

UNIVERSIDADE GAMA FILHO

FABRÍCIO DE OLIVEIRA CAMPOS

**DISCURSO JURÍDICO PENAL E A CONCEPÇÃO RETÓRICA DA RACIONALIDADE
DA CIÊNCIA JURÍDICA: UM ENFOQUE PELA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE
CHAÏM PERELMAN**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**Área de Concentração:
Direito, Estado e Cidadania**

RIO DE JANEIRO / 2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE GAMA FILHO

**DISCURSO JURÍDICO PENAL E A CONCEPÇÃO RETÓRICA DA
RACIONALIDADE DA CIÊNCIA JURÍDICA: UM ENFOQUE PELA TEORIA DA
ARGUMENTAÇÃO DE CHAÏM PERELMAN**

Por:

FABRÍCIO DE OLIVEIRA CAMPOS

Dissertação de Mestrado apresentada na
Universidade Gama Filho como parte dos
requisitos para obtenção do título de Mestre
em Direito.

Orientador: Professor Doutor Juarez Tavares

Janeiro / 2006

Para Maria Izabel, minha mãe, levada de nós no Natal de 2005. Sorriu até no fim: ao que consta, viu anjos

e

Para Paula, o coração onde moro.

AGRADECIMENTOS

O apoio de muitas pessoas com quem tive e tenho a alegria de conviver foi fundamental tanto para o término do curso de mestrado como para a árdua tarefa de encerrar este modesto trabalho.

A meus pais, Maria Izabel Campos (*in memoriam*) e Napoleão Campos pelo apoio irrestrito e esperança nos momentos em que eu não a tinha. Pelo esforço que empreenderam por minha formação, hoje fazem-me enxergar, em cada passo que dou, uma vitória.

A Durval Albert Barbosa Lima, “chefe”, amigo e companheiro de trincheira. Apoiou-me nos momentos difíceis, com sua inesgotável capacidade de incentivar e reerguer os que se prostram ao seu lado. Acolheu-me quando eu não esperava nada mais de mim e agora ensina-me mais e mais a cada dia.

A Hilda Helena Soares Bentes, professora dos cursos de mestrado e doutorado da UGF, pelo constante incentivo na exploração do tema, pelos conselhos extraordinariamente férteis e principalmente pelos agradáveis debates cujas conclusões culminaram por enriquecer este trabalho.

A Juarez Tavares, orientador, professor e amigo, atento às minhas angústias diante da supressão do respeito ao homem, confidente de minhas raivas e medos. Apoio que encontrei para continuar num mundo onde a voz dos massacrados pelo desvairado poder penal é abafada pelo discurso mesquinho e opressor. Que o exemplo de sua constante luz arraste ainda mais espíritos em favor de uma ciência jurídica voltada para a pessoa humana.

RESUMO

Parte da constatação de que os pressupostos metodológicos da ciência do direito penal, baseados no positivismo justificador da doutrina garantista, não encontram mais abrigo numa moderna ciência jurídica, muito atrelada aos novos desenvolvimentos proporcionados pelo resgate da retórica como instrumento do campo da racionalidade. Por isso, questiona-se se uma postura penal democrática e alinhada com a defesa dos direitos humanos suporta uma concepção retórica da aplicação das normas penais. Atualmente, a ciência do direito tende a considerar-se muito mais próxima de técnicas de argumentação, que visam persuadir e obter adesão, do que num cálculo lógico-formal que inspirou tão longamente a concepção cartesiana de ciência. Vinculando a garantia da legalidade e do respeito à pessoa humana em postulados já derrubados pela metodologia das novas filosofias da linguagem, em especial a representada pela corrente retórica, o direito penal fica sem alicerce crítico. A Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman desencadeou uma nova concepção de racionalidade para as ciências humanas, fornecendo um aparato crítico do discurso nessas ciências, não mais visto sob o molde da evidência, mas sob o aspecto de sua inserção num processo argumentativo envolvendo orador e auditório através do discurso. Essa mudança de paradigma indica novas perspectivas para a construção e crítica do discurso jurídico penal, que desmitificado, passa a ser avaliado segundo a responsabilidade do intérprete das leis penais e do aplicador da norma. Se a metodologia positivista, que se pretendia escudo protetor da pessoa humana contra o arbítrio do Estado mostrou-se insuficiente, a Nova Retórica vem resgatar as perspectivas dessa proteção aos direitos individuais no contexto da violência penal, inserindo um ponto de vista pelo qual as dimensões da retórica (*ethos*, *pathos* e *logos*) se articulam na produção de um instrumental crítico contra todos os aspectos dos discursos jurídicos penais que venham a justificar a atuação penal do Estado.

Palavras-chave: discurso jurídico-penal, retórica, garantismo

ABSTRACT

It starts out from the verification of methodological purpose of the science of criminal law, that are based on a vindictive positivism of garantist doctrine, do not find shelter in a modern legal science any more because it is linked at the new proportionated developments by rescue of rhetoric as a instrument of the field of the rationality. Therefore it wonders if a criminal position democratic and linned up with the defense of the human rights would bear a rhetoric conception of application of criminal norms. Currently the science of law tends to consider itself much more close of techniques of argumentation, that aim at to persuade and to get adhesion, of that in a calculation logical-conventional that so long inspired the cartesian conception of science. Entailing to the guarantee of the legality and respect with the human person in a postulates already knocked down by the methodology of the new filosofies of the language, in special the represented one for the rhetorical tendency, the criminal law is whitout critical foundation. The theory of argumentation of Chaïm Perelman started a new conception of racionality for human science, supplying a critical apparatus of speech in these sciences, no more seen under the mold of evidence but under the aspect of its insertion in a argumentative process involving a orator and audience through the speech. This change of paradigm indicates new perspectives for the contruction and critical of the criminal legal speech, that dismythicized passes to be charged in terms of responsibility of the interpreter of the criminal laws and this applicator. As the positivist methodology, that claimed to be the protective shield of the human person against of the will of state revelated itself being insufficient, the new rhetoric arrives to rescue pe perspective of this protection to the individual rights in the context of the criminal violence inserting a point of view for which the dimensions of the rhetoric (*ethos*, *pathos* and *logos*) articulates each other in the production of a critical instrument against all the aspects of the criminal legal speeches that come justifying the criminal performance of the state.

Keywords: Criminal juridical speech, rhetoric, guarantism.

ÍNDICE

RESUMO.....	4
ABSTRACT	5
INTRODUÇÃO	9
1 DA RETÓRICA À NOVA RETÓRICA: A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO COMO REDIMENSIONAMENTO DO RACIONAL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DIREITO.....	16
1.1 POR QUE A RETÓRICA ?	16
1.2 OS PRIMEIROS REGISTROS DE UMA RETÓRICA AUTÔNOMA.....	18
1.3 A SOCIEDADE FECHADA DA REPÚBLICA	22
1.4 A RETÓRICA DE ARISTÓTELES (<i>ETHOS, PATHOS, LOGOS</i>).....	26
1.5 A APROPRIAÇÃO DA RETÓRICA PELO DISCURSO CIENTÍFICO.....	28
1.6 A NOVA RETÓRICA.....	31
1.6.1 Panorama	31
1.6.2 O ensaio sobre a justiça (1945).....	31
1.6.2.1 Pressupostos teóricos do ensaio de 1945 e suas propostas.....	31
1.6.2.2 Significado da justiça formal	34
1.6.2.3 Os modelos ou fórmulas de justiça concreta	36
1.6.2.4 Das dificuldades teóricas ligadas à aplicação da justiça	38
1.6.3 Como justificar racionalmente os juízos de valor e as ações humanas ?..	40
1.6.4 A redescoberta da retórica.....	42
1.6.5 A Nova Retórica.....	43
1.6.5.1 Ruptura com o conceito de razão oriundo de Descartes	43
1.6.5.2 Demonstração e Argumentação	44
1.6.5.3 A importância da adesão	46
1.6.5.4 Os elementos da argumentação.....	47
1.6.5.4.1 O orador	47
1.6.5.4.2 O discurso	47
1.6.5.4.3. O auditório.....	47
1.6.5.4.4 O ponto de partida da argumentação.....	50
1.6.5.4.5 Acordos específicos de cada auditório.....	54
1.6.5.4.6 A importância dos dados do discurso.....	54
1.6.6 O raciocínio jurídico: uma lógica jurídica ?.....	56

1.6.6.1 A análise do raciocínio jurídico com base na fundamentação das decisões.....	56
1.6.6.2 O reconhecimento de um campo de debate e de juízos de valor no raciocínio jurídico.....	57
1.6.6.3 Há uma lógica própria dos raciocínios jurídicos?.....	58
1.6.6.4. Peculiaridades do raciocínio jurídico	59
1.6.6.4.1. Limitação do debate através de normas	59
1.6.6.4.2 Irrefutabilidade dos pontos de partida, mas abertura à discussão das noções: convergência entre os juízos de fato e de direito.....	60
1.6.6.4.3 A insuficiência do silogismo judiciário	61
1.7 AINDA A RETÓRICA ?.....	61
2 DO GARANTISMO AO DISCURSO DA (E NA) CRISE	63
2.1 PANORAMA	63
2.2 O GARANTISMO E SEU TRÍPLICE SIGNIFICADO	64
2.3 CONVENCIONALISMO E COGNITIVISMO: O PLANO DA SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL COMO PRESSUPOSTO DA CERTEZA E RACIONALIDADE DO JUÍZO	66
2.4 OS ESPAÇOS DE PODER	67
2.5 MODELOS GARANTISTAS E MODELOS AUTORITÁRIOS	70
2.6 O DIREITO PENAL E SUA CRISE: DESLEGITIMAÇÃO, RISCO, EMERGÊNCIA E MODERNIDADE	73
2.6.1 Alguns fundamentos de uma discussão complexa	73
2.6.1.1 Crise e castigo: o discurso de emergência	73
2.6.1.2 Discursos de ruptura e discursos de (des) legitimação	80
2.6.1.3 A crise como problema de legitimação	83
2.6.2 A dialética da modernidade como marco demarcatório e explicativo da crise	86
2.6.2.1 A ilustração que domina o mito que domina a ilustração.....	86
2.6.2.2 A subversão do critério delimitador do bem jurídico	88
2.6.2.3 Discurso da prevenção e os novos riscos.....	91
2.6.3 Simbologia retórica do debate: apocalípticos e integrados.....	94
3. DETERMINAÇÃO E INDETERMINAÇÃO DOS CONCEITOS. O CONTROLE DO USO DA LINGUAGEM, À VISTA DE DIFERENTES FILOSOFIAS DA LINGUAGEM ORDINÁRIA E SOB O INSTRUMENTAL DA NOVA RETÓRICA.	103
3.1. LEGALIDADE E EVIDÊNCIA.....	103
3.2 A BUSCA DA EVIDÊNCIA E A PARADOXAL IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAR A CLAREZA DAS QUESTÕES DE FATO.	105

3.2.1 O repúdio à linguagem aberta	105
3.2.2 Insuficiência das deduções formais: a impossibilidade de evidência sobre as questões de fato	108
3.3 ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DOS CONCEITOS INDETERMINADOS	112
3.4 DEMOCRACIA EM VEZ DE ARBÍTRIO	114
3.5 NECESSIDADE DE AFINAMENTO ENTRE OS FATORES EXÓGENOS	115
3.6 O CONTRIBUTO DA VIRADA HERMENÊUTICA	117
3.6.1 A transição para a filosofia da linguagem ordinária	117
3.6.1.1 Alguns fundamentos e características do positivismo lógico	118
3.6.1.2 Alguns fundamentos da filosofia da linguagem ordinária	121
3.6.2 A contribuição de Gadamer para a virada hermenêutica	121
3.6.2.1 Os elementos das ciências do espírito	121
3.6.2.2 O preconceito e o círculo hermenêutico	125
3.6.3 Juízes e deuses	127
4 REPENSANDO O POSICIONAMENTO DOS ATORES DO DISCURSO JURÍDICO PENAL	130
4.1 EVIDÊNCIA, SOCIEDADE FECHADA E TREINAMENTO	130
4.2 RENASCIMENTO DA RESPONSABILIDADE DO INTÉRPRETE NAS DIMENSÕES DO <i>ETHOS</i> , DO <i>PATHOS</i> E DO <i>LOGOS</i>	135
4.2.1 A razão discursiva e os lugares do <i>logos</i>	135
4.2.2 A responsabilidade do jurista (ou do aplicador) – <i>ethos</i>	136
4.2.3 A atenção ao jurisdicionado – o <i>pathos</i>	138
CONCLUSÃO	141
REFERÊNCIAS	145

INTRODUÇÃO

Não parece haver dúvidas de que a Ciência do Direito teve que enfrentar, nas últimas décadas, uma severa análise de teorias ligadas à argumentação jurídica e à filosofia da linguagem, o que provocou um dismantelamento e uma revisão dos postulados científicos calcados no acervo positivista.

Essa crítica que hoje pretende dar fundamento de cientificidade ao direito, conquanto não possa ser identificada apenas em uma ou outra teoria, mas num fenômeno fragmentado em correntes de diversas orientações, tem por denominador o repúdio à epistemologia positivista. Podemos entender, por isso, em parte, que as relações entre direito e moral passam a permear novamente as discussões em torno do problema do que é o direito. O resgate da retórica para a reconstrução de um conceito de racionalidade na filosofia e nas ciências, os progressos da filosofia da linguagem, o reconhecimento dos princípios fundamentais e suas interações num sistema de direito constituem alguns fundamentos que determinaram a desconsideração do positivismo jurídico, em suas diversas concepções.

Podemos destacar, dentre outros valores caros ao positivismo jurídico, as notas de determinação e certeza na aplicação do direito aos casos. Nesse sentido é que a orientação positivista, notadamente no direito penal e na construção de seu discurso justificante, converge para a noção de uma idéia de segurança, isto é, a segurança dada pela obediência à norma. O desenvolvimento da lógica formal, aplicada aos raciocínios jurídicos, reforçou esse entendimento segundo o qual a norma jurídica tem um campo de aplicação determinado, conferindo validade à interpretação que esteja adequada aos princípios formais de raciocínio. Esse ideal positivista nascido da Revolução Francesa assenta-se sobre os postulados da sistematicidade e do vínculo a tais estruturas formais.

Ocorre que as revisões a que o positivismo foi submetido tendem, hoje, a não mais dar privilégio às categorias que inspiram o rigor lógico em que se assentou a ciência do direito por tanto tempo. Em lugar da busca pela demonstração, surgem técnicas de argumentação que não pretendem trazer a lume as evidências, mas se voltam para a persuasão, a adesão e o convencimento. Chaïm Perelman esteve na vanguarda do pensamento jusfilosófico com sua Teoria da Argumentação, que

pavimentou o terreno para outras construções teóricas alternativas ao positivismo, mas nem por isso arbitrárias.

Apesar das críticas inevitáveis ante toda uma tradição de cientificismo cartesiano, a Teoria da Argumentação prosperou como instrumental de leitura do raciocínio jurídico, principalmente por conta de seus postulados básicos, que resistem ainda hoje sob denominações diferentes. Os conceitos centrais parecem ter resistido e não é difícil identificá-los hoje nas diferentes orientações jusfilosóficas que disputam o domínio do direito.

Um desses conceitos da Teoria da Argumentação representa um papel primordial na análise que se pretende travar no presente trabalho. Trata-se do conceito de *auditório*. Em Perelman, todo discurso converge para um auditório cuja adesão se tem como objetivo. Em sua *Lógica Jurídica*, onde as categorias teóricas da Nova Retórica são empregadas na crítica ao raciocínio jurídico, o auditório aparece abrangendo não só a comunidade jurídica, mas os integrantes da sociedade onde o discurso jurídico ocorre. O raciocínio volta-se para o que a sociedade espera que seja o direito. Estabelece-se um diálogo entre direito e moral, cujas conseqüências os tornam praticamente indissociáveis e aponta-se a perigosa alternativa de redução do foco do discurso às expectativas sociais em torno do alcance e significado do direito penal, fenômeno de indiscutível presença e atualidade.

Concepções posteriores à de Perelman não parecem se afastar da idéia de sociedade como ponto de convergência do raciocínio daquele que é encarregado de aplicar e interpretar a norma. Não se tem mais, fora do diálogo, os valores ou a moral. Os princípios jurídicos tomam forma no diálogo invocado como uma concepção própria de democracia. As cartas políticas dos diferentes estados voltam a ocupar uma posição central, fontes de formas de interpretação.

Essas transformações operadas na teoria do direito resvalam claramente na estrutura doutrinária de uma teoria específica do direito penal considerada em seu âmbito democrática e respeitadora das liberdades fundamentais. Com efeito, a edição, em 1989 na Itália e posterior consagração no Brasil da Teoria do Garantismo Penal compilada por Luigi Ferrajoli, parece mostrar que os postulados positivistas não perderam, nesse terreno, seu fôlego. Pretende o garantismo ser uma forma de positivismo a serviço de um direito penal racional e humanitário, de acordo com os princípios consagrados em todos os países democráticos e inspirados nos valores

cunhados pelo iluminismo. Apesar da referência a valores e princípios de clara gênese jusnaturalista, o surgimento da sistematização garantista de Ferrajoli consagrou o positivismo jurídico na defesa da segurança e racionalidade do direito penal. Os corolários dessa orientação epistemológica resultam na racionalidade e na certeza do juízo, tanto da definição dos fatos como na identificação do desvio púnível, campos creditados à dogmática do direito penal e processual penal, respectivamente (definição legislativa e comprovação jurisdicional). Esses valores centrais (racionalidade e certeza) são satisfeitos por uma ampla gama de princípios, dos quais a legalidade ocupa o vértice. Em sua base, está a doutrina da separação entre direito e moral, tributada ao iluminismo e que vai caracterizar o positivismo jurídico.

É impossível estabelecer, sem qualquer mal-estar, o confronto entre as mais recentes orientações creditadas válidas para uma ciência geral do direito e os postulados que orientam hoje a doutrina penal do garantismo ou que, com tal base teórica, pretenda-se como um direito penal voltado para o respeito à pessoa humana. O direito penal, nesse aspecto, funda-se e parece depender dos ideais de racionalidade e certeza que foram consagrados pelo positivismo jurídico. Por outro lado, um pensamento orientado a valores, num novo diálogo (ainda complexo) entre orador e auditório se apresenta como fundamento de um direito democrático e já invadiu, por consenso da comunidade jurídica, uma ampla parcela de uma teoria dos direitos fundamentais.

Os questionamentos, num quadro como esse, são inevitáveis. O primeiro centrado na triste história de um direito penal orientado a valores e nas conseqüências que aguardam a inclusão do conceito retórico de *auditório* aos raciocínios que determinam a interpretação e aplicação das normas penais. Não é difícil detectar que, à expansão da criminalidade (ou da divulgação da criminalidade...) corresponde a retomada de uma crescente repressão penal. A violência, percebe-se, faz a sociedade voltar os olhos para soluções penais: do fim das garantias processuais à pena de morte. O discurso do intérprete voltado a esses anseios parece mais promissor em seu palanque natural do que como aparato de defesa dos direitos fundamentais. Outra questão refere-se aos mecanismos pelos quais o direito penal busca adquirir sua certeza e sua racionalidade, pois não é certo partir da premissa de que o positivismo jurídico e seu instrumental epistemológico possam conferir ao

direito penal essa forma de racionalidade pretendida, mas que o olhar retórico lê como inalcançável. Finalmente, pergunta-se sobre as possibilidades e os limites de aplicação de uma tendência, na ciência do direito, voltada à manipulação retórica e dependente do concerto entre princípios fundamentais, para um direito penal democrático e voltado para a proteção dos direitos individuais.

Portanto, essas incompatibilidades aparentes entre uma teoria do direito que pretende superar as “amarras” positivistas e um direito penal que se lança sobre os direitos fundamentais exatamente pela via de uma epistemologia acusada de “desgastada” permitem lançar a questão central que consiste em indagar se uma postura penal democrática e alinhada com a defesa dos direitos humanos suporta uma concepção retórica da aplicação das normas penais e crítica geral ao próprio discurso jurídico penal.

Mas cumpre justificar uma delimitação voltada para a concepção *retórica* da racionalidade jurídica e não outra. Trata-se da necessidade de um enfoque que torne a pesquisa viável. Ela não poderia perder-se num extenso rol de diferentes orientações epistemológicas que hoje discorrem sobre uma moderna concepção do que seja o direito, de modo que uma exploração que tente abranger apenas o interregno teórico que vai de Kelsen a Niklas Luhmann demandaria tempo e espaços incompatíveis com uma investigação mais objetiva. Portanto, um fio condutor comum deve balizar o caminho pelo questionamento central. A opção pelo ideal retórico da racionalidade jurídica deve-se tanto pela larga influência, no Brasil, das obras de Perelman e Robert Alexy como também pelo instrumental de leitura e interpretação que a Retórica (ou a Nova Retórica) fornecem para o fenômeno da decisão (que envolve, outrossim, a interpretação e aplicação das normas jurídicas).

A preocupação com a aplicação das leis penais decorre de uma constatação inicial não tão difícil de se verificar e que parece obter consenso não só da comunidade especializada, mas da sociedade em geral. Trata-se da expectativa gerada em torno do braço penal do Estado, movido pela proliferação do pânico e de medo, quase sempre como formas de persuadir o auditório representado por um eleitorado repleto de expectativas ante o espetáculo da punição.

De outro modo, a tutela penal dos direitos humanos assumiu uma forma toda peculiar de monopólio do conceito de cidadania, baseada na idéia de práticas denunciastas e em prol do recrudescimento da violência penal.

A manipulação do conhecimento penal reflete valores e expectativas sociais em torno do que se espera da atuação dos órgãos responsáveis pelos diferentes níveis de criminalização, não sendo difícil, num quadro de emergencialismo, imaginar as conseqüências do discurso penal subjacente a tal contexto.

Ao estudar os reflexos possíveis das novas orientações epistemológicas da teoria do direito no raciocínio jurídico, será possível traçar previsões a respeito desses fenômenos e permitirá uma reflexão sobre o papel desempenhado pelas normas penais e processuais penais, bem como os respectivos discursos de justificação, em especial na sociedade brasileira. A presente proposta visa, portanto, não apenas suprir um espaço pouco explorado da aproximação (e suas conseqüências) entre a metodologia retórica e um direito penal de garantias, mas também revisitar os postulados que informam um direito penal democrático, com todos os perigos e possibilidades inerentes à “invasão” das diferentes concepções retóricas, em especial aquela determinada pela Nova Retórica, de Perelman.

O relatório da pesquisa tomou como ponto de partida uma análise da retórica e sua chegada ao contexto da Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman, considerada pioneira no ingresso do assunto no âmbito da racionalidade científica. Há dois motivos suficientes para a opção pelo posicionamento preambular do capítulo: Como toda a crítica a seguir sobre as possíveis nuances, sob esse enfoque, do discurso jurídico penal toma como instrumental esse aparato teórico, não poderia estar confinado a um segundo momento; além disso, há breve desenvolvimento de elementos cuja compreensão facilitará a abordagem do objeto de estudo. O capítulo introdutório faz abordagem das conhecidas origens da retórica e seus desdobramentos sobre os eixos do *ethos*, do *pathos* e do *logos*, com comentários acerca de como esses ângulos de visão favoreceram sua apropriação pelo discurso científico do paradigma cartesiano. Segue daí um esboço nos principais delineamentos da Teoria da Argumentação, desenvolvida por Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, tornando possível observar os conceitos específicos de racionalidade e de positivismo jurídico tomados como ponto de partida do seu estudo e que procura conferir uma adequada perspectiva aos limites da obra de Perelman.

O segundo capítulo aborda alguns aspectos elementares da Teoria do Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli, posto que é o paradigma de contraponto essencial ao

confronto inerente à questão da pesquisa, principalmente porque corresponde em grande parte ao positivismo jurídico que Perelman tomou como ponto de apoio – muito embora sob um ponto de vista um tanto exagerado, mas ainda assim acertado – e que lhe serviu de contraponto. Os desdobramentos do garantismo, largamente influentes como ponto de apoio a um direito penal racional e autocontrolado são confrontados, no mesmo capítulo, com a crise do discurso jurídico penal, tomada em dois aspectos: a crise desses princípios de garantia, rechaçados pelo desgaste da epistemologia que os impulsiona e a crise do direito penal em sua própria justificação. Daí o desdobramento do capítulo, que ingressa nos focos principais da crise do direito penal: a deslegitimação, o risco, a emergência e a modernidade, esta última configurada por Winfried Hassemer segundo a Dialética da Ilustração, nele denominada Dialética do Moderno.

Em seguida, no capítulo seguinte, a análise é focada no ponto considerado nuclear no garantismo, que é da legalidade estrita, com as tradicionais conseqüências para uma determinada postura hermenêutica das leis penais. Os capítulos anteriores favorecem a observação de que a pretensão de neutralidade, segurança e certeza que promete o garantismo para o enfoque hermenêutico não tem sustentação segundo a ótica fornecida pela Teoria da Argumentação. Nessa conclusão o aparato da Nova Retórica não está sozinho, porque se vê, quanto às conclusões que fornece sobre a interpretatividade e manipulação mesmo das questões de fato supostamente intangíveis, por diversas orientações da filosofia da linguagem ordinária, com destaque para Hans-Georg Gadamer, sua noção de círculo hermenêutico, e as intersecções – não propriamente comparações – com o resgate retórico, notadamente através dos elementos tomados pelo filósofo alemão como pontos de partida à sua crítica em “Verdade e Método”.

O último capítulo projeta a pesquisa no âmbito do papel dos atores envolvidos no discurso jurídico penal, discutindo as possíveis perspectivas de análise segundo os âmbitos atribuídos aos três elementos formadores do discurso retórico, o *ethos*, o *pathos* e o *logos*, correspondendo respectivamente ao orador, ao auditório e ao próprio discurso.

Se as conclusões pouco apontam para um traçado pronto, indicam o quanto ainda há por fazer para que o discurso jurídico penal não se torne instrumento de mera justificação acrítica das instâncias de poder, especialmente pelo uso abusivo do

direito penal. Para tanto, o ponto de partida tem uma perspectiva favorecida pelo instrumental trazido pela Teoria da Argumentação.

1 DA RETÓRICA À NOVA RETÓRICA: A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO COMO REDIMENSIONAMENTO DO RACIONAL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DIREITO

1.1 POR QUE A RETÓRICA ?

A retórica retomou o seu curso, ainda não definitivo, sobre o estatuto de racionalidade das ciências humanas, ainda que seu campo de atuação, seus limites e sua própria definição para a época pós-moderna ainda estejam em construção. A história das ciências (ou melhor, a história dos discursos científicos) registra que a retórica tem períodos de obscurecimento contrastados com retomadas em movimentos pendulares, quando, como anota Michel Meyer, precisa-se levar adiante a racionalidade em face da fragmentação das ideologias: “sempre nos momentos em que os velhos modelos intelectuais, e portanto culturais, desmoronam, é que a retórica renasce.”¹

Mas, à aparição da Retórica como inserida num sistema de ensino e de pensamento seguiu-se a cruzada platônica em prol da filosofia e da verdade, fundando assim pela primeira vez a distinção entre o pensar filosófico e o pensar sofístico, identificado então com o pensamento que faz enganar e entorpecer.

De modo análogo ao projeto platônico de redefinição da razão, opondo a filosofia (da retidão, da verdade) ao sofisma (que cabia, em geral, à retórica), não foram poucas as retomadas do pensamento que determinaram-se como pontos de ruptura com um pensar mais ou menos identificável com a retórica e sua herança cultural. Embora impregnado da retórica em todos os níveis de comunicação, o século XX e mesmo o século XXI presenciam, paradoxalmente, essas rupturas, quando modos de argumentar em ciências sociais são identificados, em última análise, com uma evidência científica contra a qual não cabe discussão senão num sentido muito estreito. Para lançar mão de um simples exemplo, vejamos que na abertura da Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen anuncia que a liberação da ciência jurídica de elementos a ela estranhos significa o único caminho para seu princípio metodológico

¹ MEYER.M. La periode contemporaine In.: _____ (org) **Histoire de la rhetorique: des grecs à nos jours**. Paris: Le livre de Poche, 1999, p. 249.

fundamental, e “Isto parece-nos algo de per si evidente.”² Afixado à evidência, não é nenhuma surpresa que o direito perca de vista o próprio homem.

Mas a racionalidade calcada na evidência não poderia resistir ao esfacelamento progressivo, que começa no século XX, dos gigantescos projetos filosófico-políticos que se embatiam num pós-guerra maniqueísta. O mundo contemporâneo é o mundo do esfacelamento das explicações monolíticas e das vias alternativas, fragmentadas em direções diversas. E se por um lado, “para muitos, e desde suas origens, a retórica tem má-fama”³, por outro ela está impregnada em todas as atividades onde se identificam atos de comunicação, seja como mecanismo de manipulação, seja como modo de identificar as manipulações. Seja para viabilizar em certo sentido os regimes totalitários, seja para deles nos libertar.⁴

O século XX e por herança também o século XXI, acabam presenciando um outro momento, digno de monta, do ressurgimento da retórica: ressurgimento notável a ponto de fazer com que o discurso filosófico voltasse a ela como preocupação central, re-inaugurando-a como metalinguagem.

Ao contrário de outros pesquisadores, como Emmanuelle Danblon⁵ e mesmo Chaïm Perelman, que reduzem os pontos de retomada retórica à Antiguidade e ao Século XX, Michel Meyer⁶ indica na história do pensamento ocidental que a renascença é o ponto intermediário de retomada entre esses dois momentos, muito embora nela se detectasse também o estabelecimento do paradigma oposto, onde o discurso cartesiano livra a racionalidade dos estudos retóricos.

A principal compilação sobre a retórica na Antiguidade foi a obra de mesmo nome atribuída a Aristóteles, o que não chegou a ofuscar as posteriores influências das reservas de Platão. Na renascença, mais uma vez, a retórica ganha fôlego com o advento de um novo humanismo até deparar-se com a ruptura reivindicada pela ciência moderna, conforme Descartes anuncia em seu Discurso do Método e, finalmente, num terceiro momento, o racionalismo e o empirismo do século XX deixam à retórica um espaço ínfimo, de onde foi resgatada pelas filosofias da

² KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Trad: João Baptista Machado. 6ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 01.

³ MEYER, M. **La Rhétorique**. Paris: Presses Universitaires de France, 2004, p. 03,

⁴ MEYER, M. **Questões de Retórica: linguagem, razão, sedução**. Trad.: Antonio Hall, Lisboa: Edições 70, 1998, p. 13.

⁵ DANBLON, E. **Argumenter en démocratie**. Bruxelles: Éditions Labor, 2004, p. 25.

⁶ MEYER, M. **Histoire de la rhétorique: des grecs à nos jours**, p. 248-250.

linguagem ordinária e, em especial, pelo Tratado da Argumentação, de Chaïm Perelman.

De todo modo, é nessa última encruzilhada, registrada no século XX que a nova sistematização da retórica chama a atenção, pelo modo como funcionará como instrumental de leitura para o próprio discurso das ciências sociais, incluindo aí sua inclusão no difícil debate em torno do estatuto de cientificidade do direito. Nesse aspecto é através da obra de Chaïm Perelman que se estabelece o contraponto à ditadura da evidência no discurso científico (em especial a evidência, no direito, do discurso positivista). Numa etapa mais avançada, enfim, a retórica é definida como um modelo de reaproximação entre os seres pela redução de suas diferenças, conforme a chamada “problematologia” de Michel Meyer⁷.

1.2 OS PRIMEIROS REGISTROS DE UMA RETÓRICA AUTÔNOMA

A retórica nasceu com a polêmica e dela nunca mais se desvencilhou. Não só a polêmica como fonte de problemas a serem reduzidos pelo recurso à retórica marcaria sua fundação, mas também a polêmica sobre sua autonomia, suas funções, sua utilidade e seus perigos.

Sua origem está no debate judiciário, especificamente com relação à propriedade de terras. Segundo Roland Barthes, no século V a.C., caindo os tiranos Géron e Hiéron em face de um levante democrático na Sicília, seguiu-se uma guerra civil e, posteriormente, uma proliferação de debates em torno do resgate das terras expropriadas no período da tirania. Tais debates tomaram contornos de júris populares, centrados na eloquência dos contendores, onde a deliberação quanto à vitória dependia da escolha do melhor discurso⁸. À míngua de um direito de propriedade bem delineado, esses debates judiciários tomaram lugar entre a inexistência de uma pauta normativa e o mero emprego da força.

A disseminação desse modo de julgamento não tardou em produzir profissionais dedicados não somente a tais tarefas, mas também ao ensino do novo saber. As

⁷ MEYER, M. Argumentation, rhétorique et problématique. I In. ____ (org) . **Perelman le renouveau de la rhétorique**, Paris: Presses Universitaires de France, 2004, p. 123.

⁸ BARTHES, R. **A aventura semiológica**. Trad. Mário Laranjeira. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 09.

discussões sobre o direito de propriedade, nessa técnica de administração de conflitos, logo começou a tornar-se também ateniense:

Esse ensino passou com igual rapidez para a Ática (depois das guerras médicas), graças às contestações dos comerciantes, que moviam processos conjuntamente em Siracusa e em Atenas: a retórica já é, em parte, ateniense desde o século V.⁹

Nesse primeiro período, tem destaque Córax e seu discípulo Tísias, que fizeram publicar um catálogo de lugares-comuns aos discursos, para uso daqueles que se lançassem aos processos.¹⁰ Tamanha foi a burocratização dos processos que a retórica passou a ser vendida como instrumento capaz de persuadir qualquer um em favor de qualquer argumento, ou seja, “sua retórica não argumenta a partir do verdadeiro, mas a partir do verossímil”.¹¹ A retórica estará marcada para sempre por esse impulso inicial que a faz identificar com o provável, no lugar da evidência, mas sem deixar escapar uma possibilidade de manipulação que se pretendia, à época, como ilimitada e todo-poderosa. É bem certo que, como anota Manoel Carrilho, “Córax não valoriza a evidência, mas sua probabilidade: mais uma tese é provável, mais ela é aceitável”¹², e ainda, Olivier Reboul lembra que esse mesmo recurso à verossimilhança poderia trilhar caminho inverso, numa espécie de argumento batizado com o mesmo nome de seu autor, onde se diz que a improbabilidade reside no excesso de elementos que apontam para certa probabilidade:

Por exemplo, se o réu for fraco, dirá que não é verossímil ser ele o agressor. Mas, se for forte, se todas as evidências lhe forem contrárias, sustentará que, justamente, seria tão verossímil julgarem-no culpado que não é verossímil que ele o seja.¹³

As pretensões dos primeiros retores, como mais tarde será a denúncia de Platão, revelaram-se exageradas. O sucesso da retórica como disciplina inspirou seus primeiros teóricos a pretenderem tudo alcançar através dela: convencer todos, de qualquer coisa.

De todo modo, o advento da retórica como forma de administrar conflitos de propriedade, com todos os exageros concernentes às pretensões dos primeiros retores (e pouco mais tarde, pelos sofistas), é o registro da laicização da palavra à

⁹ BARTHES, R. **A aventura semiológica** p. 09.

¹⁰ REBOUL, O. **Introdução à retórica**. Trad.: Ivone Castilho Beneditti. São Paulo: Martins Fontes, 2000 p. 02.

¹¹ Ibid., p. 02.

¹² CARRILHO, M. M. Les racines de la rhétorique: l'antiquité grecque et romaine. In.: MEYER, Michel (org). **Histoire de la Rhetorique: des grecs à nos jours**. Paris: Le livre de Poche, 1999, p. 21.

¹³ REBOUL, O. **Introdução à retórica**, p. 03.

medida em que o debate passa a integrar o perfil dos primeiros traços da democracia ateniense.

Ora, a retórica nunca deixou de estar em meio à polêmica de ser identificada ora com o excesso de liberdade da palavra (lado para o qual tendiam os sofistas) e o excesso de controle, que significava, em última análise, na própria neutralização de sua natureza. De todo modo, seu atrelamento ao nascimento da democracia é inevitável.

A origem laica da retórica carrega também consigo um esvaziamento do que havia de “mágico” no uso da palavra.

Michel Foucault, numa interpretação da *Ilíada*, identifica esse gestual mágico contido na palavra como uma forma de produção da verdade, na Grécia arcaica, na passagem em que Homero registra o litígio entre Antíloco e Menelau durante uma corrida de carros. Menelau contesta a vitória de Antíloco, posto que acusa-o de ter cometido uma irregularidade e ambos passam a disputar entre a verdade entre si, inobstante a presença de uma testemunha colocada no justo ponto onde a irregularidade teria acontecido. Ao invés de recorrer à testemunha, Menelau, ante o fato de seu adversário negar ter cometido qualquer desvio, desafia-o a tomar na mão direita o chicote, pôr a esquerda em seu cavalo e jurar por Zeus dizer a verdade, sob pena de ser fulminado pelo deus. Menelau capitula diante do fato de não poder prestar tal juramento.¹⁴

Essa forma de produção da verdade, arraigada no antigo mundo grego, corresponde ao que Emmanuelle Danblon aponta como o domínio da palavra ritual, que é parte da estrutura da própria sociedade. É o conhecimento que distingue os poetas, os sacerdotes e a própria classe militar do restante dos cidadãos. A retórica nasce nesse contexto de transição do mito para a razão, na substituição da palavra mágica pela palavra humana, quando os deuses então já não tinham mais poderes sobre o destino dos homens. Nesse contexto:

Por seu turno, a justiça é, com certeza, divinatória. Pelo uso sistemático dos oráculos, ela se molda em uma concepção mágica da verdade compreendida como um saber absoluto e infalível, que engloba o passado, o presente e o futuro. Quanto aos guerreiros, eles utilizam a palavra por ocasião de funerais, na partilha dos despojos, ou quando deliberavam antes da ação. O jovem guerreiro deve poder manifestar sua opinião em

¹⁴ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad.: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3 ed., Rio de Janeiro: Nau, 2003, p 32.

assembléia. A palavra política é portanto uma virtude central, viril, do mesmo modo como a coragem física.¹⁵

A força persuasiva da palavra não estava propriamente no julgamento do discurso por uma assembléia, como viria a acontecer mais tarde na Sicília, mas residia num poder mágico, dado pelos deuses àqueles que poderiam alcançá-los, como se falava dos poetas.

O advento da retórica coincide com o declínio desse vínculo mágico entre verdade e palavra e o discurso passa a estar ligado à própria eficiência política das instituições. Para isso os sofistas, apesar de toda a reserva platônica (que fará oposição entre sofística e filosofia), cumprem um papel fundamental, ligando à palavra pública o indissociável elemento da responsabilidade do debatedor diante das instituições da cidade. Segundo Danblon:

Essa revolução se acompanha de uma transmutação de todo o pensamento que, antes de mais nada, toma consciência de que uma parte importante da realidade, a realidade social, é feita de homens, de suas convenções, e suas decisões, de suas discussões.¹⁶

Aquilo que o homem dedicava, pela palavra mágica, à divindade, por onde a verdade tinha acolhimento indiscutível, agora passa a residir nas instituições humanas, fazendo com isso nascer a responsabilidade daquele que prolata o discurso, bem como daquele que aceita o discurso retórico. A discussão política, tão cara à nascente democracia ateniense por volta do V século a.C. faz parte da descoberta da distinção entre natureza e lei, atribuindo à última características da criação humana e convencional e, portanto, variável. Enfim, “a descoberta do mundo humano é a descoberta da liberdade e de seu difícil corolário: a responsabilidade.”¹⁷

Essa revolução capitaneada pelos sofistas encontra-se no âmago, portanto, da democracia ateniense, mas “o mundo do sofista, é um mundo sem verdade, um mundo sem realidade objetiva capaz de criar o consenso de todos os espíritos, para dizerem que dois e dois são quatro e que Tóquio existe...”¹⁸ Platão tentará denunciar as pretensões dessa retórica calcada na liberdade absoluta, remetendo à filosofia do verdadeiro, à evidência segura de deus fora do mundo pernicioso e aterrorizante da caverna em que os sofistas haviam lançado toda a humanidade.

¹⁵ DANBLON, E. *Argumenter en démocratie*, p. 12.

¹⁶ *Ibid.*, p. 13.

¹⁷ *Ibid.*, p. 14.

¹⁸ REBOUL, O, *Introdução à retórica*. p. 09.

1.3 A SOCIEDADE FECHADA DA REPÚBLICA

Platão pretendeu separar de vez a filosofia da retórica. Seu sucesso nessa empreitada se deve em grande parte ao fato de que os antigos retores somente se tornaram conhecidos através da leitura do próprio Platão, como em *Górgias* e em *Protágoras*¹⁹, escritos por volta de 388 a.C., onde é narrado diálogo entre Sócrates e os dois célebres sofistas. As descrições de ambos, decorrentes da obra de Platão, representa grande parte do significado do pensamento sofístico, portanto, só foram conhecidos através da ótica de seu adversário mais engajado.²⁰

Os principais diálogos platônicos, protagonizados por Sócrates e seus adversários sofistas, lançaram as linhas essenciais do estabelecimento de uma filosofia separada da retórica, separada assim de tudo o que concerne ao verossímil, ao provável e ao convencional. Vale dizer, o projeto de Platão pretende ligar a filosofia à verdade, concentrando-se no absoluto. Remete a Deus, ao mundo intangível das idéias, alcançável àqueles eleitos tocados pela graça.

