMAN percebe que a moralidade encontra um consenso abrangente em torno de seus princípios conquanto genéricos. A sua aplicação concreta, no entanto, não consegue manter este compartilhamento. Nas suas palavras: *"Na verdade, os diferentes princípios de moral não são contestados por homens que pertencem a meios de cultura diferentes, mas são interpretados de modos diversos, não sendo jamais definitivas essas tentativas de interpretação"*.⁴⁵⁹ Tal perspectiva corrobora a presença de uma intersubjetividade nas determinações desta, o que se observa também quando o autor afirma a busca de uma validade em direção ao Auditório Universal.

⁴⁵⁸ PERELMAN, *Ética e Direito*, 2005, p.305.

⁴⁵⁹ PERELMAN, *Ética e Direito*, 2005, p.297.

3 BASES PARA A FINALIDADE DO PROCESSO

O caminho da epistemologia até o Procedimento foi realizado para permitir a análise do Processo como representante da relação dialética entre as partes na qual é possível construir, cooperativamente, um ato final supostamente validado pela racionalidade. Este caminho, que tem como pressupostos a veracidade, a verdade e a retidão (correção) da linguagem usada, deve assegurar a reflexão sobre os argumentos, assim como a participação de todos.

Como já dito, o único caminho plausível para isso, segundo os autores referenciais, é o discurso (relação comunicativa não coativa). Nela os partícipes devem tomar posições que permitam levar ao extremo a qualificação dos argumentos para que estes sejam capazes de provocar o convencimento além de seu fundamento, o entendimento. Ambos não estão circunscritos exclusivamente a uma relação particular entre as partes; apesar de principiarem destas, eles objetivam um horizonte universalizável.⁴⁶⁰

Ao tentarem compreender uma norma e um “fato”, a correção da norma, a aceitabilidade do “fato”, a adequação entre estes, a punição (coação) dela decorrente, a necessidade desta, entre outros elementos, os integrantes do *Procedimento-Processo* recorrem não só a fundamentações subjetivas (íntimas), mas também a argumentações pragmáticas e éticas, todas sustentadas por uma nebulosa existência de um mundo intersubjetivamente compartilhado. Tais características da argumentação não fazem parte apenas da linguagem jurídica, mas de toda a prática discursiva realizada através da *linguagem natural*.

Agora, é o momento para aprofundar as outras características que consubstanciam o significado de um Processo que permite uma Decisão Penal inteligível e racional, sem desgarrar-se da linguagem radical, direcionando-o, como proposto, para, pelo menos, o entendimento.

Questionar-se-á se é possível dentro da relação comunicativa contraditória *Procedimental-Processual* o entendimento e/ou consenso quando as intenções das partes não

⁴⁶⁰ Adotando neste momento a perspectiva Apel sobre a ética do discurso (que tenta seguir os passos da proposta discursiva de Habermas, mas que critica esta proposta que falha a si mesma), contrária a doutrinas positivistas (vide críticas de quanto à cisão entre aplicação e fundamentação STRECK, Lênio L. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 70-76, especialmente esta última página) para o Direito ainda que ele tome uma forma positiva, “*forma jurídica*” (HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1997, pp.146, 158 e HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez II**, pp. 205-206, 226, 244).

estão circunscritas somente nas locuções e destinam-se a realizar um uso estratégico da norma a fim de conquistar uma vitória independentemente da instrumentalização do outro que decorre desta ação. Dito de outra maneira, observar-se-á se é possível aceitar que o processo seja considerado um jogo estratégico concluído na Decisão.

De acordo com essas observações e superado este incursão sobre a visão do processo como um jogo estratégico, analisar-se-á a correspondência entre a Motivação exposta na Decisão e o entendimento produzido entre as partes. Ressaltando-se, assim, a relação entre o Princípio da Universalização (derivado das apreciações morais), aplicado às argumentações expostas na Decisão, e a figura do Auditório Universal, contrastando essa relação com o Princípio do Discurso (vinculado à democracia) e sua capacidade de superar falhas em detrimento de sua pretensão de universalização, aproximando o Processo (como auditório particular) a situação ideal dos atos de fala.

Tudo isto para reforçar o *Procedimento-Processo* como uma fonte de entendimento que deve esquivar-se da violência através do intuito implícito e/ou explícito de tentar encontrar a Justiça, paulatinamente, em um compartimento cada vez maior sobre a fundamentação e motivação utilizadas entre “todos” os integrantes afetados pela Decisão Penal.

3.1 Contraditório como Comunicação

Para os autores trabalhados aqui, a comunicação é uma relação dialógico-dialética sobre a qual tenta se instituir uma "verdade" tênue e transitória, correspondente a um mundo, a um sujeito e a um contexto social.⁴⁶¹ O caráter dialético, no entanto, é reforçado pela contradição, ou seja, pela existência de uma negação explícita ou implícita nas inferências apresentadas no diálogo.

Como dito, embora o elemento subjetivo da linguagem carregue em si o germe do desentendimento por ser um acesso privilegiado e individual ao mundo, em qualquer diálogo para que se chegue a alguma conclusão e à ação que cause efeito sobre o mundo através da cooperação, é necessário que os integrantes dessa relação dialética consigam encontrar pontos de contato sobre os quais, pelo menos, as locuções utilizadas por estes possam gozar de uma

⁴⁶¹ Levando em consideração a transformação, evolução e reprodução material e imaterial, inclusive através de processo de aprendizagem (HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social**, vol. II, pp.200-215, especialmente 205 e 206).

"pressuposição" de entendimento. Esta função foi atribuída à norma que, no que consideramos o Direito Contemporâneo (Democrático), é alcançada através do Princípio da Democracia derivado do Princípio do Discurso.

No entanto, a norma não circunscreve necessariamente este aspecto, ela passa por uma nova análise discursiva no decurso do Processo para adequar-se aos "fatos" e, também, a constituição do significado de Justiça a ser exposto na Decisão. Nesta seqüência de atos, muitos elementos subjetivos ficam ocultos, a peça de acusação e de defesa não expressam tudo de maneira explícita.

Os intuitos perlocutórios de todos os argumentos apresentados nela, até onde a mais comum intuição pode observar, guardam significados que não estão nas frases. Tanto o exercício da acusação, quanto da defesa, não são Direitos ou deveres de derivação instrumental, não surgem de uma causação, mas de uma expressão da autonomia do sujeito que o representam.

A Decisão não foge deste perfil, embora se apresente como uma obrigação causal,⁴⁶² o conteúdo exposto nela depende da autonomia do juiz. E, como ela necessita ser pragmática, ela deve ter um entendimento. Este entendimento não pode girar em torno da violência, a pena não deve ser o significado sobre o qual todas as partes constroem seus argumentos.

Fundamentar estas três peças com o interesse ilocutório de causar dano alguém, de cercear a liberdade de argumentação, incluindo nessa a liberdade física, é uma ação instrumentalizante. E, como visto anteriormente, repercute numa irracionalidade e numa falta de razoabilidade face ao que nós (através do Princípio Democrático) queremos.

Porém, tal ação é corriqueira no Processo Penal o que não significa que eticamente, em relação ao Princípio da Universalização antecedente ao do Discurso, ela esteja correta. Isto não quer dizer que não seja possível fundamentar as argumentações nessas três peças no interesse preventivo,⁴⁶³ ou seja, no intuito ilocutório de dar cabo dos princípios (morais) construídos através da Democracia e destinados à universalização, como no caso do artigo 3º, entre outros, da Constituição Federal. Do contrário, as ações apresentadas no transcurso do *Procedimento-Processo* não passariam de movimentos estratégicos no qual o ser humano seria uma peça.

⁴⁶² PERELMAN, 2005. pp. 635-642.

⁴⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madri, Trotta, 1995, pp.261, 331-338 "*Por el contrario, si el fin es también el mínimo sufrimiento necesario para la prevención de males futuros, estarán justificados sólo los medios mínimos, y por consiguiente el mínimo de prohibiciones, el mínimo de penas y la verdad judicial mínima tal y como queda garantizada, según el esquema epistemológico ya trazado, por rígidas reglas procesales*" (IDEM, pp261). O autor neste trecho deixa bem claro a possibilidade de uma contra estratégia de estratégia, sem negar o fundamento moral no decurso de sua obra (em que pese ser declaradamente uma proposta utilitarista e, portanto, fundada numa racionalidade teleológica, e instrumentalizante de submissão).

O consenso, nesta estrutura, não é uma obrigatoriedade, mas um objetivo almejado. O entendimento, por outro lado, é uma necessidade. Não é possível entender-se uma Decisão ou qualquer outra peça processual quando esta está vertida para denegrir uma pessoa.

Pensar uma Sentença Penal como um uso instrumentalizador do outro⁴⁶⁴ e, portanto, arbitrário, destinado a um simples uso do “*poder disciplinar*”, conforme constatado por Foucault,⁴⁶⁵ apenas transparece o entendimento sobre o significado do controle sobre o corpo. Neste diapasão, qualquer atitude estratégica é válida, pois não há nenhum impedimento ético e moral, mas apenas cálculos egocêntricos visando fins específicos de “encarcerar-enjaular” ou de “liberar”.

Não é isto que os autores de referência usados aqui desejam. O Processo Penal visto como um procedimento discursivo e contraditório destina-se a construir uma decisão que acima de tudo pretenda encontrar uma aceitabilidade racional.

3.1.1 Entendimento e Consenso entre os Destinatários da Norma: Estão Presentes no Processo Penal?

A norma é uma construção da linguagem realizada com o intuito ilocutório de representar democraticamente o que “nós” consideramos justo para conservarmo-nos e para conservar o nosso mundo, ou seja, a norma é um objeto de um discurso sobre o qual presumimos ou diretamente assentimos sua validade face ao interesse individual e plural. Assim, inicialmente, quando uma norma é lançada no Processo como o princípio de uma fundamentação ela goza de tal pressuposto, no entanto, a aplicação dela necessita de um novo debate quanto a sua adequação ou, inclusive, sua própria validade⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Como se depreende de FERRAJOLI, 1995, pp.98-103 (principalmente em relação aos modelos autoritários e irracionais do direito penal) e ADORNO, 1947, p.31 (no que toca a instrumentalização, o trato como coisas entre Ulisses e Robinson).

⁴⁶⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis, Vozes, 2007, pp.117-132, 143,152-153, FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro, Graal,1979, pp61,105. Disponível em: <http://www.unb.br/fe/tef/filoesco/foucault/microfisica.pdf>.

⁴⁶⁶ O que se assemelha ao modelo de *Discurso Justificativo Retórico* de GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2001.pp.122-127 especialmente p.122 quando o autor afirma: “... o que importa, na verdade, é que em qualquer situação, as opções assumidas durante o processo decisório estejam devidamente justificadas, pois só assim será possível efetivar-se o indispensável controle dos interessados e da própria sociedade sobre a atuação judicial.” Seguindo nas linhas adiante o autor reforça o ato de convencer como meio de justificação, ao mesmo tempo que ressalta o aspecto aproximativo desta proposta. Quanto a divisão entre os dois planos de justificação, interno e externo, propostos pelo autor com fundamento em Alexy, resguardo as críticas entre a cisão entre discurso de aplicação e fundamentação, apesar de sua proposta, por ser mais singela, não ser contraditória com a superação das justificações formalistas, o que ocorre com Alexy (pelas críticas já apresentadas).

A norma, como tal, leva em consideração a sua validade, conquistada através do Princípio Democrático (reflexo do Princípio do Discurso). Ela deve ser uma representação dos interesses dos prováveis afetados. Uma norma Penal ou processual Penal deve levar em consideração, portanto, o que “nós” consideramos correto quando supomos (auditório consigo mesmo) e aceitamos, publicamente, sua validade em qualquer posição que se ocupe em face dela (juiz, acusação ou réu).

A norma Penal, fundamentadora de qualquer peça processual, principalmente, da Decisão (pois é proferida por alguém que é conhecedor do Direito, outra presunção),⁴⁶⁷ para apresentar a característica anterior não pode pautar-se pela violência. É insustentável que quem possa ser afetado por ela deseje ser tratado como instrumento, enjaulado, seguindo a proposta de PERELMAN ou HABERMAS.

Esta idéia, resultante do Princípio da Universalização e da própria racionalidade não corrobora com o uso da violência ou uma tentativa de uma racionalização estratégica dela. O Processo e a Decisão Penais não podem referir-se a ela de nenhuma maneira. Ora, o entendimento da norma pautada pela universalização reforça, na construção do discurso normativo, o interesse ilocutório de uma validade ampla, para todos. Novamente, não é universalizável o desejo de sofrer violência.

Este entendimento, que pretende uma validade da norma penal para todos, de acordo com HABERMAS e PERELMAN, é o único racionalmente aceitável e presumível no uso dessa norma. Assim, os integrantes da relação procedimental-processual não têm outra alternativa a não ser argumentar de forma condizente com esse entendimento, do contrário, apenas estariam numa busca por uma ação, resultante e expressa na decisão, arbitrária por seu caráter instrumental que desconsidera os afetados.

Se uma das partes, ou todas, observa a norma como um fim e/ou meio de extrapolar a estrutura discursiva plural que ela compreende, ela não será válida por ser a expressão de um desejo subjetivo que não trabalha na esfera pública. Ao não corresponder a um mundo objetivo e social, ao não ser uma construção do "nós", trabalhando apenas com o mundo que, no máximo, pode ser intersubjetivamente compartilhado em um ambiente privado, ela perde todo seu valor "coercitivo" por suas bases dos melhores argumentos. Nesse caso, a descrição de FOUCAULT sobre o poder e disciplina dada através das normas do Estado⁴⁶⁸ é adequada.

⁴⁶⁷ O que se adéqua a proposta Habermasiana de sociedade que se programa através de leis (HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez II**, pp.268) uma vez que o juiz se torna um reprodutor do poder comunicativo da esfera pública (que não é seu, mas que deve aplicar sem reformá-lo).

⁴⁶⁸ FOUCAULT, 2007, pp.164-165, 181-184 (no que toca a instrumentalização dos empestados e ao treinamento dos criminosos, para ilustrar) apesar das ácidas críticas de HABERMAS, 2002, pp.404-409 (das quais discordo,

Mas não é essa visão que PERELMAN e HABERMAS propõem. Como observa Sönhgen⁴⁶⁹ com base no primeiro o autor, a violência não é aceitável como fundamento para o Direito Penal, tanto menos aceitável ainda quando sujeitos racionais participam tanto do significado da norma quanto dos significados do processo. Não se confunda aqui o uso retórico, conforme proposto por PERELMAN, com o uso estratégico da norma, pois, como visto anteriormente, o uso retórico deve manter um compromisso com a sinceridade e, conseqüentemente, com a racionalidade que permitem a aceitação da norma pelo orador e auditório pelas mesmas razões expostas por aquele. Certamente, HABERMAS faz oposição à expressão, pois para ele a retórica é, por si só, uma falta de compromisso sinceridade, uma ação dramaturgia falha ao centrar-se, somente, na subjetividade de um dos agentes⁴⁷⁰ sem a participação da subjetividade dos demais no transcurso da relação comunicativa.

Considerando-se, então, que os integrantes do *procedimento-processo* pautam-se pelo entendimento da norma penal e processual penal como uma expressão plural, o próximo passo do discurso construído nesta relação é a busca cooperativa da validade da Decisão, ou seja, um consenso em torno dessa, uma forma de considerá-la pretensamente "verdadeira" (ainda que transitória)⁴⁷¹.

Este desenvolvimento está muito mais adequado à proposta de HABERMAS⁴⁷², o *procedimento-processo* não pode ocorrer em apenas uma única fase, além disso, seu discurso deve estar em constante expansão, como também proposto por PERELMAN. Ambos consideram que uma Decisão não pode ser considerada válida se não habilita todas as oportunidades suficientes para argumentar sobre qualquer evento que possa repercutir na validade da norma, dos “fatos”, e da própria sentença.⁴⁷³

especialmente, no que toca ao estado constitucional burguês como resíduo do absolutismo que Habermas impõe como defeito à Foucault, na página 405, quando levamos em consideração a inflexível aplicação da norma no processo decisório frente à fundamentação soberana da democracia e espaço público).

⁴⁶⁹ SONGEHN, 2003, pp.90 e 102.

⁴⁷⁰ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social, vol. I**, pp.131-134.

⁴⁷¹ Em linha semelhante GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2001.p.128. “*Diante disso, é possível afirmar, como ponto de partida para a identificação da estrutura da motivação, que devem ser objeto da justificação todos os passos do procedimento decisório; ou seja, todos aqueles momentos em que se apresenta ao juiz a necessidade de realizar uma escolha entre duas ou mais alternativas possíveis, solucionando assim uma questão.*”

⁴⁷² Conquanto se desconsidere a cisão dos discursos de fundamentação e aplicação, ou seja, pensando com ele e contra ele e levando em consideração as críticas de STRECK, **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito**, 2009, pp. 56,60-61,65 (para ilustrar), idéia também presente em FILHO e ROSA, 2008, p.83 (ainda que não haja uma crítica direta a cisão dos discursos, e aplicando o princípio moral ainda que não o admita, p.85).

⁴⁷³ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, p.540, HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, p.223(conforme se depreende do autor ao tratar sobre o suficiente preenchimento dos pressupostos da comunicação dentro do processo) .

A seguir, aprofundar-se-á, mais detalhadamente, as relações intersubjetivas racionais entre os integrantes da relação *procedimental-processual* penal e as possíveis ações no transcurso do processo. E, por já estar esclarecido do significado de entendimento em todos capítulos anteriores, contrastar-se-á, especificamente, o uso estratégico da norma com aquele.

3.1.2 Relação Intersubjetiva para Comunicar e Ilocuções

Não há relação entre seres humanos em que algum aspecto subjetivo não seja expresso. Ambos autores consideram que existe uma "arbitrariedade" em torno da argumentação e do julgamento.⁴⁷⁴

No que toca a HABERMAS esta vontade pode expressar-se, literalmente, no ato de fala como locução ou ficar implícita como elemento ilocutório, conforme normalmente acontece nas relações comunicativas. Em tudo o que se fala há algo além do que é falado. No entanto, para compreender este elemento ilocutório (o que permite que esta cause efeito no mundo), é necessário que ele parta dos mesmos pressupostos de entendimento da linguagem. Como o entendimento tem que ser racional, a ilocução também tem que ser racional.

No *Procedimento-Processo* Penal, de acordo com estas visões, tanto o Ministério Público quanto o suposto réu, em suas peças processuais, apresentam não só o dito como também este não dito. Este não dito, que para ser entendido tem que se pautar por uma racionalidade comunicativa que não se concentra no uso da coação, não pode ser fundamentado, portanto, na violência.

Por mais estranho que pareça esta idéia dentro do *Procedimento-Processo* Penal, que contraria a descrição de FOUCAULT, ela é apropriada para a formação de consensos entre as partes para a validação de qualquer norma ou ação conseqüente. Assim, nem o Ministério Público, nem a parte acusada podem apresentar interesses ilocutórios ou fundamentos correspondentes a uma violência, mas somente correspondentes ao que "nós" ou ao que o "Auditório Universal" poderia considerar válido. Como ambas as partes não podem usufruir de argumentos voltados para a violência, tampouco a Decisão pode recorrer a estes, para causar efeito sobre o mundo.

⁴⁷⁴ PERELMAN, *Ética e Direito*, 2005, pp.61, 63, 67 (no que toca a determinação da justiça) e HABERMAS, *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez II*, pp.266 (quando levanta o uso dos preconceitos pelos juízes e sua dissimulação, que deseja controlar através de um discurso de aplicação) .

SOHNGEN também explorou esta impossibilidade do uso da coação dentro da argumentação⁴⁷⁵ que deve impelir a uma formação consensual da ação através de um debate. Não se nega que isto seja uma contradição com o que se dá no nosso sistema normativo.⁴⁷⁶ No entanto, para ambos os autores aqui tratados, este radical, seja por parte do Ministério Público, que deseja "ameaçar-encarcerar- enjaular", seja por parte do réu, que não quer arcar com nenhum ônus independente de sua responsabilidade,⁴⁷⁷ não pode ser o fundamento para o entendimento.

Repita-se, por mais consternante ou idílico que pareça, ambas as partes devem pautar-se por um compromisso com uma pretensa *veracidade*, uma pretensa *verdade* e uma pretensa *adequação às normas*.⁴⁷⁸ Assim, tanto o acusador quanto o acusado não podem violar sua sinceridade e, ao mesmo tempo, instrumentalizar o outro, distorcendo o que corresponde ao *mundo subjetivo* ou ao que construímos cooperativamente na norma.

Isto não significa que, diretamente através das proposições expostas nas peças processuais, o réu tenha que admitir sua responsabilidade, caso a tenha, ou que o Ministério Público não possa acusar. Ambas as partes devem pautar-se por uma relação que, a todo momento, tente conquistar um convencimento racional, ou seja, formação de um consenso que não se sobreponha sobre ao que "nós" aceitamos.

O juiz, em sua decisão não pode fugir disso, ele também deve seguir esta intenção de formação de consensos. Ele não pode manter uma relação intersubjetiva exclusivamente com o acusador menosprezando o que o acusado disse implícita ou explicitamente, ou vice-versa. Nesta relação de múltiplos sujeitos, todos devem levar em consideração o que todos os interessados e os possíveis interessados possam contribuir.

Na visão de ambos os autores, o juiz que vier a expressar a sua decisão não pode fundamentar ou apresentar o interesse ilocutório em uma retribuição ou vingança, nem muito menos num compromisso com uma absolvição inconseqüente. A Decisão sempre deve fundamentar-se naquilo que se comparte ou se pretende compartilhar com o Auditório Universal ou intersubjetivamente com todos "nós".

Como alternativa a esta proposta, que guarda uma intenção universalizadora de um compromisso ético com os demais interessados, resta o uso estratégico e instrumental dos argumentos e do auditório, atitudes que são desprezadas por ambos autores devido a esta

⁴⁷⁵ SOHNGEN, 2003, pp.116-117.

⁴⁷⁶ SONGHEN, 2003, pp.119 e FOUCAULT, 2007, pp.182-183.

⁴⁷⁷ Recorrendo a ética da responsabilidade proposta por Apel como concorrente a ética do discurso(vide nota).

⁴⁷⁸ O que se aproxima com a análise das propostas de justiça consensual penal presente em GIACOMOLLI, 2006, pp72-74 (ainda que ressalte a ressalva de Habermas quanto a não necessária busca pela verdade dentro do processo).

característica. Isso não significa que ele não seja o elemento mais corriqueiro do nosso Processo Penal apesar da sua incorreção.

3.1.3 Validade do Uso Estratégico das Proposições Normativas frente ao Entendimento

Segundo CALAMANDREI o processo pode ser considerado como um “*jogo*”. Este posicionamento repercute em uma relação estratégica das partes objetivando exclusivamente um fim. Nestas visões não há consideração a uma relação de entendimento, pois as partes realizam um cálculo egocêntrico para alcançar a vitória.⁴⁷⁹ Ao desconsiderar aquele aspecto e ao não levar em consideração uma linguagem anterior que, pelo menos, expressa algum entendimento em torno dela, o autor se esquivava de considerações éticas no processo.

CALAMANDREI, que propunha este “*processo como jogo*”⁴⁸⁰ mantém-se vinculado a uma descrição teleológica das relações jurídicas que propõe superar o significado da norma, construída através do Princípio Democrático, com lances interpretativos ou até distorcidos das proposições desta para adequá-las a fins (individuais), embora acredite na necessidade da manutenção de um “acordo de cavalheiros” entre os conhecedores do direito. Esta proposta circunscreve-se à pragmática não universal (mais próximo da prática ou da racionalidade teleológica que é apenas um dos aspectos singulares da racionalidade discursiva), sem se preocupar com uma ética ou, no máximo, vinculando-se a uma ética utilitária não necessariamente provida de elementos “humanos” (comunicativos).

Pautando-se por esta teoria, a norma é apenas uma descrição de um movimento possível de ser realizado, mas que não representa em si uma correção ou consenso. Tudo é possível de ser feito através das normas, a “lealdade” entre os integrantes do processo é uma aceção ideal para a validade destas ações.