Para tanto, a retórica perde a sua totalidade para dispersar-se em gomos antagônicos, o que coincide com o aparecimento do método dialético. Segundo Manoel Carrilho:

Ela aparece em *Fedro*, e consiste em desdobrar a retórica em uma verdadeira retórica e uma falsa retórica, ou melhor, uma retórica-dialética e uma retórica-sofística. A retórica e a sofística são de novo assimiladas em uma identificação que consagra claramente o triunfo da dialética.²¹

A “verdadeira” retórica de Platão, que se afirma como a dialética, se coloca como instrumento da busca pela verdade, pelo absoluto, através da superação de sucessivos estágios de dúvidas permanentes, até que se alcance a conclusão evidente. Certamente, como anota Alberto Bernabé, a busca pela evidência se dá pela condução por uma mente virtuosa, detentora de conhecimento preciso das

¹⁹ Estando o presente capítulo reduzido aos estreitos limites da proposta deste trabalho, a breve análise que se segue restringe-se a tomar como fonte primária apenas *A República*, especialmente pelo fato de ser a obra onde a distinção entre sociedade aberta e sociedade “anti-democrática” torna-se mais alarmante.

²⁰ Assim, REBOUL, O, *Introdução à retórica*. p. 08

²¹ CARRILHO, M. M. Les racines de la rhétorique: l’antiquité grecque et romaine. In.: MEYER, Michel (org). *Histoire de la Rhétorique: des grecs à nos jours*, p. 31.

definições²², o que dista bastante da proposta dos sofistas de levar a retórica a qualquer interessado em tomar parte dos debates públicos e dos processos.

Essa dialética estará impregnada em todas as suas pretensões filosóficas, servindo de instrumental para o estabelecimento da verdade na política, na ética, nas ciências. A mera retórica, a retórica dos sofistas, não poderia encaixar-se nos planos intelectuais de descoberta do absoluto.

A reconquista dessa plenitude de significação – de significação real – efetiva-se por meio das etapas prescritas pela dialética platônica, que hierarquiza modos de conhecimento e de linguagem correspondentes a diferentes tipos de objeto: os patamares da ascese. Esse retorno constitui uma revisão do olhar que se des-engana, que se desvia dos simulacros e do ilusionismo e do empírico – reino das sombras, artefatos, simuladores e luzes artificiais – e busca a luz real, emanada de um sol de bem e de verdade, que brilha no mais alto²³

Esse desejo pelo absoluto, em que reside desde a sabedoria filosófica até os princípios articuladores da evidência da imortalidade da alma, bem característico da luta de Platão em face do efêmero e do contingente, restou bem representado no célebre mito da caverna, na República, que descreve o tortuoso caminho do homem para libertar-se das sombras que lhe traduzem a totalidade do mundo. Não à toa, a metáfora fundamental que abarca a síntese fiel desse pensamento está narrada na obra que constituiu o legado platônico de modelo de justiça e de sociedade.

Eis que a crítica não se prestou somente a defender o amor de Platão pela verdade. Ela está impregnada num projeto político que se opunha à própria configuração da democracia ateniense e que, em última análise, acaba por tornar clara a distinção entre sociedade fechada e sociedade aberta, o que é de real interesse para a análise das conexões entre a democracia e a viabilidade de acesso à argumentação.

Na República, encontramos os principais elementos nos quais estão alinhadas as idéias de Justiça, de Bem, de Felicidade, depositadas na construção teórica da cidade ideal, no diálogo capitaneado por Sócrates. Hans Kelsen anota que a Justiça que Platão busca em toda sua obra, embora seja ao fim inalcançável, pode ser definida pelo que ela não é, ou seja, a Justiça não é democracia ou ao menos não o

²² BERBNABÉ, A. Introdução In: ARISTÓTELES, **Retórica**. Trad.: Alberto Bernabé. Madrid: Alianza Editorial, 2005, p. 15.

²³ PESSANHA, J.A.M., A água e o mel. In: NOVAES, Adauto (org), et. All. **O desejo**. São Paulo: Companhia das letras, 1990, p. 93

modelo democrático ateniense²⁴. Para tanto, o expurgo à efemeridade retórica está na lista de prioridades da construção da República. O repúdio ao domínio retórico do opinativo ganha corpo na seguinte passagem, posta na boca de Sócrates:

– Mas estabelecemos previamente em que, se uma coisa destas nos aparecesse, teríamos que considerar o domínio da opinião, e não da ciência, pois, como objeto errante no espaço intermédio, é apreendida pela potência intermediária.

– Sim.

– Por conseguinte, dos que contemplam a multiplicidade de coisas belas, sem verem a beleza em si, nem serem capazes de seguir outra pessoa que os conduza até junto dela, e sem verem a justiça, e tudo da mesma maneira, desses diremos que tem opiniões sobre tudo, mas não conhecem nada daquilo sobre que as emitem.²⁵

E assim se traça o abismo platônico entre os que são filósofos (os que buscam as coisas em si) e os meros sofistas (que estão no domínio da opinião), afastados dos objetivos mais elevados das pretensões da República.

Ora, a condução da cidade não está reservada senão “aos que mais se distinguiram na filosofia e na guerra”²⁶, treinados e sábios o suficiente para poderem afastar-se da perda de tempo que se revelou o mundo das opiniões sofisticas. O trajeto intelectual rumo à verdadeira e bela constituição da Cidade deve passar ao largo da democracia, porque a ela corresponde justamente os vícios dos quais Platão acusa os sofistas.

A democracia é tida como um governo onde o homem é seduzido pela multiplicidade de opiniões, de virtudes, de pensamentos, enfim, onde o excesso de liberdade é fonte da escravidão²⁷. Na democracia o jovem (um modelo ao qual corresponde toda a sociedade democrática aos olhos de Platão), tendo de iniciar-se na sabedoria, é enredado por uma confusão de prazeres sem hierarquia e sem ordem de modo que por fim “entregará o comando de si ao primeiro [prazer] que se lhe deparar...”²⁸. Por isso, o modelo ideal de constituição corresponde à evolução da democracia, a saber, a tirania²⁹, alinhada de toda sorte com a filosofia preconizadora da absolutização do mundo das idéias.

²⁴ KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Trad.: Sérgio Tellaroli, 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 498.

²⁵ PLATÃO, Rep. 479 a-e

²⁶ Ibid., VIII, 543 a – d

²⁷ Ibid., VIII, 564 a – e

²⁸ Ibid., VIII, 561 a – e

²⁹ Ibid., p. 259 (VIII, 562 a – e)

A ascensão da democracia ateniense e seus vínculos com a proliferação da retórica marcou um período de notória transição. Do ponto de vista lingüístico, como apontado, determinou o esfacelamento da linguagem mágica, do vínculo ritual da palavra com a certeza da atividade divina sobre os homens, ao mesmo tempo em que substituiu as noções certas e exatas pela convenção e pela opinião. Sob uma análise sociológica, representa a transição da sociedade tribal, marcada pelo mito, pelo domínio de laços orgânicos e familiares, que é comunitária, verticalizada, para a sociedade democrática, marcada pelas relações abstratas e lutas de classe.³⁰ Estando os sofistas na vanguarda dessa nova sociedade aberta, Platão viu-se na necessidade de resolver-se com eles desclassificando-os em nome de uma forma de retorno ao absoluto que marcava, em certo sentido, a própria palavra mágica, emanada dos deuses, das sociedades tribais. A constituição ideal posta na República e todo seu adorno filosófico fazia parte, segundo comenta Popper, de uma tentativa de paralisação de mudanças sociais que caracterizaram a transição rumo à democracia ateniense.

Esse sonho de unidade, de beleza e perfeição, esse esteticismo e holismo e coletivismo, é tanto produto quanto sintoma do perdido espírito do grupo do tribalismo. É a expressão dos sentimentos dos que sofrem da tensão da civilização e um apelo a esses sentimentos, ardentemente feito.³¹

Essa sociedade contra a qual se levantou Platão, a sociedade que produziu os sofistas, estigmatizados com tanta veemência, revelou-se justamente aquela onde a retórica tornou-se o contraponto ao uso da força bruta, que tinha lugar como instrumento de disseminação de ideais totalitários. A sociedade aberta demanda a responsabilidade de todos diante da palavra, e, à medida em que essa sociedade volta ao tribalismo (como o da República, com todo seu instrumental teórico), tende a absolutizar suas instituições em detrimento da responsabilidade individual perante o uso livre e consciente da palavra.³² O resgate da retórica do fulminante projeto platônico trabalha entre os extremos revelados entre o excesso de liberdade a que pretendiam os sofistas, de a tudo dar razão pelo convencimento, e o excesso de crítica que tornava qualquer possibilidade de diálogo como vazia.

Aristóteles propiciou um primeiro resgatar da retórica ao tempo em que enfrentou o difícil caminho do meio-termo.

³⁰ POPPER, K.R. **A sociedade aberta e seus inimigos**, Tomo 1, Trad.: Milton Amado, 3 ed, Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo : Ed. Universidade de São Paulo, 1998., p. 188-9

³¹ Ibid, p. 215.

³² DANBLON, E. **Argumenter en démocratie**, p. 35.

1.4 A RETÓRICA DE ARISTÓTELES (*ETHOS, PATHOS, LOGOS*)

A Retórica de Aristóteles pode ser considerado o primeiro tratado que cumpriu a tarefa de resgatar a retórica das críticas platônicas, dando a ela um estatuto de racionalidade tão digno quanto o dos raciocínios baseados nas evidências. Esse trabalho não teve o condão de justificar o posicionamento excessivamente livre dos sofistas mas, antes de tudo, imprimiu sistematicidade à retórica, dando-lhe objetivos mais modestos.

É bem conhecida a distinção Aristotélica entre as partes da alma, onde cabem funções específicas à sua parte calculativa e deliberativa, como lecionou em sua *Ética a Nicômaco*. Eis que, estando o espírito humano dividido numa parte irracional e outra racional, esta última parte está também dividida num aspecto ligado à percepção das “coisas cujas causas determinantes são invariáveis” e outro destinado à contemplação “das coisas passíveis de variação”.³³ Ora, à racionalidade não corresponde, exclusivamente, a parte científica da alma, ligada à contemplação do invariável, mas também àquilo que leva o homem a deliberar sobre o contingente, sobre o que não pode inserir-se num cálculo definitivo e acabado, pois “deliberar e calcular são a mesma coisa, mas ninguém delibera sobre coisas invariáveis.”³⁴

A retórica encontra-se, em Aristóteles, sistematizada dentro desse segundo aspecto da alma racional e, portanto, está também a serviço de uma certa racionalidade destinada ao específico campo do verossímil, do provável e do contingente.

Mas as coisas não são tão simples como mais tarde se vê na leitura que Perelman faz de Aristóteles (graças à paradoxal precariedade de referências às suas obras). Aristóteles define a retórica como “contrapartida” da dialética.³⁵ A confusão entre retórica e dialética parece inexpugnável, dada a advertência de Olivier Reboul: “O problema é que não se conhece bem o sentido de *antístrofos*. Os tradutores utilizam

³³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*., VI,1, 1139 a 5

³⁴ Idem, VI, 1, 1139, a, 10

³⁵ ARISTÓTELES. *Retórica*. I, I, 1354a

ora 'análogo', ora 'contrapartida'. E – o que não simplifica as coisas – a explicação do próprio Aristóteles é um tanto confusa.”³⁶

Reboul afirma que a contradição reside no fato de que Platão pretendia tornar a dialética o mecanismo infalível do filósofo, em contraposição à retórica sofística. Aristóteles, porém, coloca ambas no mesmo plano, destinadas a aplicações análogas, sem que uma se sobreponha à outra.³⁷

De fato, ao tratar em outra obra, os Tópicos, sobre os dois modos de se buscar argumentar em face de qualquer proposição, Aristóteles define o método (dialética), como confinado aos seus limites específicos, da mesma forma como a medicina está confinada a limites, dentro dos quais se pode tê-la como perfeitamente aplicável:

Estaremos cabalmente de posse do método quando estivermos numa posição semelhante àquela na qual estamos relativamente à retórica, à medicina e outras artes tais, isto é, quando concretizamos nosso desígnio com todos os meios disponíveis, pois nem o retórico tentará persuadir nem o médico curar mediante todo expediente, mas se um ou outro não omitir nenhum dos meios disponíveis, diremos que eles possuem a ciência num grau adequado”³⁸

A retórica não pertence a nenhum gênero definido, pois trata da produção de convencimento acerca de qualquer objeto, diz Aristóteles. Nesses termos, a retórica é útil no sentido de viabilizar a deliberação sobre aquilo que não permite extrair conclusões evidentes, em campos onde mais de uma solução é possível, seja porque o debate deve encerrar-se de algum modo, seja porque não é da natureza do assunto uma conclusão evidente.³⁹ Não se destina a retórica, portanto, ao horizonte ilimitado da pretensão sofística.

Mas a grande contribuição da sistemática de Aristóteles reside na afirmação de elementos inerentes à completude da retórica, que é indissociável de cada um de seus três componentes: a retórica não existe sem um discurso que ligue o orador ao seu auditório. A cada elemento Aristóteles atribui uma dimensão específica da retórica, sem os quais perde sua essência.

Assim, uns argumentos podem residir no comportamento de quem fala (o orador), a que Aristóteles chama de *ethos*; outros tem por objetivo mobilizar o ouvinte para determinada disposição (que é a dimensão do *pathos*, ou o auditório) e há o próprio

³⁶ REBOUL, O. **Introdução à retórica**, p. 34 (no original, destaque em itálico)

³⁷ REBOUL, O. **Introdução à retórica**, p. 35.

³⁸ ARISTÓTELES. *Órganon*. Trad.: Edson Bini, Bauru: Edipro, 2005, p. 350 (Tóp. I, III, 101b 5)

³⁹ ARISTÓTELES, *Retórica*, p. 57 (I, II, 1357 a)

discurso, onde reside a racionalidade própria da retórica, a que corresponde o *logos*,⁴⁰ que Aristóteles define ao mesmo tempo como razão e estilo.⁴¹ É igualmente o raciocínio lógico e mobilização das paixões⁴².

De sua obra, no entanto, o privilégio do *logos*, segundo Michel Meyer, fica patente. Se a retórica é objeto da própria racionalidade, será o *logos* essa diferença entre o discurso persuasivo a que Aristóteles se refere, e a mera irracionalidade que apenas move as paixões sem qualquer controle, indigna dessa retórica.⁴³

Essas dimensões tornam-se elementos essenciais para o estudo da retórica, sua crítica e seu desenvolvimento nos séculos posteriores. Paradoxalmente, serão as apropriações parciais de dimensões isoladas que vão contribuir para a expulsão da retórica dos domínios da racionalidade, dando lugar ao discurso científico da modernidade, com a ascensão do método cartesiano.

1.5 A APROPRIAÇÃO DA RETÓRICA PELO DISCURSO CIENTÍFICO

Ao se desfragmentar, o encadeamento *ethos-pathos-logos* dá lugar ao discurso científico moderno. Os sintomas dessa dissociação são detectáveis ainda na antiguidade: Platão nega qualquer racionalidade ao *logos* e ao *ethos* do orador, vinculando-se ao auditório, ao *pathos*, como única dimensão de interesse⁴⁴ (convencer todo um universo de mentes racionais, objetivando o que mais tarde Perelman chamará de auditório universal).

O próprio Aristóteles, ao perder a unidade da retórica, contribuiu para sua fragmentação. As três dimensões vão corresponder a três gêneros de discurso.⁴⁵ O domínio do *ethos* será o gênero judiciário, que é o discurso voltado para o

⁴⁰ Ibid., p. 53 (I, II, 1356 a)

⁴¹ MEYER, Michel. Introduction: Pourquoi un histoire raisonnée de la rhétorique ? In.: _____(org) **Histoire de la Rhétorique: des grecs à nos jours**. Paris: Le livre de Poche, 1999, p. 06.

⁴² Ibid, p. 08

⁴³ MEYER, M., **La Rhétorique**, Paris: Presses Universitaires de France, 2004, p. 07.

⁴⁴ Ibid. p. 07

⁴⁵ MEYER, Michel. Introduction: Pourquoi un histoire raisonnée de la rhétorique ? In.: _____(org) **Histoire de la Rhétorique: des grecs à nos jours**., p. 10

juízo de determinados fatos passados, em geral diante de um juiz, contrapondo acusação e defesa.⁴⁶

O espaço do *pathos* será do domínio do gênero deliberativo, que se volta para uma assembléia discutindo em torno de assuntos que demandam uma ação. Portanto, voltado para o futuro.⁴⁷

A dimensão do *logos* fará parte do gênero epidíctico, que se consagrou como o discurso ligado ao presente e que, sem destinar-se especificamente ao julgamento ou à ação, cuida de assentar a reprovação ou aprovação de valores, atos, personagens. É o que está atrelado tão somente ao elogio ou à crítica.⁴⁸

Isso não só contribui para um estudo isolado dos três gêneros, como favorece sucessivas tentativas de monopolização da retórica através de um deles em específico. Em cada momento historicamente definido um é privilegiado em detrimento dos demais. No mundo romano, depois da preferência dada ao *ethos* do discurso judiciário, vê-se a retórica reduzida à linguagem estilizada, ornamental, destinada a agradar.⁴⁹

O renascimento, entretanto, resgata o *ethos* através do humanismo. Na mesma época, o *pathos* vincula-se com a condição humana e suas relações com Deus. Descartes, finalmente, apropria-se do *logos* e nele fundamenta a razão, sobre a qual será construída a ciência moderna e a análise matemática. Descartes elabora seu método numa estrutura análoga à do processo retórico⁵⁰.

Os tratados sobre retórica, substancialmente herdeiros da grande sistematização de Aristóteles, costumam definir a retórica através de quatro etapas. Conforme sintetiza Olivier Reboul⁵¹. A primeira, chamada invenção, consiste na delimitação do tema do discurso enquadrando-o no repertório destinado a um dos gêneros especializados. A segunda etapa é a disposição, que corresponde ao planejamento interno do discurso conforme a ordem dos argumentos. A terceira é a elocução, ou disposição física do discurso escrito e, finalmente, a quarta etapa consiste na ação, ou execução do

⁴⁶ ARISTÓTELES. **Retórica**, p. 64 (I, III, 1358 b)

⁴⁷ ARISTÓTELES. **Retórica**, p. 64. (I, III, 1358 b)

⁴⁸ ARISTÓTELES. **Retórica**, p. 65. (I, III, 1359 a)

⁴⁹ MEYER, Michel. Introduction: Pourquoi une histoire raisonnée de la rhétorique ? In.: _____(org) **Histoire de la Rhétorique: des grecs à nos jours.**, p. 11

⁵⁰ Ibid., pp. 13-14

⁵¹ REBOUL. O., **Introdução à retórica**, p. 43-44.

discurso, ligado às demais técnicas oratórias, como determinados efeitos. Essa última etapa também fora chamada de memória.

No Discurso do Método, a invenção corresponde, em Descartes ao primeiro preceito, pelo qual o filósofo só incluiria em seus juízos “o que se apresentasse de modo tão claro e distinto ao meu espírito, que eu não tivesse ocasião alguma para dele duvidar.”⁵²

Na disposição, onde se estrutura o que deve ser posto prioritariamente em relação à problemática e dividi-la em sub-questões suficientes para tornar a problemática clara, está o segundo preceito de Descartes: “ (...) dividir cada uma das dificuldades que devesse examinar em tantas partes quanto possível e necessário para resolvê-las”⁵³

Na elocução, está o terceiro momento do método: “ conduzir por ordem meu pensamento, iniciando pelos objetos mais simples e fáceis de conhecer, para chegar, aos poucos, gradativamente, ao conhecimento dos mais compostos (...)”⁵⁴

Finalmente, temos a síntese de todos os argumentos do discurso. Em Descartes corresponde ao momento final do método, que consiste em fazer todas as enumerações possíveis, completas de modo a se assegurar de nada ter omitido⁵⁵.

Com essas apropriações do *logos*, a retórica vê-se engolida pelo novo método. O *logos* passa a pertencer ao domínio da ciência e da matemática. O *pathos* vai definir a simples retórica, como meio do belo discurso, compreendendo aí o gênero epidíctico.

Essa redução da retórica a fez desaparecer do discurso das ciências na ocasião da inauguração do moderno “método”. O paradigma cartesiano dominará as ciências até o ponto de ruptura anunciado, apenas séculos mais tarde, pelo Tratado da Argumentação, com Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca.

⁵² DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Regras para a direção do espírito. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003 p. 31.

⁵³ Ibid, p. 31.

⁵⁴ Ibid, p. 32.

⁵⁵ Ibid, p. 32.

1.6 A NOVA RETÓRICA

1.6.1 Panorama

A teoria da argumentação de Chaïm Perelman procurou resgatar a retórica, estigmatizada pelo desuso e pelo discurso científico, aplicando-a em campos do conhecimento onde se acreditava raciocinar de forma objetiva e com absoluta higidez ideológica.

Através desse resgate do estudo da retórica, Perelman procura superar um condicionamento que faz encarar a argumentação como uma forma de ocultar ou subverter uma verdade que poderia ser apresentada pela evidência, pela demonstração, ideal no qual se apoiou a ciência e a filosofia desde o pensamento cartesiano.

Devemos ter em conta, assim, numa dicotomia marcante na obra de Perelman, o elemento de argumentação e de demonstração como duas faces da racionalidade, atuando em campos específicos, em igualdade de níveis, segundo os postulados teóricos da teoria da argumentação. A distinção entre argumentação e demonstração é primordial para compreensão desse pensamento.

Perelman sistematizou, no que chamou de “Nova Retórica”, o estudo “das técnicas discursivas que tratam de provocar ou de acrescentar a adesão às teses apresentadas a um determinado auditório”⁵⁶. Essas técnicas compõem um conceito mais abrangente de racionalidade e se tornam um importante instrumento de análise das decisões humanas.

Esse instrumental fornecido pela Nova Retórica permitirá reler, adaptando-o às categorias então sistematizadas, o raciocínio jurídico e permitir, com isso, seu estudo.

1.6.2 O ensaio sobre a justiça (1945)

1.6.2.1 Pressupostos teóricos do ensaio de 1945 e suas propostas

⁵⁶ PERELMAN, C.. *Lógica Jurídica*. Trad.: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1999 p. 151

No ensaio denominado “Da Justiça”, publicado pela primeira vez em 1945, em coletânea da Universidade Livre de Bruxelas, ficarão traçados os aspectos primordiais do tratamento que Perelman dará à justiça, através do estabelecimento de um conceito de justiça formal, delineado em casos práticos através de diversos modelos de justiça concreta. Esse parâmetro de divisão para o estudo da justiça tinha por objetivo delinear um conceito racional que fosse imune, na prática, a possíveis ingerências levadas a efeito por juízos de valor, ou seja, pretendia-se com o estudo traçar as linhas gerais de um modelo de justiça que pudesse superar a arbitrariedade que as paixões e as emoções lhe imprimem, restituindo assim seu estatuto filosófico.

Tentando estabelecer o acordo das mentes sobre o sentido conceitual de uma noção assim, seremos inevitavelmente levados a diminuir-lhe o papel afetivo: é apenas a esse preço que se conseguirá resolver o problema, se é que se conseguirá isso um dia. Ao mesmo tempo, a noção deixará de ser filosófica e admitirá uma análise científica, desprovida de paixão, mas dando mais satisfação ao lógico. Com isso, estender-se-á o campo da ciência, sem restringir, todavia, o da filosofia.⁵⁷

Esse verdadeiro paradoxo (falar racionalmente de uma noção impregnada por emoções de toda espécie) não se dá senão através da obediência a um compromisso filosófico que estava impregnado na filosofia de Perelman, a exemplo do que assentado como parâmetro do pensamento ocidental até então. Fala-se aqui numa determinada proposta de racionalidade a respeito da qual Perelman vai estabelecer um novo conceito.

De um modo geral, a filosofia e as ciências alcançam o século XX guiadas pelo racionalismo, baseado na busca da verdade, da universalidade, da eliminação do sujeito das cadeias causais, enfim, “... o ideal confesso dos racionalistas era perseguir, sem esmorecimento, a solução efetiva de todos os problemas levantados pelo estudo da natureza ou pela conduta humana.”⁵⁸

Os racionalistas tentaram empregar em tudo a razão: da natureza às ações práticas. Em parte, essa razão, fio condutor de todo o conhecimento e de toda a ação, prendia-se a um ideal divino ou, simplesmente derivado do próprio esforço humano.

⁵⁷ PERELMAN, C. **Ética e Direito**. Trad.: Maria Ermantina G.G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 07

⁵⁸ PERELMAN, C. **Retóricas**. Trad.: Maria Ermantina G.G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 255.

No século XIX e início do XX, o progresso das ciências matemáticas e físicas e os avanços da lógica, de fato, fizeram evoluir a racionalidade para fora de uma explicação divina e fizeram-na residir nos métodos das ciências naturais. A aplicação desses métodos a todos os domínios do saber daria conta de explicar a racionalidade e esse fenômeno chegou a reverberar através da filosofia da linguagem, através do positivismo lógico, que deixou um legado indiscutível para o pensamento do século XX e através do estudo de uma pretensa linguagem racional e logicamente construída, como aponta Luís Alberto Warat⁵⁹:

[...] o positivismo lógico erige a linguagem em objeto de sua investigação e como instância fundamental da problemática científica. Neste sentido, a semiótica é o nível de axiomatização dos sistemas significantes, postos como modelos matemáticos das diversas linguagens da ciência; sua Ambição (sic) máxima é a de criar um modelo matemático universal como padrão epistemológico para todas as ciências. Um modelo matematicamente garantido contra todas as perversões da história e das ideologias.

Uma discussão que se travou ainda no início do século XX, entretanto, questionou a tentativa racionalista de empregar os métodos científicos como critérios de solução de todos os problemas apresentados ao homem, em especial aqueles os voltados para a ação e a escolha. De fato, os partidários do empirismo lógico, reduzindo a razão aos limites dos instrumentos próprios às ciências naturais (e portanto, ao cálculo e à experiência), culminaram por eliminar qualquer tentativa de explicação racional das escolhas humanas no campo prático.

[...] enquanto os sucessores de Descartes se propunham usar em tudo a razão, esta era quase completamente eliminada, pelos racionalistas modernos, do campo da ação e daquele dos juízos de valor que podiam motivar nossas escolhas⁶⁰

O campo do valorativo, especialmente quando se trata de valores que movem e justificam decisões, foi retirado do domínio da razão e expurgado de qualquer abordagem científica. Toda pretensão a uma racionalidade definitiva e critérios absolutos buscados pelas próprias filosofias morais caiu por terra.⁶¹ Isso implica na impossibilidade de se falar em racionalidade no campo do plausível, do provável, do verossímil e do contingente, pois “(...) a concepção pós-cartesiana da razão nos obriga a fazer intervir elementos irracionais, cada vez que o objeto do conhecimento

⁵⁹ WARAT, L. A. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª Versão. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 14.

⁶⁰ PERELMAN, C. **Retóricas**, p. 256

⁶¹ PERELMAN, C. Le problème du bon choix, In: _____ e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Rétorique et philosophie: pour une théorie de l'argumentation en philosophie**, Paris: Presses Universitaires de France, 1952, p. 153.

não é evidente”⁶². Tal conclusão demonstra o completo ceticismo na busca da racionalidade no campo das decisões, dos valores e das escolhas.

Portanto, mesmo com uma inicial superação da racionalidade absoluta que impregnava o pensamento cartesiano, o campo do racional conheceu, com o desenvolvimento da lógica e das ciências nos séculos XIX e XX, uma redução do racional à evidência, impossibilitando que a própria filosofia se ocupasse daquilo que não fosse necessário, universal e absoluto.

É racional, nessa visão, o que é conforme aos métodos empregados nas ciências naturais e uma ciência não poderia, através de um instrumental lógico, basear-se em conceitos extraídos do provável, do verossímil ou do que, de qualquer modo, fosse fruto de juízos de valor. As conclusões científicas, portanto, instrumentalizadas por uma lógica formal, devem ser aceitas por todo ser racional que seja a elas submetido, entendendo-se que o desacordo, nesse ponto, significa o erro.

Paralelo ao campo da lógica, estava o da experiência, que pouca alteração fornecia quanto aos critérios de racionalidade, já que a razão se baseava na conformidade de uma proposição com os fatos.⁶³ Em síntese:

[...]ao identificar o racional ao evidente e ao incontestável, separa-se a razão das outras faculdades humanas, pois, nessa perspectiva, imaginação e vontade só podem ser causa dos erros, das prevenções e dos preconceitos. Retira-se da razão a capacidade de nos guiar em tudo o que concerne ao plausível; a idéia de uma escolha racional, e de uma argumentação que permite justificá-la, fica privada de qualquer significado.⁶⁴

O quadro da filosofia e das ciências em que Perelman se posiciona, em síntese, baseia-se numa racionalidade reduzida à evidência, contra a qual toda mente deve inclinar-se e, especialmente, na lógica formal, instrumento pelo qual se transfere a verdade das premissas para a conclusão, num raciocínio demonstrativo, cuja validade se baseia na própria forma como está estruturado. Essa concepção não é capaz de justificar o campo das decisões e das escolhas.

1.6.2.2 Significado da justiça formal

⁶² PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da Argumentação. A Nova Retórica**. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 3

⁶³ PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da Argumentação**, p. 2.

⁶⁴ PERELMAN, C. **Retóricas**, p. 216.

Num panorama científico-filosófico em que estava mergulhado Perelman e de onde extraiu seu compromisso epistemológico, não é difícil concluir pela necessidade de uma abordagem ao máximo asséptica do conceito de justiça. Enfim: se a importância filosófica da justiça faz de seu estudo uma necessidade, os elementos valorativos, subjetivos e portanto, “irracionais” que seu manejo pressupõe tornam uma abordagem científica inviável.

Retomando a abordagem primitiva adotada por Perelman no referido ensaio, nota-se que o caminho para uma análise deveria passar, necessariamente, pelo emprego de uma metodologia que evitasse a incursão de juízos arbitrários ou passíveis de controvérsia. Comenta Gianformaggio, que, nesse panorama:

Como sabemos, ele [Perelman] afirma que os procedimentos de justificação suscetíveis de serem analisados se reduzem em tudo e por tudo a uma pura dedução lógica. O que não significa entretanto que as teses relativas à ‘justiça formal e abstrata’ e aos procedimentos intersistemáticos de justificação sejam os únicos que possam ser defendidos em matéria de justiça. Elas são, em compensação, as únicas que podem ser sustentadas racionalmente e que são, portanto controláveis⁶⁵.

Sob esse espírito é que a depuração instrumental da Justiça começa, inicialmente com a enumeração, ainda que exemplificativa, das variações mais correntes de seu sentido, sobre os quais se irá detalhar os respectivos campos de atuação para, ao fim, determinar um conceito de justiça formal, válido para todos os casos onde se queira seu emprego, conforme as variações decorrentes de um dado aspecto pertencente à noção principal. Assim, entre as concepções mais correntes de justiça, Perelman enumera⁶⁶:

1. A cada um a mesma coisa.
2. A cada qual segundo seus méritos.
3. A cada qual segundo suas obras.
4. A cada qual segundo suas necessidades.
5. A cada qual segundo sua posição.
6. A cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

Como esses conceitos são substanciais, definindo cada um determinado olhar sobre a justiça, são tratados por Perelman como fórmulas de justiça concreta.

Semelhante enumeração serve como ponto de partida da análise que deverá compor um conceito global, embora essas diversas concepções sejam inconciliáveis

⁶⁵ . GIANFORMAGGIO. L. La tolérance libérale dans la pensée de Chaïm Perelman. In: HAARSCHER, Guy (org). **Chaïm Perelman et la pensée contemporaine**. Bruxelles: Emile Bruylant, 1993, p. 431.

⁶⁶ PERELMAN, C. **Ética e Direito**, p. 09

em caso de empregar-se mais de uma delas para se avaliar a justiça de uma determinada conduta. Na prática, cada uma dessas concepções representa um ponto de vista diferente sobre o próprio conceito de justiça, e mesmo são tributáveis a visões díspares da própria realidade, o que evidencia as repercussões diferentes em sua esfera de aplicação. Inobstante, Perelman procura extrair um denominador comum dessas diferentes concepções, e que vão integrar seu conceito de justiça formal, qual seja: “Princípio de ação segundo o qual seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados de uma mesma forma”⁶⁷.

O objetivo dessa formalização é claro, desde que se compreenda que com isso Perelman consegue afastar do modelo formal, tomado a partir das diversas fórmulas comuns à justiça, interferências de juízos de valor.

1.6.2.3 Os modelos ou fórmulas de justiça concreta

Estabelecido o modelo de justiça formal baseado no tratamento igualitário a seres semelhantes, começa a problemática com respeito às diferentes fórmulas de justiça concreta, que materializarão o conceito de maneira diferente conforme as diferentes visões de mundo onde tais formulações habitam.

As seis fórmulas de justiça concreta, entre as quais procuramos uma espécie de denominador comum, diferem pelo fato de que cada uma delas considera uma característica diferente como a única que se deva levar em conta na aplicação da justiça, de que elas determinam diferentemente a pertinência à mesma categoria essencial.⁶⁸

E, de fato, cada um desses modelos ingressará num campo inconciliável com os demais, ficando reduzido a certa margem de arbítrio a escolha do modelo de justiça concreta mais adequado à consecução da fórmula genérica “a cada um segundo x”.

Dessa maneira, embora a articulação entre os modelos formal e concreto tenha evidente apelo racional, não está imune a distorções e a limitações de todo o gênero, cuja crítica é formulada pelo próprio Perelman, ao realizar o cruzamento entre tais concepções.

Se a primeira fórmula, “a cada qual a mesma coisa”, reporta-se a um ideal (irrealizável) de igualdade perfeita, bem próximo da própria fórmula de justiça

⁶⁷ PERELMAN, C. *Ética e Direito*, p. 19.

⁶⁸ PERELMAN, C. *Ética e Direito*, p. 19;

concreta, dá margem à fácil usurpação por classes que se queiram superiores e detentoras de privilégios com relação aos demais membros da comunidade, isto é, pode desembocar em “um meio de fortalecer os laços de solidariedade entre os membros de uma classe que se considera incomparavelmente superior aos outros habitantes do país”⁶⁹.

As três fórmulas seguintes, “a cada um segundo seus méritos, suas obras e suas necessidades”, embora constituam-se sobre um caráter igualitário, nunca funcionam, num caso concreto, de forma concomitante, dado o conflito entre as regras de justiça a elas subjacentes. Os dois primeiros modelos, que leva em conta ou os méritos ou as obras, decorrem de visões de mundo antagônicas, baseadas ora em dados universais (méritos), ora em dados particulares (obras). A controvérsia acirra-se diante da pretensão à satisfação das necessidades, já que uma justiça distributiva conforme esse último critério não poderia considerar, sem excluir-se, méritos ou obras.

Enfim, conforme o estudo em questão, a justiça terá uma praticabilidade “racional” à medida em que se encontra afastada de interrupções provocadas por escolhas valorativas, embora estas sejam inevitáveis quando da articulação prática da justiça. Cada caso, em cada tempo e em cada sociedade dará preferência a uma fórmula de justiça em específico, em detrimento das demais, conforme uma pauta de valores previamente consagrada.

Observe-se que foi a confusão entre a justiça formal e a justiça concreta que fez que qualquer concepção da justiça parecesse resumir uma concepção do mundo; de fato, toda definição da justiça concreta implica uma visão particular do universo.⁷⁰

As dúvidas, nesse sentido, são inevitáveis: como estabelecer essas categorias essenciais, isto é, os seres que farão parte delas? Como estabelecer um critério de justiça, afinal, sobre as regras que definem o conteúdo da própria justiça? Isso leva inevitavelmente à deliberação através de juízos de valor, o que para Perelman, até então, representava uma margem irreduzível de arbitrariedade e, portanto, de irracionalidade. Dessa forma, ele chega a um incontornável grau de frustração, vendo um conceito valorativo como o de justiça, tão importante baliza para as ações práticas, estar, em certo ponto, reduzido ao arbitrário:

⁶⁹ PERELMAN, C. *Ética e Direito*, p. 21.

⁷⁰ PERELMAN, C. *Ética e Direito*, p. 32.

Assim é que, embora a justiça [formal] pareça ser a única virtude racional, que se opõe à irregularidade dos nossos atos, à arbitrariedade das nossas regras, não se deve esquecer que sua ação mesma é fundamentada em valores arbitrários, irracionais, e que a estes se opõem outros valores aos quais um sentimento de justiça refinado não pode ser totalmente insensível.⁷¹

Ora, isso significa, numa concepção de racionalidade com a qual Perelman então trabalhava, que o obscurecimento que os valores provocavam dentro do conceito de Justiça correspondiam à impossibilidade de se eliminar deles a arbitrariedade. A impossibilidade de racionalização somente deixa espaço para a desordem das paixões, da violência, do poder do mais forte.

Era essa a realidade que deveria ser aceita numa filosofia prática, principalmente para dar justificção às ações baseadas em valores? Aceitar de vez o arbítrio, as paixões e a violência tomarem conta das decisões sobre as escolhas entre os valores ou, de alguma forma, buscar neles uma racionalidade?

Essas dúvidas, com efeito, foram geradas por uma concepção filosófica da racionalidade que impregnou a filosofia e as ciências por uma ótica profundamente influenciada por concepções da razão de inspiração de Descartes. As filosofias racionalistas abandonavam tudo quanto não pudesse ser, pela razão, demonstrado pela força das evidências, força esta que daria aos raciocínios uma validade objetiva. Para superar esses questionamentos, Perelman precisava contrapor o conceito de racionalidade que o havia influenciado a um remodelamento, o que não podia ter lugar com base no instrumental até então fornecido pelas diferentes correntes racionalistas e pelos avanços que a lógica havia alcançado até o início do século XX. Antes porém de se abordar a solução epistemológica na Teoria da Argumentação, deve-se observar brevemente esses percalços teóricos.

1.6.2.4 Das dificuldades teóricas ligadas à aplicação da justiça

Trabalhando o conceito de justiça em conformidade com uma determinada pauta epistemológica ligada a uma predominante filosofia das ciências, baseada no racionalismo cartesiano, não tardou para que a proposta desses eixos de justiça propostos por Perelman alcançassem o estatuto de aporias incontornáveis com relação ao projeto inicial.

⁷¹ PERELMAN, C. *Ética e Direito*, p. 66.

Os principais problemas concernentes à aplicação da justiça formal, através dos modelos de justiça concreta, tinham dois aspectos que ficam bastante evidentes tanto no ensaio-base de 1945 como nos estudos posteriores: o primeiro com relação à problemática da classificação dos seres “essenciais”, ou seja, da categoria de seres que serão submetidos ao mesmo tratamento; o segundo problema, ou melhor, a segunda ordem de problemas reporta-se à justiça das próprias regras de tratamento.

O critério empregado para amenizar o problema dos inescapáveis juízos de valor traduziu-se no emprego da lógica formal, através da qual as questões acima referenciadas poderiam inserir-se em regras mais gerais como pontos de encontro de soluções racionais. Assim, a justiça formal, por onde se tem a exigência de tratamento igualitário de determinados seres, liga-se intimamente à enunciação de uma regra a ela subjacente, sem a qual perde sentido. O problema concernente à aplicação da justiça formal resume-se, em última análise, a questões de lógica.

A justiça formal se resume, pois, simplesmente à aplicação correta de uma regra.

[...]

Por outro lado, vê-se em que a justiça formal é vinculada à lógica: de fato, a aplicação da regra tem de ser correta, logicamente irrepreensível, o ato justo tem de ser conforme à conclusão de um silogismo particular, ao qual chamaremos silogismo imperativo, porque sua maior e sua conclusão tem uma forma imperativa.⁷²

Mas os componentes da justiça, conforme construção do próprio Perelman, levam a problemática muito além das soluções meramente lógico-formais, desde que o estatuto lógico-formal de validade científica, como aí descrito, não consegue se desvencilhar das inúmeras possibilidades de solução conforme os valores que orientam, ao final, as decisões concernentes às escolhas das diferentes modalidades de justiça concreta.

Dessa forma deve-se levar em conta como elementos da justiça o ato que a realiza, a regra que a enuncia e o valor que a fundamenta. O ato e a regra são elementos facilmente firmados em moldes meramente formais e, portanto, passíveis de submissão a critérios lógico-formais de pensamento. O valor, entretanto, que é justamente o mais importante elemento na configuração da escolha da regra e na determinação do ato de realização da justiça, fica alheio a esses critérios racionais

⁷² PERELMAN, C. *Ética e Direito*, p. 44.

e, nisso, reside fora da possibilidade de qualquer orientação racional, se considerados os valores em conformidade com a aludida pauta epistemológica que orientou a principal abordagem de Chaïm Perelman sobre a justiça.

Para superar essa aporia e galgar estatuto de racionalidade às escolhas baseadas em valores, Perelman passou a explorar a problemática segundo a qual poderia haver uma lógica como instrumental de uma racionalidade das escolhas calcadas em juízos de valor e que pudesse se opor à via de mão única posta pela exigência de um racionalismo cartesiano, baseado na coerção lógica das evidências.

O resultado dessas investigações sobre a racionalidade dos juízos de valor não foi propriamente uma formulação sobre a justiça, mas serviu para reexaminar os postulados desenvolvidos nesse primeiro trabalho, em conformidade com uma teoria paralela aos raciocínios demonstrativos baseados na lógica formal e nas evidências, ligada a uma retomada da Retórica, a partir de Aristóteles, criando uma Teoria da Argumentação, sobre a qual se firma a possibilidade de se tratar racionalmente dos juízos de valor, incluindo todos os valores que possam orientar as diversas versões possíveis para a justiça.

1.6.3 Como justificar racionalmente os juízos de valor e as ações humanas ?

Em princípio, Chaïm Perelman buscou resposta para essa zona de irracionalidade remetendo a fatores de origem sociológica ou biológica, como se vê num ensaio publicado em 1948, “Le problème du bon choix”⁷³.

As ações humanas, com efeito, são condicionadas sobretudo através de escolhas, sendo certo que o problema relacionado à boa escolha faz parte do interesse de estudo dos filósofos da moral e de todos aqueles interessados na razão prática. A questão da escolha apresenta-se sempre quando opções se apresentam ao espírito e a necessidade de seguir por um caminho cuja resposta não pode ser dada pelos modos formais de raciocínio.⁷⁴

⁷³ PERELMAN, C. Le problème du bon choix, In: _____ e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Réthorique et philosophie: pour une théorie de l’argumentation en philosophie**, Paris: Presses Universitaires de France, 1952, pp. 142-160

⁷⁴ PERELMAN, C. Le problème du bon choix, In: _____ e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Réthorique et philosophie: pour une théorie de l’argumentation en philosophie**, p. 146.

É certo que os racionalistas procuraram perseguir o ideal de valores absolutos, válidos universalmente e que poderiam determinar as ações em todos os campos da escolha humana, concepção à qual Perelman se opõe acusando-a de carregar uma contradição implícita, que consiste na própria eleição de um valor absoluto: se houvesse uma regra de conduta necessária a todo o campo das escolhas humanas, essa regra estaria afastada do próprio campo da moral. Se um fenômeno é, nessa visão, necessário, então estaria fora de questão fazer sobre ele um juízo de valor, não seria colocado o problema da escolha, até porque não haveria escolha.⁷⁵

Admitida a irredutibilidade dos incontáveis valores que guiam as decisões, qualquer abordagem deles deverá ser procedida por modos de pensar que levem em conta as contingências históricas⁷⁶, o que pressupõe a atuação não somente do conhecimento acumulado pela psicologia experimental, mas também as análises sociológicas, através das quais se pode avaliar o acordo obtido por determinados grupos sociais em determinadas situações. Entretanto, tais métodos ainda não formam um corpo sistematizado de conhecimentos específicos sobre o problema das decisões humanas. Por isso:

(...) é porque não há regras susceptíveis de fornecer uma solução definitiva ao problema da boa escolha que cada escolha constitui um risco, uma opção que engaja a responsabilidade do homem que escolheu, que a apreciação moral tem um sentido e que pode-se falar de liberdade humana.⁷⁷

Certamente o campo da ação prática continuou sem respostas, apenas remetido aos domínios da sociologia e da psicanálise, domínios do saber ainda atrelados a um ideal de objetividade incompatível com o problema. Entretanto, a constatação de Perelman onde se remete o problema das escolhas práticas ao campo da contingência dos fatores sociais abre caminho para a construção do conceito de *acordo*, e que será fundamental para sua re-elaboração da racionalidade.

A impossibilidade que a concepção de racionalidade até então em vigor tinha em ocupar-se dos juízos de valor que justificavam as ações e decisões humanas fomentou a perplexidade que dominou os trabalhos de Chaïm Perelman desde sua análise sobre o conceito de justiça. A ausência de instrumentos de trabalho científicos e racionais para a abordagem desse campo de conhecimento deixava as

⁷⁵ PERELMAN, C. Le problème du bon choix, In: _____ e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Rétorique et philosophie: pour une théorie de l'argumentation en philosophie**, p. 152;

⁷⁶ Ibid., p. 153;

⁷⁷ Ibid., p. 160

ações humanas para explicações reducionistas baseadas na força, nos impulsos, na violência. Era impossível, dessa forma, explicar campos de conhecimento onde vigorava um acordo mais ou menos bem definido (acordo esse que permite ao objeto ser delimitado no mundo), sem deixá-lo, mesmo assim, para o campo do irracional. Assim acontecia, nessa perspectiva, com a moral, a filosofia e o direito.⁷⁸

Ao limitar o uso da razão às intuições evidentes e às técnicas de cálculo, baseadas nessas intuições, abandona-se ao irracional, ou seja, às paixões, aos interesses e à violência, todo o campo de nossa ação que escapa aos meios de prova incontestáveis⁷⁹

Esse campo obscuro rejeitado pelas análises científicas, campo onde vigoram valores e decisões, deveria, para Perelman, ser acondicionado novamente no âmbito de estudo das ciências. Deveria estar disponível para uma análise racional e também objetiva, o que só foi possível com uma ruptura com o conceito de racionalidade que inspirou as ciências e a filosofia desde Descartes. Essa ruptura e conseqüente reformulação do conceito de razão foi possível através do resgate da retórica.

1.6.4 A redescoberta da retórica

Perelman propõe que até mesmo a opção pelo conceito então prevalente de racionalidade, que impossibilitava falar em razão prática, demandava uma justificação. Toda justificação surge num contexto, em especial quando referente às ações humanas, onde existem razões que podem ser acolhidas para fundamentar conclusões em sentido contrário. O que é válido absolutamente não pode ser submetido a um processo de justificação, porque não se contesta o que é evidente. A justificação só tem lugar dentro do que pode ser discutido.⁸⁰

Isso conduz a uma dicotomia do pensamento que estava assentada no pensamento aristotélico e, para tanto, Perelman alega tomar como ponto de partida, antes da própria Retórica – que parecia ser o caminho mais óbvio – o conjunto compilado no Organon, onde Aristóteles sistematiza seus métodos de raciocínio para todas as finalidades.

Aristóteles já havia sistematizado a lógica formal como instrumento dos raciocínios analíticos, onde a evidência das conclusões decorre da evidência colocada nas

⁷⁸ PERELMAN, C. **Retóricas**, p. 217.

⁷⁹ Ibid, p. 217.

⁸⁰ Ibid, p. 169.

premissas. A modalidade mais conhecida desse raciocínio, que é o silogismo, propunha chegar-se a uma conclusão irrefutável com base em dados também inegáveis. A validade do raciocínio vinculava-se à sua adequação formal: todos os A são B. C é A, logo C é B. O domínio da lógica seguiu um curso de desenvolvimento que não conheceu refluxos de monta, com base nos raciocínios analíticos. Tornou-se exclusivamente o plano da evidência e da demonstração.

Entretanto, o próprio Aristóteles reconhecia que, ao lado dos raciocínios analíticos, havia raciocínios voltados para aquilo que não poderia ser reduzido à evidência e à certeza. Consistiam eles nos raciocínios dialéticos, que eram instrumentalizados por meios que buscavam a adesão a teses que se apresentavam, trabalhando no campo do provável e do verossímil.

Numa releitura das obras de Aristóteles, Perelman deparou-se, portanto, com o já mencionado domínio do saber que havia sido negligenciado pela filosofia e pelas ciências, concernente à discussão de métodos voltados para a adesão a teses que não poderiam ser demonstradas pela evidência, mas que apenas existiriam com base em uma argumentação, típica dos raciocínios analíticos. Esse domínio é o da retórica em Aristóteles, para quem raciocínios dialéticos e analíticos eram voltados para finalidades específicas e não tinham prevalência um sobre o outro.

1.6.5 A Nova Retórica

1.6.5.1 Ruptura com o conceito de razão oriundo de Descartes

Perelman, em colaboração com Lucie Olbrechts-Tyteca, dedicou-se ao estudo das técnicas de argumentação, resgatando o domínio dos raciocínios dialéticos na antiga retórica oriunda de Aristóteles. A sistematização desses métodos permitiu reestruturar o conceito de racionalidade que havia sido destinado somente à demonstração e aos raciocínios lógico-formais. Esse trabalho de sistematização das técnicas voltadas para obter a adesão de um auditório foi chamado de Tratado da Argumentação, e seu campo de estudo, de Nova Retórica.

Já em 1950, quando as pesquisas que conduziram ao Tratado da Argumentação estavam em andamento, Perelman e Olbrechts-Tyteca haviam constatado o seguinte:

Nós as situamos [as pesquisas] dizendo que elas estão nos confins da lógica e da psicologia. Seu objeto seria o *estudo de meios de argumentação, não pertencentes à lógica formal, que permitem obter ou aumentar a adesão de outrem às teses que se lhe propõem ao seu assentimento.*⁸¹

Como visto, esse campo de estudo, identificado com uma Retórica renascida do esquecimento dos lógicos, vai ocupar um campo negligenciado pela razão, para ampliar-lhe o conceito. Assim começa o Tratado da Argumentação:

A publicação de um tratado consagrado à argumentação e sua vinculação a uma velha tradição, a da retórica e da dialética gregas, constituem *uma ruptura com uma concepção da razão e do raciocínio, oriunda de Descartes*, que marcou com seu cunho a filosofia ocidental dos três últimos séculos.⁸²

O campo de estudo desse saber é delimitado. Trabalha-se com o discurso que tem por objetivo obter a adesão. Trata-se do discurso, isto é, pressupõe o emprego da linguagem escrita ou falada, o que afasta ações visando essa adesão, como o recurso às armas, por exemplo.

A nova retórica, portanto, tem como objeto de estudo a linguagem, escrita ou falada, não se preocupando, de imediato com ações que visam adesão a certas teses.

1.6.5.2 Demonstração e Argumentação

Uma demonstração significa a concordância de um raciocínio com regras que estão explícitas em sistemas formais, de modo que suas premissas não são objeto de discussão e a linguagem delas não é objeto de controvérsia, posto que os elementos constantes dessas premissas estão, num sistema formal, livres de qualquer ambigüidade.⁸³

O lógico não precisa preocupar-se com o conteúdo de seus axiomas, desde que eles sejam inseridos num raciocínio formalmente válido. Não existe preocupação

⁸¹ PERELMAN, C. Logique et Rhétorique. In _____ e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Rhétorique et Philosophie**. Pour une théorie de l'argumentation en philosophie. Paris: Presses Universitaires de France, 1952, p. 1. Em itálico no original.

⁸² PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da Argumentação**. A Nova Retórica. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1. Em itálico no original.

⁸³ PERELMAN, C. **The Realm of Rethoric**. Trad.: Willian Kluback. Notre Dame; London: University of Notre Dame Press, 1982, p. 09.

com o sentido das expressões, cuja interpretação fica a cargo daquele que vai aplicar esse sistema axiomático.⁸⁴

A argumentação, entretanto, não tem como objetivo deduzir conseqüências necessárias de premissas necessárias. Ela objetiva obter ou aumentar a adesão dos membros de um auditório às teses que são apresentadas. Os elementos de uma nova retórica tem por base as constatações dessa dicotomia entre a argumentação e a demonstração.

Um estudo da argumentação ocupa-se com a caracterização de suas diversas estruturas, antes mesmo de se deduzir as provas experimentais. Há nitidamente um rompimento com a idéia de um papel exclusivo, na avaliação da conduta humana (e dos campos de decisão), da psicologia experimental ou da sociologia, pois os métodos dessas ciências, eles mesmos, podem ser analisados através das categorias pertencentes ao raciocínio argumentativo, desde que se abra espaço para a controvérsia.⁸⁵

Assim, dentro de um conceito elástico de racionalidade, encontramos de um lado um saber dominado pelas técnicas de demonstração, que objetivam transferir a necessidade das premissas para as conclusões, instrumentalizado por uma lógica formal. Do outro lado, encontramos um campo da racionalidade que se ocupa das formas de obter a adesão a teses que não cabem na universalidade, na necessidade e que por isso mesmo se apresentam na forma de argumentações, que formam o campo de estudo retórica.

É bem verdade que a dicotomia entre argumentação e demonstração não só não fica clara em Aristóteles como, após Perelman, passou a ser questionada como o centro do debate envolvendo as possibilidades e os limites da retórica. Sem no entanto desqualificar o estatuto de racionalidade que a (nova) retórica postula, e também sem negligenciar o valor que essa dicotomia tem para tal estudo, Michel Meyer, passou a adotar como definição da retórica o espaço de negociação da diferença entre os indivíduos, debaixo de uma questão que os separa.⁸⁶

⁸⁴ PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação**, p. 16.

⁸⁵ PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação**, p. 10.

⁸⁶ MEYER, Michel. Argumentation, rhétorique et problematologie. In. _____ (org) . **Perelman le renouveau de la rhétorique**, Paris: Presses Universitaires de France, 2004. p. 123.

1.6.5.3 A importância da adesão

Uma das principais características da argumentação, em Perelman e que a diferencia totalmente da demonstração, é que enquanto as conclusões de uma demonstração não precisam preocupar-se com o acordo das mentes racionais a ela submetidas, uma argumentação precisa captar ou aumentar o acordo a suas conclusões. Ou, melhor falando, enquanto a demonstração procura transferir a evidência das premissas para a conclusão, a argumentação visa transferir o acordo dos dados iniciais para a conclusão. O acordo é um conceito central nos raciocínios argumentativos e serve de critério, em Perelman, para a argumentação eficaz.

A demonstração, por ligar-se a evidências, não precisa preocupar-se com o contato entre aqueles que se comunicam, pois suas conclusões valem independentemente desse contato.

A argumentação, por seu turno, não pode sequer iniciar-se se não existir um acordo inicial que coloque os espíritos em contato. Esse acordo preliminar resulta, na maior parte das vezes, de regras de convívio social.

Assim, não se dá a palavra a qualquer um (o que revela, ainda, uma força ao *ethos*). Em ambientes diferentes, a linguagem empregada se diversifica. Valores que são aceitos numa situação determinada podem não ser aceitos em outra. Regras podem determinar ou limitar o contato entre os espíritos. A aceitação ou não desse contato preliminar representa um importante dado para o estudo de grupos sociais e da forma como a argumentação circula entre eles. Parte-se da premissa de que submeter a alguém um argumento pressupõe a disposição para alterar o próprio ponto de vista e que as premissas apresentadas não são, de todo, evidentes. Exemplos da importância desse contato inicial como condição prévia da argumentação: um conflito bélico sempre é precedido pela retirada do corpo diplomático dos países em litígio. O afastamento da diplomacia (argumentação) precede a violência (guerra). Na Constituição Federal, impede-se a *deliberação* de propostas de emenda constitucional que tenham por objetivo abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e particular, a separação de poderes ou os direitos e garantias individuais (Art. 60, §4º, I a IV).

1.6.5.4 Os elementos da argumentação

1.6.5.4.1 O ORADOR

Não diferente da antiga terminologia empregada na retórica clássica, o orador é aquele que busca a adesão. Esse conceito entretanto não exige a presença física do orador, já que o discurso pode se dar na forma escrita. Também é importante ressaltar que o orador deve ter algum vínculo com aqueles a quem se dirige, seja por deter alguma qualidade específica, seja por ser dada a ele a oportunidade de se manifestar.

1.6.5.4.2 O DISCURSO

Na teoria da argumentação, o discurso é a mensagem. Com visto, Aristóteles fazia a divisão do discurso em três gêneros: o deliberativo, o judiciário e o epidíctico. Perelman não ignora essa divisão clássica entre os discursos, aprimorando modernamente essa terminologia, para vincular os gêneros em função do auditório ao qual se dirige o discurso e os efeitos que pretende obter o orador. Para uma moderna teoria da argumentação, o gênero epidíctico assume um papel importantíssimo, uma vez que busca reforçar ou obter a adesão a determinados valores os quais, mais tarde, farão parte de argumentações em diferentes meios e condições. Num recorte contemporâneo, pode-se designar como modernos gêneros epidícticos aqueles concernentes à educação e à propaganda, ambos voltados para o assentamento de valores num agrupamento social.

1.6.5.4.3. O AUDITÓRIO

a) Auditório e orador

As relações do orador com seu auditório são cruciais para o exame da argumentação, pois sabe-se que o discurso deve conformar-se com o auditório que se pretende influenciar, mesmo quando o objetivo final do orador não seja o de fazer convergir sua opinião com a que o auditório detém a princípio.

A argumentação tende a fracassar se o orador negligenciar em que consiste o seu auditório. O contato entre o orador e o auditório e que consiste num acordo

preliminar sobre quem pode falar e quem vai ouvir é fundamental para iniciar-se a argumentação, bem como para seu desenvolvimento.

A definição do que em cada caso será o auditório não é óbvia. O critério de definição do auditório, está em virtude da intenção do orador. Portanto, o auditório é o conjunto daqueles a quem o orador pretende influenciar para obter ou aumentar a adesão a suas teses.⁸⁷

Isso significa que o auditório será definido por uma construção do orador, em cada discurso. O sucesso ou fracasso da argumentação depende, dentre outros fatores, da adequada construção do auditório em função da real comunidade que é submetida ao discurso: “O conhecimento daqueles que se pretende conquistar é, pois, uma condição prévia de qualquer argumentação eficaz.”⁸⁸

O conhecimento do auditório depende (e de certa forma também deriva) da forma de condicioná-lo. Um auditório, especialmente se for heterogêneo, deve ser condicionado de forma a estar apto a aceitar a argumentação e, se ela tiver sucesso, ser influenciado. Esse condicionamento pode ser obtido por elementos extrínsecos ao discurso, como efeitos especiais, som ambiente, mensagens subliminares etc. Para uma teoria da argumentação, no entanto, interessa estudar o fenômeno do condicionamento do auditório através do próprio discurso. Esse condicionamento é feito através da adaptação contínua do orador ao auditório.⁸⁹ Isso explica, por exemplo, a polêmica em torno do nível da programação televisiva, se depende ou não ele do público. Segundo Perelman “É, de fato, ao auditório que cabe o papel principal para determinar a qualidade da argumentação e o comportamento dos oradores”⁹⁰

É certo, porém, que o orador não deve persistir em adaptar-se a todo tipo de auditório, se essa própria adaptação compromete os fundamentos de seu discurso ou demandam que ele seja apresentado por meios que pareçam, ao orador, repugnantes. O descrédito da retórica deve-se um pouco a uma ilusória obrigação do orador de adaptar-se sempre a qualquer auditório, juntamente com o fato de que essa adaptação forçada fez os retóricos criarem mecanismos gerais de discurso impraticáveis em todos os casos.

⁸⁷ PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação**, p 21.

⁸⁸ Ibid., p. 23.

⁸⁹ Ibid., p. 26.

⁹⁰ PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação**, p. 27

A natureza da argumentação, enfim, é determinada conforme o auditório que objetiva alcançar. Os diferentes auditórios funcionam como norma da argumentação convincente e, como úteis para o pensamento filosófico podem eles ser resumidos em : a) auditório universal; b) o formado pelo interlocutor; c) o formado pelo próprio sujeito.

b) Os diferentes auditórios e o auditório universal

Perelman destaca entre os diferentes tipos de auditório, portanto: o auditório que se resume no próprio orador, cuja argumentação representa uma deliberação íntima, o auditório composto por um único ouvinte, o auditório particular e o auditório universal.

O auditório particular está circunscrito a um agrupamento específico que compartilha com o orador um determinado conjunto de conhecimentos, opiniões e crenças, podendo ser exemplificado por uma comunidade científica específica.

O auditório universal, conceito dos mais controvertidos no pensamento perelmaniano, é o que se pretende formado por todos os seres racionais, capazes de compreender o discurso e de aderir a ele. É considerado como norma da argumentação objetiva, portanto, o principal alvo dos filósofos.⁹¹

A tendência à generalização e a busca pela objetividade atendem à pretensão de se convencer um auditório universal, onde a heterogeneidade de seus membros é substituída pela comunidade de mentes capazes e razoáveis. Daí serem considerados fracos os argumentos somente aceitos por auditórios específicos, isto é, particulares.

A busca pela adesão do auditório universal pressupõe uma argumentação que se pretenda coerciva, evidente, independentemente de contingências espaço-temporais e, nesse ponto, confunde-se com a própria lógica formal, cujas conclusões são evidentes e portanto coercivas.

Entretanto, a objetividade que se pretende para o Auditório Universal é apenas uma pretensão à universalidade do discurso do orador, e o próprio auditório universal é uma construção dele. O que se entende como sendo o objetivo vincula-se ao que, conforme concepções particulares, se julga ser o auditório universal. Tanto que,

⁹¹ PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação**, p. 34.

através do estudo das diversas concepções, entre os pensadores, do que seria o auditório universal pode-se obter as diferentes considerações, através da história, do significado dos termos *real, verdadeiro e objetivamente válido*.⁹²

Para Emmanuelle Danblon, o auditório universal encerra um duplo sentido: o de um princípio de direito que corresponde a uma idéia de racionalidade iluminista e uma universalidade de fato, sobre a qual se fundam, por exemplo, as cartas de direitos humanos, dirigidas a todos os homens.⁹³ É uma forma de retorno, controlado, à linguagem universal que se perdeu com o advento do signo lingüístico, e, com isso, realizar a articulação entre o fato e o direito através de um sentimento de evidência.⁹⁴

1.6.5.4.4 O PONTO DE PARTIDA DA ARGUMENTAÇÃO

O orador nunca parte do nada. Uma argumentação eficaz pressupõe um acordo inicial sobre os dados que figuram nos pontos de partida, e que devem ser compartilhados entre o orador e o auditório. O auditório deve, portanto, estar de acordo com esses pontos de partida, mesmo que para mudar de opinião, ao final.

São objetos de acordo que constituem as premissas os objetos relativos ao real e ao preferível.

Os objetos relativos ao real são tudo o que se presume versar sobre o real e se caracteriza por uma pretensão de validade para o auditório universal, como os fatos, as verdades e as presunções.

Os objetos do preferível caracterizam-se pelas escolhas de um ponto de vista determinado que só podemos atribuir a um auditório particular, como as hierarquias, os lugares, valores.

a) Fatos: Numa argumentação, o fato é caracterizado pela idéia que se tem certo gênero de acordos de auditórios a respeito de certos dados. A caracterização dos fatos vincula-se à construção do que é, em dado discurso, o auditório universal e,

⁹² PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação**, p. 37.

⁹³ DANBLON, E. La Nouvelle Rhétorique de Perelman et la question de l'auditoire universel, in: MEYER, Michel (org). **Perelman le renouveau de la rhétorique**, Paris: Presses Universitaires de France, 2004, p. 25.

⁹⁴ DANBLON, E. La Nouvelle Rhétorique de Perelman et la question de l'auditoire universel, in: MEYER, Michel (org). **Perelman le renouveau de la rhétorique**, p. 35.

em tese, não estão sujeitos a controvérsia. São objetos de acordo precisos e limitados. Do ponto de vista argumentativo, só estamos diante de um fato se podemos falar dele como um dado alheio a qualquer controvérsia.⁹⁵ Trata-se de uma pretensão, entretanto, porque embora se queira apresentar o fato como um dado alheio a qualquer controvérsia, não significa que não possa ser submetido a uma contestação racional no âmbito argumentativo.

b) Verdades: tem as mesmas características dos fatos, mas correspondem a uma ordem mais complexa. Tratam-se de ligações entre fatos, ligações essas regidas por acordos não mensuráveis, e são de alcance mais geral. A verdade pode significar uma certa cadeia de causalidade, ligada à probabilidade de ocorrência de um resultado, dado um certo fenômeno.

c) Presunções: As presunções também são postas na argumentação com base no acordo do auditório universal, mas a adesão a elas é variável, podendo ser reforçada por outros elementos. No direito, vemos que certas presunções são impostas por regras que determinam sua presença na argumentação, como a presunção de inocência. O mais importante tipo de presunção é a presunção de normalidade, como a normalidade de ocorrência de certo fenômeno dada uma certa causa, que pode ser um fato ou verdade. Presume-se que o que ocorrerá é o normal.

d) Valores. Trata-se de um objeto, um ser ou um ideal cujo emprego visa exercer influência sobre a ação, sem considerar que essa influência ocorre necessariamente em todos os auditórios. Os valores pressupõem a multiplicidade de grupos e a eleição de uns vincula-se à concepção que o orador pretende empregar a um auditório particular.

Os valores ditos universais, como o Belo, o Justo, o Absoluto somente são manipuláveis como valores, numa argumentação, quando se lhes especifica um conteúdo, o que valerá apenas para auditórios particulares. Uma pretensão contrária, de considerar como válida para o auditório universal uma determinada concepção universal de um valor, somente é possível mediante o emprego da força. É nessa categoria que Perelman faz inserir o conceito de justiça. Para ele, a noção só ganha praticabilidade quando desprovida de um sentido concreto. Os valores

⁹⁵ PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação**, p. 76.

absolutos somente podem ser apresentados como universais na medida em que são vagos.⁹⁶ Assim, ganha praticabilidade e aceitação um conceito como o de justiça formal, porque destinado ao acordo de um auditório universal.

e) Hierarquias. São pontos de partida que determinam a superioridade de uma coisa sobre a outra e que, em geral, ficam implícitas no discurso até o momento em que são contestadas, o que pode acontecer com frequência, especialmente no caso das hierarquias abstratas: superioridade do útil sobre o belo, por exemplo. Uma das mais usuais hierarquias consiste na afirmação da superioridade da quantidade maior de uma coisa. A importância das hierarquias consiste também na classificação dos diferentes auditórios, que são melhor identificáveis pela forma como hierarquizam os valores do que os próprios valores que admitem.⁹⁷

f) Lugares. São premissas de ordem geral, que vinculam e fundamentam valores e hierarquias.⁹⁸ Aristóteles os classificou como lugares-comuns, destinando a eles um largo campo de estudo dentro da retórica. Os lugares servem como premissas do raciocínio dialético, posto que se tratam de opiniões compartilhadas por todos, isto é, detém a adesão inicial de todo o grupo ao qual se destina o discurso. Inicialmente, os lugares (ou tópicos) eram tão gerais que poderiam ser empregados em todas as situações, tendo sido sistematizados por estudos retóricos ainda na antiguidade.

A moderna teoria do direito tem dado ampla atenção ao papel representado pelos tópicos como mecanismos de construção do discurso jurídico. Mas como anota Tércio Sampaio Ferraz Jr, o pensamento tópico, por onde se elegem certas fórmulas de decisão ligadas ao senso comum como auxiliares do processo argumentativo, não é inédito na ciência do direito, já que a própria retórica sempre esteve intimamente ligada ao raciocínio jurídico, de caráter prático: “No mundo jurídico, dada a estreita vinculação entre a *jurisprudência* e a *retórica*, a tópica caracterizou o estilo de pensamento dos pré-glosadores, glosadores e pós-glosadores. Na Idade Média, ela está presente não só nos comentários (...), mas também nas *lectiones et lecturae*.”⁹⁹

⁹⁶ PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação**, p. 86.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 92.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 04.

⁹⁹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.323.

Esse modo de pensamento voltado às decisões práticas, impulsionadas pela adesão ao discurso, anota-se, não deve ser confundido com o critério da subsunção de regras aos casos práticos por resolver, mas no embate entre fórmulas sem caráter científico que se empregam como pontos de partida no discurso. Isso porque “pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados com caráter problemático, que nos permite abordar problemas, deles partir e neles culminar”¹⁰⁰ e ainda, como lembra Manoel Atienza, trata-se de um pensar não preocupado com as conclusões, mas com as premissas¹⁰¹. Essas características, se comparadas com o modelo de pensamento positivista do discurso jurídico, mostram o quanto a tópica esteve afastada de uma ciência do direito pretensamente positivista e, de fato, a última retomada da tópica em inserção numa racionalidade jurídica se deve aos trabalhos de Theodor Vieweg.

Vieweg resgata a tópica como modo de raciocínio jurídico com base na obra de Giambatista Vico, anotando que, em seus trabalhos, estabelecia-se uma diferença de técnica de pensamento fundamentado entre uma tradição, de caráter retórico e um método novo, de inspiração cartesiana, chamado de crítico¹⁰². O modo crítico de pensamento, embora obtenha precisão e rigor no tratamento do discurso, objetivos queridos por Descartes, apresenta desvantagens que não o colocam em posição de primazia com relação à tópica: “ são elas, a perda da intuição prudente, limitação da memória e da imaginação, pobreza de linguagem, imaturidade de julgamento e, em resumo: privação de tudo o que é humano”¹⁰³.

Deve-se atentar que, em Perelman, a argumentação não se resume no instrumental dos *topoi*, como pretendia Viehweg (especialmente por considerar idênticos o pensamento tópico e o pensamento retórico) e os lugares atuam como coadjuvantes na construção dos elementos prévios e variáveis, condicionantes das argumentações. Ao retirar dos lugares (*topoi*) o estatuto de método, Perelman torna-os somente uma parte (mas importante) do processo argumentativo, mas não o esgota nisso.

¹⁰⁰ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**, p. 323.

¹⁰¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Trad.: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 49.

¹⁰² VIEHWEG. Theodor. **Topics and Law**. A contribution to basic research in law. 5 ed. Trad.: W. Cole Durham Jr. Frankfurt: Peter Lang, 1993, p. 4.

¹⁰³ VIEHWEG. Theodor. **Topics and Law**. p. 5.

1.6.5.4.5 ACORDOS ESPECÍFICOS DE CADA AUDITÓRIO

Os auditórios particulares diferem-se uns dos outros pelos acordos iniciais que admitem e o orador deve estar atento a isso. Esse fenômeno implica em interessantes relações entre auditórios especializados e não especializados, como se percebe dos sérios problemas concernentes à adaptação do discurso jurídico entre os auditórios especializados na área e os não especializados. Ex.: Júri, opinião pública e decisões judiciais etc.

Uma peculiaridade que deve ser ressaltada quanto aos acordos específicos dos auditórios jurídicos, é que o discurso jurídico tende a sempre ressaltar a inércia e a permanência, enquanto o político tende à mudança. Daí a importância, no gênero judiciário, da técnica do precedente e da coisa julgada.

1.6.5.4.6 A IMPORTÂNCIA DOS DADOS DO DISCURSO

Todo auditório particular detém um conjunto de dados garantidos por uma adesão preliminar e que consistem, no caso de um auditório especializado, no arcabouço conceitual de uma ciência. A utilização desses dados numa argumentação pressupõe uma construção, portanto, conceitual que confira a eles um sentido com vistas à adesão dos espíritos.¹⁰⁴

Numa demonstração, os elementos escolhidos são considerados unívocos e qualquer problema de interpretação desses elementos preliminares (quando se levanta alguma objeção) é eliminado da teoria. Na argumentação, porém, a interpretação dos dados demanda uma escolha.

Na argumentação, não existe univocidade nos dados escolhidos como ponto de partida e qualquer clareza neles significa apenas a existência de um acordo prévio que afastou, de modo não definitivo, quaisquer objeções quanto ao modo de interpretá-los.

É justamente quando interpretações incompatíveis fazem-nos hesitar sobre a maneira de conceber o dado que o problema da interpretação coloca com força; ele passa para o último plano assim que, tendo uma das

¹⁰⁴ PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação**, p. 136.

interpretações parecido ser a mais adequada, apenas ela fica presente na consciência¹⁰⁵

Ora, um número infinito de dados existe para cada auditório particular e o orador deverá fazer uma seleção deles com vistas ao objetivo do discurso. Mas, feita a seleção, é impossível estabelecer todas as possibilidades de aplicação dos dados selecionados, a não ser que se trabalhe num quadro limitador de interpretação. Com efeito, todos os pontos de partida sobre os quais deverá assentar-se o discurso são susceptíveis de interpretações diversas cujo alcance não pode, de antemão, ser determinado senão através dos acordos prévios que construíram os dados de certa maneira.

A clareza de uma noção num sistema não formal é apenas aparente. Está condicionada às possibilidades de interpretação que apresenta, e tais possibilidades são detectadas através de argumentações com diferentes sentidos e diferentes objetivos.

A clareza de um texto, ou de uma noção, jamais pode, pois, estar absolutamente assegurada, a não ser convencionalmente, limitando-se voluntariamente o contexto no qual convém interpretá-lo¹⁰⁶

Assim, toda interpretação em um dado sentido significa uma decisão, uma decisão prévia sobre a forma de interpretar esse dado, seja ele um valor, uma verdade uma hierarquia.

Uma noção tem o seu sentido garantido por um acordo ao qual sempre se pode remontar quando se quiser contestar esse sentido. Essa consciência da impossibilidade das noções unívocas resulta do fato de que se percebeu que uma noção só pode ter seu sentido totalmente disciplinado se forem disciplinadas todas as hipóteses de sua aplicação, o que só é possível em sistemas formais. Assim,

uma noção perfeitamente clara é aquela cujos casos de aplicação são totalmente conhecidos e que não admite, portanto, novo uso, que seria um uso imprevisto; apenas um conhecimento divino ou convencionalmente limitado é adequado a tal exigência.¹⁰⁷

E é justamente pelo fato de que as noções numa argumentação dependem, elas próprias de um acordo, que reside a distinção entre argumentação e demonstração.

Isso não impede que uma noção possa ter seu sentido delimitado, o que ocorre quando empregada dentro de determinados sistemas de conhecimento, como no

¹⁰⁵ PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação**, p. 137.

¹⁰⁶ Ibid., p. 143.

¹⁰⁷ PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação** p. 149.

direito, o que não afasta a impossibilidade de perfeita definição de todas as possibilidades de aplicação. Em outras oportunidades, uma noção deve permanecer sem uma pauta completa de preenchimento justamente para facilitar o acordo em auditórios heterogêneos, como ocorre com as declarações de direitos humanos, que insistem no uso de noções confusas justamente para manter uma mínima possibilidade de acordo inicial sobre pontos primordiais.

A determinação do sentido de uma noção é uma decisão que pode ou não obter a adesão do auditório a ela submetido. Uma noção é, em argumentação, considerada clara quando essa adesão é unânime, mas sabe-se que essa adesão não pode ser definitiva, embora determine um sentido prático para o emprego da noção. O acordo pode se desmantelar, por exemplo, quando as conseqüências do emprego de certa noção passa a ser repudiada pelo auditório, ainda que esse emprego se assemelhe a situações anteriores pouco diferentes do momento da contestação.

1.6.6 O raciocínio jurídico: uma lógica jurídica ?

1.6.6.1 A análise do raciocínio jurídico com base na fundamentação das decisões.

Perelman lembra, ao falar sobre o raciocínio jurídico, que a idéia de raciocínio pode referir-se tanto a uma atividade mental como o produto dessa atividade¹⁰⁸, uma divisão que é essencial para sua análise. A atividade interna tem raízes biopsíquicas e seu estudo compete à psicanálise e psiquiatria. Entretanto, o produto da atividade mental que designa o raciocínio, desde que explicitamente formulado, é objeto de estudo do lógico.

As decisões judiciais são escolhas e encaixam-se nessa noção de raciocínio, mas o seu estudo teve seu campo de atuação ampliado pela obrigação de fundamentação imposta aos juízes e a mudança do critério de *justo* que foi consagrado a partir da Revolução Francesa, que desencadeará a mudança do paradigma do direito natural para o do direito positivo.

Antes da Revolução Francesa, o ideal de justiça era o principal valor que deveria ser levado em conta, e seus critérios eram comuns ao direito, à moral e à religião. As

¹⁰⁸ PERELMAN, C. *Lógica Jurídica*, p. 01.

funções do poder do estado se misturavam nas mãos do soberano e não havia necessidade de se motivar as sentenças¹⁰⁹.

A Revolução Francesa desencadeia uma rígida separação de funções (legislar, administrar e julgar). Ao juiz foi dado o papel de julgar os casos e aplicar a lei em sua perfeita configuração. Era obrigado a fundamentar suas decisões com base no direito positivo, sem “interpretá-lo”. Em caso de dúvidas, o processo deveria ser remetido ao legislador (*référé législatif*), a quem caberia dar a última palavra sobre o sentido da norma. A segurança jurídica, portanto era a segurança da norma.

Com o fracasso do *référé législatif*, reconheceram-se as lacunas nas pautas legislativas, demandando soluções que, aliadas à proibição do *lon liquet*, fizeram o juiz buscar a resolução dos conflitos na própria lei, mediante analogia ou outros critérios. Nesse processo, nasce a obrigatoriedade de fundamentação do raciocínio por onde se viabiliza o julgamento.

Dessa forma, a fundamentação das decisões judiciais possibilitou o campo de estudo do raciocínio jurídico e da própria produção do direito.

1.6.6.2 O reconhecimento de um campo de debate e de juízos de valor no raciocínio jurídico

A perplexidade que gerou, na filosofia, a redução do instrumental lógico aos juízos matemáticos ou empíricos, afastando ainda mais do campo da razão as pretensas explicações das decisões humanas, correspondeu à perplexidade gerada pela revolta, no campo do direito, com as mais ortodoxas manifestações do positivismo jurídico.

Mieczyslaw Maneli relata que a revolta contra o emprego dos silogismos da lógica formal no direito já vinha se consolidando entre os teóricos do direito norte-americanos ainda muito antes desse fenômeno ocorrer na Europa. “Por muitas razões sociais, econômicas e políticas, os americanos perceberam bem antes de seus colegas europeus que a vida do direito não poderia permanecer na lógica dos

¹⁰⁹ PERELMAN, C. *Lógica Jurídica*. Trad.: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 183.

silogismos”.¹¹⁰ Com efeito, Oliver Wendell Holmes já identificava conflitos entre a lógica e o assim chamado “bom senso”.¹¹¹

Na Europa, foi pensamento jurídico do pós-guerra que tomou consciência do papel que exercem os juízos de valor no papel criativo dos operadores do direito, mas, sem um instrumental teórico que justificasse essa mudança de paradigma, o direito teria de ser defenestrado do campo do saber científico e deixado para as garras de um decisionismo meramente contingencial.

Enfim, se o direito tinha que incluir, em sua aplicação, raciocínios baseados em juízos de valor, como justificá-los sem cair no limbo exterior à razão? A explicação das decisões no direito somente poderia alcançar uma justificativa racional através da análise retórica.

A nova retórica, como método de releitura do pensamento jurídico, utiliza-se de um instrumental interpretativo e também criativo para guiar as mentes num raciocínio que não deve preocupar-se com a certeza ou verdade, mas com a adesão. As categorias da retórica, portanto, propiciam essa releitura, permitindo assim analisar a forma como se decide com base em valores variáveis no tempo e no espaço bem como as conseqüências que geram. A paz social é obtida não pela veracidade dos raciocínios, mas pela aceitação que eles provocam, o que corresponde à adesão.

1.6.6.3 Há uma lógica própria dos raciocínios jurídicos?

Uma concepção retórica do raciocínio jurídico vai de encontro com o que se considerava ser uma lógica própria do direito. Deu-se polêmica com relação à existência de uma lógica jurídica como sendo nada mais do que os postulados de uma lógica formal aplicados ao direito, ou seja, a situações onde se demanda um julgamento e uma decisão sobre normas e valores.

Perelman estranhou a preocupação dos lógicos em estudar a lógica formal como método de raciocínio das decisões de direito. Se somente existe uma lógica formal,

¹¹⁰ MANELI, M. **Juridical Positivism & Human Rights**. New York: Hippocrene Books, 1981, p. 168.

¹¹¹ Ibid. p. 168.

por que a preocupação *específica* com a lógica jurídica e não com uma lógica botânica, matemática, zoológica? ¹¹²

A resposta remonta aos estudos sobre o papel da argumentação nos raciocínios sobre valores, e a Nova Retórica identificou nos raciocínios jurídicos não uma lógica formal, mas técnicas argumentativas que têm por objetivo obter a adesão às teses apresentadas. A lógica, portanto, não poderia ser reduzida apenas à lógica formal, pois existe uma lógica específica para os raciocínios jurídicos, identificada e sistematizada na Nova Retórica.

As peculiaridades que caracterizam a teoria da argumentação encaixam-se no raciocínio jurídico, sendo as mais importantes:

- a) Persuasão por meio do discurso: o mero recurso à experiência não é retórica. Numa argumentação, o recurso à experiência deve ser complementado com um acordo sobre o sentido das palavras usadas num enunciado.
- b) Relações da retórica com a demonstração e a lógica formal: Um prova demonstrativa vale como verdade se as premissas são aceitas como verdades. Essa verdade era garantida pela evidência. Mas quando se discute um enunciado “confuso”, surge o problema da escolha e da decisão.
- c) A adesão pode ter intensidade variável.
- d) Ao contrário da lógica formal, a retórica diz mais respeito à adesão do que à verdade.

1.6.6.4. Peculiaridades do raciocínio jurídico

1.6.6.4.1. LIMITAÇÃO DO DEBATE ATRAVÉS DE NORMAS

A argumentação circula sempre num campo regrado, o que não significa que as próprias regras que determinam os limites não possam fazer, elas próprias, parte da discussão. A seleção de fatos segue as regras de direito que se pretende aplicáveis ao caso. Os momentos em que as partes se manifestam são determinados, inclusive com limite de tempo. Nem todos os recursos probatórios são válidos, mesmo quando refletem fatos de difícil contestação.

¹¹² PERELMAN, C. **Ética e Direito**. Trad.: Maria Ermantina G.G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 533.

1.6.6.4.2 IRREFUTABILIDADE DOS PONTOS DE PARTIDA, MAS ABERTURA À DISCUSSÃO DAS NOÇÕES: CONVERGÊNCIA ENTRE OS JUÍZOS DE FATO E DE DIREITO.

É importante notar que a concepção de raciocínio jurídico que Perelman propõe não afasta a validade das normas jurídicas que se aplicam ao caso concreto, mas fornece material teórico para a crítica das conseqüências da aplicação normativa. Mas a norma, como ponto de partida, é inegável. Apesar da crítica ferrenha ao positivismo, Perelman é considerado positivista. Na expressão de Mieczyslaw Maneli: “A Nova Teoria da Argumentação e sua ampla noção filosófica de pluralismo constitui uma base metodológica que o positivismo jurídico há muito precisava.”¹¹³

Como o raciocínio jurídico tende a voltar-se para as conseqüências que acarreta, não se pode ter noção de como funciona o direito numa dada sociedade apenas através da leitura dos textos normativos. Entre o texto e a prática há uma enorme diferença decorrente das diversas argumentações subjacentes à aplicação.