Não é esta a perspectiva de racionalidade que tanto PERELMAN quanto HABERMAS defendem. Ambos os autores levam em consideração que a linguagem é um

⁴⁷⁹ O que é aceitável se tomamos o processo judicial como um discurso exclusivamente de aplicação.

⁴⁸⁰ CALAMANDREI, Piero. **Derecho Processal Civil: Estudios sobre el proceso civil**, vol.3. Buenos Aires, E.J.E.A. 1973, pp.263 o que parece contraditório com a afirmação anterior, mas que corresponde a descrição da realidade e não a uma proposta deontológica para o processo, pois quanto a esta, depreendo que, levando em consideração a dialética processual e as argumentações as quais o juiz e as partes como juristas devem ater-se para distribuir o pão da justiça (p.264 que permite também vislumbrar a presença da retórica nos termos “*juego sutil de razonamientos ingeniosos*”), o autor deseje que exista uma lealdade processual (pág.267-271, novamente, ainda que a descrição seja de relações estratégicas fundadas em “*táticas*”, como se vê na pág.270).

relação dialética, que pode ser considerada um jogo,⁴⁸¹ porém este “jogo” tem como fundamento a aceitação racional entre os integrantes de uma relação comunicativa quando utilizada a língua. Repita-se, o fundamento epistemológico; para produzir um aceite racional não é possível usar coação ou superar um compromisso com a sinceridade e com a correspondência entre os mundos objetivo e social, sem buscar um fim em que participem os demais (nós).

É possível interpor críticas à proposta de PERELMAN referente à retórica, uma vez que se intui que seja o meio mais qualificado para efetivar “lances”, no entanto, não é a erística a que PERELMAN se refere. Frize-se que a pauta fundamental para qualquer argumentação é a busca de um argumento que convença o Auditório Universal, ou nos termos de HABERMAS, que através do Princípio da Universalização ou do Discurso encontre-se o melhor argumento para uma ação (cooperativa). Usar da retórica e dos *lugares-comuns* é apenas uma forma de aproximar-se ao convencimento de um auditório. O fim desses usos, portanto, não é ludibriar consensos anteriores, mas alcançar uma adesão dos espíritos a uma causa, fazer com que ela seja compartilhada em seus fundamentos e argumentos. A retórica não se destina a produzir um convencimento inseqüente, e os *lugares-comuns* não são citações a serem usadas sem nenhum processo reflexivo por parte do orador ou por parte do auditório.

HABERMAS aprofunda mais a falta de validade que as ações estratégicas adquirem dentro do Direito, ainda que leve em consideração que estas sejam a forma com que ele mais se expressa.⁴⁸² No entanto, o autor afirma que o Direito Contemporâneo (Democrático), para tentar manter sua racionalidade, necessita que o fundamento dessas ações seja, em seu início (ou fim almejado), uma relação comunicativa de entendimento em torno da norma (fundamentação da Decisão). Assim, HABERMAS deseja fazer com que as ações estratégicas alcancem reflexivamente alguma validade quando destinadas a fundamentar a aplicação do Direito, conquanto não rompam com o entendimento anterior, ou seja, conquanto sejam instrumentos do entendimento. Mesmo assim, em nada elas se assemelhariam com a visão proposta por CALAMANDREI, pois obedeceriam aos mesmos critérios da ação comunicativa, além de terem que se adequar ao fim egocentricamente desejado para manter a racionalidade (discursiva).

⁴⁸¹ HABERMAS, **Teoria de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social**, vol. II, 1989, pp.27-36 (em referência à Wittgenstein e o significado de regras para a linguagem, especialmente pag. 29).

⁴⁸² Como depreendo da possibilidade levantada sobre os usos estratégicos em HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, pp.287-288

No *Procedimento-Processo* penal, as partes e, inclusive, o juiz, quando recorrem à estratégia, independentemente do entendimento (convencimento) em torno da norma, ou seja, fundamentando-se em interesses não universalizáveis, ou tendo como fundamento uma ilocução coativa, passam por cima da possibilidade de um entendimento racional e produzem uma violência. Por outro lado, caso elas se utilizem da norma estrategicamente com fundamento em um entendimento ou em um convencimento que gire em torno da norma (o que corresponde aos Princípios da Universalização e do Discurso, como correspondente ao Princípio Democrático), ou seja, escolham um fim que esteja adequado ao que "nós" queremos, não haverá dificuldade alguma de estabelecer a correspondência entre a racionalidade e as proposições que correspondem a estas "estratégias".⁴⁸³

Aqui reaparece o aspecto idílico da ética do discurso⁴⁸⁴, correspondente à observação da de PUTNAM sobre HABERMAS, as normas tenderiam a dar a uma continuidade aos

⁴⁸³ Como contra-estratégia de estratégia.

⁴⁸⁴ Não se nega que este aspecto, que pode ser considerado inclusive fantasioso quando aplicado para o Direito Processual Penal, pode, conseqüentemente, permitir que seja intuído, de forma imediata (ou seja, desvinculada a linha da Teoria do Discurso de Apel e Habermas), que surja dele um "*relativismo absurdo*" vinculado à interpretação e à argumentação que transgride as determinações feitas no texto legal, especialmente na Constituição (diálogo dos sujeitos da 3ª pessoa do plural). Ora, focar-se mais nas palavras (atos de fala) que nas normas pode permitir distorções quando aceita a argumentação como erística, ou quando a argumentação fique acima de tudo vinculada a um sujeito "decisionista", paralelamente a isto, a atribuição de significados das palavras da norma nos atos de fala dos autores pode fugir aos limites da norma (fugir ao "nós"). Todos estes defeitos apontados por LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional, vol. II.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. pp. 347, 350,355,358-365, desde uma perspectiva Hermenêutica. Porem todos estes defeitos surgem a partir de uma interpretação, frize-se, Hermenêutica vinculada a primeira pessoa do singular e não a relação comunicativa. Neste ponto reside uma grande divergência entre ambas propostas, Hermenêutica e comunicativo-ético-discursiva, a dissolução do "quê há" numa realidade que é construída através da linguagem (em que existem múltiplos sujeitos que se e a determinam entre si) ou numa realidade externa acessada através da linguagem, que também surgem a partir de uma reflexão sobre LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional, vol II.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. p. 347 e 350. Como aqui se propôs analisar a perspectiva de Habermas e Perelman não se expõem muitos registros sobre a perspectiva hermenêutica, no entanto deve-se deixar claro que a proposta Ética do Discurso de Habermas, de Apel ou de Perelman (como exposto em KOREN, Roselyne. Can Perelman's NR be viewed as an Ethics of Discourse?, in: **Argumentation.** Amsteden, Kluwer Academic Publishers, n.23, 2006. pp. 421-431 que insere o autor dentro desta perspectiva sem, no entanto, entrar em comparações com os fundadores desta proposta, mas identificando semelhanças dentro dos critérios de validade, responsabilidade e universalização, o que é relacionável com as duas fases da Ética do Discurso Propostas por Apel.) pode sim chegar a uma realidade não correspondente a uma realidade objetiva, pois como dito, anteriormente, na epistemologia não é só a esta "realidade" (mundo) que a racionalidade refere-se quando levada em consideração a relação comunicativa, germe da referida ética. Isto pode ser visto como um grande óbice para a aplicação desta perspectiva ao Direito Processual Penal, pois o empírico será então um convencimento sobre o que se faz acreditar que "há". Fatos serão o "aceito" (Perelman) o que não foge da critica acima exposta, mas que apresenta uma circularidade diferente (mas que também é criticável por ser uma circularidade que ela mesma tenta combater ao defender a impossibilidade de uma auto-contradição performática) da perspectiva hermenêutica apresentada por LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional, vol. II.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. p. 360 (que retorna ao vaivém sujeito-objeto), uma circularidade de sujeitos-sujeitos "reificados" (dentro de um quadro de um mundo da vida) dentro da qual o Juiz não tem como linguisticamente decidir sozinho o significado que quer para as palavras da norma sem recorrer ou a uma perspectiva comunicativa de entendimento com os demais ou a uma perspectiva universalizante (em seus argumentos) para não cair num "decisionismo" arbitrário pleno. Porem um ponto há de ser ressaltado nesta circularidade, seu foco salta da perspectiva objetiva para a intersubjetiva, não tanto na norma, mas nos parênteses apontados por LOPES JR, Aury. **Direito**

discursos, nas palavras deste autor um " *siga conversando*".⁴⁸⁵ Se por um lado a proposta de jogos e estratégia arrasta consigo uma fundamentação vertida para a irracionalidade e coação, ao instrumentalizar os demais integrantes do Processo Penal apenas para obter a condenação ou absolvição independente dos interesses válidos apresentados; por outro, a proposta fundamentada pela ética do discurso tem o gravame de tentar superar esta irracionalidade inerente às relações de domínio⁴⁸⁶ sobre os corpos.⁴⁸⁷

Neste embate, este último "ideal" apraz com maior facilidade o que consideramos moralmente justo,⁴⁸⁸ enquanto a outra proposta apenas transforma a decisão em mais um instrumento de poder coativo de forma declarada. Como o que se pretende aqui é contribuir com elementos teóricos (através das propostas de PERELMAN e HABERMAS) para que uma Decisão seja comunicada às partes ou para um amplo auditório, e entendida por estes, o uso de ações estratégicas que desconsiderem entendimentos prévios não é uma solução racional-razoável (de acordo com os autores).

Assim, uma Decisão Penal inteligível, que não é uma mera expressão de um poder sobre os corpos, jamais poderia aceitar que o seu fundamento ou que a ação conseqüente de suas proposições fosse a realização deste domínio. Sua motivação não deverá seguir outro princípio que não seja a Universalização para encontrar o que supomos justo.

Esta é uma reflexão que se sobrepõe ao dito pelos autores, pois no que toca ao discurso sobre os "fatos" sobre os quais se deseja a incidência da norma, a proposta de HABERMAS não mantém identidade com o discurso de fundamentação. HABERMAS realiza uma distinção entre o "*discurso de fundamentação*" e o "*discurso de aplicação*" do Direito, sendo que este último é uma complementação subordinada àquele, que consegue concretizar a pretensão presente na norma no caso concreto quando submetido a um terceiro

Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional, vol. II. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. p. 355, nos "*valores*", especialmente, no lugar-comum do '*due process of law*', que não é mais escrito de forma monológica para ser racional de acordo com esta perspectiva. Outra vez aqui, isto pode ser visto como um defeito, mas o que não invalida a proposta Ético Discursiva, mas que provavelmente dificultará sua aceitação pelos demais face às fortes críticas opostas pelas correntes hermenêuticas.

⁴⁸⁵ HABERMAS, Jürgen; PUTNAM, Hilary. **Normas e Valores.** Madri, Trotta, 2008, p.61 (ao tratar da possibilidade de uma, única, norma universal depreendida de Habermas).

⁴⁸⁶ Como se depreende quanto à localização do poder de FOUCAULT, 1979, p.118, *Ora, as mudanças econômicas do século XVIII tornaram necessário fazer circular os feitos do poder, por canais cada vez mais sutis, chegando até os próprios indivíduos, seus corpos, seus gestos, cada um de seus desempenhos cotidianos. Que o poder, mesmo tendo uma multiplicidade de homens a gerir, seja tão eficaz quanto se ele se exercesse sobre um só.*

⁴⁸⁷ (Apesar de o intuito preventivo poder ser considerado dentro desta perspectiva (como se depreende de FOUCAULT, 2007, p.79).

⁴⁸⁸ Considerando o Princípio da Universalização.

imparcial,⁴⁸⁹ que objetiva a manutenção das expectativas de comportamento, segurança jurídica e a legitimidade de todo o ordenamento normativo.⁴⁹⁰

Havendo uma fundamentação adequada, saber se isto se aplica aos “fatos” repercute na qualificação destes. Aqui o discurso em muito se assemelha à perspectiva de PERELMAN, o mais importante é convencer, ainda que estrategicamente.⁴⁹¹ A percepção dos “fatos” e seus significados é uma questão subjetiva, pois como visto, na epistemologia, sobre a objetividade incidiria o acesso privilegiado a ela. Mas, ainda assim, as percepções contribuem para a Decisão com um juízo imparcial fundamentado na norma,⁴⁹² como no exemplo citado por HABERMAS, da produção e interpretação de provas, que apesar de transparecer como estratégia, são tematizadas em juízo e discorridas (evadindo o caráter estratégico).