O raciocínio jurídico, apesar de viabilizar uma crítica às conseqüências indesejadas que poderiam decorrer da lei, toma-a como ponto de partida a princípio incontestável. Trata-se de um jogo dialético onde a conseqüência indesejada do raciocínio serve para estabelecer uma relação crítica com as premissas, em especial os dados fornecidos pela lei, modificando assim a interpretação das noções. Uma noção clara, numa dada situação, pode perder esse status. Um número certo de casos julgados serve, de outro modo, para estabelecer limites à interpretação, num tempo e espaço determinados, de uma noção antes considerada confusa. Por isso, a separação entre juízos de fato e de direito não é totalmente clara.

Um outro motivo pelo qual os juízos de fato não podem ser considerados evidentes, vincula-se à própria noção de verdade no processo, que não pode corresponder a uma noção mais ampla de verdade. Qualquer fato submetido à argumentação judicial sofre a distorção da linguagem, já que nenhum julgador pode experimentar o fato pessoalmente, mas através do modo como as partes selecionam os dados e os descrevem.

¹¹³ MANELI, M. **Juridical Positivism & Human Rights**. p. 165.

1.6.6.4.3 A INSUFICIÊNCIA DO SILOGISMO JUDICIÁRIO

O raciocínio jurídico, mesmo apresentado sob a forma de silogismo, onde os dados do axioma, vinculados a um fato concreto, levam à conclusão, por lhe faltar o caráter formal, não pode pretender à verdade. A lógica jurídica centra-se, como na retórica, não na busca da verdade, mas da adesão.

Daí ser objetivo do raciocínio jurídico reforçar ou dar novas perspectivas de valores socialmente aceitos, buscando por isso a adesão da sociedade e dos próprios operadores do direito, que formam o auditório desse discurso em específico.

A Nova Retórica mostra que o raciocínio judiciário, inserido num procedimento argumentativo, é muito mais complexo do que a pretendida estrutura silogística que decorre de uma lógica formal. A norma seria a premissa maior, o caso concreto a premissa menor e a conclusão seria a decisão que julgaria o fato a partir da premissa, numa conclusão que, pela estrutura, se pretende evidente.

François Terré comenta que a regra, embora figure na base da ordem jurídica, não está, na prática como premissa isolada, já que os valores e princípios também se colocam como pontos de partida.¹¹⁴ Da mesma forma, a premissa menor como desejada pelos lógicos do direito não se realiza de forma evidente, porque o estabelecimento dos fatos depende sobretudo de um recorte da realidade, recorte esse que segue mandamentos que podem ser submetidos a um argumentação, também.

1.7 AINDA A RETÓRICA ?

Como visto, a Nova Retórica foi adotada pela teoria do direito como apropriada para justificar a adoção de uma multiplicidade não controlável de opções de soluções jurídicas diante dos casos concretos. Nesse aspecto, serve de instrumento para a flexibilização da norma para a busca de soluções práticas, ao mesmo tempo em que fornece um aparelhamento interpretativo para as opções adotadas. Aqui é possível voltar-se ao problema inicialmente proposto, mas não sem uma breve observação da perturbadora constatação de M. Maneli:

¹¹⁴ TERRÉ, F. L'office du juge et la rhétorique L'apport de Perelman. In: HAARSCHER, Guy (org). **Chaïm Perelman et la pensée contemporaine**. Bruxelles: Emile Bruylant, 1993, p. 254.

A interpretação legal não é feita somente em favor de uma análise crítica das normas jurídicas, mas deve ter como finalidade um entendimento novo e novas possibilidades de aplicar a lei a novos casos concretos, incluindo casos previamente desconhecidos pelo legislador e não previstos por ele.¹¹⁵

É certo que semelhante conclusão só poderia levar os penalistas a temer os fundamentos da Teoria da Argumentação como opção metodológica para a construção de um direito penal racional e que respeite os direitos individuais. Um tal modo de interpretação, possível sob inspiração da teoria de Perelman significa um ataque frontal à legalidade estrita. Foi justamente contra esse tipo de pragmatismo que se levantou o moderno direito penal, através da legalidade estrita e por uma orientação metodológica destinada a refutar nele a existência de lacunas ou obscuridades, através das quais poder-se-ia diluir a segurança jurídica numa possível – e às vezes comum – postura repressiva do Estado numa atitude de criminalização sem freios. É portanto a Nova Retórica um elemento justificador de um abandono da estrita legalidade, tão cara à epistemologia penal do iluminismo? Ao servir-se, de modo mais ou menos explícito, das constatações da Nova Retórica, poderia a teoria do direito ser aceita como pólo crítico do direito penal chamado garantista? Estaríamos finalmente a inserir “lacunas” em busca de uma repressão penal totalizante ? O enfrentamento desses problemas deverá passar por uma incursão crítica dos postulados elementares do chamado direito penal “garantista” e por uma igualmente crítica observação de algumas conseqüências possíveis da Nova Retórica, com vistas à proteção da dignidade humana contra manifestações desmedidas de poder.

¹¹⁵ MANELI, M. **A Nova Retórica de Perelman. Filosofia e Metodologia para o século XXI**. Trad.: Mauro Raposo de Mello. São Paulo: Manole, 2004, p 211.

2 DO GARANTISMO AO DISCURSO DA (E NA) CRISE

2.1 PANORAMA

Da eclosão ao esfacelamento, é possível analisar três momentos distintos da trajetória do discurso jurídico penal de cunho limitador, escorado nas garantias individuais ao mesmo tempo em que tomava como base epistemológica a doutrina do juspositivismo.

Parece estar fora de dúvidas que o aparecimento do discurso chamado “garantista” ganhou prestígio com o iluminismo, num fenômeno paradoxal: feita a leitura conforme sua influência para o desenvolvimento da teoria do direito, o iluminismo representou uma ruptura que decorreu da elevação e assentamento do jusnaturalismo racionalista. O direito positivo, ao mesmo tempo que representava o predomínio da razão, destacava-se do reino direito natural racionalista e ganhou autonomia em diversas vertentes, algumas delas a dar fôlego ao projeto garantista.

Desse início polêmico, e enfrentando refluxos de monta, o discurso garantista acabou encontrando a polêmica com a “modernidade”, fenômeno que se deu por motivos *análogos* ao que se deu quando do surgimento do próprio discurso garantista: esgotou-se por alcançar seus fins. É o momento em que outros discursos, pretensamente apoiados numa realidade não alcançável pelo direito penal, conclamavam para uma nova forma de legitimação do discurso jurídico penal, em especial para o recrudescimento das penas.

Finalmente, o direito penal de garantias choca-se com as insuficiências de seu próprio ponto de apoio epistemológico. Sua crise é, sobretudo, a crise da própria visão democrática dos mecanismos de punição, comprometendo todo um sistema de garantias em face de seu compromisso com a pessoa humana.

Os indícios dessa ruptura preocupam todos os que pretendem colocar o homem no centro da justificação do discurso penal. Eles estão no turbilhão de complexidades das relações humanas e na mira das expectativas para solução de problemas para os quais o direito penal não foi criado. O desencantamento com as promessas desse direito penal trouxe consigo o desencantamento com as próprias garantias a ele peculiares e, por conseqüência, o abandono do ser humano como centro de atenção

e critério de limitação da atividade sancionatória penal. Muitos fenômenos dão conta disso: a obsessão pela segurança nacional nas ditaduras latino-americanas dá lugar à obsessão da segurança pública das metrópoles “democráticas”; a hiperinflação legislativa em matéria penal; a hiperinflação legislativa em matéria processual penal; o agravamento das penas; o surgimento de novos “alvos” da seleção criminalizante; a introdução descontrolada de novos bens jurídicos como “tópicos” do discurso, entre outros prodígios contemporâneos facilmente identificáveis.

O confronto entre as análises de Luigi Ferrajoli e de Winfried Hassemer, conquanto não preste a esgotar a panorâmica possível, dão conta desse cenário. O primeiro, ao descrever uma teoria do garantismo penal, apresenta os traços de influência do positivismo jurídico para a construção e justificação desse proceder intitulado “garantista”, com a delimitação de seus pressupostos, traçados dentro dos objetivos orientadores de racionalidade e certeza. O segundo apresenta uma importante análise do esgotamento do chamado “discurso da modernidade” e de como isso colocou em crise os argumentos limitadores do discurso penal. É sobretudo importante a definição dessa crise diante do quadro de cada vez maior importância dos aspectos argumentativos como instrumentos de crítica, leitura e alternativas para o discurso penal.

2.2 O GARANTISMO E SEU TRÍPLICE SIGNIFICADO

O discurso garantista, embora invoque um feixe notável de antecedentes epistemológicos, está atrelado a uma atividade que se revela pelo controle racional da força punitiva, fincada em parâmetros democráticos. Há nele uma tendência a identificar como anti-democrático e, em última análise, irracional, todo o discurso de verificação e sanção do desvio que se afaste dos pressupostos estabelecidos pelos princípios garantistas.

Atrelados a tais pressupostos limitadores e racionalizantes estão apontados momentos cruciais no desenvolvimento da teoria do direito, adaptados para as finalidades principais do garantismo. Nisso, aponta Luigi Ferrajoli que suas bases teóricas estão em doutrinas jusnaturalistas, racionalistas, empiristas, bem como no

positivismo jurídico, este último perceptível como de maior relevo, inclusive por suas relações com o estágio iluminista de influência do discurso jurídico-penal¹¹⁶.

Nesse contexto, uma visão democrática do discurso jurídico penal fica na dependência da observância de postulados que, embora possam ser associados a origem diversas e mesmo contraditórias, na origem, estão definidas como herdeiras de uma base iluminista e de uma epistemologia eminentemente positivista, onde reside a garantia da limitação do poder punitivo, especialmente sob o fundamento da racionalidade e da certeza.

Ao falar em garantismo, três concepções são destacadas por Ferrajoli: o de um modelo normativo, o de uma teoria jurídica e o de uma filosofia política.¹¹⁷ Como modelo normativo, o garantismo se estende nos planos epistemológico, onde se apresenta como modelo cognitivo de poder mínimo, no político, como técnica de máxima garantia da liberdade com minimização da violência e no jurídico, vinculando o poder do Estado ao sistema de normas de garantia. Trata-se de uma dimensão típica, para Ferrajoli, do Estado de Direito, isto é, aquele limitado em seus poderes pelas leis que o regem, mesmo antes de se tratar de garantia num estado democrático.¹¹⁸

Como teoria jurídica o garantismo postula a cisão entre “ser” e “dever ser”, considerando como problema central a divergência que se diz irreduzível entre os modelos normativos e as práticas que se pretendem por eles fundadas. A possibilidade de crítica ao ordenamento, bem como a crítica às práticas decorrentes dos mecanismos de verificação e sanção do desvio dá a tônica dessa dimensão, graças à concretização de semelhante divergência.¹¹⁹

A dimensão da filosofia política cobra a legitimidade do discurso a partir da proposta de proteção de bens e interesses sobre os quais se assenta a finalidade da imposição da violência penal. “Nesse último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre

¹¹⁶ FERRAJOLI, L. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Trad: Ana Paula Zomer et alli, São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2002.p 29

¹¹⁷ FERRAJOLI, L. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**, p. 684

¹¹⁸ Ibid. p. 690

¹¹⁹ Ibid, p. 684

ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento ou mesmo entre o 'ser' e o 'dever ser' do direito"¹²⁰

No plano de seus objetivos, a doutrina garantista reivindica a construção de um esquema de identificação do desvio punível orientado pelo máximo grau possível de racionalidade e confiabilidade do juízo, postulados ligados a uma idéia de certeza absolutizante (e portanto inalcançável), como decorre do desdobramento que segue.

2.3 CONVENCIONALISMO E COGNITIVISMO: O PLANO DA SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL COMO PRESSUPOSTO DA CERTEZA E RACIONALIDADE DO JUÍZO

O garantismo pretende estabelecer os valores de máxima confiabilidade e certeza no discurso jurídico penal através de duas frentes: a da definição legislativa, que comporta as garantias penais e a da comprovação jurisdicional do desvio punível, o que se dá em garantias processuais. O segundo esquema de garantias pressupõe a praticabilidade racional do primeiro.

A separação entre direito e moral informa os princípios que atendem a esses valores centrais nos dois eixos, a da definição legislativa e da comprovação jurisdicional, de modo que sua higidez depende do expurgo dos juízos morais na constituição das hipóteses de desvio, com reflexos na metodologia da verificação dessas hipóteses para formulação do juízo.

É assim que a legalidade estrita se pretende fixada no vértice do sistema garantista como pauta limitadora da atuação do poder punitivo, retirando de si qualquer atividade de nível ético, excluindo o caráter constitutivo em favor do caráter regulamentar.

A estrita legalidade é informada pelo convencionalismo penal, onde as referências éticas ou morais ficam banidas na previsão dos fatos puníveis, respeitando assim a finalidade do sistema garantista. A legalidade estrita divide-se em princípio da reserva legal (ou mera legalidade) e reserva absoluta de lei, dirigindo-se tais princípios ao juiz e ao legislador, respectivamente. Em sua base, está a doutrina da

¹²⁰ Ibid, p. 685, em itálico no original.

separação entre direito e moral¹²¹, tributada ao iluminismo e que vai caracterizar o positivismo jurídico.

Para Ferrajoli, as garantias penais e processuais que fazem parte da doutrina garantista (ou, da forma que coloca, do *sistema SG*) servem de freio e limitam os espaços de poder do juiz.

2.4 OS ESPAÇOS DE PODER

Os espaços de poder, ou espaços de decisão decorrem da impossibilidade de completude dos sistemas garantistas e portanto são inerentes a qualquer sistema penal democrático. Nesses termos, Ferrajoli admite que o modelo garantista, dentro dos parâmetros epistemológicos sobre os quais o lança, é na prática inalcançável. O déficit de aplicabilidade dessas garantias, em maior ou menor grau, estão preenchidas pelos espaços de poder que se pretende, dentro de uma certa medida nunca plenamente alcançável, suprimir.

De forma similar, mas por outras vias teóricas, Zaffaroni menciona que os princípios penais, por conflitarem com o modo com que são constituídas as agências componentes do sistema penal, apenas operam como limitadores (e não neutralizadores) da irracionalidade e que, portanto, podem no limite buscar o máximo de realização possível através do mínimo de violação dos preceitos principiológicos.

Há um *princípio de legalidade*, por exemplo, como princípio abstrato limitador, é verdade; mas existe uma *garantia de legalidade* somente como decisão para cada caso, de acordo com a 'máxima realização/mínima violação' desse princípio, e o conjunto das decisões terá como resultado o *padrão de legalidade*, obtido com o máximo de esforço da agência judicial.¹²²

Nessa mesma linha de pensamento, a elasticidade dos espaços de decisão aos quais alude Ferrajoli, podem, no limite, redundar no poder de disposição, ou de valoração ético-política, o que significa uma patológica margem de

¹²¹ FERRAJOLI, L. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** p. 175.

¹²² ZAFFARONI, E.R.. **Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal,** Trad.: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição, 5 ed, Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 236. Termos em itálico no original. A impossibilidade de completude dos princípios penais, tanto em Zaffaroni como em Ferrajoli, têm duas características indissociáveis: é um fato inevitável e decorre de um defeito congênito ao sistema.

discricionariedade do juiz, cuja amplitude não comporta, a princípio, controle racional.¹²³

Em linhas gerais, fica claro desde o início que a adoção da estrita legalidade, em que consiste o convencionalismo penal é o reverso do princípio antigarantista (ou inquisitivo) do substancialismo penal. O substancialismo, na visão de Ferrajoli, consiste na inserção de elementos valorativos no momento de definição da conduta desviante punível, através do emprego de conceitos morais ou de tipos de autor. Esse fenômeno tem íntima conexão com a taxatividade como limitadora da linguagem penal.

De interesse imediato para nós, é o princípio da taxatividade das leis penais, nome que Ferrajoli dá (também) para o princípio da legalidade estrita, que é “uma regra semântica metalegal de formação da linguagem legal”¹²⁴.

A legalidade penal, nesse enfoque, abrange uma regulação da linguagem da norma jurídica, com especial atenção aos limites da indeterminação dos conceitos, além dos quais os espaços de poder seriam incontroláveis, pela impossibilidade de refutação e verificação das teses judiciais acusatórias. A refutação e verificação são elementos identificadores essenciais para a configuração da segurança e certeza exigidas pelo sistema garantista. Tais valores são protegidos por essa estrita legalidade que aparece sob a forma de taxatividade penal. Assim:

O pressuposto necessário da verificabilidade e da falseabilidade jurídica é que as definições legais que estabelecem as conotações das figuras abstratas de delito e, mais em geral, dos conceitos penais sejam suficientemente precisas como para permitir, no âmbito da aplicação da lei, a *denotação* jurídica (ou qualificação, classificação ou subsunção judicial) de fatos empíricos exatamente determinados¹²⁵

O sentido de exatidão da linguagem assume particular importância para o garantismo, porque abarca o emprego de termos alusivos a condutas e fatos determináveis empiricamente e não a juízos de valor ou condições pessoais que demandem uma análise subjetiva, o que, ao ver de Ferrajoli, consistem em afirmações não passíveis de verificação ou de refutação. Percebe-se que, com esses indicadores do princípio da legalidade (verificação e refutação), a dicotomia verdadeiro/falso assume papel central no Garantismo ao servir de identificador das orientações ideológicas dos sistemas penais. O sistema penal cuja legalidade não

¹²³ FERRAJOLI, L. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**, p. 96.

¹²⁴ FERRAJOLI, L. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**, p. 99.

¹²⁵ *Ibid*, p. 98

permita reduzir as afirmações em torno do delito nos moldes do dístico verdadeiro/falso seriam sistemas antigarantistas, de direito penal máximo, inquisitivos ou substancialistas.

A necessidade de frear os espaços de poder e garantir a racionalidade e segurança pretendidas pelo sistema garantista torna imprescindível uma teoria em torno da taxatividade da linguagem da lei penal. Para dar fundamento à sua teoria quanto à determinação dos conceitos legais, Ferrajoli emprega a lógica da linguagem de Gottlieb Frege, com o uso dos conceitos de denotação e conotação, ou, respectivamente, extensão e intensão. Essa teoria semântica socorre o garantismo em sua busca pelos indicadores da falseabilidade, verificabilidade e refutabilidade.

O par intensão/extensão foi introduzido por Leibniz, conforme registro de Nicolla Abbagnano¹²⁶ e guarda analogia com as expressões compreensão/extensão e conotação/denotação.

A intensão refere-se às características componentes de dado termo, e que fazem parte de sua definição. Frege chamou isso de sentido de um termo. A extensão refere-se aos objetos que são abrangidos pelo termo, aos quais o termo se aplica, o que na linguagem de Frege tornou-se *objeto*.

Com isso, pode-se estabelecer com base nessa teoria critérios para o uso do termo verdadeiro, o que é tão caro ao garantismo.

A locução 'denota', referida a um sujeito ou a um predicado, é fungível, na realidade, como 'verdadeiro para', no sentido de que todo termo é verdadeiro para (ou denota) vários objetos, um só objeto ou nenhum objeto: assim, o termo 'mesa' é verdadeiro para todo objeto que seja uma mesa; o termo 'satélite natural da terra' é verdadeiro para um só objeto, que é a lua; o termo 'centauro' não é verdadeiro para nenhum objeto, já que não existe qualquer centauro¹²⁷

Quando um termo não consegue revelar quais elementos estão incluídos em sua extensão (denotação) com certo grau de segurança, a partir de sua intensão (conotação), ele será indeterminado. É a impossibilidade de se denotar o termo a certos objetos que o tornam vago e indeterminado, como acontece, segundo Ferrajoli, com os termos valorativos, aos quais não será possível predicar (pressuposto da segurança e da certeza da legalidade) verdade ou falsidade.

¹²⁶ ABBAGNANO, N. Intensão e Extensão. In: _____ **Dicionário de Filosofia**. Trad.: Alfredo Bosi. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 577.

¹²⁷ FERRAJOLI, L. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**, p. 97

Assim, responderá ao fundamento de segurança e racionalidade somente as teses judiciais em cuja construção empregarem conceitos de extensão determinada, isto é, onde seja possível prever o grupo de objetos aos quais se amolda de forma clara e precisa.¹²⁸

Mas, como o autor admite, nem sempre isso é possível e esses espaços de incerteza, sempre inevitáveis, são preenchidos com espaços de poder. Não é necessário remeter à tese lógica da teoria garantista segundo a qual quanto maior a determinação menor é a margem de atuação do julgador e, portanto, menor o poder. Nesse ínterim, uma margem de equidade é sempre possível e desejável, apesar das referências lógicas apontadas, quando se trata de determinar as circunstâncias particulares que envolvem o delito submetido a julgamento. Trata-se do chamado “poder de conotação”, que emprega a equidade para “preencher a distância entre a abstração do pressuposto típico legal e a concretização do caso em julgamento”¹²⁹. Entretanto, a aplicação dessa equidade não foge à metodologia da caracterização semântica no que concerne aos valores de conotação e denotação (ou melhor, intensão e extensão), onde a equidade identifica-se com a intensão, ou seja, com “a compreensão das características acidentais e particulares do caso individual verificado e não conotadas pela lei.”¹³⁰

De qualquer forma, não se encontra, na teoria garantista, um controle material sobre o poder de “equidade” do juiz. Mesmo o poder de verificação fática, correspondente à denotação, depende primordialmente de uma linguagem que respeite os postulados da legalidade penal num sistema de convencionalismo penal sem margem à inserção de caracteres subjetivos, amplos ou indeterminados.

2.5 MODELOS GARANTISTAS E MODELOS AUTORITÁRIOS

Na medida em que são realizáveis os postulados garantistas, é possível traçar uma distinção entre esse modelo e um modelo autoritário, isto é, anti-garantista, definido por Ferrajoli conforme sua aproximação com modelos éticos de estabelecimento de desvios puníveis.

¹²⁸ FERRAJOLI, L. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**, p. 99

¹²⁹ *Ibid.*, p. 125

¹³⁰ *Ibid.*, p. 127

Tomando de empréstimo a máxima hobbesiana pela qual a lei decorre tão somente da autoridade, Ferrajoli invoca ao *auctoritas* o eixo definitivo de uma legalidade estrita calcada no convencionalismo penal. Isto em oposição ao seu par simétrico anti-garantista, onde a lei não se baseia no critério da autoridade, mas na verdade. O *veritas* tem origem nas definições legais impregnadas de juízos éticos, por onde, segundo Ferrajoli, escapa uma concepção ontológica do desvio.

Com isso, o crime existiria não pela definição legislativa (*auctoritas*), mas pelo caráter imoral da conduta ou do criminoso (*veritas*). Em termos de definição normativa, o princípio da estrita legalidade se define pela máxima *auctoritas, non veritas, facit legem*, enquanto que seu oposto anti-garantista, chamado de substancialismo penal, opera segundo a máxima *veritas, non auctoritas, facit legem*.

Esse discurso anti-garantista favorece o aparecimento de tipos penais comprometidos não com fatos verificáveis e refutáveis nos quais se pode basear o juízo, mas em definições legislativas voltadas para o caráter imoral do agente ou da conduta, deixando em segundo plano os dados empíricos sobre os quais reside o caráter de verificação do juízo. Sintoma disso é a proliferação de tipos penais abertos, indeterminados, por onde se favorece o intérprete ou o aplicador da lei calcar seu discurso em caracteres ético-morais, apresentados nas figuras do “criminoso”, do “bandido”, do “poluidor”, do “vagabundo” etc. Nesse âmbito, a lei tem seu papel desvalorizado. A lei é apenas uma forma de seleção de condutas, por si mesmas delituosas, desde que ligadas a uma reprovação de ordem moral e, nesse sentido, impossível de se submeter à prova da verificação e refutação.

Essa dicotomia assume importantes reflexos em termos de comprovação do desvio punível, isto é, em termos de processo.

Na lógica de Ferrajoli, estando os modelos garantista e anti-garantista de desvio punível separados em termos de autoridade e verdade, esse mesmo par informará a cisão entre o sistema de mero decisionismo processual (inquisitivo e anti-garantista) e aquele do cognitivismo garantista do seguinte modo: enquanto um modelo garantista de definição normativa do desvio está informado pela autoridade (*auctoritas*), o correspondente garantista dessa definição, como atividade cognitiva (já que a definição normativa se calca em objeto verificável e refutável) será informado pelo caráter de verdade (*veritas*). Assim, nesse contexto garantista,

completando a máxima que o informa, *auctoritas, non veritas, facit legem*, temos que *Veritas, non auctoritas, facit iudicium*.

Como essa construção teórica optou pela oposição *veritas* e *auctoritas* (oposição que de nem de longe é evidente), resta ao sistema anti-garantista de processo ter como postulado central a autoridade na determinação comprobatória do desvio. O juiz passa a operar, à míngua de elementos factuais onde basear sua atividade, de modo meramente potestativo, já que estará desprovido de critérios de avaliação de uma conduta definida meramente em termos ético-valorativos. Assim, o decisionismo processual opera pela máxima *auctoritas, non veritas, facit iudicium*.

Essa base epistemológica, primordialmente assentada no princípio da legalidade, permite estabelecer uma cadeia de princípios correlacionados logicamente, a partir dos valores baseados nos elementos que informam o saber penal e processual penal, quais sejam, a pena, o delito, a lei, a necessidade, a ofensa, a ação e a culpabilidade, informando as condições penais e o juízo, a acusação, a prova e a defesa, informando as condições processuais do garantismo.

A base dessa estruturação seria formulada em termos dos princípios respectivos: a) retributividade: não há pena sem crime; b) legalidade (lata ou estrita): não há crime sem lei; c) necessidade: não há lei sem necessidade; d) lesividade: não há necessidade sem ofensa; e) materialidade: não há ofensa sem ação; f) culpabilidade: não há ação sem culpabilidade; g) jurisdicionariedade: não há culpabilidade sem juízo; h) acusatório: não há juízo sem acusação; i) ônus da prova: não há acusação sem prova; j) contraditório: não há prova sem defesa.¹³¹

Essa estruturação lógica pretende fornecer sobretudo um instrumental crítico baseado na consecução dos elementos informadores das conquistas iluministas refletidas no positivismo jurídico.

No entanto, dois dados são preocupantes: o primeiro concernente à lacuna gerada pelo déficit de operacionalidade desses princípios, uma vez que a teoria do garantismo penal coloca-se como inatingível em sua completa eficácia, deixando margem para um poder dominado pelo arbítrio que visa suprimir. O segundo pode ser dado pela incompatibilidade que o discurso positivista encontra diante da estrutura informada para uma moderna dogmática do direito, especialmente em

¹³¹ FERRAJOLI. L., *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal* p. 89

virtude da natureza do discurso e linguagens persuasivos, impregnados na teoria do direito e que se formou como um elemento irreversível.

O déficit crônico de operacionalidade prática desses princípios informativos, juntamente com a crise de caráter epistemológico, onde a linguagem do discurso passa a não estar atrelada às expectativas decorrentes do temperamento positivista informam uma derrocada que não se dá sem sérias preocupações.

A proliferação de tipos penais, a ascensão do discurso de combate à criminalidade “organizada”, o apelo à segurança pública, o terrorismo, a necessidade de regulamentação de setores econômicos e mesmo o crescimento do pânico passaram a determinar contornos tanto às modernas políticas criminais como, por conseqüência, aos discursos dogmáticos daí decorrentes. Uma das avaliações desse estado de coisas, a comprovar o comprometimento da solução garantista em conformidade com as bases acima assinaladas, é informada na obra de Hassemer, e em outras que tratam das diversas constatações de crise no âmbito do direito penal e do discurso jurídico-penal.

2.6 O DIREITO PENAL E SUA CRISE: DESLEGITIMAÇÃO, RISCO, EMERGÊNCIA E MODERNIDADE

2.6.1 Alguns fundamentos de uma discussão complexa

2.6.1.1 Crise e castigo: o discurso de emergência

A constatação de que o discurso jurídico penal está em conflito com relação às pretensas bases teóricas que postula não seguiu propriamente uma ordem de causalidade com relação à crise do positivismo jurídico, configurado como desestruturação de uma certa ordem dogmática. Com relação a esse marco, a verificação da “crise” dos fundamentos do discurso jurídico penal parece ser um fenômeno tardio.

Isso porque, em grande parte, a doutrina penal só num estado mais avançado pareceu ocupar-se dos problemas concernentes à linguagem das normas penais e, conseqüentemente, de hermenêutica, já que, como sabido, o princípio garantista da legalidade parecia tornar qualquer questionamento concernente à interpretação e alcance dos termos legislativos quando não um problema sem fundamento, ao

menos um problema a ser resolvido em termos de taxação estrita da linguagem, sem consideração ao potencial multiplicador de sentido da linguagem da lei.

A inclusão da crise na pauta de assuntos chegados à dogmática penal está, de certa forma, distanciada da crise gerada pela derrocada dos postulados positivistas, que é fenômeno inserido no marco de uma virada da natureza lógica das decisões, onde as matrizes lógico-dedutivas vão sendo substituídas por uma ordem – que não deixa de ser lógica – de natureza “tópico-retórica”.¹³² Como visto, a índole garantista procura rechaçar esse aspecto da linguagem do direito em favor de uma postura de máximo controle sobre a linguagem, especialmente sob o controle do princípio da taxatividade.

O discurso calcado na dogmática jurídico-penal não pareceu estar preocupado com as postulações pós-positivistas, especialmente numa dimensão retórica da linguagem do direito, uma vez estar em arranjo com a metodologia de cunho positivista, sob inspiração na segurança concedida pelas ciências físicas, paradigma a muito custo superado. No entanto, a pretensa estabilidade positivista viu problemas em diversas vertentes teóricas que anunciaram uma séria crise do direito penal, em ataques vindos de todos os ângulos (do metodológico ao antropológico). Esse ponto de ruptura com uma ordem estável¹³³, antes de ser propriamente uma crise de hermenêutica, revela-se especialmente uma crise de legitimação do discurso punitivo, basicamente em duas frentes: a (des)legitimação da punição em si mesma como resposta ao fenômeno da criminalidade e a (des)legitimação dos discursos sobre determinado universo de criminalização, em geral justificadores de uma sabida inflação legislativa penal em setores específicos na pós-modernidade.

Esse múltiplo enfoque possível de uma crise no direito penal moderno (no sentido do saber penal como produto das reflexões dos dois últimos quartos do século XX) enseja análises díspares, complexas o bastante para tornar difícil o traçar de um

¹³² Assim, CAMARGO, M.M.L. **Hermenêutica e Argumentação**. Uma contribuição ao Estudo do Direito. 3 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003 p. 137: “Ao invés de unidades lógicas subseqüentes umas às outras por inferências necessárias, é o esforço da persuasão e do convencimento que estruturam e servem de base às construções jurídico-decisórias. Portanto, é mais na esfera do razoável e do adequado, do que na esfera do puramente lógico, que a metódica atual deve ser examinada”.

¹³³ Para Juarez Tavares, o paradigma da estabilidade, vindo como produto das ciências físicas, penetrou no pensamento jurídico-penal pelas teorias que procuram sustentar o conceito de injusto meramente na conduta, onde o sujeito, tornado meramente um meio, um elemento inserido numa cadeia – lógica – de imputação, é eliminado do raciocínio. (TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, pp 03-10)

denominador comum entre esses diversos pontos de vista. Entretanto, alguns aspectos coincidentes nessas críticas podem ser destacados, dentro dos limites e objetivos propostos no presente trabalho. São pontos de vista condicionados por diferentes orientações doutrinárias mas que permitem um panorama do abismo que se transformou o direito penal chamado “clássico” em comparação com a realidade que procurou regulamentar e controlar. Em linhas gerais, caminham em direção a um discurso deslegitimante comum.

A par da multiplicidade de enfoques sobre o alcance e significado de “crise”, inegável é que a modernidade (ou melhor, a pós-modernidade) não encontrou o direito penal numa situação confortável. A superação, no entanto, admite como pressuposto a ruptura (tardia) com o positivismo jurídico e a impossibilidade de alcance das hipóteses de determinação e certeza com que o direito penal dito “clássico” vendia suas propostas. A análise do discurso através da teoria da argumentação permeia-as, ora mais ora menos explicitamente, e aponta para o estabelecimento de uma programação crítica valiosa, mas que nunca esteve – a história da retórica o testemunha – imune de tornar-se mais um móvel de arbítrio. Esse instrumental crítico torna-se valioso, portanto, desde que se preste a reatar os fios perdidos com os princípios de auto-limitação do poder e enfoque desse saber na pessoa humana e nos direitos individuais.

As aporias encontradas no espaço do discurso jurídico penal atrelam-se em grande parte à tensão desse discurso com a realidade e, de certo modo, tem por origem a consideração de que a pós-modernidade representou desafios para os quais o direito penal de cunho “clássico” não estava preparado, transformando-o num veículo arbitrário e incontrolável de exercício de poder como resposta.

Um dos fatores apontados como protagonistas desse choque reside no aumento crítico das expectativas em torno do direito penal para controle da criminalidade e da violência, em decorrência mesma de uma suposta expansão incontrolada dessas criminalidade e violência.

O fenômeno não é novo. Ocorreu com roupagens diferentes mas decorrentes da tensão entre o discurso legitimante e a realidade que se pretendeu controlar, onde fatores de ordem política ou cultural realçaram por assim dizer a irracionalidade do discurso.

No marco de uma crise atual, a vulgarização dos meios de comunicação de massa tornou possível o acesso imediato à violência e à sensação de que uma criminalidade sem precedentes (as comparações com estatísticas passadas tendem ao alarmante) e que domina as próprias organizações estatais. A proliferação dessas imagens, numa entronização da violência real como cultura de massa, coincide com a proliferação do pânico gerado por uma violência ainda não experimentada individualmente, mas que paira como um inimigo invisível, carreando demandas por soluções que importam em mobilizações políticas por meio do discurso criminal. O custo de uma possível eficácia para satisfação dessas expectativas passa a ser pago pelos direitos individuais.

Essa sensação de pânico característica da exploração cultural da violência como discurso contribuiu para a perversão do próprio discurso dos direitos humanos, especialmente aqueles que se aproximam das vítimas da violência. Por causa disso, aponta Régis de Gouttes:

A justiça é de mais a mais considerada como uma prestação que o Estado deve oferecer aos cidadãos, da mesma forma que a saúde e a educação. Essa atitude às vezes arrisca-se a conduzir a uma linguagem repressiva, segundo a qual se dá direitos demais aos delinqüentes, em detrimento das vítimas e da gente honesta que respeita as leis.¹³⁴

Não é difícil constatar que a influência ou pressão de instituições sociais, em especial, como se refere Massimo Nobili, dos meios de comunicação¹³⁵, fazem parte de um conjunto de fatores que subvertem a própria noção de legalidade (a lei como fonte do direito penal, estritamente considerada) a ponto de cancelar o uso do processo como mecanismo de controle penal, como se o instrumento jurisdicional fosse responsável pela consecução de políticas criminais, especialmente através do amplo emprego das medidas cautelares (em especial a prisão no curso do processo).

Nesse aspecto, tanto na Itália, como a enfoca Nobili, quanto no Brasil, o sistema processual passou de instrumento de verificação jurisdicional a mecanismo sancionatório por si mesmo, pela inversão da presunção de inocência e facilitação das hipóteses de prisão preventiva. Uma subversão de finalidades que cria um

¹³⁴ GOUTTES, R. de. Droit Pénal et droits de l'homme. In: **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**. 2000, Paris: Éditions Dalloz, vol 1, jan-mar 2000, p. 136.

¹³⁵ NOBILI, M. Principio di Legalità e Processo Penale (In Ricordo di Franco Bricola) In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Dott.A.Giuffrè, ano 38, 1995, p, 650.

arsenal repressivo de natureza eminentemente penal, através do processo, de todo afastado da previsão legislativa.¹³⁶

Ainda, essa “queda vertical do princípio da legalidade” revela a submissão, em última análise, do controle e política criminal ao Ministério Público e aos meios de comunicação de massa.¹³⁷ No Brasil, o peso do “pânico” provocado pela difusão jornalística da criminalidade, em fomento aos “teóricos” apocalípticos da segurança pública, é um indicador razoável da alienação do direito penal, reduzido ao procedimento ou da inclusão de medidas emergenciais gerando inflação legislativa no setor. O estudo de Débora Regina Pastana traz dados elucidativos sobre o assunto:

Ao observamos as chamadas ‘cifras ocultas’, por exemplo, vemos que a parcela de crimes que a imprensa noticia é muito inferior ao total de crimes cometidos na realidade, o que denota o seu interesse por vender duelos. Há quem os consome e há quem os produz.

Diante dessa discutível realidade passada pela imprensa, impera o desejo por punições, em especial, por punições mais rigorosas.¹³⁸

Hassemer comenta que o fenômeno da violência, como orientador das soluções de natureza penal, passou a assumir, modernamente, tanto um caráter de dado empírico como de meramente comunicacional. Assim, a violência como reflexo relevante para deflagrar a resposta do estado por meio da intervenção penal não precisa ser a violência experimentada pelo sujeito que demanda explicações e soluções do Estado. A violência vive, como concretamente existente, na sua simples comunicação, atingindo um número indefinido de expectadores que aceitarão de bom grado políticas criminais proporcionais ao tamanho do pânico gerado pela difusão da violência suposta:

(...) los fenómenos violentos impregnan con mucho mayor intensidad que antes nuestra capacidad de percepción social y cultural y que llega a nosotros cada vez más de un modo comunicacional que experimental. De todo ello se deduce, entre otras consecuencias, que las posibilidades de dramatizar la violencia y de politizarla son extraordinariamente grandes.¹³⁹

Percebe-se que o direito penal está sendo crivado pelas expectativas geradas pelo medo, pelo pânico e pelos riscos da pós-modernidade, que há muito descontextualizou os postulados clássicos de garantia. Faz parte dessas

¹³⁶ Ibid, p. 658.

¹³⁷ NOBILI, M. Principio di Legalità e Processo Penale, p. 659.

¹³⁸ PASTANA, D. R. **Cultura do Medo. Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 109.

¹³⁹ HASSEMER, W. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”. In: Doctrina Penal, no. 49 a 52, 1990, p. 193-4

expectativas o advento de novas modalidades de condutas criminosas que passaram a centralizar as preocupações de penalistas, criminólogos e o que é pior, de toda uma classe política que pretende utilizar criminólogos e penalistas para administrar essas esferas de conflitos.

Quando se fala no alvorecer de novas expectativas quanto à intervenção penal, pensa-se imediatamente no terrorismo internacional, ainda mais em voga após os eventos de 11 de setembro¹⁴⁰, no tráfico de entorpecentes, na lavagem de ativos, no tráfico de pessoas, nos crimes econômicos, na administração do erário e nos crimes contra o meio ambiente, para citar apenas os mais urgentes.

Dentre as reações que dão lugar à percepção dessa realidade, seja a empiricamente verificada, seja a construída pela exploração do pânico, encontra-se o chamado discurso de “emergência”.

Fala-se em emergência quando a normalidade entra em crise e, em específico quanto aos problemas criminais, arvora-se numa linguagem maniqueísta e bélica que separa amigos e inimigos¹⁴¹.

Quando todos esses medos são projetados sobre a sociedade de forma intermitente e o discurso do caos se propaga, a perda dos valores culturais (que já com sérias dificuldades servem de base para o contexto da normalidade) é a primeira grande baixa dessa guerra. Aliás, a nomenclatura militar aqui não parece por acaso. Muito ao contrário, ela está na mensagem subliminar que incorpora a polarização amigo x inimigo, conhecida na teoria política porque justifica a manutenção do poder a qualquer custo, num conflito substancialmente sem regras.¹⁴²

¹⁴⁰ Após os atentados ao World Trade Center, em New York, em 11 de setembro de 2001, o terrorismo passou a ser visualizado em termos de um tentáculo (mais um) de uma grande criminalidade organizada, fomentada pela lavagem de ativos. Até então, criminalidade organizada e terrorismo eram vistos como problemas distintos e, portanto, mercedores de tratamentos diferentes em termos de política criminal, quando então, após esse inédito evento, passaram a ser encarados como inseridos num sistema e criminalidade transnacional mais preocupante. Nesse sentido é que se manifesta Louise I. Shelley: “The war against terrorism cannot be separated from the fight against transnational crime. The points of convergence of the two form of transnational crime make it impossible to adress one without the other. By foccusing on the crime element of terrorism problem, it is possible to detect terrorist operations in ways tha might not otherwise be detectable”. (SHELLEY, L. I. The nexus of organized international criminals and terrorism. In: **Annales Internationales de Criminologie**, Societé Internationale de Criminologie vol 40, 1/2, 2002). Paralelamente, A. Wazir, embora admita certas distinções entre a criminalidade organizada e terrorismo, enumera como pontos de convergência, do mesmo modo que Louise Shelley, o controle subreptício de adversários entre funcionários públicos, especialmente membros do judiciário e políticos (WAZIR, A., Globalisation et la lutte contre le terrorisme et la violence. In: **Annales Internationales de Criminologie**. Societé Internationale de Criminologie, vol. 41, 1/2 p. 83,). Não é difícil perceber que o tratamento dado como resposta ao terrorismo, dadas essas identificações e, especialmente quanto ao pânico que gera, seria facilmente transferido para medidas de contenção da criminalidade organizada.

¹⁴¹ A inspiração, como se verá adiante, é hobbesiana.

¹⁴² CHOUKR, F.H. **Processo Penal de Emergência**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 39

Se por um lado, como é inegável dizer, a legalidade penal (ou o princípio da legalidade como concebido pelo positivismo) passa por uma crise irreversível, tanto por uma epidemia de seus postulados como por ter sido rechaçado pela “opção pelo pânico”, por outro lado as conhecidas mazelas provocadas pela repressão penal parecem impedir o abandono ou mesmo a revisão da estrita legalidade, em especial, do subprincípio da taxatividade. Também outros postulados de cunho clássico, nesse estado de coisas, estão comprometidos, embora a avaliação desse comprometimento dependa da leitura da reação deslegitimante levada à frente pelas críticas de leitura da crise dos mecanismos que efetivam direito penal. O grande marco definidor dessa crise pode ser descrito por um leque de consequências geradas pelo abandono de um positivismo jurídico que começava a naufragar. Já não era possível ao penalista pensar o sistema em termos de assepsia valorativa como pretensão de cientificidade e de verdade.

Particularmente interessante para essa análise é a admissão de que se trata de um dado que se reporta à própria legitimidade do direito penal, centro das preocupações desse período de “crise”, ao mesmo tempo em que ocorre a invocação de força normativa a princípios supra positivos, bem característico dos traços de superação do positivismo clássico.

O problema dos fins e dos valores ingressa, repita-se que tardiamente, no centro dos debates¹⁴³, ao mesmo tempo em que o direito penal passa a ser entendido como um saber prático, em consonância com o que se passou a partir das reflexões tomadas após a superação do positivismo jurídico no âmbito da teoria do direito.

Assim:

Y aquí aparece el centro de la cuestión: en nuestros días se há llegado a la comprensión de que el derecho penal es un saber práctico, com una verdad propia que supone la realización de determinados bienes o fines, respecto de los cuales no se há alcanzado aún la aceptación de una fundamentación objetiva y universalizable. El derecho penal no había sufrido una crisis semejante, porque de una manera u otra había logrado oscurecer su verdadero estatuto epistemológico, adoptando criterios de cientificidad que expulsaron lo relativo a los valores del centro de su conocimiento¹⁴⁴

É uma constatação esclarecedora e preocupante a de que o direito penal passa a ser visto sob o enfoque de um saber prático. Primariamente poder-se-ia reduzir o

¹⁴³ YACOBUCCI, G.. **El sentido de los principios penales**. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002, p. 46.

¹⁴⁴ Ibid, p. 54.

chamado enfoque prático apenas à questão da decisão judicial enquanto elemento de um processo e, nesse nível, o saber penal seria subordinado a uma cultura processual em última análise.

Mas, visualizando além, a inserção de toda uma problemática na categoria de saber prático remonta à já mencionada dicotomia lançada por Aristóteles como base remota da deliberação retórica e dos caminhos possíveis através da argumentação. A exigência do saber prático é característica da deliberação que se imprime sobre coisas variáveis, sobre a contingência, não havendo porquê empregá-la quando da elucidação de coisas que se dão do mesmo modo. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, interpreta assim o trecho correspondente da *Ética a Nicômaco*:

A deliberação, assim, é algo característico do intelecto prático e, pois, das ciências práticas, pois se dá apenas quanto a coisas que, produzindo-se com freqüência (*επι το πολυ*), permanecem incertas no seu resultado (...) que ainda é indeterminado¹⁴⁵

A breve análise dessas crises, de todo modo, põe em relevo tais características de identificação do direito penal como saber prático e vinculado cada vez mais a determinados fins, bens e valores, impondo uma ótica diferenciada daquela que orientou esse saber na sua concepção “clássica”.

2.6.1.2 Discursos de ruptura e discursos de (des) legitimação

A par desse sentimento de que a crise reside num estado de quase catástrofe, uma série de considerações críticas se volta ao próprio sentido e alcance do direito penal, a ponto de demonstrar que não mais se legitima como instrumento para gerenciar esse estado de coisas gerado pelo pânico emergencial.

Ao verificar que essa noção de crise abrange um diâmetro que assinala desde as mudanças de paradigma até a total deslegitimação do sistema, Guillermo Yacobucci, propõe que ela seja concebida em um duplo sentido: a crise natural de superação de paradigmas e a crise que invoca uma ruptura.

A crise considerada conatural está no sentido de um processo normal de superação de paradigmas, com as aporias decorrentes de expectativas definitórias entre

¹⁴⁵ FERRAZ JR., T.S. *Estudos de filosofia do direito*. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 172

extremos a que se chega o discurso. Assim, o debate entre garantismo e funcionalismo, liberdade e segurança, indivíduo e sociedade oferece uma tensão a ser superada e que faz parte do normal desenvolvimento do projeto científico de um saber penal.¹⁴⁶

Em outra acepção, aqui pertinente aos problemas que se vem tratando, valeria como a crise da própria legitimidade do direito penal, fomentando uma crítica voltada para seus mais íntimos fundamentos, podendo culminar numa opção pelo deslocamento de foco do direito penal e até, no limite, a uma completa perda de seu sentido. Isso significa uma crise representativa de aporias insuperáveis que oferecem angústias calcadas na base mesma do sistema. Essa crise tem elementos da própria legitimação do direito penal, e que vem a ser aquela em que ingressou a moderna doutrina sobre o assunto.

Sin embargo, en nuestro tiempo, esa situación se ha modificado y la crisis es tan amplia o totalizadora, tan general y profunda, que no reconoce el marco de fundamentos generales que sostienen el ámbito penal. En estos días, puede decirse que no hay campo del derecho penal que no esté sujeto a crítica respecto de las bases mismas que lo justifican.¹⁴⁷

A lógica dessa crise como ruptura, no âmbito do direito penal, segue o ceticismo quanto à sua própria proposta de existência, com grande acompanhamento de doutrinas de desconstrução que se propõem a demonstrar sua ineficácia a ponto de pleitearem a extinção dos mecanismos penais. Não cabe, conforme esse ponto de vista, discutir os rumos do direito penal quando a própria razão de existência do direito penal encontra-se sob severas críticas.

Apesar da análise de Yacobucci parecer tratar essas duas considerações de crise de forma estanque, é fácil constatar que se interpenetram, a ponto de poderem fazer parte de um único discurso. Contribui para tanto a ótica da teoria da argumentação, através do qual desmascara-se a pretensa evidência de certos posicionamentos decorrentes, por exemplo, das dicotomias inerentes à chamada natural superação de paradigmas como encruzilhadas críticas no saber penal. Um exemplo é a oposição entre indivíduo e sociedade que protagoniza a dicotomia mais específica entre liberdade individual e segurança social. Ao alertar para a falsidade da dicotomia, Fauzi Choukr consegue avaliar esse dado como integrante de um

¹⁴⁶ YACOBUCCI, G. **El sentido de los principios penales**, p. 29

¹⁴⁷ *Ibid*, p. 31

discurso mais abrangente, pelo qual a oposição perde seu caráter de evidência.¹⁴⁸ O discurso que faz oposição entre esses dois extremos deixa de ser um simples sintoma de uma superação natural de uma encruzilhada no projeto científico do direito penal. É uma construção que viabiliza apenas o deslocamento do debate para o âmbito de uma crítica política sem sentido para a solução dos problemas penais, já que, na ótica do autor, reduzem os extremos a termos de “esquerda” e “direita” e, paradoxalmente, a termos de “conservadores e reformadores”.

A defesa das garantias individuais tende a levar seus defensores à posição de construtores de um sistema fraco, inoperante face ao caso e ligados política e ideologicamente à esquerda. Avessos às mudanças, paradoxalmente suas posições são rotuladas superficialmente como conservadoras em face da resistências (sic) às mudanças que são oferecidas.¹⁴⁹

Enquanto isso, os adeptos da ótica da segurança social, por ocuparem um posto inverso, vão levar consigo a carga que a simetria da operação mental denunciada impõe: serão ao mesmo tempo partidários da segurança social, portanto legitimadores do autoritarismo estatal, politicamente de direita e, paradoxalmente, reformadores.¹⁵⁰

A perversão desse discurso é traço característico não de uma simples superação natural dos paradigmas do discurso penal, mas sintoma de sua deslegitimação. Ao abordar o assunto da identificação entre orientação político-ideológica com discurso crítico, Zaffaroni denuncia a tática da desfiguração do enunciado pela redução desqualificante, nos moldes apontados por Choukr. Zaffaroni aponta que é comum refutar a crítica deslegitimante do direito penal por meio de uma “satanização” que dirá que a crítica ao sistema e ao discurso legitimante não tem pertinência por ser “marxista” (ou, como indicado, de “esquerda”). A “delação” do discurso como “marxista” adquire significado especial na América Latina, em virtude do modo como o termo foi apropriado pelas instâncias de poder, apropriação essa que foi aproveitada para neutralizar a crítica. Assim:

Na América Latina, no entanto, o termo ‘marxista’ sofre uma transformação que ignora a gama de cores e matizes dos países centrais, ampliando-se seu sentido até limites absurdos de forma a designar-se como ‘marxista’ tudo o que constitui ou ameaça constituir um contrapoder para a verticalização militarizada de nossas sociedades periféricas.¹⁵¹

¹⁴⁸ CHOUKR, F.H. **Processo Penal de Emergência**, p. 11

¹⁴⁹ Ibid, p. 11.

¹⁵⁰ Ibid, p. 11.

¹⁵¹ ZAFFARONI, E. **Em busca das penas perdidas**, p. 36.

Que fez o discurso deslegitimador para merecer esse tratamento ? Ofereceu uma resposta à crise sem a pretensão de restaurar ou fortalecer o discurso jurídico-penal. Optou, em face da crise, por traçar a inviabilidade da legitimidade penal nos campos para os quais não foi construído. Fez mais: ingressou o saber penal na ótica do discurso, permitindo assim a sua análise e, em muitos casos, o desmascaramento de sua pretensão à evidência científicista cinicamente neutra.

Assim, essa crise como ruptura suporta duas orientações de reflexão, complementares e consecutivas que ilustram este estado de coisas: há o discurso de identificação da crise com o problema de legitimação e, como não poderia deixar de ser, o discurso da opção deslegitimante, implantado na filosofia, na criminologia e na doutrina penal.

2.6.1.3 A crise como problema de legitimação

Pode-se resumir as proposições da crise de legitimação a partir da ruptura entre legalidade e legitimidade.

O positivismo jurídico, inspirando um direito penal clássico, impôs como aspecto central de um sistema de autolimitação do poder penal o princípio da legalidade. O garantismo, sistematizado conforme o fez Luigi Ferrajoli, arvora-se nesse paradigma de tal modo que, ao intérprete, ao jurista, ao jurisdicionado e outros que se vêem na infeliz necessidade de lidar com o direito penal, não há opção senão tomar como ponto de partida a legalidade, considerando a intervenção criminalizante como legítima “a priori”, porque decorrente da lei. Problemas de interpretação, conceitos de conteúdo variável e outros ligados à formulação típica apenas decorrem da evidência da legitimidade como dado alheio a contestação.

Quando o positivismo jurídico começou a deixar transparecer que não poderia justificar um sistema de direito fechado conceptualmente e axiologicamente neutro, permitiu a incorporação da análise da prática do direito como *locus* de contato com uma realidade histórica e culturalmente contextualizada.

Sea como sea la respuesta, lo cierto es que la inclusión del derecho penal en el ámbito de la praxis supone la modificación de los paradigmas metodológicos tradicionales y una fuerte influencia en los criterios de

interpretación y argumentación penal, tanto en los campos de creación del derecho como en los de su aplicación y análisis dogmático.¹⁵²

A ruptura, portanto, representou a perda da legitimidade como derivada da legalidade e o caráter racional do discurso jurídico penal, antes atrelado no seguro controle dos postulados positivistas, precisou de outro lar. A crítica reside portanto do aporte da mera legalidade como fim último garantidor da racionalidade do discurso e fonte de legitimação do poder e que normalmente se justifica com expressões que remetem a legitimação à própria existência da lei:

Estas expressões são freqüentemente usadas em nossa região e implicam a confissão aberta do fracasso de qualquer tentativa de construção racional e, por conseguinte, legitimadora do exercício de poder do sistema penal.¹⁵³

Para Zaffaroni, a racionalidade do discurso jurídico penal deixa de estar atrelada apenas ao valor de coerência interna (com o que estava satisfeita a racionalidade positivista¹⁵⁴) para abarcar exigências mais concretas, com a de “valor de verdade quanto à nova operatividade social”, o que implica no enfoque desse saber no ser humano, na consideração do homem como pessoa.^{155 156}

Mas a grande objeção em face da pretensa racionalidade do sistema penal e, por via reflexa, do próprio discurso, circula em torno de questões de efetividade operacional desse mesmo sistema. O problema adquire diversas nomenclaturas, mas é o mesmo: Zaffaroni aponta-o como seletividade estrutural¹⁵⁷ ou seletividade

¹⁵² YACOBUCCI, G. **El sentido de los principios penales**, p. 36.

¹⁵³ ZAFFARONI, E.R., **Em busca das penas perdidas**, p. 17.

¹⁵⁴ Cabe aqui remeter à análise, no capítulo anterior, sobre as lógicas formais e as não formais. Uma lógica formal denota racionalidade quando o raciocínio encontra-se em conformidade com estruturas formais pré-estabelecidas, sendo desnecessário indagar de seu conteúdo. De maneira análoga, a racionalidade derivada meramente do princípio da legalidade como central para a “segurança e certeza” do juízo, como pretende Luigi Ferrajoli, pode ser constatada mesmo quando o conteúdo do raciocínio (e portanto da imputação, e portanto do discurso) esteja afastada de uma consideração de ordem prática. No exemplo de E. Raúl Zaffaroni, seria legítimo, nessa ótica, a tipificação da conduta de fabricar caramelos, porque esse nível de verdade, chamado de “nível abstrato”, é simplesmente ignorado numa configuração de mera legalidade. (ZAFFARONI, E.R., **Em busca das penas perdidas**, p.18)

¹⁵⁵ Ibid., p. 17

¹⁵⁶ O autor, nesse ponto, culmina por atrelar princípios limitadores a esse poder punitivo que se pretende racional, inserindo tópicos como dados iniciais ao discurso, ao mesmo tempo em que lhe confere um fio condutor fora do qual retomaria a irracionalidade e a violência sem sentido. Assim, essa legitimidade racional depende de princípios limitadores, abarcando, dentre outros, aqueles que impedem violações grosseiras dos direitos humanos quando da criminalização como o da lesividade (ZAFFARONI, E.R. et al. **Direito Penal Brasileiro**. primeiro volume -- Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003 p. 225), proporcionalidade mínima (Ibid, p. 230), intranscendência (Ibid, p. 231), humanidade (Ibid, p. 233), proibição da dupla punição, (Ibid, p. 234), boa-fé (Ibid, p. 237)

¹⁵⁷ ZAFFARONI, E.R., **Em busca das penas perdidas**, p. 27.

criminalizante¹⁵⁸ (que é natural ao sistema), nitidamente inspirado, por sua vez, em Louk Hulsman, que adota a terminologia “cifra negra”, a par do que fazem os *criminólogos*.

Louk Hulsman parte da análise da racionalidade do sistema penal segundo a proposta criminalizante desse mesmo sistema e os resultados obtidos. Aponta, com isso, diversas ocasiões que obstam o caminho programado da ocorrência do crime até a verificação de sua responsabilidade com a aplicação da respectiva sanção. Como a verificação desse déficit é inevitável, a noção de crime sofre um forte abalo porque permeada de um alto grau de seletividade:

Se uma enorme quantidade de fatos teoricamente passíveis de serem enquadrados na lei penal não são **vistos** ou não são **avaliados** como tal pelas supostas vítimas ou pelos agentes do sistema pessoalmente alertados por denúncias concretas, isto significa que os fatos chamados pela lei de **crimes** (ou **delitos**) não são **vividos** como se tivessem uma natureza aparte, como se fossem separáveis de outros acontecimentos.¹⁵⁹

É o argumento pelo qual o autor nega racionalidade ao sistema de criminalização, por ser “estranho à vida das pessoas”¹⁶⁰.

Hassemer, de modo análogo, fala em déficits de executoriedade,¹⁶¹ onde se verifica igualmente que as etapas de criminalização, por nunca operarem de maneira completa, dão lugar a uma seletividade pela qual o sistema funciona. Isso tendo em vista as inúmeras oportunidades em que, nas diferentes etapas criminalizantes, filtra-se o objeto a ponto de chegar-se à punição de apenas uma fração dos delitos existentes. A etapa de seleção, que dá lugar à falta de operatividade total do sistema, tende à eleição de estereótipos:

As expectativas profissionais dos funcionários investigadores os induzem antes a ver um suspeito em um desabrigado do que em um próprio inspetor da polícia federal e antes a tirar suspeitos do mal afamado local da estação que do subúrbio residencial – rotinas que, sem dúvida, são funcionais e também inevitáveis, mas que do mesmo modo distribuem de modo seletivo as possibilidades de permanecer no setor obscuro¹⁶².

¹⁵⁸ ZAFFARONI, E.R. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. In: **Discursos Sediciosos**. Crime Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997, p. 30.

¹⁵⁹ HULSMAN, L e CELIS, J.B. de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. 2 ed. Niterói: Luam, 1997, p. 66. No original, com destaques em negrito.

¹⁶⁰ Ibid, p. 66.

¹⁶¹ HASSEMER, W. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”. **Doctrina Penal: Teoría e Práctica en las Ciencias Penales**. Buenos Aires: Ediciones DePalma, ano 13, n. 49 a 52, 1990, p. 200.

¹⁶² HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad.: Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 99.

Esses déficits representam portanto um paradoxo. Existe por um lado comprovação empiricamente verificável de que apenas uma fração dos delitos existentes são submetidos às respectivas sanções penais de seus responsáveis, muito embora todo o sistema de criminalização esteja montado para que “as perspectivas de ser investigado e condenado como autor de um fato punível, sejam extremamente altas.”¹⁶³ A contradição agrava-se com a eleição de novos setores para o processo de criminalização, uma das características do mencionado direito penal da modernidade, de todo afastado de seus centros epistemológicos ao mesmo tempo que relativizador dos direitos fundamentais.

2.6.2 A dialética da modernidade como marco demarcatório e explicativo da crise

2.6.2.1 A ilustração que domina o mito que domina a ilustração

A tensão entre modernidade e doutrina penal no sentido de uma encruzilhada crítica é fenômeno que se lê nos traços das revoluções científicas. Nesse sentido, Thomas Kuhn aponta como as crises nas explicações científicas aparecem quando a atividade normal de resolução de problemas, dentro do paradigma dominante, fracassa. O marco da crise ocorre no ponto em que determinado saber científico não resiste mais aos ataques dos problemas que julgava, dentro de um instrumental com que vinha habitualmente trabalhando, estar resolvendo:

E quando isso ocorre – isto é, quando os membros da profissão não podem mais esquivar-se das anomalias que subvertem a tradição existente na prática científica – então começam as investigações extraordinárias que finalmente conduzem a profissão a um novo conjunto de compromissos, a uma nova base para a prática da ciência.¹⁶⁴

Como crítica à racionalidade do discurso jurídico penal, a noção de crise de paradigma assume um aspecto mais doloroso, pela constatação da impossibilidade de conferir racionalidade ao exercício de poder punitivo.

O esgotamento dos próprios instrumentais guarda analogia com a retomada que Hassemer tomou do conceito de Dialética da Ilustração como fonte de explicações do fenômeno que teve como reação a pretensão deslegitimante do discurso jurídico

¹⁶³ HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**, p. 101.

¹⁶⁴ KUHN, T. **A estrutura das revoluções científicas**, Trad.: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 8 ed., São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 24.

penal. O trabalho de Adorno e Horkheimer sobre a Dialética da Ilustração procura relatar como o paradigma filosófico da Ilustração, que pretendia fazer livrar o homem do mito, redundou, na consecução de seu projeto, numa mitificação. A constatação se dá quando a análise do mito e dos objetivos da ilustração revelam-se não como contraditórios mas como complementares¹⁶⁵. Assim, ao pretender-se como a definitiva tábua de salvação do homem ao livrá-lo dos mitos e do pensamento mágico, a ilustração apenas alcançou tais objetivos na medida em que repetia aquilo a que os mitos se propunham:

O mito queria relatar, denominar, dizer a origem, mas também expor, fixar, explicar. Com o registro e a coleção dos mitos, essa tendência reforçou-se. Muito cedo deixaram de ser relato, para se tornarem uma doutrina. Todo ritual inclui uma representação dos acontecimentos bem como do processo a ser influenciado pela magia. Esse elemento teórico do ritual tornou-se autônomas primeiras epopéias dos povos. Os mitos, como os encontraram os poetas trágicos, já se encontram sob o signo daquela disciplina e poder que Bacon enaltece como o objetivo a se alcançar.¹⁶⁶

Nesse caso, o direito penal encontra-se descrito pela fatalidade da Dialética do Moderno, onde se vê que o direito penal da modernidade (de raízes iluministas), experimentou progresso de tal modo que chegou ao ponto de tornar-se anacrônico¹⁶⁷. Os instrumentos empregados para a consecução de objetivos como a limitação do poder estatal e a defesa dos postulados do direito penal clássico, passaram a ficar de tal modo desenvolvidos que culminaram em se tornar entraves à consecução desses mesmos objetivos:

Así, por ej. el concepto de protección de bienes jurídicos, que originariamente tuvo una función estratégica em las tendencias descriminalizadoras, y en este sentido se utilizó para derogar aquellas cominaciones penales que no tenían como objeto la protección de algún concreto bien jurídico o que únicamente pretendían proteger concepciones morales, se utiliza actualmente com una finalidad distinta, como un criterio para criminalizar¹⁶⁸

O fenômeno descrito por Hassemer, apesar de baseado na realidade jurídica da Alemanha, encontrou correspondência no Brasil, em especial com relação à derrocada das garantias individuais diante da proliferação de criminalizações características de uma modernidade de riscos. As linhas gerais desse direito penal

¹⁶⁵ Da mesma forma como há certa complementaridade entre as perspectivas apocalíptica e integrada.

¹⁶⁶ ADORNO, T. W. e HORKHEIMER, M. **Dialética do esclarecimento**. Trad.: Guido Antonio de Almeida, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p.23

¹⁶⁷ HASSEMER, W. Características e crises do moderno direito penal. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, vol. 02, n.08, 2003, p. 54-66, p. 54.

¹⁶⁸ HASSEMER, W. Derecho penal y filosofía del derecho em la República Federal de Alemania. **Doctrina Penal**. Teoría e Práctica en las Ciencias Penales. Buenos Aires: Ediciones Depalma, Año 14, n. 53/54, jan-jun 1991, p. 97

moderno (subvertido por essa inescapável dialética), podem ser definidas, sinteticamente, em termos de colocação, no sistema, da proteção de bens jurídicos, no deslocamento da função da pena em virtude da inclusão do fator-risco, retomada da orientação pelas conseqüências, bem como sua subsunção a setores, funções e problemas específicos e diferenciados com relação ao direito penal puramente “clássico”, como se vê adiante.

2.6.2.2 A subversão do critério delimitador do bem jurídico

O primeiro sinal caracterizador dessa modernidade é o emprego do bem jurídico como argumento legitimante da incriminação e não mais como critério para delimitação da atuação punitiva do estado. Não é a primeira vez que isso ocorre, valendo registrar que a própria introdução do conceito de bem jurídico teve por escopo ampliar o espectro dos fundamentos da criminalização. Como anota Juarez Tavares¹⁶⁹, inobstante seja possível atribuir a Birnbaum a introdução do conceito de bem jurídico na dogmática penal, em lugar da legitimação em torno da violação a direito subjetivo, os objetivos originários não seriam propriamente o de limitar racionalmente o poder criminalizante, senão o de

(...) adequar a teoria jurídica do delito às normas do direito penal vigente, que conflitavam com a idéia da violação do direito subjetivo, principalmente nos chamados delitos contra a religião, contra o Estado ou contra o comunidade.¹⁷⁰

Nesse sentido, a teoria do bem jurídico, vinculada aos fundamentos da criminalização, desde a origem serviu a dois desideratos: ora de limitar o poder de seleção de condutas de interesse penal, ora de legitimar o descontrole desse mesmo poder. Tanto que

Embora os regimes autoritários, por seu turno, se tenham manifestado contra a noção de bem jurídico, considerando-a um estorvo aos seus fins políticos, nem sempre tem ficado muito claro se esta noção efetivamente os prejudica deste desiderato. Como todo conceito, o de bem jurídico só pode servir a uma autêntica teoria democrática do injusto à medida que corresponda aos seus fins limitativos e não aos propósitos punitivos.¹⁷¹

E os discursos jurídicos da modernidade, como denuncia Hassemer, enveredam nesse mesmo fenômeno, ao se utilizarem dos diversos conceitos de bem jurídico

¹⁶⁹ TAVARES, J. *Teoria do injusto penal*. p. 184.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 184.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 185.

para justificar uma ampla pauta punitiva. Assim, a proteção ao bem jurídico transmuda-se “de um critério negativo para um critério positivo de autêntica criminalização”¹⁷². E, se a teoria em torno do bem jurídico, a despeito de suas razões originais um tanto pervertidas, num dado momento assentou-se no sentido de limitar a atividade do legislador, para evitar que ele penalizasse o dano a determinados bens jurídicos, elegendo aqueles que mereceriam, em virtude de sua importância, tutela jurídica¹⁷³ por meio da lei penal, muda-se na modernidade para a eleição cada vez maior de proteção às funções dos bens jurídicos. Novamente o bem jurídico é empregado como critério de criminalização, não de controle em face da atuação penalizante do Estado.

Um outro aspecto com respeito ao tratamento do bem jurídico na estrutura criminalizante diz respeito à sua amplitude, apontando para um substancial acoplamento de diversidade de sentido aos termos submetidos à valoração do intérprete sob o conceito de bem jurídico. No direito penal de cunho clássico o bem jurídico limitava-se em constituir proteção penal a bens individuais, servindo de critério de legitimação da intervenção penal sobre condutas humanas. Esse princípio “enuncia precisamente que uma ameaça penal contra um comportamento humano é ilegítima, sempre que não possa lastrear-se na proteção de um bem jurídico.”¹⁷⁴

Entretanto, o direito penal da modernidade passou a normatizar, sob pretexto de tutela, instituições que só a muito custo poderiam ser consideradas, dentro do paradigma anterior, como bens jurídicos. Dessa forma,

(...) a isso corresponde que os bens jurídicos, para os quais deve haver proteção, não são bens jurídicos individuais, mas bens jurídicos universais. E é certo que o legislador penal formula estes bens jurídicos universais de modo muito vago e trivial (a proteção à saúde do povo, proteção à função dos meios de subvenção, etc)¹⁷⁵

¹⁷² HASSEMER, W. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**. p. 58. Também, HASSEMER, W. Derecho penal y filosofía del derecho em la república Federal de Alemania. Trad.: Francisco Muñoz Conde. **Doctrina Penal**. Teoría y Práctica em las Ciencias Penales. Buenos Aires: Depalma, jan-jun. 1991 n 53/54, ano 14, p. 97.

¹⁷³ Juarez Tavares questiona, no âmbito da inclusão do bem jurídico como fazendo parte do tipo, essa noção de tutela: “Na verdade, não se pode instituir como pressuposto do tipo a proteção de bem jurídico, porque essa proteção não possui conteúdo real. Em primeiro lugar, não há demonstração de que, efetivamente, a formulação típica de uma conduta proibida proteja o bem jurídico. Em segundo lugar, essa proteção do bem jurídico funciona apenas como mera referência formal, sem fundamento material.” (TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**, p. 180).

¹⁷⁴ HASSEMER, W. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Porto Alegre. Ano 2, n. 06, abril-junho, 1994, p. 52.

¹⁷⁵ HASSEMER, W. Características e crises do moderno direito penal, **Revista Brasileira de Ciências Criminais** p. 60.

Ao mesmo tempo em que essa transmutação do sentido originário do bem jurídico favorece a inclusão de conceitos indeterminados como centros de gravidade da legitimação dos mecanismos punitivos, o direito penal passa a estar legitimado como mecanismo primário de controle, subvertendo o princípio da *ultima ratio*, uma vez que os bens jurídicos universais característicos da modernidade servem para legitimar qualquer discurso. Embora Hassemer não sugira a renúncia expressa aos conceitos indeterminados que caracterizam os bens jurídicos universais, busca a solução numa adaptação concreta de signos inicialmente abstratos, de modo que “sólo se debe proteger los bienes jurídicos que puedan ser descritos concretamente y asegurados con sus instrumentos (lo que es bastante problemático em los ámbitos relacionados com las drogas y el medio ambiente).”¹⁷⁶ Isso significa a eleição, como elementos discursivos de composição do bem jurídico, de objetos relativos ao preferível e não ao real.¹⁷⁷

Também em razão disso o direito penal moderno amplia seu campo de atuação com o uso dos tipos de crime de perigo abstrato¹⁷⁸, onde a tarefa do julgador é facilitada em termos de aferição da prova. Ao juiz é muito mais fácil realizar a condenação porque os pressupostos de imputação simplesmente desaparecem, reduzindo a possibilidade de defesa, especialmente porque nesses tipos de crime, o argumento em torno de uma cadeia de causalidade fica comprometido, neutralizando um campo de debate no curso do processo: “se se renuncia à prova de um dano, não se pode mais encontrar a prova da causalidade”.¹⁷⁹

Fazendo parte do leque de justificativas da sanção criminal dentro dessa metodologia da modernidade, encontra-se também o método de ponderação de bens e interesses. Diante da flexibilização dos conceitos justificadores dos bens jurídicos “indeterminados”, está a conhecida metodologia inspirada nos julgados da Corte Constitucional Alemã e disseminados pela técnica da ponderação. Dessa forma, a supressão de direitos fundamentais que visam proteger o cidadão da fúria legiferante estatal ficam sob constante ameaça de redução diante da argumentação em torno dos bens jurídicos universalizados, eleitos como verdadeiros *topoi*, em

¹⁷⁶ HASSEMER, W. Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania. **Doctrina Penal** Teoría y práctica en las ciencias penales. Buenos Aires: Depalma, ano. 14, n. 53/54, jan/jun 1991. p. 99

¹⁷⁷ Ver nº 1.6.5.4.4

¹⁷⁸ HASSEMER, W. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”, p. 199.

¹⁷⁹ HASSEMER, W. Características e crises do moderno direito penal. p. 60.

geral, não sujeitos a questionamentos quando introduzidos em discursos oficiais de legitimação. Toma Hassemer como exemplo as legislações em torno da “testemunha da coroa”, em casos de terrorismo, a ampliação da sanção penal, nos delitos de narcotráfico, a fim de realizar confisco de bens adquiridos ilicitamente e admissão de provas obtidas a partir de diários íntimos¹⁸⁰. Essas inovações penais acabam respaldadas por uma justificativa a partir dessa tópica:

en caso de necesidad, la ponderación de intereses legitima la intervención en derechos y principios que son la base de nuestra cultura jurídica, como sucede, por ej., con los principios de la culpabilidad, proporcionalidad, *in dubio pro reo*, protección de la intimidad, etc;

Essa nova configuração da problemática dos bens jurídicos relaciona-se igualmente no contexto discursivo da prevenção por intimidação, modalidade justificadora da pena acoplada ao argumento da modernidade, especialmente vinculada à aceitação do direito penal como elemento normatizador de uma sociedade de riscos.

2.6.2.3 Discurso da prevenção e os novos riscos

Uma outra característica da invasão da modernidade no direito penal é o crescente deslocamento de seu centro de justificação para teorias da prevenção, especialmente tendo como consequência o aumento das incriminações e das penas como parte dessa política.

Esse aspecto do fenômeno da modernidade tem sido considerado como uma resposta à percepção dos riscos na sociedade pós-industrial, o que passou a circular como o centro das atenções de estudiosos penalistas, criminólogos e sociólogos a partir dos anos setenta. A retomada dos discursos de prevenção como justificadores da pena, nessa ótica, pode ter sua causa atribuída aos caracteres dessa sociedade pós-moderna brindada (blindada ?) pelo risco. O cenário é bem descrito por Ulrich Beck, claramente centrado nas definições das ameaças ambientais, como

¹⁸⁰ HASSEMER, W. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz, p. 202. A testemunha da coroa, já abolida na lei alemã, equivaleria, no Brasil, à figura do réu colaborador, nas hipóteses previstas nos artigos 13 a 15 da lei 9.807, de 13 de julho de 1999. A lei brasileira de repressão ao narcotráfico chegou a prever, no texto original, o seqüestro e indisponibilidade de bens e valores auferidos com o proveito da prática criminosa. O texto do “caput” do art. 44 da Lei 10.409 de 11 de janeiro de 2002 foi vetado, embora persista na redação a inversão da presunção de inocência com relação a esses mesmos bens, conforme o parágrafo único do mesmo artigo: Art. 44 (vetado). “Parágrafo único. Incumbe ao acusado, durante a instrução criminal, ou ao interessado, em incidente específico, provar a origem lícita dos bens, produtos, direitos e valores referidos neste artigo.”

característico de “un nivel más avanzado del desarrollo de las fuerzas productivas¹⁸¹”.

Segundo Beck, a crescente percepção de novas ameaças globais originadas do moderno processo civilizatório reveste-se de características que colocam em desafio o instrumental metodológico científico calcado na objetividade, dado que, os modernos riscos, primeiramente, são compartilhados entre todos os membros da sociedade, mas não conforme a lógica capitalista: aqueles que produzem os riscos (aqui refere-se Beck especialmente aos de natureza ambiental) mais cedo ou mais tarde sofrem a situação de perigo, num “efeito bumerangue”¹⁸². Também esses riscos, ao contrário dos problemas ligados ao paradoxo desenvolvimento / subdesenvolvimento não podem ser submetidos a uma perspectiva de solução, posto que, como inerentes à industrialização, não podem ser neutralizados. Ao mesmo tempo passam a ser, à medida que são reconhecidos socialmente, ligados a um conteúdo político que chega a projetar sua influência “en el ámbito íntimo del management empresarial, en la planificación de la producción, en el equipamiento técnico etc”.¹⁸³

Ao ser invocado para dar conta da insegurança gerada pela percepção do risco, o direito penal depara-se com um complexa gama de fenômenos que não podem ser lidos conforme um conceito de causalidade científica que demarcou o discurso pretensamente objetivo nas ciências. A invisibilidade, a universalidade a fluidez do risco é tanto um desafio à leitura dita “científica” quanto favorece a politização do discurso científico. Nesses termos,

La pretensión de racionalidad de las ciencias de averiguar objetivamente el contenido de riesgo del riesgo se debilita a sí misma permanentemente: por una parte, reposa en un castillo de naipes de suposiciones especulativas y se muve exclusivamente en el marco de unas afirmaciones de probabilidad cuyas prognosis de seguridad strictu sensu ni siquiera pueden ser refutadas por accidentes reales (...). al ocuparse de los riesgos civilizatorios, las ciencias ya han abandonado su fundamento en la lógica experimental y han contraído un matrimonio polígamo con la economía, la política y la ética, o más exactamente: viven con éstas sin haber formalizado el matrimonio.¹⁸⁴

O direito penal ingressa no fenômeno como um instrumento político de gerenciamento de riscos, dado ser meio mais facilmente manipulado em virtude de

¹⁸¹ BECK, U. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Trad.: Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2002, p. 28

¹⁸² Ibid., p. 29

¹⁸³ Ibid., p. 29-30

¹⁸⁴ Ibid., p. 35.

seus custos e poder preencher a necessidade crescente, frente ao risco, do consumo de prevenção. Nesse ínterim, diante de um risco que só pode ser lido de modo abstrato, o direito penal passa a pretender soluções abstratas e de caráter simbólico.

A sensação de insegurança fomenta uma expectativa social segundo a qual o direito (incluindo aqui o direito penal), disponibilize um instrumental adequado à prevenção desses riscos, mesmo quando essa percepção não tenha base empírica constatável de plano: uma insegurança que “puede existir independientemente de la presencia de peligros reales”¹⁸⁵.

A demanda de uma satisfação ante os perigos não sentidos concretamente não tem a pretensão de ser, igualmente, concreta, favorecendo então o reforço de um discurso penal de prevenção, não ligado à proteção concreta de bens jurídicos, mas tendente apenas a acobertar as manifestações de insegurança. Ante uma ameaça invisível, é suficiente que se proporcione “sensaciones o impresiones de seguridad”¹⁸⁶, que se dá justamente pela prática do discurso meramente preventivo. Conseqüência disso é que o direito penal, ao protagonizar essa solução simbólica, torna-se instrumento de consecução de políticas públicas.

A retomada do discurso da prevenção liga-se a uma tradição que determinou o centro de sentido da pena voltado para a defesa da lei e da sociedade e que abrange, segundo Frédéric Gros, desde as tomadas de posição da primitiva criminologia positivista italiana, com Garofalo, Ferri e Lombroso, até as posições liberais de Cesare Beccaria e o utilitarismo benthaniano.¹⁸⁷

Mas a retomada moderna da prevenção, fortemente influenciada pelo discurso do risco, aproxima-se muito mais de Hobbes e sua justiça vinda do medo da guerra civil do que do liberalismo do século XVIII. Igualmente centrado numa forma de risco constante, abstrato, fluído e natural, Hobbes justifica o Estado e a pena. É que,

¹⁸⁵ MENDONZA BUERGO, B. **El derecho penal em la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001. p. 30.

¹⁸⁶ Ibid., p. 31.

¹⁸⁷ Uma análise linear “datada” dessas teorias tende a apontar-lhes cisões abismais. A proposta de Frédéric Gros é que, a despeito de suas gritantes diferenças em termos metodológicos e nas conseqüências em torno de política criminal, ligam-se no aspecto que diz respeito à superação do paradigma da punição como lembrete sacrificial do sujeito ante à violação do interdito sacro-familiar (punir é recordar a lei), agora como mecanismo de proteção social, numa sociedade concebida como atrelada a uma unidade vital. (GARAPON, A. GROS, F. e PECH, T. **Punir em democracia**: e a justiça será, Trad.: Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget. 2002, pp 63-90)

justificando a sociedade segundo um pacto pelo qual o poder é conferido a um terceiro soberano, a aceitação da pena como parte integrante desse contrato seria contraditória¹⁸⁸, já que a lei referente a este contrato social constitui justamente a superação de uma ordem normativa natural, outrora justificadora da punição. A contradição se desfaz com a criação da figura do inimigo dessa ordem social estabelecida, justificando-se a pena em face daquele que atenta à ordem contratual protegida pelo Soberano. Assim, o direito de punir não seria propriamente uma autorização do próprio castigo, mas o reconhecimento de que “o cidadão punível é um inimigo, mas um inimigo paradoxal: um inimigo do interior”¹⁸⁹, controlado por uma paz garantida pelo Soberano diante da ameaça, ou seja, da prevenção contra a fragilização do pacto fundante do Estado.

2.6.3 Simbologia retórica do debate: apocalípticos e integrados

A complexidade dessas atitudes com relação aos limites e objetivos dos discursos penais convergentes na idéia de crise pode ser reduzida com auxílio da comparação do discurso produzido pela crítica aqui discutida com as atitudes ligadas à produção cultural e, de forma interior, à própria leitura retórica. Isso se dá pelo seguinte: do mesmo modo como a produção cultural, em especial a “indústria cultural” é objeto de avaliação sobre a relação de um dado contexto social com as soluções estéticas “consumidas”, o discurso jurídico penal sofre uma espécie de consumo efetivado por um grau maior ou menor de eficácia no processo de convencimento. Não à toa, Hassemer indica a confluência das soluções penais com a vendagem de determinadas políticas públicas¹⁹⁰. O conceito de “dialética da modernidade”, adotada primacialmente pela Escola de Frankfurt para designar a retomada do mito como conseqüência de sua superação, surge num contexto de crítica à mesma “indústria cultural” que é, ainda que veladamente, tomada como ponto de correlação para a análise de Hassemer quando de sua crítica da crise, partida da “Dialética do Moderno”.

¹⁸⁸ Frédéric Gros, Punir é defender a lei. In: GARAPON, A. GROS, F. e PECH, T. **Punir em democracia**: e a justiça será, Trad.: Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget. 2002, Capítulo 2, p. 75.

¹⁸⁹ Ibid, p. 77.

¹⁹⁰ HASSEMER, W. Características e crises do moderno direito penal. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, vol. 02, n.08, 2003, p. 54-66,

Do mesmo modo como discursam os juristas no processo de legitimação dos posicionamentos do Estado sobre determinada solução judicial para o crime, do mesmo modo como esses oradores se propõem a transformar a crise num “tópico” de suas argumentações, os oradores da crítica cultural “de massas” permeiam a mesma dicotomia que separa os apocalípticos dos integrados.

A rotulagem não é gratuita, ainda que pareça de um reducionismo contraproducente diante dos possíveis desdobramentos discursivos sobre “a crise”. Umberto Eco, ao tratar do assunto, já tomava o rótulo como perigoso, dado que o próprio objeto sobre o qual se desdobram os posicionamentos dos “apocalípticos” e dos “integrados”, qual seja, a cultura de massa, tende a reduzir-se num conceito-fetiche.