Com estes dois discursos de fundamentação e de aplicação possibilita-se a análise da correção das decisões a ser tratada a seguir.

3.2 Motivação e Auditório

Objetivamente, a “*motivação*”⁴⁹³ de uma sentença é um dever constitucional amparado pelo artigo 5º, XXXV (e seguintes) e artigo 93, IX da Constituição Federal.⁴⁹⁴

⁴⁸⁹ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1997, p. 287 (a semelhança de FAZZALARI, 2006, pp.119 e 123 como se depreende do reportado por ROSA, 2006, pp.262 e 268, ainda que este tome uma leitura controversa de Habermas quanto a relação entre as partes e a atribuição de sentido normativo sem levar em consideração o discurso de aplicação).

⁴⁹⁰ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1997, pp.246 e 297.

⁴⁹¹ IDEM, pp.283-284.

⁴⁹² IDEM, pp.288. FETERIS, Eveline T. Strategic Manuvering with the Intention of Legislator in the Justification of Judicial Decisions, in: **Argumentation**. Amsterdam, Kluwer Academic Publishers, n.22, 2008, pp.336-338 tem outra perspectiva quanto aos usos estratégicos da intenção do legislador expressa pela norma na decisão (ou seja, sem fazer esta reviravolta comunicativa de Habermas para validar a decisão), pautando-se pelo critério de razoabilidade (e distinguindo-a da postura retórica, ainda que apresente esta possibilidade, quanto as escolhas da Supreme Court norte-americana no caso Holy Trinity Church, pp.345-348) que recorrerá a uma reconstrução dialético-pragmática de seus argumentos que buscam validade (burden of proof), indicando duas obrigações dialéticas, que traduzo: “*o juiz deve defender seu ponto de vista, apresentando que os esquemas argumentativos que ele usa são aceitáveis desde pontos de vistas comuns em relação ao contexto judicial*”(p.338) e “*o juiz deve defender seu ponto de vista apresentando que os esquemas argumentativos que ele usa são aplicados corretamente, apresentando logo adiante argumentos que podem ser considerados aceitáveis desde pontos de vistas comuns em relação ao contexto legal*”(pág.380). Complementando esta perspectiva o autor ainda analisa questões críticas a serem respondidas pelos esquemas argumentativos, que apesar de serem interessantes, não cabem ser aduzidas aqui.

⁴⁹³ Importante apresentar MAZZI, Davide. The Constrution of argumentation in Judicial Texts: combining a genre and a corpus perspective, in: **Argumentation**. Amsterdam, Kluwer Academic Publishers, 21, 2007, pp.25-28 em que o autor trata de fases e estruturas do discurso processual dispostas a suprir a proposta comunicativa do julgamento apresentando dois modelos, referentes a Inglaterra/Irlanda e Europa, que, respectivamente e seqüencialmente, correspondem à: a) identificação do caso, estabelecimento dos fatos do caso, argumentação do caso e pronunciamento do julgamento; b) identificação do caso, identificação do escopo dos procedimentos ante a corte, estabelecimento da história do caso, argumentação do caso, determinação dos custos, pronunciamento do

Observa POZZEBON que ela deva ser compartilhada nos julgamentos, em correspondência com os autores aqui trabalhados, entre outros.⁴⁹⁵ Uma motivação é a fundamentação de toda Decisão, portanto é para ser um reflexo de todo o entendimento apresentado no *procedimento-processo*.

Expor motivos para uma Decisão é uma norma derivada do Princípio Democrático e, conseqüentemente, do Princípio do Discurso que, ao mesmo tempo, deseja encontrar um elemento universalizável para a Justiça, pregando uma necessária argumentação, e permite a constatação de sua racionalidade no discurso. A motivação é uma tentativa de estabelecer meios para observar se uma decisão mantém sua capacidade de convencimento e, portanto, se não apresenta um caráter coativo e sim racional⁴⁹⁶.

Inicialmente, o Direito Contemporâneo, através do positivismo, requeria a motivação apenas como um instrumento de observação da adequação do processo decisório à análise lógica das normas. No entanto, como transcorrido até aqui, as próprias normas passaram a ser interpretadas de formas diversas, portanto, sua linguagem não é unívoca. Através de PERELMAN e HABERMAS a motivação toma outro aspecto, o acima citado.

Não só ela se torna a fonte da observação, como também é a expressão do entendimento sobre a norma e sobre os “fatos”. Toda a motivação de uma Decisão deve ser uma expressão do entendimento, para que seja capaz de produzir uma ação cooperativa que transforme a realidade, mantendo a moralidade, sem recair numa coação arbitrária que não consegue ser transmitida intersubjetivamente em sua comunicação.

Além disso, a motivação não é um discurso infalível, ao pautar-se por uma racionalidade pretensiosa, a cada momento ela é passível de revisão, a cada revisão um novo entendimento que tenta produzir convencimento, uma expansão do auditório que amplia sua

julgamento. Tal proposta foi destinada a aprofundar os estudos de proposições com a expressão “... significa que...” (“hold”), ou seja da determinação semântica no transcurso do processo sobre o qual o autor conclui que é usado especialmente nas fases argumentativas e de julgamento(pp.35-36) como sinônimos de considerar, crer, manter, etc.

⁴⁹⁴ POZZEBON, 2005, pp.438-468 que trata da contribuição dos incisos constitucionais para a fundamentação do necessário compartilhamento da decisão (especialmente pp.445-446 em que se apresenta a combinação entre os incisos LV, LIII,LXIII,LXXXIV, por exemplo), ou seja, não circunscrevendo o dever de motivação à apenas uma regra.

⁴⁹⁵ POZZEBON,2005, p.422 (vide os argumentos em prol do compartilhamento) .

⁴⁹⁶ Concordando com GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2001.p.247 “*Na sentença penal condenatória, ao fixar a pena, deve necessariamente o juiz justificar todos os passos do procedimento decisório...*” assim como (IDEM.p.245) “*Todos os passos do procedimento decisório devem ser necessariamente justificados: na motivação de direito, cabe ao juiz demonstrar a justiça, a correção, a validade, etc. das prescrições extraídas do ordenamento para a solução do caso*”.

validade, conforme proposto por POZZEBON.⁴⁹⁷ A motivação principia sua revisão para assegurar sua não arbitrariedade, ao mesmo tempo, que consolida um consenso transitório.

Apesar disso, desta continuidade do discurso, ela permite a ação sem que, naquele momento, conquanto obedecidos os critérios de racionalidade, seja uma coação arbitrária. Disto intui-se que a motivação de uma Decisão formada a partir de uma seqüência discursiva exposta no *Procedimento-Processo* Penal que não teve coação⁴⁹⁸ possa ser considerada, dentro de uma proposta teórica, como um resultado de uma situação “*ideal de atos de fala*”⁴⁹⁹ ou de uma argumentação construída e vertida para o Auditório Universal, dentro de um Auditório Particular.

Mas isso não basta para aprofundar a validade de uma motivação, ou seja, do cerne da Decisão. Devido à busca cooperativa da validade a que toda comunicação pretende, inclusive, a Decisão Penal, o Princípios da Universalização ou a figura hipotética do Auditório Universal mostram-se como fundos epistemológicos necessários para isto, e, como a manutenção da racionalidade necessita de uma argumentação não coativa, o discurso e a retórica tomam-se meios de sua expressão.

3.2.1 *Entre o “U” e o Auditório Universal*

Tanto STRECK quanto DUTRA apresentam contradições em HABERMAS no que toca à separação entre o “*discurso de fundamentação da norma*” e o “*discurso aplicação*”,⁵⁰⁰ ambos presentes no discurso jurídico, ou seja, na Decisão. Nos capítulos anteriores, observou-se a aceitabilidade racional das normas e a repercussão disso na Decisão. A Decisão necessita encontrar abrigo sob esta fundamentação, ao mesmo tempo, esta fundamentação apresenta um recurso à moralidade, à pragmática e à ética. No entanto, HABERMAS cinde esta fundamentação do discurso aplicação, evadindo-se da invasão da moral no discurso aplicação,

⁴⁹⁷ POZZEBON, 2005, pp.437 e 445.

⁴⁹⁸ E que não se pautou por ações estratégicas, que não aquelas destinadas a reafirmar a própria liberdade de discurso, em relação à norma, nem se pautou por elementos ilocutórios irracionais.

⁴⁹⁹ ALEXY, 2008, pp.134-136 e HABERMAS, 1989, p.111.

⁵⁰⁰ STRECK, **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito**, 2009, pp.55-76 (especialmente pp.60-63,66-67, ainda que haja nesta crítica um desentendimento quanto à norma jurídica e “U” (Princípio da Universalização) na p.72, que deveria corresponder a “D” (Princípio do Discurso), pelo menos no que toca a Habermas, pois quanto a Gunther é correta a afirmação) e DUTRA, Delamar J. V. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas, in: **Veritas**. Porto alegre, EdPUCRS, vol.51, nº1, março, 2006, pp.22-23 (ainda que depreenda-se que o autor tenha a mesma intenção deste trabalho, aqui presente, ou seja, pensar com e contra Habermas, “costurando” a sua teoria).

para a manutenção de uma "imparcialidade" que corroboraria com a legitimidade e segurança jurídica.⁵⁰¹

Tal fato, para os dois autores anteriores, provoca grande estranheza. DUTRA aponta que para HABERMAS, em determinados trechos de sua obra, o discurso de fundação e o discurso aplicação fazem parte do mesmo contexto genérico do discurso.⁵⁰² Indo além e depreendendo da crítica de DUTRA,⁵⁰³ HABERMAS como defensor e criador da ética do discurso⁵⁰⁴ retira este elemento do discurso de aplicação, pois, praticamente, positiva a argumentação. A fundamentação da norma que serve à aplicação não pode ser questionada e reformulada no curso Processo, a exemplo do questionamento da validade desta em detrimento da moralidade que não pode sequer assombrar o processo. Tal proposta levaria a gravames na análise dos “fatos” no Procedimento-Processo Penal, pois os “fatos” (alguns deles) são dignos de repulsa e, portanto, de coação fundada no melhor argumento segundo HABERMAS.

O Direito, no entanto, ainda que não esteja subordinado à moral, não pode contrariar esta, segundo o próprio HABERMAS.⁵⁰⁵ Some-se a isso que o legislador, ao buscar aceitação da norma, realiza discursos morais para buscar o convencimento. Apesar disso, o discurso aplicação, que deveria, também, pautar-se pela ética do discurso não pode reconstruir essa fundamentação. Tal afirmação também é estranha, presente tanto em HABERMAS quanto em Gunther,⁵⁰⁶ pois os juízos de constitucionalidade e as próprias motivações de alguns juízes realizam isto, aliás o próprio HABERMAS levanta essa possibilidade.

Esta contradição não é finalizada somente com as observações anteriores. O autor admite que o Direito e a moralidade (neutra) fazem parte do mesmo princípio discursivo e, portanto, tem um fundo de universalização.⁵⁰⁷ É possível entender-se que há uma separação entre o Direito e a moral no que toca à coação,⁵⁰⁸ mas quando se refere a uma Decisão válida,

⁵⁰¹ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1997, pp.143-144. Posicionamento com o qual CHAMON, 2007, pp. 69-71 e IDEM, 2008, p.215 concorda, ao qual lhe apresento uma adversativa: questões éticas não são sempre particulares quando nos pautamos pela ética do discurso, ou seja caso o juízo se pautasse pelo entendimento não haveria violação da igualdade.

⁵⁰² DUTRA, 2006, pp.36 o que também esta presente em APEL, 2009, pp.224-225, conforme meu entendimento.

⁵⁰³ DUTRA, 2006, p.19.

⁵⁰⁴ HABERMAS, 1989, p.62(em conjunto com Apel).

⁵⁰⁵ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1997, pp.140-141.

⁵⁰⁶ GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral : justificação e aplicação**. São Paulo, Loyola, 2004. pp.49-57 ainda que o autor tenha outra perspectiva quanto a “U” (incluindo-o no discurso de aplicação e fundamentação simultaneamente, sem recair na distinção entre a fundamentação e aplicação derivada de “D”, mas mesmo assim dogmatizando o processo de aplicação através do princípio da adequação dependente (GUNTHER, 2004, p.396, por exemplo).

⁵⁰⁷ DUTRA, 2006, p.36.

⁵⁰⁸ É aceitável que a norma “jurídica” apresente sua coação (fato, faticidade) ao de derivar sua legitimidade pelo recurso que ela faz a um discurso pretensamente “aceito”, e que a moralidade não apresenta uma coação externa

que se pretende legítima, não se consegue vislumbrar essa possibilidade, muito menos, de separar a fundamentação da aplicação quando obedecem a mesma racionalidade comunicativo-discursiva, ainda mais na Decisão Penal.

Nesta divisão entre os discursos, o Princípio da Universalização ficaria restrito a fundamentação e o Princípio do Discurso apresentaria um caráter instrumental no procedimento-processo judicial que apenas protegeria uma liberdade de argumentação condicionada ao consenso da norma. Se em “Teoria da Ação Comunicativa” o autor critica a hipótese do auditório universal de PERELMAN; quanto ao discurso de aplicação, no que toca a produção de provas e/ou à formação de convencimento sobre os “fatos”, ele o aceita.⁵⁰⁹

Se HABERMAS considera que Direito e moral mantém uma relação de complementaridade que permite a racionalidade e legitimidade do Direito, pois a legitimidade só é alcançada através de argumentos que seguem princípios de conteúdo moral,⁵¹⁰ concomitantemente, o conceito de Processo permite que exista uma institucionalização dos discursos jurídicos através da argumentação (na Decisão); como esta argumentação deseja produzir o entendimento-convencimento (caso consideremos o discurso jurídico como subordinado a ética do discurso), considerando, ao mesmo tempo, que não há um único significado dentro delas, o Direito fica disposto a receber interpretações morais sobre as quais pretende-se uma universalidade.

HABERMAS cria uma teoria do Direito, muitas vezes, ou contraditória, ou semelhante à estrutura persuasiva de PERELMAN. Tal como proposto por BITTAR e como depreendido de HABERMAS, a linguagem que inicia a fundamentação da norma, permitindo o discurso de aplicação, é a linguagem natural que busca consenso, não sendo possível limitá-la, positivando-a e tornando-a artificial, sem repercutir num uso completamente instrumental, interpretação que o autor não aceita justamente pelo combate a racionalidade positivista.⁵¹¹

STRECK, em sua proposta sobre hermenêutica jurídica, acerta quanto à Decisão ao afirmar que tudo é um processo de fundamentação.⁵¹² Assim, relatam-se esses defeitos para

ao próprio sujeito (como depreendo de HABERMAS, *DIR I*, 1997, p.146 ao tratar sobre o princípio moral que constrói a argumentação em seu caráter interno), mesmo assim, a faticidade, ou seja, o como a norma jurídica se apresenta no mundo, permanece ligado a este discurso.

⁵⁰⁹ Quando trata sobre o discurso de aplicação (HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1997, p.284).

⁵¹⁰ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1997, p.202. Ressalto que, no que toca a moral e a decisão, tomo posicionamento consoante MONTEIRO, 2008, p.6106, ou seja, dentro da teoria da decisão, a decisão não consegue silenciar a moral, justamente, pela possibilidade que ela guarda em si de fundamentar juízo coletivos (ao ser assumida intersubjetivamente).

⁵¹¹ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1997, pp.250-252.

⁵¹² Como depreendo de STRECK, **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito**, 2009, p.405.

não ludibriar o leitor e reforçar a proposta retórica de PERELMAN ou para tentar contornar essas incoerências com propostas semelhantes que não caem nas mesmas contradições.

BITTAR, tal como HABERMAS (quando não nos detemos sobre suas contradições), acredita que a linguagem do Direito deve estar aberta às demais que surgem no seio social, dando continuidade ao aspecto comunicativo da linguagem e do discurso que permitem a inteligibilidade do texto legal, ou seja, numa busca pelo sentido.⁵¹³ À semelhança de HABERMAS, ele também acredita que a linguagem do Direito está em constante transição, em uma relação dialético-discursiva entre a cultura, a sociedade e o discurso daquele, sem esquecer-se de dar relevância a pragmática.⁵¹⁴ Nas palavras do autor, que se aproximam às condições de validade de HABERMAS: *"o discurso, quando ocorre, o faz de maneira coerente com momento em que foi produzido, nas circunstâncias em que foi produzido, com os fins para os quais foi produzido"*.⁵¹⁵ Embora tenha todas essas semelhanças, tal como PERELMAN, ele não faz uma concepção redutora de um discurso próprio para a aplicação.

3.2.2 Discurso("D") para o Auditório Universal e Falibilidade

Outra conseqüência estranha de um discurso cindido distinta das anteriores é onde reside a falibilidade das Decisões. PERELMAN e HABERMAS coincidem quanto à falibilidade do conhecimento,⁵¹⁶ embora ele resguarde uma pretensão universal. No entanto para este último, se o discurso de fundamentação for, durante a Decisão, incontroverso, independente de interpretações, por consubstanciar uma pretensão universal, não se consegue vislumbrar a sua fragilidade.

O discurso de fundamentação das normas positivadas, que servem à Decisão, não produziria falhas nela (a injustiça de condenar alguém por um "fato" correspondente ao previsto pelo art.155 do Código Penal a dormir de um a quatro anos com aproximadamente 20 a 28 colegas na mesma cela ou a injustiça de prender em flagrante, conforme o art.282, em local com situação análoga a esta não é uma falha da Decisão em nenhum momento, mas da Lei), em oposição ao que ocorreria um espaço democrático, pautando-se por HABERMAS. O

⁵¹³ Apesar de ter uma abordagem semiótica, que pretende marcar a crítica ao Direito como produção textual (BITTAR, 2009, p.43), analisando um discurso *"que decide, que dirime, que direciona, que restringe, ..., que 'faz' pelocutoriamente, constrói sentido."*

⁵¹⁴ BITTAR, 2009, p.34.

⁵¹⁵ BITTAR, 2009, p.75.

⁵¹⁶ Ponto não explorado diretamente quanto ao Direito em Habermas mas presente em HABERMAS, **Teoria de la Acción comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización Social**, vol. I , 1989, pp.24-25 e PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, pp398-399.

Princípio da Democracia e o Poder Legislativo seriam os habilitados para revisar a norma, apesar de considerar a Jurisdição Constitucional⁵¹⁷ como reflexo desses e, portanto, capacitada de forma legítima para exercer a revisão do discurso de fundamentação. O juízo singular, em oposição, não pode realizar uma reflexão que contrarie objetivamente esse consenso anterior.

Ressalte-se, que o juízo de aplicação pode muito bem ser revisado segundo HABERMAS (o que face a nossa dogmática e lei gera estranheza), ou seja, sobre os “fatos” e sobre o convencimento que a argumentação em torno deles provocou é possível dar-se uma continuidade através discurso jurídico. HABERMAS faz isso, para manter uma separação entre as esferas de poder,⁵¹⁸ o que é um argumento inteligível, mas que não evade uma Decisão injusta e incorreta, portanto, inválida, correspondente a uma arbitrariedade nefasta contra a liberdade ao não ter um “bom argumento”, tanto mais no processo penal.

O Judiciário não poderia interpor-se entre o discurso pretensioso realizado através do Princípio da Democracia e a motivação considerada adequada (correta) de acordo com o julgador. No entanto, a imparcialidade deste fica sobre um gume, o juiz tem que julgar conforme, exclusivamente, a norma; e a norma pode muito bem ser injusta, o que não lhe cabe julgar, pois será revisada num julgamento constitucional (ainda que isto pareça contrário a pragmática), levando o juiz a assumir uma posição parcial, injusta.

Outra vez, o discurso de aplicação leva a uma consequência contraditória face à ética do discurso. Todos podem argumentar com ampla liberdade sobre os “fatos” em qualquer juízo e buscar um convencimento sobre esses, mas a norma, centro da linguagem jurídica, na Decisão tem que ser estável. A fundamentação exclui a argumentação no seu momento mais importante, quando ela quer realizar uma ação válida na Decisão, o que é dificilmente aceitável numa Decisão Penal em que a liberdade depende dos argumentos (que dessa forma estão congelados).

Ainda que HABERMAS realize toda uma construção imbricada para os juízos de aplicação, decisão, com o fim de que eles satisfaçam *"simultaneamente as condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente"*,⁵¹⁹ fica difícil de imaginar onde encontrar a aceitabilidade racional (com pretensão universal), se sobre o ponto mais importante não se pode debater em juízo, mas somente com um espaço público (como se o processo não fosse

⁵¹⁷ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1997, pp.345-347.

⁵¹⁸ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez II**, 1997, pp.244-247 (especialmente p.246).

⁵¹⁹ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1997, p.246.

um espaço público também). Assim, criar um entendimento em torno dos “fatos” não é um problema nesta proposta teórica, mas o entendimento sobre a norma, sim.

Embora o autor pregue em todo o conjunto da sua obra relações de entendimento e convencimento, no discurso de aplicação, Decisão, um aspecto fundamental não pode ser reconstruído. Tal posicionamento nos remete a aceitar uma proposta que busca o convencimento através da persuasão de qualquer maneira como proposto por PERELMAN. Realizar um discurso convincente para um auditório através de uma argumentação sem coação e sem uma vinculação "obrigatória" a uma fundamentação, construída numa outra esfera de poder, dá uma amplitude mais pragmática que quando não é possível questionar a fundamentação da norma.

Ainda neste debate sobre a pragmática e o discurso aplicação, outro elemento controverso é a condição de decisão consistente que se espera dos discursos jurídicos com o proposto por HABERMAS. Quanto à consistência o autor reporta a fundamentação condizente com o sistema jurídico interpretado de acordo com a história e a moral presente em perspectiva para o futuro.⁵²⁰

A princípio, não se tem dificuldades em entender esta proposta quando se pretende que uma Decisão seja pautada pelo entendimento-convencimento. Porém, quando levamos em consideração as incoerências anteriores, observa-se que o próprio sistema jurídico também se utilizou da aceitabilidade racional para encontrar a validade, neste caminho adotou conteúdos morais, como no Direito Penal, exemplo citado pelo autor,⁵²¹ que expressam uma reprovação através do Princípio Democrático. Ora, então, confeccionar uma decisão consistente é reportar-se a seus fundamentos de forma pragmática, ou seja, reconstruir o discurso de fundamentação de tal maneira que seja convincente. No Processo Penal, isto corresponderia à criação de uma Decisão não fundamentada na coação (a não ser a do melhor argumento).

Imaginem-se os atuais defeitos do sistema prisional,⁵²² a ação que consideramos justa de impedir novos encarceramentos ou, inclusive, libertar os encarcerados em presídios superlotados, só se perfaz quando se reporta ao Discurso de Fundamentação construído no curso do processo com uma argumentação não restrita. Ao mesmo tempo, revisar esta decisão

⁵²⁰ IDEM, pp.246-247.

⁵²¹ IDEM.

⁵²² O que não requer grande esforço, uma vez que os dados, alias, já estão disponíveis para, pelo menos, o poder legislativo (Comissão de Direitos Humanos e Minorias Câmara dos Deputados; Pastoral Carcerária – CNBB, 2006, especialmente pag. 29, que se refere a nosso estado, e que serve de fundamento para as ações do judiciário) que na visão de Habermas deveria, através desse fantástico argumento pragmático, ético e moral (especialmente a primeira proposta da p.30 que toca à integração social), constituir uma norma com correspondência à ética do discurso e sua derivação democrática (assim como o uso da administração pública para assegurá-la), o que não requer grandes explicações devido ao que a intuição mundana responderia.

exige outro debate sobre a fundamentação da norma, ainda que este esteja aquém da esfera legislativa. Para compreendê-la, sem que seja um uso estratégico da norma permeado por interesses que não correspondem à democracia, o discurso de fundamentação deverá ser aberto e, inclusive, correspondente ao que a linguagem natural seria capaz de buscar convencimento sobre.