Entretanto, a leitura por meio dessa dicotomia torna nítido o contraponto entre posturas daqueles que discordam, que dissentem, que rompem, em confronto com aqueles que procuram integrar-se numa dada realidade entendida como legítima e necessária, no caso dos juristas, correspondente àqueles que procuram legitimar uma certa ordem normativa penal. “O Apocalipse é uma obsessão do dissenter, a integração é a realidade concreta dos que não dissentem. A imagem do Apocalipse ressalta dos textos *sobre* a cultura de massa; a imagem da integração emerge da leitura dos textos *da* cultura de massa”.¹⁹¹

As visões da crise, gerando discursos de re-legitimação ou de des-legitimação não parecem distantes do contexto onde se revezam as visões sobre a cultura de massa. Isso no contexto do consumo da violência, ou melhor, no contexto do consumo da informação da violência, mecanismo contemporâneo gerador de discursos. Os que assimilam a informação difusora da violência e a consomem de maneira acrítica, certamente produzirão uma visão apocalíptica com relação ao problema da beligerância entre o estado e o crime. No campo do discurso penal, a transposição dos debates sobre criminalidade para o campo político revela a polarização no sentido das soluções penais em face da criminalidade. Hassemer exemplifica de forma sintética o caso alemão:

Sabemos, por exemplo, de pesquisas empíricas realizadas na Alemanha, que a política adotada diante do desenvolvimento da criminalidade sempre foi uma política de ‘lei e ordem’, ou seja, a postura adotada diante do crescimento da criminalidade foi sempre orientada por ideais políticos. E na atualidade, o debate sobre o crescimento da criminalidade continua a

¹⁹¹ ECO, U.. **Apocalípticos e integrados**. Trad.: Pérola de Carvalho, 6 ed., São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 09. Originalmente com destaques em itálico.

apresentar conteúdo essencialmente político. Os políticos jurídico-liberais dizem sempre: 'cuidado, a situação não é tão grave', enquanto que os mais conservadores dramatizam a situação".¹⁹²

É certo dizer que, nesse contexto, a visão dos conservadores em torno da criminalidade é que veio a ganhar fôlego, de forma que toda uma gama de medidas excepcionais em torno da criminalidade "excepcional", como a criminalidade organizada, prevaleceu, em detrimento dos princípios fundamentais garantidores das liberdades públicas¹⁹³. Tanto é que, ao citar novamente a classe política envolvida na normatização das soluções em torno da criminalidade organizada, Hassemer a reduz ao discurso conservador que fomentou as soluções extraordinárias. Assim, em torno da criminalidade organizada pesa um certo consenso entre os criminólogos de que se trata de uma modalidade nova de criminalidade, constatação que na classe política reverbera de modo mais sensível:

Los políticos encargados de la seguridad interna coinciden en este punto y subrayan que las amenazas, que están unidas a este tipo de criminalidad, no constituyen únicamente aumentos cuantitativos de peligros conocidos hasta la fecha, sino que alcanzan un nivel de peligro social hasta el momento desconocido.¹⁹⁴

Como é de se imaginar, a consequência passa a ser a limitação de direitos fundamentais, especialmente direitos políticos e civis, em favor da resposta dada a essa nova forma de criminalidade.

Essa visão apocalíptica, que em Hassemer está identificado com o discurso político conservador, depende em grande parte da integração acéfala ao discurso de legitimação do controle por meio de mecanismos penais, mesmo quando tais mecanismos tenham eficácia meramente simbólica. Em contrapartida, os que tendem a reduzir o discurso jurídico-penal em termos de deslegitimação, assumem postura apocalíptica com relação aos mecanismos criminalizantes: são fruto de irracionalidade, violência e dor sem sentido. A difusão da violência que a resposta criminalizante só falsamente controla se constrói sobre dados mal interpretados e mal colhidos e o fenômeno da criminalidade passa a ser considerado do ponto de

¹⁹² HASSEMER, W. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Porto Alegre, Ano 02, n. 08, out-dez, 1994, p. 42.

¹⁹³ O chamado déficit de executoriedade faz parte desse fenômeno. Diante do fracasso da política criminal em controlar todas as hipóteses que propõe, postula-se um aumento do remédio penal. É o "miope intento de minimizar estos déficit aumentando la represión ('more of the same'). HASSEMER, W.. El destino de los derechos del ciudadano em um derecho penal 'Eficaz". **Doctrina Penal. Teoría y Práctica em las Ciencias Penales**, p. 200.

¹⁹⁴ HASSEMER, W. Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Porto Alegre, Ano 06, n. 23, jul-set – 1998, p. 25.

vista de uma integração, embora isso não signifique a justificação da criminalidade, mas a opção por vê-la dentro de uma pauta mais ampla, dentro da qual, por exemplo, o crime é considerado como produto de um aparato criminalizador de determinadas agências de controle, portanto, um dado criado a partir de uma determinada convenção que pode ou não ter fundamento racional e não uma doença que separa o homem delinqüente (a ser controlado, educado, reeducado e finalmente eliminado) do homem comum (a servir de padrão de conduta normal).

Mas há diferenças entre o teórico das massas e o jurista penalista “apocalíptico”, são diferenças que, mais do que afastar os termos em comparação, revela-lhes as características e viabiliza o aprofundar na análise. O apocalíptico que lê a cultura de massas procura confortar o leitor pela inclusão de um “super-homem”, acima do controle do senso comum. Um super-homem que, paradoxalmente, ao mesmo tempo em que está “acima da banalidade média”, e que seria a salvação consoladora contra uma determinada normalidade massificada contra a qual se insurge o crítico, culmina por ser a exceção que confirma uma certa normatividade contra a qual, no fundo, não há objeção.

E parece-nos poder concluir que esse herói superdotado usa das suas vertiginosas possibilidades operativas para realizar um ideal de absoluta passividade, renunciando a todo projeto que não tenha sido homologado pelos cadastros do bom senso oficial, tornando-se o exemplo de uma proba consciência ética desprovida de toda dimensão política: o Superman jamais estacionará seu carro em local proibido, e nunca fará uma revolução.¹⁹⁵

Mas o jurista está numa situação mais desoladora e instigante. Embora ele, o autor, desvele o caos da integração ao leitor (outrora) desavisado e, assim, proclame as bases, se não da salvação, ao menos de não perdição, não tem como interpor um “super-homem” isolado da massa, como o faz o apocalíptico da cultura de massa. Isso porque, ao mesmo tempo em que “você” (o leitor) e eu (o jurista apocalíptico) lemos o caos, não estamos no poder. O super-homem está no poder e adota o discurso de massa integrado no caos denunciado pela visão apocalíptica.

Esse super-homem “integrado”, lido pelo averso da moeda, corresponde ao modelo redentor daqueles que propõem a violência massificada pelos meios de comunicação como sendo uma violência efetiva e empiricamente experimentada. O super-homem não pertence, assim, à retórica do apocalíptico do sistema, daquele que leva seu ceticismo quanto à massificação das soluções penais, mas pertence ao

¹⁹⁵ ECO, U. **Apocalípticos e integrados**, p. 10.

seu rival ideológico, ou seja, o retórico do pânico, que integra no seu discurso o topoi do homem normal¹⁹⁶ que, ao mesmo tempo que serve de parâmetro normatizador das condutas, é a inspiração dos mecanismos de salvação do caos. O super-homem, mencionado no ensaio de Eco, pode ser o juiz-de-fora, o corregedor, o plano político de segurança pública, a Força Nacional de Segurança, o bem jurídico universal e abstrato (ordem pública, paz pública, a sã consciência do povo). Pode ser o Leviatã.

O herói do folhetim popular e o discurso do jurista nunca deixaram de seguir, ainda que de modo inconsciente, uma determinada tradição retórica, por onde flui toda uma possibilidade de leitura. O mecanismo de salvação diante do caos e da crise pode ser visualizado por mecanismos semelhantes.

Assim como no romance popular, o herói da normatividade em face do pânico está arvorado de um poder acima das capacidades do próprio leitor. “E para valer seu preço, [o herói] deve providenciar não uma mas muitas soluções, e o quanto mais possível em cadeia.”¹⁹⁷

Transpondo o drama para o palco do sistema penal em uma de suas formas possíveis, as leis penais podem ser vistas como instrumentos manejados pelos super-homens a fim de desviar o curso fatal e necessário do apocalipse. Obviamente a lei, nesse ínterim, não resolve nada e tem função meramente simbólica diante da ameaça gerada pelo pânico. E é justamente com essa terminologia, *direito penal simbólico*, com que Hassemer lê o fenômeno onde, na Alemanha, a ineficácia das soluções penais para controle da criminalidade apenas fomentou o aumento das mesmas soluções já comprovadamente ineficazes.

O legislador – que sabe que a política adotada é ineficaz – faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage imediatamente. É a isso que eu chamo de ‘reação simbólica’ que, em reação de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta, de uma ‘reação puramente simbólica’, que acaba se refletindo no próprio Direito Penal como meio de controle social.¹⁹⁸

Zaffaroni por sua vez realiza a leitura do mesmo problema sugerindo que o jurista penalista tornou-se refém do discurso de massificação da criminalidade, ao ser

¹⁹⁶ O homem médio, o homem comum que, no dizer do abolicionista Louk Hulsman, “seria obtuso, covarde e vingativo” (HULSMAN, L. e CELIS, J.B. **Penas Perdidas**, p. 55)

¹⁹⁷ ECO, U. **O super-homem de massa**. Retórica e ideologia no romance popular. Trad.: Pérola de Carvalho, São Paulo: Perspectiva, 1991, p. 26.

¹⁹⁸ HASSEMER, W. Perspectivas de um moderna política criminal. **Revista brasileira de ciências criminais**, Porto Alegre, Ano 2, n 08, out-dez – 1994, p. 43.

chamado para resolver todos os problemas sociais através do sistema penal, manejado por uma classe política. A metáfora é com o açougueiro¹⁹⁹ vítima de uma brincadeira pela qual terceiros escrevem, sobre a placa “açougue”, outras inscrições, como “banco”, “agência de viagens”, “médico”, e ao invés de compradores de carne, passa a ser visitado por pessoas em busca de empréstimos, viagens ao exterior e tratamentos médicos²⁰⁰. O açougueiro responsável, entretanto, conquanto se negue a ingressar em ofícios alheios, sofre represálias dos “fregueses loucos” diante das quais acaba sucumbindo numa sugestiva contaminação:

Entonces tendríamos que pensar que el carnicero se iría volviendo loco, y empezaría a pensar que tiene condiciones para vender pasajes a Nueva Zelandia, haver trabajo de un banco, resolver los problemas de dolor de estómago. Y puede pasar que se vuelva totalmente loco y comience a tratar de hacer todas esas cosas que no puede hacer (...). Pero si los feligreses también se volvieran locos y volvieran a repetir las mismas cosas, volvieran al carnicero, el carnicero se vería confirmado en ese rol de incumbencia totalitaria de resolver todo.²⁰¹

O contexto segundo o qual esse tipo de situação se viabiliza está regido pela perda crescente de poder da classe política estatal, diante da fragmentação do poderio econômico. A manutenção do poder se dá, então, pela vendagem de um certo tipo de pânico, interposto diante da debilidade dos estados nacionais: “El estado se convierte em um espectáculo. Y la gente se siente insegura, siente que no tiene ningún tipo de seguridad.”²⁰² Isso justifica o poder superior do super-homem, dotado do poder de normativizar penalmente a população, imersa nas ameaças que pretende dissolver.

Con esto, los políticos van a hacer propaganda, demagogia retributiva, demagogia vindicativa. No van a resolver nada. Pero nos van a vender la imagen de que están resolviendo todo, especialmente de que están brindando seguridad. ¿ Y cómo hacen eso? A través de leyes penales.²⁰³

O processo se dá no âmbito de convencimento para vendagem de determinada idéia/produto/pessoa, como forma de manutenção de poder:

Los políticos se venden, también, como um producto, por los asesores de imagen, los asesores de marketing, que circulan de un país a otro. Los políticos de nuestros estados periféricos contratan asesores americanos para sus campañas y seguen los consejos de un asesor de campaña que

¹⁹⁹ A anedota ganha profundidade significativa em língua espanhola, uma vez que a palavra “carnicero”, embora no contexto tenha significação de açougueiro, também quer dizer carnicero.

²⁰⁰ ZAFFARONI, E.R. La función reductora del derecho penal ante um estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable). **Revista de Ciencias Jurídicas ¿ Más derecho ?** Buenos Aires: Fabián Di Plácido, ano 2003, vol 3, p. 223

²⁰¹ Ibid., p. 224.

²⁰² Ibid., p. 225.

²⁰³ Ibid., p. 225.

es especialista en marketing político. E para el marketing político no hay nada mejor que leyes penales.²⁰⁴

É um quadro de “dramaturgia estatal”²⁰⁵ equivalente à construção de um enredo favorável à vendagem da solução, dentro das expectativas do consumidor. As conexões com o super-homem de massa, propagador da solução sobre o caos, fica estabelecida e segue a lógica da dramaturgia literária e suas implicações sobre a crítica à cultura de massa. Portanto, diante do quadro de uma modernidade globalizada que vindica determinadas reações:

Los políticos desapoderados no tienen respuesta, pero su espectáculo debe seguir. Cualquier irresponsable clama venganza en los medios masivos, abiertos a los discursos más disparatados. Y los políticos espectáculo producen leyes penales, que es lo más barato y les da publicidad por un día.²⁰⁶

Na terminologia da Teoria da Argumentação, equivale dizer a conformar o discurso aos valores identificados como presentes no auditório (previamente condicionado), favorecendo assim o processo de adesão e convencimento. Eco identifica essa conformação entre expectativa e solução com uma determinada classe de narrativa literária, com base numa interpretação de Aristóteles. Em uma forma de trama, o leitor termina confrontado com uma problemática, e, numa outra forma narrativa a ela contraposta, o leitor é confortado pela solução do clímax dramático.

Ao fornecer essa receita, Aristóteles (...) bem sabia que o parâmetro da aceitabilidade ou da inaceitabilidade de um enredo não reside no próprio enredo, mas no sistema de opiniões que regulam a vida social. O enredo deve, portanto, ser, para tornar-se aceitável, verossímil, e o verossímil nada mais é que a aderência a um sistema de expectativas partilhado habitualmente com a audiência²⁰⁷

A equivalência entre retórica, romance popular e, no caso em discussão, o discurso apocalíptico da violência pode ser resumida na observação de Umberto Eco:

Essa escolha, que o modelo aristotélico abre para o narrador, marca a diferença que caracteriza o romance chamado ‘popular’, popular não porque seja compreensível para o povo, mas porque, como sabia Aristóteles, ligando os problemas da *Poética* aos da *Retórica*, em última instância, o construtor de enredos deve saber o que seu público espera.²⁰⁸

²⁰⁴ ZAFFARONI, E.R. La función reductora del derecho penal ante um estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable). p. 226;

²⁰⁵ ZAFFARONI, E.R. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. In: **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997, p. 33.

²⁰⁶ ZAFFARONI, E.R.. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. **Nueva doctrina penal**, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999/A, p. 15 (xv)

²⁰⁷ ECO, U. **O super-homem de massa**, pp. 20-21

²⁰⁸ ECO, U. **O super-homem de massa**, p 23. O gênero epidíctico toma parte importante nesse fenômeno comunicacional, quando se trata de comunicação entre o Estado e a população, o que não é exclusividade de sociedades capitalistas, mas de sociedades industriais. Como já visto, esse

Nesse sentido, desaparece qualquer dicotomia entre o popular e o demagógico²⁰⁹, já que se trata de uma tentativa de convencimento com base em valores inertes nas massas (o auditório), valores estes que, na visão de Giampaolo Zucchini, dão apoio a inspirações “irracionais e elementares”, através de

(...) fáceis promessas impossíveis de ser mantidas, que tendem a indicar como os interesses corporativos da massa popular ou da parte mais forte e preponderante dela coincidem fora de toda lógica de bom Governo, com os da comunidade nacional, tomada em seu conjunto.²¹⁰

A dramaturgia do super-homem é análoga ao drama espetacular dos ritos de punição e das justificações que os seguem. Isso porque inseridos de modo mais ou menos explícito na necessidade de convencimento sobre o caos e da solução para o caos, como o que temos nos diversos sistemas de banalização da violência. A inserção da figura justiceira, dotada de poderes que a massa não tem, é fenômeno recorrente na história das justificativas da punição. Quando Foucault traça o panorama das sanções corporais ferozes, traduz o teatro da punição como forma de convencimento através da reiteração de determinados tópicos, em especial a figura do soberano como o restaurador da normalidade e super-homem, que acalma as massas pela vingança contra a violação de sua lei.

O suplício se realiza num grandioso cerimonial de triunfo: mas comporta também, como núcleo dramático de seu desenrolar monótono, uma cena de confronto de inimigos: é a ação imediata e direta do carrasco sobre o corpo do ‘paciente’. A ação codificada, pois o costume, e muitas vezes de maneira explícita, a sentença, prescrevem os principais episódios.²¹¹

A vitória do super-homem, personalizado na lei e no soberano, faz parte do irrevogável enredo, de todo envolvido num processo de convencimento levado a termo por uma oratória de sangue. Tanto o vínculo do suplício com o de um processo de comunicação subsumível aos fenômenos retóricos é certo, que a revolta popular contra as punições ferozes coincide com uma ineficácia na captação da adesão do auditório. Não é difícil, nesse contexto, a inversão de papéis: o super-homem passa a ser o condenado, retirado à força pelo povo, num processo

processo de assentamento de valores, sem objetivar determinada ação através do discurso, se dá pela educação e propaganda, o que coincide com os caracteres da comunicação de massas pelo Estado: “Toda vez que um grupo de poder, uma associação livre, um organismo político ou econômico se vê na contingência de comunicar-se com a totalidade dos cidadãos de um país, prescindindo dos vários níveis intelectuais, tem que recorrer aos modos de comunicação de massa, e sofre as regras inevitáveis de “adequação à média”. Ibid., p. 44)

²⁰⁹ Ibid., p. 23.

²¹⁰ ZUCCHINI, G. **Demagogia**. In.: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N., PASQUINO, G (orgs) **Dicionário de Política**. Trad.: Carmen C. Varriale. 12 ed., Brasília: UNB, vol 1, p. 318.

²¹¹ FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. Trad.: Raquel Ramalhete, 23 ed., Petrópolis: Vozes, 2000, p. 44.

permeado de “emoções de cadafalso”, na expressão de Foucault²¹², e que vai coincidir, em sua ascensão, na paradoxal glorificação do crime, contraposto ao poder que determina a criminalização.

²¹² Michel Foucault. **Vigiar e Punir**, p. 56.

3. DETERMINAÇÃO E INDETERMINAÇÃO DOS CONCEITOS. O CONTROLE DO USO DA LINGUAGEM, À VISTA DE DIFERENTES FILOSOFIAS DA LINGUAGEM ORDINÁRIA E SOB O INSTRUMENTAL DA NOVA RETÓRICA.

3.1. LEGALIDADE E EVIDÊNCIA

Ao lado do juízo crítico que se pode formular sobre o discurso jurídico-penal, que é de cunho justificador, merece análise também a peculiar forma de tratamento do direito penal no tocante à manipulação interpretativa de seus termos normativos. Peculiar, porque a penetração da necessidade de resguardo dos direitos fundamentais em face de um possível arbítrio informou para o direito penal a restrição ao papel criativo em torno das possibilidades significativas das normas penais. O tratamento sobre o assunto, entretanto, revelou ser impossível conceber as normas penais sem um grau maior ou menor de abertura conceptual, dando margens à interposição, às vezes ideológica, do intérprete, não raro estabelecido como o julgador da causa. O fenômeno detectado como normal em qualquer linguagem normativa tornou-se o centro das objeções interpostas em virtude da garantia do princípio da legalidade. Visto em outros termos, o questionamento implica responder se a garantia da legalidade é ou não válida em decorrência da fluidez (natural ou provocada) dos termos em que são postas as normas penais.

A origem desse tratamento relaciona-se com o núcleo do assentamento das bases positivistas e encontra sua expressão nos ideais iluministas de defesa, em nome da razão, das garantias fundamentais do indivíduo. E a partir daí é que a legalidade penal passa a ser considerada princípio basilar e inafastável dos estados democráticos. Nessa ótica, sem a legalidade penal e seus desdobramentos, concebidos nos termos iluministas, os órgãos de atuação penal ficarão sem controle, não haverá certeza ou previsibilidade de quais condutas serão ou não punidas e os detentores do poder não terão freios para a consecução de seus furores despóticos. Segundo Perelman, esse ideal corresponderia “No limite, a um sistema de direito concebido em função do único ideal de segurança jurídica que eliminaria a intervenção de todo julgamento, substituindo os juízes por computadores na administração da justiça.”²¹³

²¹³ PERELMAN, C. Essay de syntese. In: _____ e VANDER ELST, R.(orgs) **Les notions a contenu variable en droit**. Bruxelles:Emile Bruylant, 1984, p. 363. Nem sempre, porém, o vínculo entre atividade de julgamento e processos automatizados são encarados como incompatíveis. Fritjof Haft vaticina que, para a aplicação do raciocínio tipológico, consistente numa comparação de casos a se

Um dos desdobramentos do princípio, vinculado à certeza e à determinação dos tipos penais e, por conseqüência, limitador da interpretação, ainda encontra fundamento na influência do contratualista Cesare Beccaria, que em atenção à racionalidade invocada pela ideologia iluminista lecionava:

Em cada crime, o juiz deverá estruturar um silogismo perfeito: a maior deve ser a lei geral; a menor, a ação, conforme ou não à lei: a conseqüência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz for coagido, ou quiser formular somente dois silogismos, a porta à incerteza estará aberta²¹⁴.

Essa estrutura de raciocínio não representava à época qualquer novidade, porque reporta-se em parte aos estudos de lógica que ocuparam o cenário acadêmico já na renascença e antes ainda durante a idade média. A proposta de Beccaria, ao atrelar a segurança do juízo ao simples cotejo (que se pretendia neutro ideologicamente), entre a norma criminal e os fatos não passava de um reducionismo de clara proposta limitativa da atividade interpretativa. Segundo o jurista italiano, o desvio desse modo de pensar lógico-formal necessariamente teria por conseqüência a substituição da racionalidade garantista pelo arbítrio das paixões e envolvimentos pessoais. Dessa forma:

O espírito da lei seria, então, o resultado da boa ou da má lógica de um juiz; de uma fácil ou difícil digestão; dependeria da violência de suas paixões, da fraqueza de quem sofre, das relações do juiz com a vítima e de todas as mínimas forças que alteram as aparências de cada objeto no espírito indeciso do homem.²¹⁵

A preocupação de Beccaria é vaticínio das preocupações epistemológicas que marcariam o positivismo jurídico, falando-se em especial a rigidez interpretativa que o caracterizou. O autor procura enquadrar num plano de causalidade a violação de um regra lógico-formal com o arbítrio movido pela violência e pelas paixões, sendo difícil, nesse panorama, imaginar que haja mesmo outra saída senão a estruturação formalizada do raciocínio, em conformidade com o padrão apresentado. Expressões empolgadas com temor, como “violência de suas paixões” dita a tônica da preocupação com a segurança jurídica na qual se baseia, em grande parte, o princípio da legalidade como um dos sustentáculos do paradigma garantista.

resolver com casos-tipo previamente programados num programa informático, possa-se obter uma simulação informatizada de modo “a poderem fornecer ao computador um domínio de trabalho pleno de sentido”. HAFT, Fritjof. Direito e Linguagem. In: KAUFMANN, A. e HASSEMER, W.. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad.: Marcos Keel e Manoel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 320.

²¹⁴ BECCARIA, C. B, Marquês de. **Dos delitos e das penas**. Trad.: José Cretela Júnior e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 33.

²¹⁵ Ibid., p. 33.

O discurso da segurança positivista, que se firma não sem contributo de Cesare Beccaria, é o discurso da busca pela evidência como valor (não submetido a valoração), posto fora de qualquer possibilidade argumentativa. Uma incursão em juízos de valor, por não ser passível de amoldar-se ao critério de evidência do positivismo, foi confundida com um retrocesso para as bases que o iluminismo tratou de defenestrar de uma ciência jurídica, notadamente no campo das garantias individuais de cunho penal.

No aspecto referente ao raciocínio que estabelece a aplicação da norma como forma de solução para o caso, o princípio da legalidade interessa no sentido do tratamento dado aos conceitos normativos, gerando aí interesse quanto às conseqüências geradas pela interpretação e pelo gerenciamento dos chamados conceitos indeterminados, conceitos fluídos, ou, em atenção à terminologia adotada por Chaïm Perelman, noções de conteúdo variável, que aparecem como soluções diante de uma pretensa inflexibilidade dada pelo atrelamento aos valores da segurança e certeza. Ou seja, em “situações que se caracterizam pela impossibilidade de estabelecer a uniformidade, a previsibilidade e a igualdade diante da lei é que se pode falar, de modo impressivo, de *noções de conteúdo variável*”²¹⁶.

De todo modo, a negação da variabilidade dos conceitos, a imposição da evidência como baliza dos sistemas de interpretação das normas penais, informaram um aspecto do princípio da legalidade que passou sem dificuldades numa doutrina penal comprometida com a idéia de que a invocação do princípio bastaria para eliminar as zonas de obscuridade no processo de manipulação da norma em torno dos casos a resolver.

3.2 A BUSCA DA EVIDÊNCIA E A PARADOXAL IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAR A CLAREZA DAS QUESTÕES DE FATO.

3.2.1 O repúdio à linguagem aberta

O princípio da legalidade penal, a julgar pelo posicionamento de muitos juristas contemporâneos, parece inexpugnável quando se fala de bases para um direito

²¹⁶ PERELMAN, C. Essay de syntese. In: _____ e VANDER ELST, R.(orgs) **Les notions a contenu variable en droit**, p. 373. Em itálico no original.

penal de um Estado democrático. Fala-se, aqui, tanto da reserva de lei, que significa atribuição exclusiva do órgão legislativo para determinação da lei penal (ou criminalização primária, no dizer de Zaffaroni), como da determinação da linguagem penal, que não pode conter termos dúbios ou amplos (à maneira de sua própria – desejada – interpretação). A lição percorre a doutrina com tal hegemonia que não raro os problemas relacionados aos conceitos indeterminados são tratados em termos de alcance ou não da evidência e o assunto, daí, é encerrado.

Para Cezar Roberto Bittencourt²¹⁷ o princípio da reserva legal, que abrange a determinação prévia, através de lei, da conduta punível, é condição indispensável ao controle do poder punitivo do Estado. Sendo o direito penal o último recurso da intervenção do Estado na repressão ao delito, somente a legalidade pode evitar o descontrole desse poder. Por isso, adverte que “O princípio da reserva legal não admite desvios ou exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado”.²¹⁸

Esse modo de ver a legalidade penal, profundamente arraigado na doutrina iluminista é que leva à objeção de que é inconstitucional certa norma jurídica quando o intérprete se encontra diante de um termo nela considerado vago ou indeterminado. Proliferam acusações – não de todo impertinentes – contra a irracionalidade do legislador. O pavor da doutrina em torno, por exemplo, do artigo 4º da lei de combate à criminalidade financeira²¹⁹, evidencia a repulsa pelo emprego de termos considerados imprecisos.

Segundo Roberto Podval²²⁰, a imprecisão do artigo consiste, no caso da “gestão temerária” na falta de definição, por uma lei penal, de uma conduta que permita a interpretação desse ilícito. O mesmo acontece, de forma um pouco menos acentuada, com a “gestão fraudulenta”, ainda assim imprecisa. Em virtude da falta de fornecimento de um instrumental mínimo em que se deva pautar a interpretação,

²¹⁷ BITENCOURT, C.R.. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 1, 6ed, São Paulo: Saraiva, 2000., p. 10.

²¹⁸ Ibid., p. 10.

²¹⁹ A Lei 7.492 de 16 de junho de 1986 “Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências”. O Art. 4º diz o seguinte: “Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena – reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.”

²²⁰ PODVAL, R. Crimes contra o sistema financeiro. In: FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (coord). **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Vol.1, 7 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 828.

o reconhecimento da inconstitucionalidade²²¹ da lei é invocado como dado evidente.

Por fim, sentencia :

Mais de dois séculos já se passaram e normas imprecisas, obscuras e duvidosas continuam a ser admitidas. É incrível como, não obstante o discurso de todos (quer liberais, quer conservadores), no sentido de proteger o princípio da legalidade, ainda se tem de conviver com – e discutir sobre – a inaplicabilidade de normas penais, que tão gritantemente afrontam direitos e garantias aparentemente tão sedimentados.²²²

A legalidade penal é vista como única forma de proteção ao arbítrio, quer do legislador, quer do juiz. Para esse último, a legalidade penal determina, entre outras coisas, a proibição da analogia, como registra Alberto A. Campos, para quem “Aun cuando pueda decirse que la propia ley autoriza la analogía, rechazamos esta disposición por ser abiertamente contraria al principio que venimos examinando”.²²³

O receio da atitude do intérprete não sofreu grandes alterações desde o iluminismo, sempre aparecendo como justificativa da face hermenêutica do princípio. Em fins do século XIX, Adolphe Prins lecionava, ainda sob tal inspiração, que o direito penal emprega as mesmas técnicas de interpretação adotadas pelo direito civil²²⁴. Apesar dessa similitude, Prins indica que apesar do uso dessas técnicas implicar um modelo de integração da norma baseada na analogia, não se pode fazê-lo no direito penal, eis que “[...] Contrariamente ao princípio da interpretação em matéria civil, o juiz repressivo não tem o poder de interpretar a lei penal extensivamente ou por analogia”²²⁵. E continua a lição que ecoa ainda nos dias atuais:

No silêncio da lei positiva, o juiz civil deve recorrer à equidade ou à analogia; o direito romano autorizava a aplicação da lei penal por analogia; o antigo direito recorria ao direito romano ou ao costume; o direito belga prende-se estritamente ao princípio pelo qual o direito penal é escrito e no silêncio da lei penal positiva, o juiz não pode julgar.²²⁶

Na mesma tradição, a máxima taxatividade, como princípio limitador do arbítrio penal, no entendimento de Zaffaroni, impõe ao legislador, sob pena de inconstitucionalidade, o estabelecimento de tipos penais com elementos determinados, precaução sem a qual descamba-se para a criminalização por

²²¹ Ibid., p. 829.

²²² Ibid., p. 829.

²²³ CAMPOS, A. A. **Derecho Penal**. Libro de Estudio de la Parte General. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, p. 29.

²²⁴ São as bem conhecidas interpretações gramatical, lógica, doutrinária e autêntica. Para Adolphe Prins, “Il faut suivre en droit pénal les procédés ordinaires d’interprétation” (PRINS, A. **Science Pénale et Droit Positif**. Bruxelles: Emile Bruylant, 1899, p. 42.)

²²⁵ PRINS, A, op. cit. p. 43.

²²⁶ PRINS, A., op. cit.loc.cit.

vontade dos organismos judiciais²²⁷. Além disso, a taxatividade pressupõe “a proscrição de qualquer integração analógica de lei penal, impondo sua interpretação rigorosa como regra geral”,²²⁸ mesmo quando esse ideal seja inalcançável pela forma como o sistema penal está estruturado.

A analogia, necessário lembrar, não aparece de todo proscria da interpretação penal, vez que, admite Zaffaroni, ela é inevitável no pensamento humano e na lógica jurídica²²⁹. Winfried Hassemer explora o assunto e, da mesma forma, mostra que a proibição da analogia, como paradigma interpretativo interposto pelo iluminismo, não passa de ilusão, já que a atividade mental de interpretação da norma não pode evitar ou detectar facilmente emprego da analogia: “atualmente não está totalmente claro se e como é possível realizá-la”²³⁰. A dificuldade, aponta Hassemer, reside na estreita ligação entre atividade analógica e interpretação extensiva. Os limites entre uma e outra são incertos e por vezes apenas detectáveis quando da aplicação concreta da norma. Isso porque a própria aplicação do direito não pode prescindir da analogia²³¹.

3.2.2 Insuficiência das deduções formais: a impossibilidade de evidência sobre as questões de fato

Como visto anteriormente, o positivismo sofreu pesados ataques nas últimas décadas. A crítica ao seu estatuto metodológico permitiu, apesar da busca pela segurança supostamente concedida pela neutralidade diante da interpretação da norma, sérias objeções aos postulados interpretativos informados por esse ponto de vista. O formalismo resgatado por Hans Kelsen, que pretendia uma ordem jurídica alheia a elementos de outras ciências, sofre represálias. Como lembra Margarida Maria Lacombe Camargo:

Acredita-se que o direito existe concretamente e não de forma virtual, ou melhor, que ele vale à medida que é capaz de compor interesses, desconsiderando-se a sua força meramente potencial. O movimento crítico,

²²⁷ ZAFFARONI, E.R.. **Em busca das penas perdidas**, p. 239.

²²⁸ *Ibid.*, p. 239.

²²⁹ ZAFFARONI, E.R. e PIERANGELI, J.H.. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 175.

²³⁰ HASSEMER, W. Introdução aos fundamentos do direito penal, p. 353.

²³¹ *Ibid.*, p. 357.

que encerra o predomínio da dogmática jurídica tradicional, é denominado de pós-positivismo.²³²

Um aspecto que se destaca como relevante para o problema da taxatividade das leis penais tem base no desenvolvimento em torno dos conceitos indeterminados e de seu comportamento numa lógica jurídica. Karl Larenz indica que os tipos não comportam o modelo de subsunção que dominou o cenário lógico do positivismo. Adverte que a idéia de subsunção, herdada dos raciocínios lógico-formais do positivismo (e atribuídos, acrescentamos, ao raciocínio o intérprete da lei penal através dos tipos), não passa de mera aparência de um processo hermenêutico muito mais sofisticado. Assim:

A parte da subsunção lógica na aplicação da lei é muito menor do que a metodologia tradicional supôs e a maioria dos juristas crê. É impossível repartir a multiplicidade dos processos da vida significativos sob pontos de vista de valoração jurídicos num sistema tão minuciosamente pensado de compartimentos estanques e imutáveis, por forma a que bastasse destacá-los para os encontrar um a um em cada um desses compartimentos²³³.

Nenhum sistema de direito, portanto, está isento de suas chamadas “lacunas” ou de qualquer forma de incoerência. Isso neutraliza, sobretudo, os métodos de interpretação imaginados a partir desse sistema abstrato, fechado e coerente que se pretende aplicado, no caso, ao Direito Penal. Segundo Juarez Tavares, a pretensão de objetividade das lições de treinamento em regras de interpretação, com sua classificação tradicional (quanto às fontes, quanto aos resultados, quanto aos elementos), distancia-se dos efetivos contatos da linguagem com a realidade.

Lamentablemente, esta exposición no sirve para nada, como no sea para mostrar una erudición insensible a la realidad. La interpretación de la ley no es una operación formal, limitada a los aspectos mencionados en los manuales. La interpretación puede ser considerada como la operación más importante de concretización del derecho; es el vínculo que une una norma y realidad y que hace posible y actualizable la prohibición legal o la determinación de conducta.²³⁴

Como apontado no capítulo 1, a Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman, ao esclarecer a disposição dos elementos prévios ao discurso, propôs que os dados considerados como fatos não teriam qualquer força de evidência por si mesmos. O que se considera como sendo o aspecto fático sobre o qual se assenta a argumentação apenas deixa-se escapar ao debate à medida em que não se gera

²³² CAMARGO, M.M.L. **Hermenêutica e Argumentação**. Uma contribuição ao Estudo do Direito. 3 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003, p. 136.

²³³ LARENZ, K. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad.: José Lamego, 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 645.

²³⁴ TAVARES, J. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudência. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid. Tomo XL, fasc. I, jan-abr. 1987, p. 754.

sobre ele qualquer manifestação. O que dá aparência de intangibilidade ao fato é a ausência de discussão em torno desse dado, o que inclusive possibilita o desenvolvimento do processo argumentativo. Contrariando a expressão de uso comum, contra fatos podem existir argumentos.

Essa constatação tem profunda influência na sistemática lógico-formal apresentada como suporte da taxatividade porque, aberto o campo de discussão sobre todos os termos integrantes do raciocínio, desnudam-se as possíveis implicações ideológicas apresentadas sob o manto de uma evidência aparentemente intocável.

Não apenas o processo elaborativo dos discursos de justificação, mas igualmente diante da aplicação da norma e de sua interpretação, os juízos ideológicos são inevitáveis, de modo que a própria dicotomia entre casos fáceis e casos difíceis – terminologia que para Perfecto Ibañez²³⁵ parece apenas uma nova roupagem do preceito *in claris non fit interpretatio* – resta comprometida.

As chamadas questões de fato (*quaestio facti*), que na interpretação penal assumem papel meramente estático de elementos considerados incontestáveis, é vislumbrado no sentido ideológico conforme o corte realizado no dado empírico, desvirtuando a pretensão de que o momento interpretativo se dá meramente com a subsunção formal da norma ao caso avaliado. Invocando a proposta originalmente feita por Ferrajoli do papel do intérprete operativo, Perfecto Ibañez diz que o juiz, nessa condição, “não está nunca ‘só’, e menos ainda ‘só com a lei’ perante o caso.”²³⁶ Isso implica em que a negação da dimensão interpretativa possível da questão de fato, apenas serve para acobertar o contexto sociológico em que a norma se insere, ocultando por outro lado, sob o manto de uma aparente evidência, formas ideológicas colocadas fora do campo de visão do intérprete, cuja função é confundida “como um simples acto de leitura de textos”²³⁷. Em resumo, os avanços que informaram a impossibilidade de leitura neutra dos dados lingüísticos permitiram por outro lado desvelar o sentido ideológico que se apresenta como evidência, levando a discussão para além do nível meramente textual. Em resumo:

Os dados esquematicamente acabados de sugerir conduzem de forma imediata a um resultado: ter que se rejeitar o modelo de ordenamento e de

²³⁵ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Neutralidade ou pluralismo na aplicação do Direito ? Interpretação judicial e insuficiências do formalismo. **Revista do Ministério Público**, Lisboa. Ano 17, jan-março 1996, nº 65, p. 15.

²³⁶ Ibid., p. 16.

²³⁷ Ibid., p. 17.

função interpretativa sugerido pelo formalismo dogmático. E não por ser ingenuamente irreal, antes por ser activamente encobridor de aspectos substantivos da realidade jurídica e do inevitável acondicionamento que deles deriva para a ação do juiz.²³⁸

Esse papel restritivo determinado pelo ponto de vista criticado pelo pós-positivismo não nasceu, cumpre anotar, de uma mera constatação neutra de que o sentido dos textos normativos poderia ser controlado segundo um treinamento positivista clássico. Em sua gênese, encontra-se a imposição dogmática do mito da vontade geral como paradigma da onipotência do legislador.

O conceito de “vontade geral” de inspiração em Rousseau tornou-se o centro de convergência da soberania e da manutenção das parcelas de liberdades debitadas da necessidade do convívio social. Se antes o soberano era identificado com uma figura monárquica, separada e superior aos súditos, a vontade geral, consubstanciada nos próprios indivíduos, tem na lei o “elemento que dá vontade e movimento ao corpo político. É por meio dela que se expressa a vontade do coletivo.”²³⁹

Foi essa vontade geral, repositório do poder soberano, expressão do império da legalidade. Isso favorece, no alvorecer da Escola da Exegese, a redução da interpretação da lei a uma tarefa meramente gramatical, submetendo assim o órgão aplicador da lei à entidade legislativa, da qual deve refletir “suas decisões, seus juízos de valor, apresentando-os como dados de uma vontade objetiva e, portanto, sujeitos a verificação”.²⁴⁰ Dessa forma, o engessamento do papel do intérprete serviu para a consecução do ideal burguês de segurança jurídica baseado na onipotência da vontade geral, logo transformada na vontade do legislador e na vontade da lei, estabelecendo-se uma inútil dicotomia que apenas serviu para reforçar doutrinariamente a justificativa da vitoriosa ideologia.

É nesse aspecto, qual seja, a necessidade de democratização da vontade que está por detrás do discurso legal, que se relaciona a construção rousseauniana da vontade geral como pressuposto de legitimação democrática, fundante do paradigma da interpretação da lei. Pois esta foi a solução encontrada pelo liberalismo para resolver o problema das relações

²³⁸ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Neutralidade ou pluralismo na aplicação do Direito ? Interpretação judicial e insuficiências do formalismo**. p. 24.

²³⁹ MOREIRA, Nelson Camatta. **O dogma da onipotência do legislador e o mito da vontade da lei: a ‘vontade geral’ como pressuposto fundante do paradigma da interpretação da lei**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, vol. 04, n.15, 2004. p, 132.

²⁴⁰ Ibid., p. 133.

entre legislador e o juiz, instituindo-se , assim, o dogma da onipotência do legislador.²⁴¹

Isso ocorrendo sob a alusão de que a evidência nas interpretações legais, permeadas de distanciamento e de neutralidade, seria possível e decorreria de uma necessidade lógica conforme estruturas formais de raciocínio e técnicas pré-fabricadas de interpretação.

Juarez Tavares trata com pertinência sobre esse mascaramento ideológico na própria construção dos tipos penais, onde o legislador, com muita frequência, opta pela síntese. Essa forma de linguagem, onde se deixa ao intérprete a complementação do conteúdo dos termos vagos, tem por objetivo apenas executar o mero exercício do poder penal, isto é, controlar condutas sem que seja necessário explicitar elementos que indiquem os motivos para tanto. O recurso portanto de ocultar as premissas da proibição impede que o intérprete verifique se a norma penal é ou não o último meio de controle, em atendimento ao princípio da subsidiariedade.²⁴²

3.3 ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DOS CONCEITOS INDETERMINADOS

No direito penal a idéia de um princípio retor da taxatividade fica comprometida, não pela negação da segurança, mas por sua impraticabilidade e também por ser, esse próprio ideal, encobridor de ideologias subjacentes a certo modo de ver hegemônico que costuma, nesses casos, se impor sem resistência porque “evidentes” e “neutros”. É melhor entretanto que uma zona de penumbra em torno dos conceitos seja de antemão assumida como inerente à linguagem. Pablo E. Navarro sintetiza o que representa essa indeterminação, ou vagueza:

La vaguedad significa que en un determinado caso no sabemos si un determinado estado de cosas se encontra comprendida por el alcance de un cierto predicado. Los problemas de vaguedad son siempre relativos a la aplicación de un concepto a una determinada situación y se producen suficiente para delimitar exhaustivamente todos los estados de cosas de un determinado Universo del Discurso²⁴³

²⁴¹ Ibid., p. 140.