Mesmo assim, o autor reforça que os discursos de aplicação não tratam da validade da norma, mas sim de uma adequação da norma a uma determinada situação, pois a validade da norma não repercute automaticamente na justiça do caso singular.⁵²³ GUNTHER esclarece um pouco mais a aplicação, indicando que uma Decisão, como ação, correta passaria por um discurso sobre a sua adequação e um discurso sobre a validade da norma,⁵²⁴ ambos criados para encontrar Decisões "corretas", o que supre a contradição da proposta anterior. GUNTHER toma este posicionamento, pois se concentra em estudar as relações entre o Princípio da Universalização e o da Aplicação,⁵²⁵ enquanto HABERMAS acrescenta a esses dois o Princípio do Discurso como forma de permitir a coexistência entre os dois anteriores, ainda que tenha repercussões contraditórias, tanto mais quando destinado ao *Procedimento-Processo* Penal, que não consegue, nesta proposta, encontrar outra coação que não seja a dor melhor argumento.

Ainda que se deseje que as normas aplicáveis respeitem o interesse de todos e conquistem uma aceitabilidade ampla recorrendo a um diálogo em que todos possam participar sem coações (Princípio "D"), o caminho da Decisão é semelhante. Neste caminho, HABERMAS ressalta que uma interpretação que implicará numa Decisão correta não deve circunscrever-se, exclusivamente, à dogmática jurídica, a uma lógica inferencial e a regras semânticas, mas também à pragmática,⁵²⁶ o que permite depreender uma necessária vinculação à linguagem natural, apesar de suas contradições.

Através da linguagem as partes apresentam suas interpretações da situação cruzando-as entre si, sempre mantendo o contato com o discurso da norma, até que um juiz imparcial absorve essas interpretações de modo a criar uma Decisão que se pretenda válida para todos.⁵²⁷ Para isso, o autor considera essencial manter as condições comunicativas de acesso a uma argumentação não coercitiva em condições de simetria entre as partes (a não ser a do

⁵²³ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1997, p.270.

⁵²⁴ GUNTHER, 2004, p.93.

⁵²⁵ GUNTHER, 2004, pp. 94-100.

⁵²⁶ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1997, p.280.

⁵²⁷ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1997, pp.284-285, ainda que se referindo ao uso das normas e valores destinados à aplicação, ou seja, uma adequação destes a uma perspectiva do "nós" quando destinados a serem aplicados aos fatos.

melhor argumento face à busca cooperativa da verdade) o que, depois de uma volta teórica enorme, acaba por assemelhar-se à proposta de PERELMAN e à de FAZALARI.

Assim como PERELMAN, HABERMAS considera que os argumentos nesta busca cooperativa da “verdade”,⁵²⁸ ao manterem-se vinculados à ética do discurso, devem aceitar a contribuição de qualquer perspectiva, ou seja, estarem abertos para revisão. O mesmo diz PERELMAN, a argumentação não deve se encerrar em si mesma, o consenso desejado deve estar aberto a falhas e, portanto, a novas argumentações que conquistem um novo convencimento,⁵²⁹ do que se permite depreender que toda decisão, ainda que leve a uma ação, é transitória.

Aliás, todo o discurso de aplicação está para convencer o juiz e a esfera pública de que, através dos *procedimentos-processo*, utilizaram-se argumentos pretensamente válidos e que, conseqüentemente, tomou-se a decisão correta de acordo com a coerência do sistema jurídico no seu todo.⁵³⁰ Para convencerem-se o disso, não só o próprio judiciário, como a esfera pública, criando o dever de motivação e o compartimento das decisões, conforme POZZEBON,⁵³¹ assegura que novas instâncias realizem a revisão da decisão e de seu discurso, ou seja, a Decisão não cria uma verdade, mas admite sua pretensão.

3.2.3 Pretensões dos Juízes destinadas à Fundamentação Retórica da Necessidade da Pena

RATZINGER em seus debates com Habermas afirma: “(...) a desconfiança e a revolta contra o direito ganham força quando o próprio direito já não parece ser a expressão de uma justiça a serviço de todos, ..., isto é, de uma usurpação do direito praticada por aqueles que detêm o poder”.⁵³² Evitar esta usurpação é, conforme se depreende de Habermas, neste diálogo, uma relação comunicativa em que se discute o entendimento sobre o Direito.⁵³³

⁵²⁸ Que no discurso de aplicação não é necessariamente “verdade” devido à possível pauta estratégica como se depreende de HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1997, pp.287-288, apesar da resposta de que não são necessariamente ações estratégicas ao colaborarem com a construção da Decisão na perspectiva do juiz, o que considero uma resposta insatisfatória, pois desconsidera o trato igualitário entre as partes que o próprio autor defende.

⁵²⁹ PERELMAN, **Ética e Direito**, 2005, pp.504-505.

⁵³⁰ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1997, pp.294-295.

⁵³¹ Conforme depreendo de POZZEBON, 2005, pp. 442-443,449,453-456 e 459.

⁵³² HABERMAS, **Dialética da Secularização**, 2007, pp.65-66.

⁵³³ IDEM, 2007, p.36.

Habermas coloca esta posição em face da Democracia, mantendo seu desapego aos juízos de fundamentação no Processo.

No entanto, HABERMAS deseja que existam princípios de Justiça que dêem substância a solidariedade na sociedade.⁵³⁴ Assim, considera que "*... ante esse é necessário que a ordem jurídica universalista e a moral e igualitária da sociedade sejam de tal maneira conectadas internamente ao ethos da comunidade e que um elemento decorra consistentemente do outro*".⁵³⁵

Depreende-se disso que o juiz (como integrante da sociedade) deva expressar estes elementos no seu trabalho (o que contradiz, superficialmente, a proposta de uma cisão de discursos no processo), pois, do contrário, reafirmaria o que se quer negar. No exercício da Decisão Penal, o juiz deve pautar-se pelo interesse de todos e, ao mesmo tempo, construir a Decisão de tal forma que seja acessível e inteligível publicamente⁵³⁶.

Considerando-se que, segundo o próprio HABERMAS, o discurso jurídico deve manter a segurança jurídica (como legitimidade) e a manutenção das expectativas de comportamento, ele deverá manter em sua Decisão uma moral neutra e igualitária, embora o ordenamento penal corresponda ao uma reprovação. Pondo em suspenso este aspecto controverso do juízo de aplicação da teoria de Habermas, o Processo Penal, para ser entendido, de qualquer maneira, não pode cercear a argumentação do suposto réu e deve permitir um trato igualitário, ou seja, uma simetria entre as partes conforme proposto por FAZZALARI.

Assim, levando em consideração, também, que a sentença possa ser falha (ainda que esta falha seja decorrente, exclusivamente, do juízo de aplicação, ou que o princípio democrático no juízo de fundamentação não foi seguido produzindo uma norma sem legitimidade alguma), ela não passará de uma seqüência de atos de fala pretensiosa à Justiça. Nesses termos, tal pretensão na Sentença assemelhar-se-ia, pelo menos, a proposta do significado Justiça de PERELMAN.

O juiz, no curso do *procedimento-processo*, aplicaria um trato simétrico entre as partes sem desprezar a argumentação deles e, ao mesmo tempo, disponibilizando-se ao entendimento. Sua decisão, assim, foge da arbitrariedade correspondendo a um consenso, pelo menos sobre entendimento (que se põem a serviço de todos), sobre uma Justiça Formal.

⁵³⁴ HABERMAS, **Dialética da Secularização**, 2007, p.39.

⁵³⁵ HABERMAS, **Dialética da Secularização**, 2007, p.54.

⁵³⁶ Não havendo outro recurso para isso senão a linguagem natural que depende das relações comunicativas que, nas palavras de GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2001.p.134., exigem "*que sejam interpretadas de acordo com o significado a elas atribuído pelo grupo social*"

Ora, caso os juízes pretenderem expressar uma "igualdade", fruto de uma relação solidária no curso do processo como fundamento para a Decisão Penal, a coação que dela deriva será uma expressão da argumentação; do contrário será a expressão de um poder sobre os corpos. Decidir uma prisão com base na norma, não pode corresponder, em primeiro lugar, a nenhum intuito ilocutório de causar violência a alguém, instrumentalizando o ser humano, e, em segundo lugar, deverá corresponder, também, a significado de Justiça que sirva de fundamentação em relação à solidariedade.

Um fato interessante, quanto à Habermas, é que o autor pressupõe que em determinadas estruturas institucionais como, por exemplo, os tribunais, as pessoas que entram em argumentações dentro dele devem submeter-se a suposições de racionalidade. Nas palavras do autor, expressas imediatamente antes da afirmação anterior:

Ninguém pode entrar seriamente em uma argumentação se não pressupõe uma situação de diálogo que garanta em princípio a publicidade do acesso, iguais em direitos de participação, a veracidade dos participantes, a ausência de coerção nas posições que se tomem, etc. Os participantes só podem pretender convencerem-se uns aos outros se pragmaticamente pressupõe que seus "sins" e seus "nãos" unicamente vão vir determinados pela coação do melhor argumento. (HABERMAS, 1991. p.96).

Embora proponha o juízo de aplicação como um constritor a trabalho do judiciário, a pretensão acima exposta, seja como reconstrução, no curso processo, da fundamentação da norma, de acordo com o Princípio da Democracia, seja como o intuito de suprir relações de solidariedade,⁵³⁷ levaria a Decisão a ser o que consideramos Justo. A própria postura do juiz deverá transparecer isso, do contrário não conseguirá dar seqüência ao convencimento que pretende incluir no seu trabalho.

Atendo-se a uma interpretação estrita da teoria da aplicação de Habermas, em que o judiciário "... só pode mobilizar as razões que lhes são dadas",⁵³⁸ sem sequer fazer uma reconstrução argumentativa (numa perspectiva de entendimento-convencimento) da fundamentação, apresentar uma Decisão passível de ser entendida é um trabalho inviável. De nada serve tratar sobre os "fatos", se face à norma devida a correspondência entre estes e a Justiça somente fica pressuposta numa legitimidade que não ressurgem no momento singular do julgamento.

⁵³⁷ Outro ponto que impede que o Direito contrarie a moral.

⁵³⁸ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez II**, 1997, p.183.

Concordando com STRECK, *"mais do que fundamentar a decisão, é necessário justificar (explicar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, pois"*.⁵³⁹ Do contrário não se chegará a uma decisão racional que não prescindir de uma argumentação adequada,⁵⁴⁰ pressuposto para uma Decisão correta.

A linguagem toma contornos especiais nessa perspectiva, pois, ainda que *"os enunciados lingüísticos que descrevem o direito não são o lugar de encontrar a resposta correta, mas a resposta correta será o lugar dessa 'explicitação"*,⁵⁴¹ ou seja, a Decisão. O autor considera que a explicitação é um sinônimo de argumentar,⁵⁴² portanto, a própria linguagem daquele (que permite a fundamentação) depende também de uma argumentação com base numa linguagem inteligível. Assim, os juízes que pretendem a Justiça, acima de tudo argumentam para serem entendidos e para convencer sobre a correção de sua Decisão. Uma Decisão Penal válida é a que se explica, que explica sua linguagem, que constrói seus significados, sem pretender uma violência.

3.2.4 A Expansão do Auditório que valida o Direito

Quanto à norma não há dúvidas, na visão de HABERMAS, que a validação desta ocorre através do procedimento democrático que pretende incluir o maior número de participantes dentro do discurso de fundamentação argumentativo. A norma penal que pretende ser aceita por todos (e que servirá a fundamentação), portanto, representará o interesse de todos. Apesar da criação de um discurso aplicação que intenta tornar independente a Decisão de um recurso a uma nova fundamentação vertida para a aceitação democrática ("universal"), a Decisão, que se fundamenta na norma, leva consigo esta carga, ou seja, a Decisão Penal, através de uma seqüência de discursos tem que chegar a uma proposição pretensamente universal.

⁵³⁹ STRECK, *Hermenêutica Constitucionalismo e o problema da discricionariedade dos juízes*. 2009, p. 27

⁵⁴⁰ IDEM, p.26. O autor considera que a hermenêutica e a teoria da argumentação não podem ser confundidas quanto à justificação, embora em ambas coincidam no que se refere à falibilidade das decisões (ainda que aqui, nesta dissertação se proponha outra visão), entre outras críticas quanto a pragmática das teorias argumentativas. Mesmo assim, ele aponta que o ato de interpretar é uma explicação do conteúdo, o que é uma reserva teórica das teorias do discurso, especialmente da teoria da argumentação jurídica.

⁵⁴¹ STRECK, *Hermenêutica Constitucionalismo e o problema da discricionariedade dos juízes*, in: **ANIMA:Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**. Curitiba, Faculdades OPET, ano I, nº1, 2009, p.28 disponível em: http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf continua *"..., que hermeneuticamente, não se contentara com uma fundamentação de caráter a priori dos discursos de fundamentação."*

⁵⁴² IDEM, p.26.

Considerando que a Decisão Penal, como qualquer processo decisório, deve manter a sua racionalidade e conseqüentemente sua aceitabilidade (razoabilidade), é de se esperar que ela também deva ter a mesma pauta. BITTAR leva em consideração que:

A atividade decisória é essencial, pois cria textos que individualizam discursos normativos, e que, portanto, são capazes de fundar sentido, atuando in concreto, a partir de interpretações de outros cursos, construídos em abstrato. O discurso decisório movimenta o sentido normativo (BITTAR, 2009, p.148)

Este movimento no sentido da norma, não é um juízo de aplicação, é um desejo pragmático de individualizar a fundamentação da norma, de criar uma lei para o caso concreto e que, portanto, possa ser aceita pelos demais através de um discurso realizado pelo diálogo em que persuasão, entendimento, enunciação e interpretação trabalham juntos.⁵⁴³ Esta busca do sentido, ainda que em algum momento recorra a uma linguagem técnica, inicia sua aceitação através da linguagem natural à qual sempre tem que fazer referência, para tornar-se inteligível. Todo o *procedimento-processo* destinado à Decisão perfaz, idealmente, de forma isonômica em contraditório, pretensões destinadas ao convencimento e à ação.

Sendo assim, como a Decisão Penal objetiva uma reprimenda moral ou a sua negação, é pouco provável conseguir circunscrever a sua aceitabilidade (pretendente ao universal) a um momento legislativo, como se este fosse o único momento em que a democracia se expressaria. BITTAR, ao tratar sobre simplificação linguagem jurídica para produzir entendimento, indica que:

(...) a democratização implica numa aproximação do direito da realidade que procura representar e sobre a qual pretende agir, implica na adoção de uma postura que não cria divisões de separações entre os universos discursivos, quando a síntese e a simplicidade podem significar mais. Nesta medida, no lugar de representar ameaça o tema da coerência textual, a idéia de democratização do direito vem se somar com caráter sintético e preciso do uso da linguagem para produzir formas de significação e integração da vida social cada vez mais capazes de representar os próprios fins que pretende realizar. (BITTAR, 2009, p.368)

Contribuindo para isto, STRECK reconhece que a validade de uma decisão "é o resultado de determinados processos de argumentação em que se confrontam razões e se

⁵⁴³ BITTAR, 2009, p.19.

reconhece a autoridade de um argumento".⁵⁴⁴ Este reconhecimento de autoridade dos argumentos não consegue encontrar fundamento exclusivamente num discurso de fundamentação que positiva a aplicação em uma decisão conforme a norma. No próprio *procedimento-processo* a fundamentação tem que ser revista para pretender convencer a quem dela participa (direta ou indiretamente) ou quem venha participar. A decisão correta⁵⁴⁵ pautar-se-ia por um reflexo da democracia no seu trato isonômico, contraditório, entre outras características, e na possibilidade de encontrar respostas não somente através de normas estanques mas numa aceitação liberta.

Como esta pretensão a uma correção de uma Decisão não se encerra num debate legislativo, e como a própria fundamentação tem que ser fundamentada no processo decisório, buscando convencimento sobre ela, o conhecimento jurídico e a própria decisão aperfeiçoam-se num processo de aprendizagem, conforme defendido por Habermas.⁵⁴⁶ Neste diapasão, é de se esperar que o número de sujeitos que participam de uma Decisão seja ampliado, qualificado, ainda mais, o debate, reafirmando sua validade e sua correção ao mesmo tempo.

Em uma linha semelhante à POZZEBON, no entanto, mais próxima de uma motivação que extrapola o compartilhamento das decisões vertidas para a solução de casos particulares, o que valida o Direito, a Decisão, (ainda que esta chegue a um momento de ação) é a constante argumentação sobre estes, permanecendo a contribuição para si mesma e para o Direito, ou seja, uma ampliação da aceitação sobre seus argumentos. Seja na perspectiva de HABERMAS quanto ao discurso de fundamentação, seja a perspectiva de PERELMAN quanto aos argumentos vertidos ao Auditório Universal, seja na de STRECK,⁵⁴⁷ o Direito, incluindo nele a Decisão Judicial, só se valida por uma argumentação detalhada e capaz de

⁵⁴⁴ STRECK, **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito**. 2009, p.443.

⁵⁴⁵ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez II**, 1997, p.281(debates com Dworkin) em que o autor corresponde a correção como a *"aceitabilidade racional apoiada em argumentos"*, ou seja, em argumentos razoáveis como visto nos capítulos anteriores. Quanto aos debates entre Habermas e Dworkin, e a recepção da teoria deste por aquele, DUTRA, 2005, pp. 61-88 é uma boa indicação, principalmente quanto a proposta de uma *"única resposta correta para o caso"* (pp. 68 e 76-78), a qual interpreto como uma pretensão para a única resposta correta em Direito e Democracia, para não contrariar a ética do discurso e para manter as condições dos atos de fala (ainda que isto seja contrário ao exposto em HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1987, p. 259, apesar da abertura dada pelos termos *"decisão idealmente válida"* da pág. 261) o que se pode depreender também de DUTRA, Delamar J. V. Da problemática da aplicação do direito: a recepção da teoria Habermasiana da Teoria do Direito de Dworkin, in: **Dissertatio**. Pelotas UFPEL, nº21, 2005, pp.84-85.

⁵⁴⁶ HABERMAS, **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validez I**, 1997, pp.282-283 .

⁵⁴⁷ Conforme se depreende de STRECK, **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito**. 2009, p.573, ao afirmar que *"(...) uma interpretação é correta quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo"*, do qual se depreende a formação de um consenso ou um universal, ainda que circunscreva a interpretação a um respeito (extremo) a autonomia do direito resultante da democracia.

dirimir conflitos, fazendo se entender em seus sentidos e finalidades para todos que dele compartilham e usam.

Quanto mais se questionar e quanto mais se argumentar; menos arbitrária ela será, mais certa ela estará, mais condizente com a racionalidade e finalidades a que pretende.

CONCLUSÃO: UM PROCESSO PENAL QUE PRETENDA COMUNICAR JUSTIÇA PARA AS PARTES ATRAVÉS DA DECISÃO

Não mais se atendo a uma separação entre o discurso de fundamentação e do discurso de aplicação, reunindo-os em apenas um momento de Decisão, mas, ainda assim, considerando todo o debate democrático realizado na norma que absorveu argumentos pragmáticos, éticos, morais e, inclusive, retóricos, o juiz deverá prolatar uma sentença penal que represente estes e, ao mesmo tempo, todo o debate realizado no curso do *procedimento-processo*.

O juiz em sua Decisão, para que ela faça sentido e não seja uma reprodução arbitrária de sua percepção, ou seja, mantendo a racionalidade (de acordo com as propostas dos autores aqui tratados) capaz de transpor-se para uma relação intersubjetiva através da comunicação, com o fim de convencer sobre seu posicionamento, deverá levar em consideração tudo o que as partes falaram pesando a qualidade de seus argumentos (como a capacidade persuasiva e/ou adequação das pretensões dos atos de fala aos fatos). Sem dúvida, este é um trabalho ingrato, tanto mais quando o seu posicionamento deve manter a imparcialidade (paridade entre as partes na consideração da liberdade que elas têm para argumentar) e, ao mesmo tempo, corresponder a algum ideal de Justiça que também deverá ser fundamentado face a “fatos” que são construídos na sua presença e sobre os quais reprimendas morais podem incidir (tanto mais na esfera Penal em que a própria liberdade depende da qualidade da argumentação).

Sua racionalidade, então, deverá, inicialmente, voltar-se para o entendimento, seja na proposta de HABERMAS, seja na de PERELMAN. O contato com os demais (principalmente com as partes, uma vez que são as receptoras diretas da emissão da Decisão) deverá ter como meio uma linguagem capaz de permitir o trânsito dos significados da comunicação presente, que a Decisão representa, como, também, na que a formou, o Processo, até seus destinatários. Este espaço de comunicação não pode extravasar-se num mito, fazendo com que a justificação da Decisão se torne desnecessária por fazê-la uma peça integrante de uma totalidade auto-explicável incapaz de ser reconstruída. Tampouco este espaço comunicativo pode ficar sem parâmetros para a inteligibilidade, sendo necessário o

estabelecimento de uma estrutura do mundo sobre a qual seja possível constatar a validade dos argumentos, do que é falado.

A partir das proposições, no Processo Penal, os integrantes desse espaço comunicativo proferem, na tentativa de resolver um conflito no qual a liberdade de um deles está á mercê das suas próprias palavras, o entendimento e a compreensão do que foi dito. Estes argumentos deverão ser pesados de maneira que um terceiro imparcial seja capaz de coadunar, pelos mesmos fundamentos, com os argumentos que considere, transitoriamente, os melhores. Ainda assim, estes argumentos e, inclusive, outros (inovadores) que o próprio juiz venha a introduzir dentro desta esfera ou projetando-os para outras, deverão ser fundamentados pretendendo que o mesmo ocorra com quem venha lê-la.

Aqui, novamente, o juiz deverá recorrer a uma linguagem que, em primeiro lugar, seja capaz de ser entendida, estabelecendo um contato "espiritual" (intersubjetivo). Tal como deve ter feito para constatar o argumento que considera o melhor, seus próprios argumentos deverão ter sua validade analisada de acordo com as pretensões que carregam, ou seja, sua correspondência com o mundo objetivo, subjetivo e social sem esquecer-se das imagens que a vida, em si, subsidia. Isto para que a seja possível estabelecer "fatos" e "verdades" que sirvam de fundamento para aquelas pretensões, sem perder de vista que nesta solução de conflito ele terá que manter os vínculos de cooperação social através de uma avaliação igualitária, que não dê preferências a nenhum indivíduo e que, ao invés disso, represente ao que todos estes desejam desde uma perspectiva, também, igualitária (moralmente neutra ou pretendente a um convencimento universal).

Do contrário, as ações que o juiz tomará serão uma arbitrariedade sem justificação válida, sua Decisão será uma subjetividade incomunicável refugiada num poder que não mais se explica, mas que, mesmo assim, trata os demais como coisas. Porém, ao tratar os demais como coisas, a própria Decisão só conseguirá ser vista dentro de uma perspectiva total, ela não terá uma validade própria.

Desejando ultrapassar esta proposta instrumentalizante, a apreciação dos argumentos não poderá ficar fechada, exclusivamente, numa lógica formal. Tudo o que é dito, a Decisão, as proposições das partes e do juiz no curso do processo e as proposições normativas, deverão submeter-se à retórica, inclusive, a análise, mas, principalmente, a dialética. Esta dialética se expressa com a linguagem dada no mundo (sendo, inclusive, ele), ficando aberta para uma criação natural, informal, não cercada por um único arbítrio.

A contraposição dos argumentos, o Contraditório, também, não poderá repercutir numa instrumentalização do outro. Assim ele deverá, corresponder às ações que surgem nele

ao entendimento e, também, deverá ser interpretado na perspectiva do entendimento. Uma Decisão Penal não poderá, então, ser vertida para a violência e muito menos ainda para qualquer tipo de limitação da argumentação, a não ser aquelas direcionadas a proteção dessa liberdade constrangida.