²⁴² TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**, p. 230.

²⁴³ NAVARRO, Pablo E. Interpretación de normas penales y atribución de responsabilidad. **Iter criminis**. Revista de Derecho y Ciencias Penales. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, nº 04, 2000, p. 49.

A linguagem, impregnada por noções de conteúdo variável, mesmo em se tratando da pretensão taxatividade penal, não escapa a juízos éticos de toda ordem.

A vagueza e a indeterminação são inevitáveis por motivos diversos, além daqueles concernentes aos próprios limites da linguagem. Entre eles, uma certa ignorância quanto ao futuro e a não determinação de propósitos, como assinala Pablo E. Navarro.²⁴⁴

Winfried Hassemer, quanto a isso, fala em mandato de certeza²⁴⁵, que consiste em um sistema jurídico baseado sobre leis escritas e certas, determinadas, como um desdobramento da legalidade penal. Entretanto, admite, existem fatores que levam à impossibilidade dessa precisão. Assim:

Qualquer um pode ver que o legislador penal tem que resolver ao mesmo tempo duas tarefas distintas, que estão em oposição uma à outra: ele deve manter suas normas abertas de modo que elas também se adaptem aos casos futuros, ainda desconhecidos, mas ‘pensando para o caso de seu conhecimento’, e ele deve formulá-las definitivamente de modo que sejam impenetráveis aos casos não imaginados. Qualquer decisão na escala entre flexibilidade e precisão é problemática²⁴⁶

No direito penal, antes de repudiar sua existência, as noções com conteúdo variável merecem análise para tornar possível o diálogo e o desenvolvimento da própria legalidade penal e, assim, suprimir e neutralizar os abusos.

As explicações empregadas para sistematizar os conceitos variáveis, elas próprias, variam. A partir da definição já mencionada de Perelman, Robert Legros fala em continentes e conteúdos, da mesma forma como emprega o par significante/significado.

Para Legros, uma noção com conteúdo variável é “uma noção na qual a denominação, o significante, resta constante, mas onde o domínio, o campo, o significado são móveis, evoluem, mais especialmente em função de fatores espaço-temporais.”²⁴⁷ Os fatores espaço-temporais colaboram para a variabilidade da mesma forma que fatores de ordem social ou mesmo através do papel do juiz,

²⁴⁴ NAVARRO, Pablo E. Interpretación de normas penales y atribución de responsabilidad. In: **Iter criminis**. Revista de Derecho y Ciencias Penales. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, nº 04, 2000, p. 48.

²⁴⁵ HASSEMER, W. Introdução aos fundamentos do direito penal, p. 335.

²⁴⁶ HASSEMER, W. Introdução aos fundamentos do direito penal, p. 338.

²⁴⁷ LEGROS, Robert. Notions à contenu variable en droit pénal. In: PERELMAN, Chaim e VANDER ELST, Raymond. **Les notions à contenu variable en droit**. Bruxelles: Émile Bruylant, 1984, p. 21.

podendo ser assim entendida a sedimentação jurisprudencial em torno de determinado conceito.²⁴⁸

Embora Legros advirta que o direito penal (em específico: as leis penais) deve preocupar-se com o estabelecimento de pautas mínimas determinando um maior rigor na construção do vocabulário legal²⁴⁹, admite que a variabilidade dos conceitos pode ter também aspectos positivos: “Em direito penal, a variabilidade é tanto um bem quanto um mal. Um bem quando é fonte possível de uma política criminal frutuosa; um mal quando é fonte de confusão, ambigüidade ou de erro”.²⁵⁰

Essas reflexões não deixaram de influenciar o direito penal, antes conectado, pela dependência garantista a uma interpretação determinada e “rígida”. A constatação da inevitabilidade da existência de conceitos com grau maior ou menor de indeterminação, seja pela adoção das conclusões de Perelman, seja pela advertência mais específica de Larenz, conduzem à consciência dos novos limites da linguagem desse ramo do direito. Assim, Giovanni Fiandaca afirma que a proibição da analogia no direito penal “não constitui mais um baluarte seguro, idôneo a fixar externamente os confins, respectivamente, das interpretações admissíveis e inadmissíveis”²⁵¹.

3.4 DEMOCRACIA EM VEZ DE ARBÍTRIO

Se por um lado, como é inegável dizer, a legalidade penal (ou o princípio da legalidade como concebido pelo positivismo) passa por uma crise irreversível, por outro lado as mazelas evidentes provocadas pela repressão penal parecem impedir o abandono ou mesmo a revisão da estrita legalidade, em especial, do subprincípio da taxatividade. Assumir e enfrentar a crise do princípio e entendê-lo como parte de um processo argumentativo, requer as cautelas que inspira uma realidade que parece tombar, ao menor descuido, para a arbitrariedade e para a violência “estatizada” com fundamentos duvidosos. Isso em especial na ascensão de uma sociedade multivariada e com um Estado chamado a proteger (ou ao menos tolerar)

²⁴⁸ LEGROS, Robert. op. cit. p. 25.

²⁴⁹ Ibid. p. 36

²⁵⁰ Ibid, p. 36.

²⁵¹ FIANDACA, Giovanni. Ermeneutica e Applicazione Giudiziale Del Diritto Penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Anno XLIV, Fasc.2. abr-jun. 2001 Milano: Dott. A. Giuffrè, 2001, p. 357.

divergências de toda ordem, a identificação da legalidade com a democracia da força da maioria necessita de revisão. As discussões em torno de um direito comum europeu, por exemplo, revelam a crise da legalidade vinculada ao poder (democrático) majoritário²⁵².

Em grande parte, a argumentação possível deve levar em conta os limites da “diferença”. Se é inegável que a igualdade “formal” vinda do iluminismo encontra-se hoje em queda livre, o respeito ao pensamento minoritário deve levar em conta o comprometimento dos valores integrantes da comunidade. Assim, para Bueno Arús:

Pero el llamado derecho a ser diferente no es un derecho fundamental ni tampoco accesorio cuando se pretende que el mismo comporta la legitimación de querer seguir siendo diferente o de provocar cambios en la estructura social, utilizando la violencia como mecanismo de relaciones interpersonales. Existe la obligación de ser igual en el respeto de las normas básicas y de los derechos fundamentales de los demás.²⁵³

3.5 NECESSIDADE DE AFINAMENTO ENTRE OS FATORES EXÓGENOS

A busca de um equilíbrio na aplicação de um arsenal tão poderoso (a lei penal) não deve desconsiderar fatores que um perspectiva positivista sempre considerou nocivos ao papel do intérprete. De fato, a opinião pública, a mídia, a influência de grupos de pressão revestidos de defensores dos direitos humanos pode mesmo fornecer indicadores de retrocessos democráticos e comprometimento dos direitos de liberdade em sua concepção mais antiga: a liberdade diante do arbítrio do estado, denotando direitos à não atuação estatal.

Essa consequência, entretanto, não é a única a ser extraída das manifestações sociais. A existência da opinião pública, antes de ser fator de “fechamento” da hermenêutica penal (como se fecha uma fortaleza diante de um assédio bárbaro), é indicador de algo a ser buscado através dos mecanismos de participação democrática.

²⁵² PALLAZO, F. La legalidad penal en la Europa de Amsterdam. Trad.: Nicolás García Rivas. **Revista Penal**, n.03. 1999 Madrid: Editorial Praxis S.A, p. 37.

²⁵³ BUENO ARÚS, F. Los principios constitucionales y el derecho penal. **Revista de derecho penal y criminología**. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. n. 01-1991, pp. 118-119

De todo modo, influências externas à dogmática jurídica exercem (e mesmo deveriam exercer), dentro de limites nem sempre muito claros, papéis fundamentais à compreensão e aplicação do direito penal. A situação fática em que se insere a necessidade de decisão pressupõe a influência do contexto na hermenêutica penal e suprime o ideal iluminista de uma interpretação que, de regra, proíbe a analogia²⁵⁴ e se baseia nos ideais positivistas de taxatividade e determinação.

O princípio da legalidade penal sempre esteve ligado ao controle do arbítrio, à proibição de interpretações deturpadas que pudessem ampliar o rol criminalizante primário. Ao menos, pensava-se assim.

Os progressos metodológicos da ciência do direito superaram o antigo arsenal lógico do positivismo e, hoje, a inserção de valores no raciocínio jurídico, seja em que área for, é inevitável. A Teoria da Argumentação de Perelman, acrescida de seu posterior desenvolvimento pela escola de Bruxelas, supera conceitos de razão e de raciocínio que ainda permanecem impregnando a doutrina penal e, por consequência, o raciocínio jurídico dos aplicadores do direito.

Com efeito, evidencia-se a impossibilidade de tratar o direito penal como um sistema de conceitos fechados. Além disso, deve existir uma abertura ética na aplicação das leis penais, o que supera o abismo entre moral e direito. Essa abertura não tem qualquer relação automática com o arbítrio, mas disponibiliza o direito penal para o diálogo entre a sociedade e o Estado, contribuindo para a consolidação da democracia e dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que impõe transparência a essa interação, tornando mais visíveis os campos onde o poder se exerce de forma arbitrária e sem atenção aos direitos individuais.

A taxatividade positivista clássica baseia-se na eliminação de qualquer tipo de debate envolvendo valores no âmbito penal, em especial no tocante à interpretação e aplicação (ou não) da lei. Valores éticos são vistos como pesos desnecessários e nocivos à estrutura de um sistema penal democrático e livre de arbítrios, como se fosse possível fugir a tais juízos na vida prática, ainda que encontráveis subrepticamente. Nos primorosos moldes positivistas, a separação entre direito e moral permanece firme na doutrina penal.

²⁵⁴ Assim, FIANDACA, G. *Ermeneutica e Applicazione Giudiziale Del Diritto Penale*. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano: Giuffrè, ano 44, Fasc.2. abr-jun. 2001 2001, p. 355.

O contato do direito penal com a realidade se dá no âmbito da interpretação das leis penais, mais notadamente na interpretação desencadeada pela indeterminação dos conceitos da lei penal. Deve-se em vista, sempre, a preocupação em buscar uma teorização que evite o arbítrio, mas também leve em conta a realidade das “possibilidades lingüísticas” do texto normativo (qualquer que seja ele) a fim de submetê-lo a um controle racional e democrático.

3.6 O CONTRIBUTO DA VIRADA HERMENÊUTICA

Os princípios pelos quais a Teoria da Argumentação rechaça o cálculo de evidências no processo interpretativo encontra correspondência na influente concepção de “virada hermenêutica”, termo que designa todo um arcabouço metodológico pelo qual se impôs a derrubada do mito da neutralidade no direito, notadamente no campo da interpretação. Trata-se sobretudo de uma descrição do processo interpretativo no direito a partir da inclusão do conceito de “pré-compreensão”, que desestabilizou a estrutura lógico-formal que caracterizou as tentativas positivistas de descrição (e prescrição) da tarefa do intérprete. Os fundamentos dessa “virada”, guardando as devidas diferenças em decorrência das heranças filosóficas que os inspiram, apontam em grande parte no mesmo sentido que o descrito pela Teoria da Argumentação. Dois passos importantes para uma nova postura intelectual diante da linguagem jurídica foram a transição do positivismo lógico para uma filosofia da linguagem ordinária, da qual se tem como parte a Teoria da Argumentação e o desenvolvimento de uma hermenêutica calcada no alcance de elementos contextuais, culturais e históricos no processo de interpretação. Esse segundo passo é bem descrito na proposta de Hans Georg-Gadamer, no desenvolvimento da idéia de círculo hermenêutico.

3.6.1 A transição para a filosofia da linguagem ordinária

O marco teórico que sustenta o conceito de círculo hermenêutico surgiu como superação das pretensões do positivismo lógico, movimento especialmente capitaneado pelos filósofos do denominado Círculo de Viena. Assim, o problema da

hermenêutica guarda relações com dois aparatos teóricos antagônicos que refletem sobre a linguagem e sua interpretação: de um lado, e cronologicamente antecedente, uma filosofia analítica calcada no positivismo e, posteriormente, com pretensões de superação, a filosofia da linguagem ordinária, no seio da qual encontra-se não apenas a Teoria da Argumentação, mas outros instrumentais de análise da racionalidade da linguagem natural.

3.6.1.1 Alguns fundamentos e características do positivismo lógico

Há uma ampla gama de denominações incluídas sob o nome de positivismo lógico²⁵⁵, todas representando um movimento tendente a elaborar uma linguagem rigorosa, logicamente fundada, pela qual se traduz o mundo, ou seja, em termos lingüísticos, a preocupação do positivismo lógico é “elaborar uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural”²⁵⁶.

Georg Henrik Von Wright, por sua vez, embora reconheça as características comuns entre essas diversas denominações, explica algumas nuances em termos de superação e retomada do pensamento positivista oriundo de fins do século XIX, o que torna mais clara a explicação de Warat, que parece colocar sob a mesma denominação tanto o positivismo quanto o neo-positivismo lógico. Von Wright lembra que essa última denominação foi a que caracterizou propriamente o movimento filosófico de preocupações lingüísticas e lógicas aqui tratado.

O apogeu do positivismo na metade do século XIX foi sucedido por uma reação antipositivista até o fim e após a virada do século. Mas nas décadas entre as duas guerras mundiais o positivismo retornou, mais vigoroso do que nunca. O novo movimento foi chamado neo-positivismo ou positivismo lógico, mais tarde também empirismo lógico. O atributo “lógico” foi adicionado para indicar o suporte no qual o positivismo revivido inspirou-se nos novos desenvolvimentos na lógica formal.²⁵⁷

Segundo Von Wright a retomada das preocupações lógicas no neo-positivismo não surgiu por sucessão causal, vez que não existe, segundo ele, qualquer vínculo de causalidade entre os desenvolvimentos da lógica nos anos 20 e 30 e o surgimento

²⁵⁵ Luis Alberto Warat menciona: “Empirismo Lógico, Filosofia Analítica, Neopositivismo Lógico, Empirismo Contemporâneo e outras”. WARAT, L.A. **O direito e sua linguagem**, p. 37.

²⁵⁶ WARAT, L.A. **O direito e sua linguagem**, p. 37.

²⁵⁷ VON WRIGHT, G.H.. **Explanation and Understanding**. Ithaca and London: Cornell University Press, 2004.,p. 8.

do positivismo lógico nesse mesmo período. A conexão entre ambos, positivismo e lógica, portanto, foi fruto mais de “um acidente histórico do que uma necessidade filosófica”²⁵⁸. O certo, entretanto, foi a apropriação no neo-positivismo do desenvolvimento experimentado pela lógica, há muito negligenciada e inspiração direta do movimento conhecido como filosofia analítica, do qual o neo-positivismo, como tratado aqui, segundo Wright, é uma sub-corrente²⁵⁹.

O neo-positivismo está atento a um rigorismo da linguagem como tradução do mundo, baseado na metodologia das ciências naturais e exatas. Não tardou para que a forte influência dessas metodologias também se estendesse ao domínio das ciências sociais e história, dado o interesse, nessas áreas, dos filósofos da filosofia analítica²⁶⁰.

Com essa mudança no campo de interesse, a filosofia analítica da ciência entrou no tradicional campo de batalha entre as metodologias positivista e anti-positivista e as velhas controvérsias novamente inflamaram-se em meados do século [XX]. A origem imediata para o revivido debate foi uma versão moderna da velha teoria da explicação científica.²⁶¹

Representativo dessa fase foi um “primeiro” Ludwig Wittgenstein, cuja proposta era a de alcançar uma linguagem de tal modo rigorosa que pudesse servir de exata representação do mundo e, daí, produzir conhecimento. Naturalmente, essa proposta isolava a linguagem de qualquer caráter contextual sobre a qual poderia ser elaborada, rechaçando, nesse primeiro momento, a idéia de uma linguagem natural, com toda sua carga cultural, ideológica e histórica como cientificamente (e racionalmente) viável. Cláudio Costa²⁶² explica que essa primeira filosofia de Wittgenstein pretendia levar à frente tal proposta através de um atomismo, onde os termos de uma linguagem natural poderiam ser submetidos à análise através da dissecação de seus elementos até a obtenção de nomes e termos elementares e indivisíveis que, quando correspondentes a objetos da realidade, são considerados como verdadeiros.

Outro nome que exemplifica a proposta da filosofia do neopositivismo é Rudolf Carnap, que coloca como base da linguagem científica leis (laws) submetidas a estatutos lógicos e exercendo fundamentalmente funções de explicação e de

²⁵⁸ VON WRIGHT, G.H. **Explanation and understanding**, p. 9.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 09.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 10.

²⁶¹ *Ibid.* p. 10.

²⁶² COSTA, C. **Filosofia da Linguagem**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 30-31

predição²⁶³. Carnap preconiza que a linguagem científica deve ater-se a elementos concretos da realidade para exercer essas funções, pela associação das leis lógicas às leis da pesquisa empírica (empirical laws).

As leis da lógica e da matemática pura, por sua natureza, não podem ser usadas como base para uma explanação científica porque elas não dizem nada que distinga o mundo real de algum outro possível mundo. Quando nos perguntamos pela explicação de um fato, uma observação particular no mundo real, devemos fazer uso de leis empíricas. Elas não possuem a certeza da lógica ou das leis matemáticas, mas nos dizem algo sobre a estrutura do mundo.²⁶⁴

É por isso que Carnap critica, a exemplo dos demais representantes da filosofia analítica neo-positivista, a introdução de termos não verificáveis empiricamente na linguagem das ciências, classificando essa conduta como um mero ato de satisfação psicológica por trás da impossibilidade de explicação, como no uso mágico da linguagem:

Se um homem faz-me algo de que não gosto, é natural para mim responsabilizá-lo por isso, ficar furioso e golpeá-lo de volta. Se uma nuvem despeja água sobre mim, eu não posso golpear a nuvem de volta, mas eu posso encontrar um escape para minha fúria se faço da nuvem, ou algum demônio invisível atrás da nuvem, responsável pela tempestade. Posso gritar pragas sobre esse demônio, empolgar meus punhos contra ele. Minha raiva é aliviada. Eu me sinto melhor.²⁶⁵

A atitude mental criticada por Carnap como um desvio das finalidades da explicação científica pode ser sem muita dificuldade notada no discurso jurídico, especialmente as invocações fetichistas comuns ao discurso jurídico penal, com termos que, carentes de explicação, justificam uma violência estatal. No entanto, o problema do discurso jurídico penal como se tem tratado aqui não poderia ser resolvido apenas com a pretensão de compará-lo com uma linguagem científica e logicamente estruturada ao gosto de Carnap, o primeiro Wittgenstein e outros representantes do neo-positivismo. O apelo à “magia”, o abuso de conceitos indeterminados e excessivamente valorativos é fenômeno que deve estar submetido a uma análise que leve em conta os contextos históricos, sociais e culturais da elaboração da linguagem, com todas as suas complexidades. Isso escapa a uma tradição lógico-formal, como já descrito quando se explicou sobre retórica e teoria da argumentação. Contribui para isso a chamada filosofia da linguagem ordinária.

²⁶³ CARNAP, R. **An introduction to the philosophy of science**. Edited by Martin Gardner. New York : Dover Publications, 1995, pp 3-18.

²⁶⁴ CARNAP, R. **An introduction to the philosophy of science**, p. 12.

²⁶⁵ CARNAP, R. Op. Cit. p. 13.

3.6.1.2 Alguns fundamentos da filosofia da linguagem ordinária

As diversas correntes que podem ser nominadas como pertencentes à filosofia da linguagem ordinária tem em comum a renúncia a um ideal de uma linguagem rigorosa calcada na lógica e no empirismo.

Levando em conta a linguagem natural, a filosofia da linguagem ordinária estende o campo de preocupações filosóficas em torno da semiótica, que tem por objeto o signo, unidade de análise dos sistemas lingüísticos.²⁶⁶ A semiótica pode ser estudada em termos de relação dos signos com outros signos (sintaxe), da relação dos signos com os objetos que designa (semântica) e com relação àqueles que os usam (pragmática)²⁶⁷.

Enquanto o positivismo lógico atua sobre essas duas primeiras dimensões, a filosofia da linguagem ordinária abrange o aspecto pragmático do uso dos signos, embora não leve em conta elementos sociais ou históricos como parte do objeto de análise. Segundo Warat:

[...] esse tipo de análise contextual omite o fato de que estas questões encontram-se fundamentalmente ligadas à temática do poder: uma instância ideológica que funciona como a lei dos discursos, influenciada pela ação política da sociedade.²⁶⁸

3.6.2 A contribuição de Gadamer para a virada hermenêutica

3.6.2.1 Os elementos das ciências do espírito

Um importante marco no remodelamento da concepção da hermenêutica jurídica tem sido atribuído às formulações de Hans-Georg Gadamer, que, revendo os conceitos básicos demarcatórios do humanismo alemão, propôs um projeto hermenêutico para a filosofia de forma independente das propostas tomadas de empréstimo das ciências da natureza e monopolizadoras, estas últimas, do conceito de verdade. No caso, a investigação de uma hermenêutica filosófica transcende a

²⁶⁶ WARAT, L.A. **O direito e sua linguagem**, p. 39.

²⁶⁷ WARAT, L.A. **O direito e sua linguagem**, p. 39.

²⁶⁸ WARAT, L.A. **O direito e sua linguagem**, p. 64.

mera crítica metodológica que poderia ser imposta às ciências, por assim dizer, da natureza. A hermenêutica buscada por Gadamer, não se subsume ao enquadramento da metodologia das ciências:

Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. Não se interessa por um método de compreensão que permita submeter os textos, como qualquer outro objeto da experiência, ao conhecimento científico. Tampouco se interessa primeiramente em construir um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicos da ciência, embora também aqui se trate de conhecimento e de verdade.²⁶⁹

O ponto de partida dessa investigação situa-se num enquadramento bastante próximo daquele já indicado por Perelman como sendo a tentativa, particularmente marcante em meados do século XIX, com reverberação nas ciências humanísticas do século XX, de adaptação dos bem sucedidos progressos lógicos que determinaram a elevação das ciências da natureza. Mas, como as ciências do espírito seriam transmissoras de uma verdade que transcende a mera classificação entre verdadeiro e falso²⁷⁰, Gadamer propõe a revisão dos conceitos básicos que as informaram, notadamente na Alemanha, para mostrar o quanto indicariam a insuficiência da adaptação da metodologia científica no processo de compreensão de seu objeto.

Alguns conceitos elementares do humanismo alemão, descritos e criticados por Gadamer, assim, apontam para uma autonomia metodológica das “ciências do espírito”, afastada da metodologia e da lógica das ciências. As implicações com os elementos que informaram a moderna Teoria da Argumentação de cunho retórico transparecem aí sem dificuldades na leitura dos conceitos de formação, senso comum e juízo, em especial esses dois últimos.

O conceito de formação (Bildung) não assume o aspecto de uma “aparência externa”, ou “configuração produzida pela natureza”²⁷¹, mas liga-se à idéia de “cultura e designa, antes de tudo, a maneira especificamente humana de aperfeiçoar aptidões e faculdades”²⁷². Por isso, a analogia do conceito no humanismo alemão é com a concepção grega de *phýsis*, constantemente – e particularmente na obra de Gadamer – traduzida como certa noção de natureza. Apropriando-se do sentido

²⁶⁹ GADAMER, H.G. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Vol. 1 Trad.: Flávio Paulo Meurer. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 29.

²⁷⁰ Ibid, p. 31

²⁷¹ GADAMER, H.G. **Verdade e método**. p. 45.

²⁷² Ibid, p. 45.

dado por Hegel ao conceito, a formação acaba por designar o vínculo do homem com sua “elevação à universalidade”.²⁷³ Ainda reportando-se a Hegel, o conceito de formação pressupõe um desprendimento daquilo que é particular em favor do universal, dependendo para isso da renúncia à cobiça e a entrega ao trabalho, a uma habilidade. Essa entrega a algo que é inicialmente estranho à consciência volta-se em favor dela própria, distanciando-se da “imediatez da cobiça”²⁷⁴.

A descrição de formação (*Bildung*), associada à *phýsis*, que por sua vez se associa, não raro, ao conceito de natureza, pode parecer à primeira vista uma tentativa de proceder-se à primazia do absoluto, negando as possibilidades – no caso, na hermenêutica – procedentes de pontos de vista opostos. Precavendo-se dessa possível forma de interpretar-se o conceito humanista de formação, Gadamer lembra que ela demanda sobretudo um distanciamento que leva à aceitação dos diferentes pontos de vista de uma tradição.

Ver a si mesmo e seus fins privados com certo distanciamento significa vê-los como os outros os vêem. De certo, essa universalidade não é uma universalidade de conceito ou da compreensão. Não se determina algo particular a partir de algo universal, não se pode comprovar nada por conclusão. Os pontos de vista universais para os quais a pessoa formada se mantém aberta não são um padrão fixo de validade, mas se apresentam apenas como pontos de vista de possíveis outros.²⁷⁵

Particularmente impregnado de heranças da retórica clássica é o conceito de *senso comum* (*sensus communis*), em especial porque interposto por Giambatista Vico como um dos instrumentos pelos quais combatia “la méthode” de Descartes. Longe de ser um mero apanhado de opiniões de dado grupo, o *sensus communis* tem papel de relevo quando, em oposição às especulações neutras da nova ciência, interpõe uma formação que não se atrela ao verdadeiro, mas ao verossímil.²⁷⁶

O *senso comum* exerce um papel de contraposição à evidência derivada do método científico, sem contudo renunciar à racionalidade. Enquanto as ciências da natureza permitem a obtenção de determinado tipo de conhecimento cuja verdade tem seu método como garantia, não se pode dizer o mesmo das ciências do espírito. O conhecimento possível delas derivado tem como ponto de partida explicativo justamente o *sensus communis*, que era um ideal compartilhado por filósofos e por retóricos e que há muito custo se pôde, com propriedade, dissociar da estreita e

²⁷³ Ibid, p. 48.

²⁷⁴ Ibid, p. 48.

²⁷⁵ Ibid. p 54-55.

²⁷⁶ Ibid, p. 57.

reduzida idéia de “bem falar” ou de “bem dizer”. As implicações retóricas do conceito de senso comum aprofundam-lhe o sentido e vinculam-no a um aparato bem mais aprofundado, porque geneticamente ligado à oposição, explorada por Aristóteles, para quem a sabedoria cingia-se num aspecto teórico (*sophia*) e em outro prático (*phronesis*). A *phronesis*, conceito melhor tratado em Aristóteles, pode ser sinteticamente definida como uma capacidade do espírito para realizar um julgamento em conformidade com o bem numa determinada circunstância contingencial. A *phronesis* existe num contexto de deliberação para a ação, para atingir alguma finalidade prática: “Entretanto, o intelecto por si mesmo não move coisa alguma; somente o intelecto prático que visa a algum fim o pode fazer”.²⁷⁷ Em Aristóteles o bem é a finalidade última das coisas, ou seja, “aquilo a que as coisas tendem”²⁷⁸ e, a considerar a diversidade dos fins²⁷⁹, a sabedoria prática assume o aspecto de deliberação sobre coisas variáveis, isto, é, que não se apresentam do mesmo modo. Isso se dá porque em Aristóteles, explica Klaus Günther, a concepção de bem é contraposta àquela platônica, onde seria “uma ação adequada em qualquer circunstância”²⁸⁰, mas sim teria um vínculo com a peculiar parte deliberativa da alma:

Para Aristóteles, [o bem] trata-se, inversamente [à tese platônica], de um modo adequado de agir sob condições variáveis e imprevisíveis. O bem como finalidade da ação, conseqüentemente, não pode ser antecipadamente fixado de modo abstrato, contudo precisa ser mostrado em cada caso isolado, de modo adequado a circunstâncias especiais.²⁸¹

É ligado a essa noção de *phronesis* que o senso comum adquire um aspecto racional, ou melhor, de racionalidade prática, a julgar como exemplo significativo a opção romana pelo termo *jurisprudentia* em vez de *juris scientia*. O termo ciência para designar uma ciência do direito, segundo lembra Tércio Sampaio Ferraz Jr, surgiu como preocupação teórica apenas com o advento da Escola Histórica Alemã, mas, como lembra o autor: “Entre os romanos, porém, essa preocupação, nestes termos, não existia. As teorizações romanas sobre o Direito estavam mais ligadas à práxis jurídica.”²⁸²

²⁷⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 129 (1139 a [35], 1139 b [5])

²⁷⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 17, (1094 a)

²⁷⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 17 (1094 a)

²⁸⁰ GÜNTHER, K. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: Justificação e Aplicação. Trad.: Cláudio Molz, São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 255.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 255.

²⁸² FERRAZ JR., T.S. *A ciência do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 18.

O resgate do senso comum, devido à obra de Giambattista Vico, instaura uma noção de verdade compartilhada, alimentada pelo verossímil, em flagrante repúdio à técnica da evidência própria do método cartesiano²⁸³.

Vico acredita que o que dá diretriz à vontade humana não é a universalidade abstrata da razão, mas a universalidade concreta representada pela comunidade de um grupo, de um povo, de uma nação, do conjunto da espécie humana. O desenvolvimento desse senso comum é, por isso, de decisiva importância para a vida.²⁸⁴

Esse conceito básico no humanismo, particularmente inspirador do direito, denota o quanto as pretensões de universalidade e de verdade nas ciências da natureza são estranhas aos ideais pretendidos nas ciências do espírito.

O conceito de *sensus communis* está associado intimamente ao conceito de *juízo*, outro pilar do humanismo alemão discutido por Gadamer. Trata-se de uma capacidade de realizar a subsunção do particular ao universal, mas que não encontra abrigo nas regras lógicas²⁸⁵. Por não ser logicamente demonstrável, apesar de exercer-se como subsunção, o juízo “só pode ser exercido caso a caso, e nesse sentido não passa de mais uma faculdade como o são os sentidos”²⁸⁶.

3.6.2.2 O preconceito e o círculo hermenêutico

Gadamer investiga a problemática da hermenêutica a partir dos estudos de Heidegger, sobre os dados prévios que geram compreensão, ou no dizer do autor “da estrutura prévia da compreensão”²⁸⁷. Isso implica, em Gadamer, a retomada do conceito Heideggeriano de Círculo Hermenêutico, onde essa estrutura prévia passa a fazer parte de um contexto explicativo da historicidade do compreender, mas de todo afastado de concepções meramente arbitrárias. Trata-se de tomar o preconceito, historicamente situado, como ponto de partida para depois retomá-lo no processo hermenêutico. Para isso:

A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas

²⁸³ GADAMER, H.G. **Verdade e método**. p. 57

²⁸⁴ *Ibid.*, pp 57-8

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 69.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 70.

²⁸⁷ GADAMER, H.G. **Verdade e método**. p. 354

opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade²⁸⁸.

A compreensão de um texto, portanto, não parte do zero. Não é resultado de um processo interpretativo isento de elementos compartilhados entre intérprete e o emissor, com toda a carga valorativa que pode ser imprimida no interpretar. Isso se afasta dos preceitos lógico-formais que sugerem uma interpretação certa e neutra do texto.

Esse processo de circularidade, que leva em conta os elementos da pré-compreensão, não coloca o intérprete isolado com sua própria capacidade de interpretação, mas exige a ponderação diante de diversas opiniões compartilhadas sobre o objeto pensado, injetando no procedimento a participação de outros que também estão diante desse objeto. Até mesmo para que a multiplicidade de opiniões não acabe se transformando numa gama incompreensível de idéias sem base, é necessária a abertura para escuta atenta dos diversos pontos de vista. O processo de interpretação exige uma interação que escapa à mera linearidade que sugere uma hierarquia entre intérprete (orador) e leitor (auditório):

O que se exige é simplesmente uma abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto. Mas essa abertura implica sempre colocar a opinião do outro em alguma relação com o conjunto das opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação com elas.²⁸⁹

Isso implica, também, na consideração, como ponto de partida, da opinião expressa pelo próprio texto, para que não seja o seu sentido, logo de antemão, submetido à vontade do intérprete, mas colocado em consideração com suas circunstâncias históricas e culturais que revelam a multiplicidade de sentidos possíveis para a interpretação. Assim:

Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, estar mostrando-se receptiva à alteridade do texto²⁹⁰.

Segundo lembra Margarida Maria Lacombe Camargo, a idéia de preconceito no texto de Gadamer não tem o sentido pejorativo que supõe, mas indicam dados importantes para o processo de interpretação e de compreensão, porque integrados

²⁸⁸ Ibid., p. 356.

²⁸⁹ GADAMER, H.G. **Verdade e método**. p. 358.

²⁹⁰ GADAMER, H.G. **Verdade e método**. p. 358.

numa tradição. A tradição “promove a consciência histórica da situação hermenêutica”.²⁹¹

Considerar o processo de interpretação como marcado por essa interação com fatores históricos e tradicionais é essencial à compreensão do direito pelo jurista, conforme lembra Karl Larenz. Lembra o jurista alemão que os elementos alçados como pré-compreensão, para a atividade do jurista, não se limitam à tomada de textos doutrinários ou decisões jurisprudenciais como ponto de partida para a interpretação das normas, mas também “ a contextos sociais, às situações de interesses e às estruturas das relações da vida a que se referem as normas jurídicas.”²⁹²

Nota-se, portanto, que a tarefa de interpretação (e aplicação) das normas jurídicas insere-se num projeto de tal complexidade que a interposição da evidência sobre os textos legais, especialmente com referência às normas penais, presta-se tanto à impossibilidade de discussão dos resultados impostos por intérpretes “autorizados” quanto para ocultar a carga valorativa e ideológica inerente a tais interpretações lançadas como “evidentes”.

Inevitável, porém, é a tendência à busca pela estabilidade e, no caso da interpretação das normas ou da busca do direito frente à complexidade da vida, é tentador investigar as possibilidades de respostas certas, sobretudo se tais respostas pudessem ser emanadas de uma retórica capaz de convencer os deuses, como adjetivava Perelman o recurso ao auditório universal. Dworkin foi exemplo de polêmica tentativa de traçar os rumos da resposta certa ante a incerteza dos casos em julgamento, tanto que para isso invocou a figura do juiz Hércules. O modelo foi criticado por H.L.A.Hart, para quem juízes ou intérpretes não são deuses. François Ost sugeriu a troca do herói por Hermes.

3.6.3 Juízes e deuses

Os problemas lingüísticos intrínsecos à linguagem normativa remete à reflexão sobre a conduta do aplicador da norma, especialmente falando, o juiz, frente a casos

²⁹¹ CAMARGO, M.M.L. **Hermenêutica e argumentação**, p. 34

²⁹² LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**, p. 290.

em que deve buscar a adequada aplicação da norma jurídica. Esse problema, como se tem insistido aqui, apenas aparentemente é reduzido pela interposição de princípios como o da legalidade e da taxatividade, mas não impede, de modo algum, a atividade criativa do intérprete e nem a evolução de determinadas posturas sobre o sentido de certas normas penais, ainda que isso se dê sob a aparência de uma evidência visível por si mesma.

A tarefa de classificar os juízes, em conformidade com sua postura diante da lei, tem revelado a contraposição entre a reprodução da vontade ou predomínio da lei (que François Ost chama de modelo da pirâmide), e a atividade criadora do juiz (chamado modelo de “funil”)²⁹³. No primeiro caso, temos um modelo de juiz que atua em conformidade com o que entende ser a vontade do legislador ou da lei, seguindo uma ordem hierárquica do sistema jurídico, comportamento que caracteriza os sistemas judiciais de tradição codificadora. Ost apelida o modelo de Jupterino:

Sempre proferido desde cima, de algum Sinai, este direito adota a forma de lei. Se expressa no imperativo e dá preferência à natureza do proibido. Intenta inscrever-se em um depósito sagrado, tábuas de lei ou códigos e constituições modernas. Deste foco supremo de juridicidade, emana o resto do direito em forma de decisões particulares.²⁹⁴

No segundo modelo, a pirâmide é invertida num “funil”, concentrando não na lei, mas no juiz, o papel de emanção sagrada do interdito, da lei. O juiz é “a fonte do único direito válido”²⁹⁵. Esse último modelo é o adotado por Ronald Dworkin, concentrando na figura de um juiz filósofo, chamado Hércules, a responsabilidade de, diante de casos difíceis²⁹⁶, extrair das pautas legislativas a orientação da intenção legislativa e os princípios jurídicos adequados aos casos onde o direito não é claro. Trata-se de um modelo de julgador, “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”²⁹⁷.

O problema desse juiz-modelo é o de ser, sempre, uma representação inalcançável de um jurista criador de soluções ideais igualmente modelares. A tarefa

²⁹³ OST, F. Júpiter, Hércules, Hermes : três modelos de juez. **Doxa**. Publicaciones Periódicas, n.14, 1993, p. 170, disponível em www.cervantesvirtual.com/servlet/serveobras, acesso em 15 dez. 2005.

²⁹⁴ Ibid., p. 170.

²⁹⁵ OST. François, Op. Cit. p. 170.

²⁹⁶ Ronald Dworkin adota uma postura pela qual nega que o juiz deva manter-se estritamente subordinado às pautas legais, considerando em especial – cita ele expressamente – a mecânica judicial dos países da Common Law, cujas normas “ (...) leis e as regras de direito costumeiro (common law) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos” (DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 128).

²⁹⁷ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. p. 165.

interpretativa exercida por Hércules seria a ideal desde que fosse a tarefa de um agente sobre-humano, impossível de existir diante da complexidade de um mundo onde os conflitos jurídicos necessitam de um término. O esquema inerente ao juiz Hércules de atuação jurisdicional, como já citado, evoca a pirâmide invertida e baseia-se, em lugar da primazia da lei, da primazia do próprio processo, privilegiando quase que com exclusividade a norma partida da solução do caso concreto.

As teorias do direito, em geral, ao considerarem o papel do juiz, especialmente sua tarefa interpretativa, colocam-se entre esses dois eixos antagônicos: o da subordinação à lei e o da subordinação ao caso concreto do qual se extrai a norma. Esse antagonismo sem via intermediária foi tratado como fenômeno denominado “bipolaridade de erros”, que consiste na contraposição de uma teoria falha por outra oposta, mas igualmente falha²⁹⁸. A superação desses antagonismos vem sob a forma de uma via intermediária, ou um meio-termo, dos quais são exemplos²⁹⁹ além dos trabalhos de Chaïm Perelman, com a Teoria da Argumentação, também a proposta teórica, não muito distante, quanto à exploração da problemática, da teoria Perelmaniana, de H.L.A Hart.

A posição de Hart em torno das complexidades da interpretação tem por objeto a zona de incerteza que se considera inevitável em certas normas jurídicas, sejam elas leis codificadas, sejam elas produtos jurisprudenciais, que por isso possuem o que chamou de *textura aberta*.³⁰⁰ A escolha da melhor forma de se definir o conteúdo dessa *textura aberta* frente ao caso de aplicação da norma, não é tarefa definitiva em virtude das inúmeras possibilidades criativas de interpretação e, portanto, não se pode estabelecer previamente qual a escolha correta para o preenchimento dessa abertura: “Dito de forma breve, a razão reside em que a necessidade de tal escolha é lançada sobre nós porque somos homens, não deuses”³⁰¹.

²⁹⁸ Ost cita a “Lei da bipolaridade de erros”, que foi originalmente concebida por Gaston Bachelard. OST, F., Júpiter, Hércules, Hermes : tres modelos de juez. p., 175.

²⁹⁹ Cf. OST, F et KERCHOVE, Michel van de. De la théorie de l’Argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ? In: HAARSCHER, Guy (org). **Chaïm Perelman et la pensée contemporaine**. Bruxelles: Emile Bruylant, 1993. pp. 127-150

³⁰⁰ HART. Herbert L.A. **O conceito de direito**. 3 ed. Trad.: Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 141.

³⁰¹ Ibid., p. 141;

4 REPENSANDO O POSICIONAMENTO DOS ATORES DO DISCURSO JURÍDICO PENAL

4.1 EVIDÊNCIA, SOCIEDADE FECHADA E TREINAMENTO

A exposição dos capítulos anteriores indica as que as opções metodológicas que marcaram os princípios de racionalidade da dogmática penal são insuficientes, para uma possível racionalidade e um possível alinhamento com os direitos da pessoa humana: a interposição da legalidade meramente formal, a técnica “neutra” de interpretação, a invocação mecânica da subsunção aos princípios de defesa da pessoa humana, a justificação doutrinária garantista “clássica” das soluções penais. Em grande parte, porque qualquer ótica que se desvie do conceito fechado de evidência ou dos parâmetros lógico-formais, é vista como uma abertura ao arbítrio e à irracionalidade do intérprete. Em contrapartida, esse comportamento preconizado como sendo o único possível em termos de atitude racional, desloca para fora da possibilidade de discussão as opções ou soluções do legislador, do aplicador e do intérprete da criminalização.