Concomitantemente, tentando evitar que esta instrumentalização ocorra, tentando impedir que a finalidade do Processo seja uma violência, interpretando-o dentro do entendimento, os argumentos normativos que passaram sua validade (pautando-se pela mesma igualdade que os argumentos levantados durante o Processos) pelo crivo democrático não deverão ser tratados como elementos estanque de todo o discurso que é formado no processo para a Decisão.

Uma vez que os argumentos não têm uma validade ontológica, mas dependente de uma racionalidade correspondente a aceitação, a própria norma não pode atribuir-se isto a si. A Democracia como Procedimento, então, está para estabelecer um discurso que, tal como a Decisão, se dê de forma válida como meio para a solução de conflitos, também, delineando as ações que são seqüenciadas dentro do Processo, sem limitá-las ou torná-las definitivas, apenas contribuindo. Isto para permitir que a racionalidade reconstrua qualquer fundamentação que utilize o resultado desta.

Como este caminho não é perfeito e como a própria Democracia também não o é, ou seja, como a racionalidade não passa de uma pretensão, faz-se um recurso ao que seria mais aceitável ou mais aceito, o razoável. No entanto, como o próprio razoável depende de uma aceitação fundada em argumentos repete-se este caminho comunicativo. Ainda assim, este caminho consolida no tempo alguns argumentos, que, muitas vezes, tomam forma de proposição, os *lugares-comuns*.

A Decisão Penal, utilizando-se dessas propostas para a sua fundamentação, deverá direcionar-se ao entendimento, que é formado entre as partes no curso da seqüência de proposições, *Procedimento-Processo*, contrastando-o com o convencimento e aconcordância formados entre as partes com o convencimento e a concordância apresentados na norma através da Democracia para constatar se aquelas proposições democráticas, de “fato”, correspondem a esta característica face ao que intersubjetivamente foi comunicado sobre ela naquele transcurso. E neste ponto, dando preferência à argumentação que possa ser universalizada no que é dito pelas partes, pois elas são integrantes do espaço público, seja como finalidade dele, seja como construtores dele, inclusive, no espaço público que é o Procedimento-Processo Penal.

De nada serviria toda a pretensiosa racionalidade, o pretensioso *procedimento-processo*, as pretensiosas argumentações se não fosse para que, através do discurso formado com eles, não se representasse alguma moralidade, alguma forma de proteção dos indivíduos e de seu contexto social, alguma Justiça. Ainda que ela também tenha uma materialidade incerta, algo tem que transparecer dentro da Decisão.

Este transparecer da Justiça na Decisão que se dá de forma comunicativa, faz todo o seu retorno à racionalidade através da argumentação válida. A própria comunicação quando pautada por estes elementos torna-se condição para a Decisão. Mas toda a comunicação apela para sua aceitação, aceitabilidade.

Ora, comunicar uma Decisão Penal seria apenas, então, torná-la aceita e aceitável (numa perspectiva universal), com algumas condições: que ela seja expressa de tal forma que seja entendida por qualquer um, possibilitando sua crítica e aceitação pelos fundamentos e argumentos que ela expõe; que ela não coaja quem dela participe; que ela não se destine a uma violência. Todas estas condições correspondendo a uma questão de Dialética e Retórica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**.1947. Disponível em <http://antivalor.viabol.uol.com.br>, acesso em: 23.08.2008

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo, Landy, 2005.

ANDRADE, Camila C.; OLIVEIRA, Marcelo A.C. A Relação entre Direito e Moral na Teoria Discursiva de Habermas: porque a Legitimidade do Direito não pode ser reduzida à Moralidade, in: XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte, 2007. **Anais...** Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org/anais_bh.html. Acesso em: 12.05.2009.

APEL, Karl-Otto; OLIVEIRA, Manfredo A.; MOREIRA, Luiz (org). **Com Habermas, Contra Habermas: Direito Discurso e Democracia**. São Paulo, Landy Editora, 2004.

ARAÚJO, Luíz B. **Moral, Direito, Política e Teoria do Discurso de Habermas**. Rio de Janeiro, Programa em Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, sine data, Disponível em: http://www.pgfil.uerj.br/pdf/publicacoes/araujo/Teoria_Discurso_Habermas.pdf. Acesso em:04.03.2009.

BERTEA, Stefano. Certainty, Reasonableness and Argumentation in Law, in: **Argumentation**. Amsterdam, Kluwer Academic Publishers, n.18, 2004. pp. 465-478.

BIRO, Jonh; SIEGEL, Harvey. Rationality, Reasonableness, and Critical Rationalism: Problems with the Pragma-dilectical view, in: **Argumentation**. Amsterdam, Kluwer Academic Publishers, n.22, 2008. pp. 191-203.

BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem Jurídica**. São Paulo Saraiva, 2009

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el Proceso**. Buenos Aires, 1973.

CAMPOS, Jorge. **A Relevância da Pragmática na Pragmática da Relevância**, 2008 disponível em <http://www.jcamposc.com.br/arelevanciadapragmatica.pdf>

CAMPOS, Jorge (org); RAUEN, Fábio J.(org); IBANOS, Ana. Relevância, cognição, inferência e processos dedutivos, in: **Tópicos em teoria da relevancia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

CHAMON Jr., Lúcio A. **Teoria da Argumentação Jurídica: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

———. **Teoria Geral do Direito Moderno: por uma Reconstrução Crítico-discursiva na Alta Modernidade**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

Comissão de Direitos Humanos e Minorias Câmara dos Deputados; Pastoral Carcerária CNBB. Relatório **Situação do Sistema Prisional Brasileiro: Síntese de videoconferência nacional realizada pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias Câmara dos Deputados em parceria com a Pastoral**. Brasília, 2006. Disponível em: <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/comissoes/cdhm/relatorios/SitSisPrisBras.pdf>. Acesso em: 10.05.2008.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. 1637, Disponível em: <http://br.egroups.com/group/acropolis/>. Acesso em: 10.06.2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Direito**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2007.

DUTRA, Delamar J. V. A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas, in: **Veritas**. Porto Alegre, EdiPUCRS, 2006, vol. 51, nº.1. março. pp. 18-41.

———. Da Problemática na aplicação do Direito: a recepção HABERMASiana da Teoria do Direito de Dworkin, in: **Dissertatio**. Pelotas, UFPEL, 2005, n.21. pp. 61-88.

———. **Razão e Consenso: uma introdução ao pensamento de HABERMAS**. Pelotas, UFPEL, 1993.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**, 1º ed. Trad Eliane Nassif. Campinas, Book Seller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**, Madri, Trotta, 1995

FETERIS, Eveline T. Strategic Maneuvering with th Intention of the Legislator in the Justification of Judicial Decisions, in: **Argumentation**. Amsterdam, Kluwer Academic Publishers, n.22, 2008. pp. 335-353.

FILHO, Sylvio L. S.; ROSA, Alexandre Moraes. **Para um Processo Penal Democrático: Crítica a Metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro, Graal, 1979. Disponível em: <http://www.unb.br/fe/tef/filoesco/foucault/microfisica.pdf>. Acesso em: 18.05.2009.

———. **Vigiar e Punir**. Petrópolis, Vozes, 2007

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal: na perspectiva das garantias constitucionais, Alemanha, Itália, Espanha, Portugal**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo, Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e Comunicação**. Lisboa, Edições 70, 1996

———. **A inclusão do Outro**. São Paulo, Loyola, 2007

———. **Aclaraciones a la ética del discurso**. 1991, disponível em www.librotauro.com.ar, acesso em: 25.05.2008.

———. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1989.

———. **Direito e Democracia: Entre a Facticidade e a Validade I**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

———. **Direito e Democracia: Entre a Facticidade e a Validade II**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

———. **Discurso Filosófico da Modernidade: doze lições**. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

———. **Teoría de la Acción Comunicativa: Crítica de la Razón Funcionalista II**. Madrid, Taurus, 1987.

———. **Teoría de la Acción Comunicativa: Racionalidad de la Acción y Racionalización social I.** Madrid, Taurus, 1987.

———. **Verdade e Justificação.** São Paulo, Loyola, 2004.

———; PUTNAM, Hilary. **Normas y Valores.** Madrid, Trotta, 2008.

———; RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização: Sobre a razão e religião.** Aparecida, Idéias e Letra, 2007

———; RAWLS, Jonh. **Débat sur la Justice politique.** Paris, Cerf, 2005.

HANNKEN-ILLJES, Kati. In the field – The development of reasons in Criminal Proceedings, in: **Argumentation.** Amsterdam, Kluwer Academic Publishers, n.20, 2006. pp. 309-325.

HUME, David. **Traité de la Nature Humaine.** Paris, Aubier, 1983.

JORGENSEN, Charlotte. The relevance of intention in Argument Evaluation, in: **Argumentation.** Amsterdam, Kluwer Academic Publishers, n.21, 2007. Pp. 165-174

KOREN, Roselyne. Can Perelman's NR be viewed as an Ethics of Discourse?, in: **Argumentation.** Amstedam, Kluwer Academic Publishers, n.23, 2006. pp. 421-431.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional, vol I.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional, vol II.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

MAZZI, Davide. The Construction of Argumentation in Judicial Texts: combining a genre and a corpus perspective, in: **Argumentation.** Amsterdam, Kluwer Academic Publishers, n.21, 2007. pp. 21-38.

MONTEIRO, Claudia Servilha. Fundamentos para uma Teoria da Decisão Judicail, XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte, 2007. **Anais...** Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf. Acesso em: 20.05.2009.

———. **Teoria da Argumentação Jurídica e a Nova Retórica**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

NETO, Antonio Graça. **Uma Releitura da Argumentação Jurídico-Política com base nos fundamentos da pragmática: desenho discursivo da linguagem nas linhas de Perelman, Habermas e Wittgenstein**. Tese (Doutorado da Faculdade de Direito), UFPR, 2003, p.263.

OLIVEIRA, Nythamar F. Critique of Public Reason Revisited: Kant as arbiter between Rawls and Habermas, **in: Veritas**, vol.45, nº4, dez., 2000.

PERELMAN, Chaïm. **The Real of Rhetoric**. Indiana, University of Notre Dame, 2008.

———. **Ética e Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

———. **Lógica Jurídica**, São Paulo, Martins Fontes, 2004.

———. **Retóricas**, São Paulo, Martins Fontes, 2004.

———; TYTECA, Lucie Olbrechts. **Tratado da Argumentação: A Nova Retórica**. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

POPPER, Karl R. **Conhecimento Objetivo: Uma Abordagem Evolucionária**. Belo Horizonte, Itatiaia, 1975.

POZZEBON, Fabrício D. Ávila. **Reflexos da Crise do Conhecimento Moderno na Jurisdição: Fundamentos da Motivação Compartilhada no Processo Penal**. Tese (Doutorado em Direito), PUCRS, Porto Alegre, 2005.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal: Parte General**. Barcelona, Reppertor. 1996

RAWLS, John. **Justiça como Equidade: Uma Reformulação**. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

———. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo Martins Fontes, 1997.

ROSA, Alexandre Moraes. **Decisão penal: A Bricolagem de Significantes**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de Lingüística General**. Buenos Aires, Losada, 1945

SÖHNGEN, Clarice B. da Costa. **Argumentação Jurídica: Uma Nova Racionalidade à Exclusão da Violência**. Dissertação (Mestrado em direito), PUCRS, Porto Alegre, 2003.

STRECK, Lênio L. Hermenêutica Constitucionalismo e o problema da discricionariedade dos juízes, in: **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**, Curitiba, Faculdades OPET, 2009, ano I, nº 1, p27. Disponível em: http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeutica.pdf . Acesso em: 16.9.2009

———. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig, **Investigações Filosóficas**. Barcelona, Altaya, 1999

———. **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1968.

ZAREFSKY, David. Strategic Maneuvering through Persuasive Definitions: Implications for Dialectic and Rhetoric, in: **Argumentation**. Amsterdam, Kluwer Academic Publishers, n.20, 2006. pp. 399-416.

ZENNI, Alessandro S.V. O Agir Comunicativo em Habermas e a Nova Retórica de Perelman, in: **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, vol.7, nº2, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/578/495>. Acesso em: 12.06.2009