Uma das condições pelas quais se pode avaliar o modo de imposição do processo de evidência e de indiscutibilidade quase totalitária é a avaliação do próprio processo de treinamento dos atores jurídicos, vale dizer, daqueles que integrarão a burocracia judicial tendo poder decisório ou de influenciar, argumentativamente, os processos decisórios. A atenção à formação do jurista ganha relevo quando o discurso doutrinário é invocado para justificar determinada ordem de poder. Notadamente no atual contexto do “neo-liberalismo”, onde o poder estatal se fragmentou ao mesmo tempo em que se experimenta um aumento vertiginoso dos mecanismos de repressão penal, a tarefa justificante do jurista tem papel fundamental, como anota Juarez Tavares.

Sob a ótica dessa ampliação do poder, onde se mesclam atuações concretas e simbólicas, podemos dizer que sua legitimação, no que toca à repressão, por exemplo, não pode ser obtida simplesmente com a mera e simples descentralização. É necessário obtê-la igualmente com respaldo dos juristas. É preciso justificá-la.³⁰²

³⁰² TAVARES, J. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. In: INSTITUTO Carioca de Criminologia. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro, 1997. p. 47

Esse processo de treinamento é caracterizado por um tipo de racionalidade já descrita como pertinente a uma sociedade fechada.

A descrição de Karl Popper a respeito da transição entre sociedade fechada e sociedade aberta parece caber na avaliação do treinamento dos juristas, em especial quando verificamos o resultado consistente no discurso jurídico-penal, quase sempre atrelado ao mito e ao tabu. As chamadas sociedades fechadas instituem suas regras de comportamento baseadas em mitos e tabus, de forma totalmente alheia à possibilidade de discussão e reflexão. O nascer dessa possibilidade, marcado pelo alvorecer da filosofia, determina a transição entre essas sociedades tribais (e fechadas) e as sociedades abertas.³⁰³ O abandono da intangibilidade mítica com relação às instituições não se dá, segundo Popper, de maneira completa, mas basta para a caracterização dessa transição à sociedade democrática:

Essa transição se verifica quando se reconhece conscientemente, pela primeira vez, que as instituições sociais são feitas pelo homem e quando se discute sua modificação voluntária em função da maior ou menor conveniência para a consecução dos objetivos ou finalidades humanas. Ou, para falar de forma menos abstrata, a sociedade fechada cai quando o temor sobrenatural que a ordem social inspira cede lugar a uma interferência ativa e à busca consciente de interesses pessoais e coletivos.³⁰⁴

O caráter da sociedade aberta de interação entre cidadãos e instituições, como já delineado no capítulo 1, coincide com o advento da retórica. Os refluxos sofridos pela retórica, ignorada inclusive no ensino, marca um retrocesso em direção a sociedades onde as instituições estão colocadas acima da própria cidadania. Não é de se espantar, nesse ínterim, a completa ausência de discussão em torno das necessidades de criminalização impostas pelos discursos jurídico penais justificantes.

Emmanuelle Danblon critica a formação dos alunos franceses, incapazes de trabalhar seu próprio senso crítico e responsabiliza a falta de ensino em torno da argumentação como responsável por essa (de)formação.

Ora, é importante constatar que a incapacidade cada vez mais freqüente dos alunos em adotar uma opinião realmente pessoal está correlacionada ao silêncio total da retórica nas escolas há alguns decênios. O exercício da

³⁰³ POPPER, K.R.. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tomo 1. p. 188.

³⁰⁴ Ibid., p. 322.

dissertação, que permanece como um dos vestígios de uma educação para a argumentação, freqüentemente é substituída por trabalhos onde se exprime opiniões nas quais o conformismo não é senão o reflexo de uma ausência total de iniciação à crítica.³⁰⁵

É nesse aspecto pedagógico da negação do caráter argumentativo da racionalidade que está uma das características da educação do jurista, vale dizer também, do penalista. Algumas características tradição penal e processual penal em nosso país dão conta desse aspecto.

Antes de um relato breve das etnologias do comportamento criminalizante em nosso país, vale verificar que a questão da formação acadêmica com base em modelos pré-determinados de verdade constitui um campo de pesquisa bastante curioso e fértil.

Pierre Bordieu anota que os sistemas de educação causam uma integração de caráter cultural, inclusive determinando as estruturas lógicas de pensamento a fim viabilizar a comunicação. Não à toa, ao jurista, educado em certo padrão de pensamento lógico, não é possível verificar o próprio modo de pensar sob o qual foi treinado. “Na verdade”, diz Bordieu “os indivíduos ‘programados’, quer dizer, dotados de um programa homogêneo de percepção, de pensamento e de ação, constituem o produto mais específico de um sistema de ensino”³⁰⁶ Bordieu emprega como exemplo desse treinamento, e da dificuldade de percebê-lo, a descrição do etnólogo Claude Levi-Strauss sobre sua própria formação na faculdade de filosofia da Sorbonne e do modo como era aos alunos permitido (ou imposto) pensar:

Ali comecei a aprender que todo o problema, grave ou fútil, pode ser liquidado pela aplicação de um método, sempre idêntico, que consiste em contrapor duas visões tradicionais da questão; em introduzir a primeira pelas justificações do sentido comum, depois, em destruí-las por meio da segunda; por último, opô-las mutuamente graças a uma terceira que revela o caráter também parcial das outras duas, reduzidas pelos artifícios do vocabulário aos aspectos complementares de uma mesma realidade: forma e fundo, continente e conteúdo, ser e parecer, contínuo e descontínuo, essência e existência etc.³⁰⁷

³⁰⁵ DANBLON, E.. **Argumenter en démocratie**. P. 61

³⁰⁶ BOURDIEU, P. **A economia das trocas simbólicas**. Trad.: Sergio Miceli et. al. 5 ed., São Paulo: Perspectiva, p. 206.

³⁰⁷ LÉVI-STRAUSS, C. **Tristes Trópicos**. Trad.: Rosa Freire de Aguiar, São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 49.

Esse exercício a que se resumia o ensino da filosofia foi denunciado como uma forma de contemplação estética do próprio pensamento, em vez de conduzir o espírito ao raciocínio³⁰⁸.

O estilo formalista do ensino jurídico, baseado na transmissão de determinada técnica de pensamento, dificulta, a exemplo do que relata Pierre Bordieu, a reflexão sobre o próprio pensamento. O ensino do direito penal, sem exclusividades nacionais, passa por esse engessamento, especialmente com relação à doutrina baseada em resolução de problemas pré-moldados sobre os quais se estabelece alguma teoria.

Essa metodologia baseada em casuísmos, solucionados por fórmulas ao mesmo tempo incontestáveis e sem explicação, que se arvoram como doutrina e, daí, “fonte do direito”, encontra correspondência na antiga técnica dos glosadores medievais. A formação do discurso jurídico penal, elevado ao grau de doutrina, assemelha-se a essa forma de produzir fórmulas para soluções de casos concretos, antes por comparação com exemplos do que com a aplicação de uma técnica hermenêutica sobre o caso a resolver.

Como descreve Tércio Sampaio Ferraz Jr., o nascimento de uma Ciência do Direito na Europa, no século XI, foi marcada pela sistematização de padrões de resolução de conflitos derivados do Código de Justiniano. O resultado foi chamado de *Littera Boloniensis* e integrou o sistema de ensino do direito, como descreve:

Tomando como base assentada os textos de Justiniano, os juristas da época passaram a dar-lhes um tratamento metódico, cujas raízes estavam nas técnicas explicativas usadas em aulas, sobretudo do chamado Trivium, composto de gramática, retórica e dialética, que compunham as *artes liberales* de então. Com isto, eles desenvolveram uma técnica especial de abordagem de textos pré-fabricados e aceitos por sua autoridade, caracterizada pela glosa gramatical e filológica, pela exegese ou explicação do sentido, pela concordância, pela distinção.³⁰⁹

A sensação de que houve um retrocesso mesmo com relação ao argumento de autoridade elevado a dogma das *Littera Boloniensis* nos é dada por Lênio Luiz Streck, ao comentar o tratamento dos discursos jurídico-penais instituídos pela doutrina, fonte do direito.

³⁰⁸ Ibid, p. 50.

³⁰⁹ FERRAZ JR, T.S., **A ciência do Direito**, p. 21.

A cultura calcada em manuais, muitos de duvidosa cientificidade, ainda predomina na maioria das faculdades de Direito. Forma-se, assim, um imaginário que ‘simplifica’ o ensino jurídico, a partir da construção de *standarts* e lugares comuns, repetidos nas salas de aula e posteriormente nos cursos de preparação para concursos, bem como nos fóruns e nos tribunais. Essa cultura alicerça-se em casuísmos didáticos. O positivismo ainda é a regra.³¹⁰

A programação dos discursos apontada por Lênio Streck segue um padrão de racionalidade inaceitável para as modernas exigências da hermenêutica jurídica. Vale dizer que, ao não se portarem tais discursos como fruto de uma argumentação, ocultam o caráter ideológico dos emissores, melhor, dos oradores, deixando pouco visível a prática de mera justificação de um poder penal que com frequência não passa de mero exercício de poder controlador e seletivo. Esses discursos têm um amplo rol de aplicações, não se restringindo, como se vê, apenas à formação de decisões judiciais. Estão no treinamento para a própria seleção dos agentes da burocracia judiciária do estado, gerando com efeito um sistema inescapável de reprodução acrítica.

Uma alternativa à tópica de manuais é a tendência de analisar, no curso da reprodução da teoria criminal, casos reais da forma como foram julgados por tribunais reais, com a descrição detalhada do processo. Winfried Hassemer segue essa tendência em sua *Introdução*, anotando que, em termos didáticos, a análise pormenorizada de casos reais como veículo de educação da doutrina penal apresenta peculiaridades que não seriam percebidas apenas sob o treinamento acrítico da “criminalidade dos manuais”: o estudo dos autos possibilita o levantamento de um maior número de questões, nem sempre adstritas apenas a questões penais, são forma de estudo independente e de registro da efetiva prática profissional no âmbito do direito penal e processual penal.³¹¹ O próprio Hassemer, no início de sua obra, relata um caso criminal verídico extraindo trechos dos autos de diversos processos e procedimentos num verdadeiro acompanhamento da vida do cognominado Michael S.³¹²

Esses contratempos ligados à dogmática penal são inerentes a uma doutrina particularmente vinculada com manifestações de poder, às vezes sem qualquer

³¹⁰ STRECK, L.L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito, 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 78-9.

³¹¹ HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**, pp. 41-48.

³¹² *Ibid.*, p. 25-34

justificação ou justificada pela interposição de uma suposta evidência. A argumentação, no entanto, possibilita visitar esses postulados através de um novo arranjo crítico vinculando os três atores interligados pelo discurso jurídico penal e que instrumentalizam sua racionalidade. No discurso jurídico penal, englobando aí não apenas a interpretação das normas penais, mas também o tratamento processual, articulam-se, como em qualquer discurso, um orador, vinculado à dimensão do *ethos*; um auditório, representativo da dimensão do *pathos*; e o próprio discurso, que toma emprestada a racionalidade do *logos*. Um direito penal atento à pessoa humana não pode desvincular-se dessa natureza discursiva e retórica, sob pena de engendrar-se numa via totalitária.

4.2 RENASCIMENTO DA RESPONSABILIDADE DO INTÉRPRETE NAS DIMENSÕES DO *ETHOS*, DO *PATHOS* E DO *LOGOS*

4.2.1 A razão discursiva e os lugares do *logos*

O gênero judiciário não é o único a ser aplicado à análise do discurso jurídico-penal. A tarefa de justificação das normas penais, bem como a atividade interpretativa dessas normas no momento de sua aplicação, perpassam por todos os gêneros definidos pela retórica. Assim, por exemplo, a justificação quase sempre de caráter moralizante sobre determinados bens jurídicos que se pretende protegidos por uma norma penal, não passa despercebida sem adequar-se ao gênero epidíctico.

Quando explica os motivos para criminalização de condutas classificadas como “lavagem de ativos”, Raúl Cervini invoca a necessidade de controle penal em contrapartida à influência danosa, nos mercados de capital, de capital ilícito, quando é certo que mercados financeiros funcionam com capital, sem importar sua origem. Sem dados que mostrem como a injeção de capital ilícito altera ou desestabiliza mercados financeiros, assume como suficiente a invocação de razões morais: “Por hora, basta ressaltar que efeitos gravosos dessa natureza impõem a exigência de

intervir no controle dessas atividades ilícitas, não apenas em virtude de exigências éticas e morais, senão por estritas razões de defesa das economias nacionais.³¹³

De modo análogo, para superar as dificuldades em definir em que consistem as condutas adequadas ao conceito de lavagem de ativos, o mesmo autor investe em comparações de natureza médica. A comparação serve para conferir às condutas de difícil identificação objetiva, as características de objetividade das ciências médicas na identificação de sintomas:

Para a maior parte dos analistas tradicionais uma aproximação do conhecimento dessas 'networks de poder' pode alcançar-se – tomando por empréstimo termos da ciência médica – através da análise clínico-sintomatológica daquelas arestas que definem seus desvios, quer dizer, a partir de seus sintomas exteriores.³¹⁴

Dessa forma, o autor difunde determinados valores que pretende justificar como elevados o suficiente para receberem proteção por meio de leis penais. Não é necessariamente o julgamento de um caso, mas traça elementos articulados em um julgamento ou numa deliberação para a ação.

Não há, portanto, um único lugar isolado do *logos* do discurso jurídico-penal, de modo que sua análise não deve encerrar-se apenas no momento interpretativo de aplicação da norma. De modo análogo, o gênero deliberativo figura na formação da opinião pública, fomentando os debates que acarretam, não raro, na produção desenfreada de normas penais. Os oradores desse tipo de discurso podem ser definidos como Howard Becker classificou os “cruzados morais”, pessoas que lutam em prol da mudança das regras, em geral para proibir determinada conduta que os perturba.³¹⁵

4.2.2 A responsabilidade do jurista (ou do aplicador) – *ethos*

Sendo o discurso jurídico-penal obra de autores concretos, situados em contextos concretos, com interesses concretos, sua análise deve passar pelo questionamento

³¹³ CERVINI, Raúl, OLIVEIRA, Willian Terra e GOMES, Luiz Flávio. Lei de lavagem de capitais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 60.

³¹⁴ CERVINI, Raúl, OLIVEIRA, Willian Terra e GOMES, Luiz Flávio. Lei de lavagem de capitais., p. 60.

³¹⁵ BECKER, H.S. **Uma teoria da ação coletiva**. Trad.: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977, pp 108- 121.

sobre as intenções, valores e objetivos do orador. A ele pesa, na articulação do discurso, a responsabilidade da prudência, especialmente por conta das implicações políticas de sua atuação.

Pode parecer exagerado falar em implicações políticas de discursos que, ora limitam-se a manuais ou tratados cujo alcance se estende, quando muito, aos iniciados nas ciências jurídicas, ora em sentenças judiciais ainda muito mais limitadas em termos de publicidade, ressalvados os habituais escândalos reverberados pela imprensa. Entretanto, mesmo não assumindo um alcance tão efetivo quanto as campanhas publicitárias ou mesmo discursos mais comuns aos formadores de opinião, o impacto do discurso jurídico penal, seja pela doutrina, seja, pela jurisprudência, reverbera nos modos de reprodução desse saber e alcança os responsáveis pelas diversas etapas de criminalização.

Esse processo de produção, reprodução e repetição do discurso não escapou à análise de Eugenio Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar como formas de manifestação de poder, observando o quanto essa manifestação pode afastar-se dos dados da realidade e fechar-se sobre si mesma numa pretensa autonomia com relação aos dados do mundo. Esse direito penal dos juristas funcionaria, assim, como se a realidade pudesse amoldar-se ao discurso³¹⁶. O jurista, desligado assim de qualquer responsabilidade, fomenta as agências responsáveis pela criminalização, a partir da ilusão baseada no discurso fechado no dever-ser.

A partir deste falso dado, construiu-se uma elaboração precária a serviço da seletividade, em lugar de voltada contra ela para rebaixar seus níveis. Um saber penal que pretende programar o poder dos juízes sem incorporar os dados que lhe permitam dispor de um conhecimento correto a respeito do concreto exercício deste poder, nem de sua meta ou de seu objetivo político, tende a redundar num ente sem sentido (*nicht nützig*).³¹⁷

Incluído o orador na dimensão retórica do discurso jurídico-penal, fica ele submetido à análise de sua conduta diante do compromisso com o discurso e com seus efeitos. Além do caráter interativo de sua atuação, já destacada quando se analisou os caracteres da retórica, trata-se de fazer ingressar o orador no âmbito de uma relação de natureza ética, que já havia sido destacada – nota-se que a ética do orador não é

³¹⁶ ZAFFARONI, E.R. et al., **Direito Penal Brasileiro**, p. 65.

³¹⁷ Ibid, p. 65.

novidade – em Aristóteles, tanto em seus trabalhos sobre retórica quanto sobre Política.

Solange Vergnières anota a importância, em Aristóteles, quando se invoca a reputação do orador, como necessário ao bom discurso, isto é, o discurso que não subverta ou engane o auditório:

O *ethos* em questão é aquele que transparece no próprio discurso, enquanto o *logos* não significa somente algo, mas exprime as qualidades do orador. Esta expressão é determinante, posto que, em matéria tão incerta quanto à que dá lugar à deliberação, o discurso nos persuade primeiro pela confiança que nos inspira aquele que fala: este deve pois parecer prudente, virtuoso e benevolente.³¹⁸

Essa virtude do orador presta-se a evitar, pela retórica, a subversão do discurso. O direito penal preocupado com a pessoa humana e com seus direitos fundamentais deve ser analisado, portanto, sob o prisma da instrução do orador, com as técnicas que utiliza e se sua intenção não é o mero exercício de poder.

4.2.3 A atenção ao jurisdicionado – o *pathos*

O grande diferencial da abordagem do discurso jurídico penal como inserido na mecânica da retórica é a consideração do auditório num papel ativo: um papel que deve ser avaliado e repensado como mecanismo de participação democrática. O fato do discurso ser construído como se não existisse auditório passível de atuação, porque calcado sobre a evidência, não significa, entretanto, que não se dirija a uma determinada tarefa de convencimento. Em verdade, parte dessa construção do discurso justificante costuma invocar valores do próprio auditório, suas emoções inertes e, não raro, reverbera manifestações populares em torno de movimentos de repressão em forma de estatutos criminalizantes. O apreço ao auditório, porém, cessa com a produção legislativa e sua posterior justificação pela doutrina. Daí, o discurso é monólogo intangível.

Na tradição jurídico-penal brasileira, há exemplos marcantes da forma como o discurso penal, por um lado, invocava valores populares e, por outra, serviu de verdadeira teoria antropológica sobre a incapacidade deliberativa do povo. Como

³¹⁸ VERGNIÈRES, S. **Ética e Política em Aristóteles: physis, ethos, nomos**. Trad: Constança Marcondes César. 2 ed., São Paulo: Paulus, 2003, p. 254.

prova e exemplo merece menção o fenômeno da instauração da experiência judicial no Brasil pós-independência, onde se nota que a articulação política e os jogos de poder deram-se através de sucessivas reformas penais e processuais penais, culminando em certo ponto na invocação da justificativa de incapacidade do povo brasileiro de lidar com as próprias instituições, como anota o estudo de Thomas Flory³¹⁹. A própria instituição de uma pretensa legislação liberal, num contexto político dominante também auto-proclamado liberal, não pôde demonstrar senão o continuar de uma conduta que se estenderia até a atual república, que é a de dar aspecto meramente formal às garantias individuais e aos mecanismos de atividade democrática. Ou seja, os direitos instituídos tem caráter meramente simbólico, como anota Juarez Tavares:

Na Constituição de 1824, que buscara fundar nos trópicos, pela primeira vez, um regime monárquico constitucional, ficou muito claro esse sentido simbólico: ao lado da liberdade parlamentar e da fixação de direitos civis e políticos fundamentais, a vigência e a força do poder moderador do imperador, com o direito de veto e dissolução de todos esses direitos, na medida em que sua manutenção constituísse uma perturbação à paz, não deixaram dúvidas de que o poder, não obstante suas limitações formais, continuava nas mãos de quem sempre, despoticamente, o detivera.³²⁰

Thomas Flory lançou-se na desarticulação da idéia de que a independência do Brasil e sua experiência de auto-governo tenha sido obra de elites rurais dominantes no período colonial. Transfere essa responsabilidade para uma classe de burocratas, sacerdotes e jornalistas, que formará uma coalizão intitulada de “liberal” e que vai traçar o modelo de governança baseado na inserção e controle do judiciário. Uma prática facilmente comparável com as atuais soluções judiciais e que revelam os paradoxos entre prática cultural e teoria justificadora da prática. No caso do estudo de Thomas Flory, está no centro da argumentação o paradoxo entre o liberalismo importado, miscigenado, processado e aquele efetivamente aplicado pela classe chamada liberal. A tonalidade da cultura processual penal no Brasil nasceu sob esse paradigma, bem definido pela trajetória dos liberais no período imperial. No Brasil, a experiência de governo autônomo foi encabeçada justamente por uma elite política que, ao mesmo tempo em que se dizia liberal, adotou como mecanismo de manutenção do poder o controle sobre os procedimentos de solução criminal dos

³¹⁹ FLORY, T. **Judge and Jury in Imperial Brazil, 1808-1871. Social Control and Political Stability in the New State.** Austin: University of Texas Press, 1981.

³²⁰ TAVARES, J. A globalização e os problemas de segurança pública. **Ciências Penais**: revista da associação brasileira de professores de ciências penais. São Paulo : Revista dos Tribunais, Ano 1, n. 00, 2004, p. 128

conflitos. Se não criminal, ao menos através de órgãos de caráter eminentemente criminal: o juiz de paz e o júri.

Os problemas operacionais encontrados nas instituições de seleção criminalizante e julgamento da época, juízes de paz e sistema de júri, logo foram justificados como ocasionados por uma espécie de inferioridade intelectual e moral do povo brasileiro, que seria despreparado para lidar com instituições democráticas³²¹.

O processo penal, como veículo da jurisdição para selecionar aqueles que devem ser criminalizados reproduz essa repulsa à opinião como comprovado por sua própria mecânica. Pense-se, por exemplo, na proibição da comunicação entre os jurados, no procedimento para crimes a serem julgados pelo Tribunal do Júri, e mesmo a forma de comunicação destes, limitados a manifestarem-se pelo uso de plaquetas por onde respondem, apenas, sim e não, em conformidade aos quesitos debatidos no julgamento. No único caso em que o processo penal admite a participação popular direta, é negado ao juiz leigo qualquer manifestação no sentido de fundamentar publicamente suas razões. De forma análoga, o processo penal do procedimento ordinário é arquitetado de modo a suprimir do réu a possibilidade de defender-se da interpretação da norma, feita pelo órgão de acusação. O cânone doutrinário, feito à guisa de *topoi*, estabelece que o réu defende-se de fatos, e não da qualificação jurídica de sua conduta.

A visão retórica aplicada ao direito penal busca apontar opções de resgate do papel do auditório na concretização dos valores democráticos, mas para isso, também, é necessário que esses valores sejam assentados no auditório a fim de permitir sua participação no processo argumentativo. Como já anotava Perelman, esses valores são difundidos através da propaganda, mas também pela educação³²². Assim, de nada adianta que se estabeleça qualquer debate quando não se possibilita, ao auditório, conhecer valores mínimos sobre os quais se assenta a possibilidade de discussão. O caminho para a manipulação vil está aberto através dessa mesma retórica que viabilizaria uma participação democrática.

³²¹ FLORY, T. **Judge and Jury in Imperial Brazil, 1808-1871. Social Control and Political Stability in the New State**, pp. 141-143.

³²² PERELMAN, C. **Tratado da Argumentação**, pp 57-60

CONCLUSÃO

A metodologia proporcionada pela nova retórica, como se constata nesse estudo, permite visualizar as complexidades do discurso jurídico penal como manifestação do poder e de indicar os modos como pode ser articulado numa sociedade democrática. Entretanto, o grande obstáculo desse ponto de vista é uma tradição vinculada a um inatingível princípio da legalidade, consistente na imposição cega da evidência no discurso jurídico-penal, sob a justificativa de que se está a proteger os cidadãos do arbítrio.

A cultura positivista serviu, no direito penal, como proteção em face dos abusos possíveis pelos mecanismos de criminalização e de seleção, mas seu sustentáculo numa teoria do direito não demorou a ruir, dando lugar a uma análise dos complexos contornos da linguagem jurídica e de sua interpretação.

O problema enfrentado questiona se há possibilidade de um direito penal (bem entendido de forma global, abrangendo também as práticas processuais necessárias à sua efetivação) de caráter humanitário e democrático, voltado à pessoa humana, num cenário onde as garantias que se pretendiam estabelecidas por uma tradição positivista mergulhada na evidência já não têm o seu lugar.

Os progressos experimentados pela filosofia da linguagem, em especial a que tratou da Nova Retórica, apontaram para a impossibilidade de fechamento conceitual da linguagem, subvertendo o tratamento comum aos problemas de aplicação e interpretação do direito penal, geralmente ligados a uma tradição calcada na evidência e numa doutrina de treinamento específico da classe dos juristas. Nesse âmbito, a tradição criticada não é muito distante do método de ensino dos glosadores de Bolonha o que se passa numa doutrina penal descompromissada com as peculiaridades da realidade.

Mas não foi apenas o tratamento dado pelas novas filosofias da linguagem que determinaram novos rumos de pensamento sobre o discurso jurídico penal. Cada vez mais a consciência de que uma crise minava os fundamentos mais caros ao direito penal se impôs, levando mesmo – tendência inevitável – a questionar-se a necessidade da intervenção penal do Estado, com suas justificativas tradicionais para o exercício do poder punitivo. Esse sentimento de crise também operou na

crítica contra a crescente tendência criminalizante como medida regulatória das complexidades do mundo pós-moderno. As opiniões se dividem com relação ao ponto onde a crise se revela com maior clareza: se na insuficiência da criminalização (demandando um círculo vicioso de cada vez maior repressão penal), ou se na própria construção do saber penal (levando ao questionamento da prática criminalizante e à objeção em face do discurso). A realidade de franca inflação legislativa penal com base em cruzadas morais e na exploração do medo indica qual tendência de crise se afigura mais presente: a que considera o direito penal solução para as complexas relações da sociedade pós-moderna, não mais como *ultima ratio*, mas como primeiro mecanismo de controle e exercício de poder, mesmo quando o poder desfragmenta-se na promiscuidade entre o público e o privado.

A Nova Retórica não se presta propriamente como metodologia de construção de um saber penal. Seria fácil justificar, pelas claras relações da moderna Teoria do Direito com as lições de Chaïm Perelman, a inclusão sem parcimônia de uma fluidez lingüística às normas penais ao ponto de deixar ao aplicador uma ampla margem de arbítrio. Também seria fácil, invocando as características retóricas do discurso jurídico penal, buscar justificar a desenfreada tendência criminalizante com base num suposto consenso do auditório em torno dos rumos de uma política criminal repressiva e alienante. Mas, como visto, as relações da retórica com o direito penal não estão para a construção desse saber quanto estão como instrumento de crítica e de desmitificação do discurso ligado ao poder.

O uso de conceitos indeterminados, como visto, não é uma questão propriamente de escolha do legislador, mas é característica da linguagem e de sua relação com o objeto tratado, sem desconsiderar a perspectiva do observador, quer dizer, do intérprete. A maior ou menor determinação de sentido se dá pelas objeções que de plano se levanta contra dada interpretação, a critério de situações fáticas muito dificilmente previstas ou controladas. Assim, o que se espera não é exatamente um tratamento determinista dos conceitos, mas a possibilidade de se estabelecer, em face da interpretação, a possibilidade de discussão nos moldes mínimos para o estabelecimento de uma argumentação ligando pelo discurso o orador e auditório. Nos moldes em que está planejado, o processo criminal brasileiro e a doutrina que o justifica afasta-se desse ideal, ao negar de antemão a possibilidade de crítica ou

discussão dos moldes prévios em que uma norma é interpretada (notadamente pelos organismos primários de seleção criminalizante).

Ao ideal de acordo, ou consenso, pode-se interpor a objeção de que Nova Retórica muito mais poderia justificar determinados posicionamentos contrários às perspectivas de defesa da pessoa humana do que indicar-lhes uma proteção. De fato, a objeção não é difícil de ser trazida – e com ela, a invocação da pretensa imparcialidade positivista – quando se tem em mente que determinados discursos justificadores da doutrina estão afinados com um consenso bastante amplo em torno da necessidade de uma crescente criminalização. Assim, poder-se-ia dizer que, pela Retórica, apenas banaliza-se o consenso ignorando as conseqüências desse afinamento entre auditório e orador. Entretanto, o problema do consenso, além de não ser atualmente considerado como central na retórica, que é vista mais como instrumento de leitura do discurso do que propriamente método de solução de problemas penais, não pode ser visto sem atenção aos outros caracteres que indicam a necessidade de formação e informação do auditório, e dos limites da relação entre este e o orador.

Quando há manipulação do auditório, leia-se aí toda uma classe indefinida de pessoas aptas a compreender o sentido da repressão penal, pode-se falar até em táticas de emprego da retórica, mas não propriamente na produção de um consenso em torno de uma decisão razoável. A obtenção do consenso quanto as opções de criminalização no discurso jurídico penal atua exatamente dessa forma, pela manipulação do auditório, que é privado, sabe-se, do conhecimento mínimo necessário à compreensão do discurso e da possibilidade de agir frente à argumentação. Dessa forma, o caminho para o debate estará sempre aberto, evitando a imposição monolítica de verdades pré-moldadas e alheias à discussão. Certamente, porém, especialmente no plano do direito penal, pouco se pode fazer frente à violência irracional e concreta movida pelos mecanismos penais sob o pretexto de uma suposta racionalidade. Não se pode ingressar com argumentações diante do empolgar evidente e objetivo de estrelas no peito e armas na cintura, aspecto comum aos organismos penais em dias de pânico. Num espaço de absolutização da violência e da arbitrariedade, a retórica não penetra senão por estreita via, por onde atua lentamente, quando atua.

Mas as lições extraídas da Nova Retórica apontam para a possibilidade de se traçar aspectos elementares de um direito penal atento aos direitos humanos, a começar por sua inserção num mecanismo em que, interativamente, atuam orador, auditório e um discurso ligando ambos.

Em parte, essa tarefa pode dar-se pela amplitude da discussão dos aspectos do direito penal, seus rumos e suas limitações, desde que se possibilite, inicialmente, educar aqueles que podem ingressar nas engrenagens do processo de criminalização: como vítimas, acusados, julgadores etc. O papel desempenhado pela educação (não propriamente, mas incluída aí, a educação escolar) visa difundir conhecimentos sobre a proteção da pessoa humana frente ao arbítrio estatal, visa difundir os limites de atuação do Estado diante da liberdade dos cidadãos. Isso abre caminho para que os cânones de respeito à pessoa humana e à proteção dos direitos fundamentais sejam incluídos como dados obrigatórios de figuração no discurso jurídico penal. E com isso tais valores passam a fazer parte tanto do instrumental lingüístico do orador quanto do conhecimento comum do auditório.

Da mesma forma, a retórica mostra que o processo penal, como atualmente está, não funciona senão como mecanismo excludente da argumentação, já que baseado em premissas (ocultas) pelas quais se dá a sensação de evidência na escolha de uma interpretação preliminar da lei. A retórica ajuda a conceber o processo como um ato comunicativo envolvendo orador e auditório em posições intercambiáveis e demanda o favorecimento do diálogo e da discussão na construção das soluções jurídicas, até mesmo para possibilitar a deslegitimação de discursos monolíticos.

E assim fica aberto um campo de possibilidades e um aparelho de leitura de grande complexidade e alcance, mostrando que a retórica pode sim, servir como instrumento de manipulação e de perversão rumo a decisões não razoáveis, mas fornece, ao mesmo tempo, elementos com os quais se pode ler e dissecar as possíveis perversões que o discurso pode provocar. Esse instrumental possibilita, para o direito penal, efetivos mecanismos de participação democrática e, por consequência, maior alcance dos princípios de defesa da pessoa humana em face da violência legitimada pelo Estado.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. Intensão e Extensão. In: _____ **Dicionário de Filosofia**. Trad.: Alfredo Bosi. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Trad.: Guido Antonio de Almeida, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- _____. **Órganon**. Trad.: Edson Bini, Bauru: Edipro, 2005.
- _____. **Retórica**. Trad.: Alberto Bernabé. Madrid: Alianza Editorial, 2005.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Trad.: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003.
- BARTHES, Roland. **A aventura semiológica**. Trad. Mário Laranjeira. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BECCARIA, Cesare Bonesana (Marquês de). **Dos delitos e das penas**. Trad.: José Cretela Júnior e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Trad.: Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2002.
- BECKER, Howard S. **Uma teoria da ação coletiva**. Trad.: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.
- BERNABÉ, Alberto. Introdução. In: ARISTÓTELES, **Retórica**. Trad.: Alberto Bernabé. Madrid: Alianza Editorial, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto . **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 1, 6ed, São Paulo: Saraiva, 2000.
- BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. Trad.: Sergio Miceli et. al. 5 ed., São Paulo: Perspectiva, 2004.
- BUENO ARÚS, Francisco. Los principios constitucionales y el derecho penal. **Revista de derecho penal y criminología**. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. n. 01-1991. p. 113-129.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Uma contribuição ao Estudo do Direito. 3 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003.
- CAMPOS, Alberto A. **Derecho Penal**. Libro de Estudio de la Parte General. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.
- CARNAP, Rudolf . **An introduction to the philosophy of science**. Edited by Martin Gardner. New York : Dover Publications, 1995.

CARRILHO, Manoel M. Les racines de la rhétorique: l'antiquité grecque et romaine. In: In.: MEYER, Michel (org). **Histoire de la Rhétorique: des grecs à nos jours**. Paris: Le livre de Poche, 1999.

CERVINI, Raúl, OLIVEIRA, Willian Terra e GOMES, Luiz Flávio. Lei de lavagem de capitais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

COSTA, Cláudio. **Filosofia da Linguagem**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002

DANBLON, Emannelle. **Argumenter en démocratie**. Bruxelles: Éditions Labor, 2004.

_____. La Nouvelle Rhétorique de Perelman et la question de l'auditoire universel, in: MEYER, Michel (org). **Perelman le renouveau de la rhétorique**, Paris: Presses Universitaires de France, 2004;

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Regras para a direção do espírito. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

ECO, Umberto. **Apocalípticos e integrados**. Trad.: Pérola de Carvalho, 6 ed., São Paulo: Perspectiva, 2001

_____. **O super-homem de massa**. Retórica e ideologia no romance popular. Trad.: Pérola de Carvalho, São Paulo: Perspectiva, 1991

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Trad: Ana Paula Zomer et alli, São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2002.p 29

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980

_____. **Estudos de filosofia do direito**. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003;

FIANDACA, Giovanni. Ermeneutica e Applicazione Giudiziale Del Diritto Penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Anno XLIV, Fasc.2. abr-jun. 2001 Milano: Dott. A. Giuffrè, 2001, p. 353-376.

FLORY,Thomas. **Judge and Jury in Imperial Brazil, 1808-1871. Social Control and Political Stability in the New State**. Austin: University of Texas Press, 1981.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad.: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3 ed., Rio de Janeiro: Nau, 2003.

_____. **Vigiar e Punir**. Trad.: Raquel Ramalhete, 23 ed., Petrópolis: Vozes, 2000,

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Vol. 1 Trad.: Flávio Paulo Meurer. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2003 .

GARAPON, Antoine. GROS, Frédéric e PECH, Thiery. **Punir em democracia: e a justiça será**, Trad.: Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget. 2002,

GIANFORMAGGIO, Letizia. La tolérance libérale dans la pensée de Chaïm Perelman. In: HAARSCHER, Guy (org). **Chaïm Perelman et la pensée contemporaine**. Bruxelles: Emile Bruylant, 1993;

GOUTTES, Régis de. Droit Pénal et droits de l'homme. **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**. Paris: Éditions Dalloz, vol 1, jan-mar 2000, p. 643-661.

GROS, Frédéric. Punir é defender a lei. In: GARAPON, A. GROS, F. e PECH, T. **Punir em democracia: e a justiça será**, Trad.: Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget. 2002, Capítulo 2.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Trad.: Cláudio Molz, São Paulo: Landy Editora, 2004

HAFT, Fritjof. Direito e Linguagem. In: KAUFMANN, A. e HASSEMER, W.. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad.: Marcos Keel e Manoel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002

HART. Herbert L.A. **O conceito de direito**. 3 ed. Trad.: Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002,

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, vol. 02, n.08, 2003, p. 54-66,

_____. Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania. **Doctrina Penal**. Teoría e Práctica en las Ciencias Penales. Buenos Aires: Ediciones Depalma , Año 14, n. 53/54, jan-jun 1991, p. 87-100.

_____. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz". **Doctrina Penal**: Teoría e Práctica en las Ciencias Penales. Buenos Aires: Ediciones DePalma, ano 13, n. 49 a 52, 1990, p. 193-204.

_____. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Porto Alegre. Ano 2, n. 06, abril-junho, 1994. p. 36-71.

_____. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad.: Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005

_____. Limites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Porto Alegre, Ano 06, n. 23, jul-set – 1998, p. 25-30

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Porto Alegre, Ano 02, n. 08, out-dez, 1994; p. 41-51.

HULSMAN, Louk e CELIS, J.B. de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. 2 ed. Niterói: Luam, 1997.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Neutralidade ou pluralismo na aplicação do Direito ? Interpretação judicial e insuficiências do formalismo. **Revista do Ministério Público**, Lisboa. Ano 17, jan-março 1996, nº 65, p. 11-34.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Trad.: Sérgio Tellaroli, 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad: João Baptista Machado. 6ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**, Trad.: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 8 ed., São Paulo: Perspectiva, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad.: José Lamago, 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEGROS, Robert. Notions à contenu variable en droit pénal. In: PERELMAN, Chaim e VANDER ELST, Raymond. **Les notions à contenu variable en droit**. Bruxelles: Émile Bruylant, 1984.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Tristes Trópicos**. Trad.: Rosa Freire de Aguiar, São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

MANELI, Mieczyslaw. **A Nova Retórica de Perelman. Filosofia e Metodologia para o século XXI**. Trad.: Mauro Raposo de Mello. São Paulo: Manole, 2004, p 211.

_____. **Juridical Positivism & Human Rights**. New York: Hippocrene Books, 1981

MENDONZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal em la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001

MEYER, Michel. Argumentation, rhétorique et problematologie. In. ____ (org) . **Perelman le renouveau de la rhétorique**, Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

_____. Introduction: Pourquoi um histoire raisonnée de la rhétorique ? In.: ____ (org) **Histoire de la Rhétorique: des grecs à nos jours**. Paris: Le livre de Poche, 1999

_____. **La Rhétorique**. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

_____. **Questões de Retórica: linguagem, razão, sedução**. Trad.: Antonio Hall, Lisboa: Edições 70, 1998.

_____. La periode contemporaine In.: ____ (org) **Histoire de la rhetorique: des grecs à nos jours**. Paris: Le livre de Poche, 1999.

MOREIRA, Nelson Camatta. O dogma da onipotência do legislador e o mito da vontade da lei: a 'vontade geral' como pressuposto fundante do paradigma da interpretação da lei. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, vol. 04, n.15, 2004., p. 127-142.

NAVARRO, Pablo E. Interpretación de normas penales y atribución de responsabilidad. **Iter criminis**. Revista de Derecho y Ciencias Penales. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, nº 04, 2000 , p. 47-59.

NOBILI, Massimo Principio di Legalità e Processo Penale (In Ricordo di Franco Bricola) In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Dott.A.Giuffrè, ano 38, 1995 p. 648-660.

OST, François et KERCHOVE, Michel van de. De la théorie de l'Argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ? In: HAARSCHER, Guy (org). **Chaïm Perelman et la pensée contemporaine**. Bruxelles: Emile Bruylant, 1993.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes : tres modelos de juez. **Doxa**. Publicaciones Periódicas, n.14, 1993, p. 169-194, disponível em www.cervantesvirtual.com/servlet/serveobras, acesso em 15 de dezembro de 2005.

PALAZZO, Francesco. La legalidad penal en la Europa de Amsterdam. Trad.: Nicolás García Rivas. **Revista Penal**, n.03. 1999 Madrid: Editorial Praxis S.A, p. 36-41

PASTANA, Debora Regina. **Cultura do Medo. Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 109.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação. A Nova Retórica**. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Trad.: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1999

_____. Essay de syntese. In: _____ e VANDER ELST, R.(orgs) **Les notions a contenu variable en droit**. Bruxelles:Emile Bruylant, 1984

_____. **Ética e Direito**. Trad.: Maria Ermantina G.G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996

_____. Le problème du bon choix, In: _____ e OLBRECHTS-TYTECA, L. **Rétorique et philosophie: pour une théorie de l'argumentation en philosophie**, Paris: Presses Universitaires de France, 1952.

_____. Logique et Rhétorique. In _____ e OLBRECHTS-TYTECA,L. **Rhétorique et Philosophie**. Pour une théorie de l'argumentation en philosophie. Paris: Presses Universitaires de France, 1952

_____. **Retóricas**. Trad.: Maria Ermantina G.G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

_____. **The Realm of Rethoric**. Trad.: Willian Kluback. Notre Dame; London: University of Notre Dame Press, 1982;

PESSANHA, José Américo da Motta. A água e o mel. In: NOVAES, Aduino (org), et. al. **O desejo**. São Paulo: Companhia das letras, 1990.

PLATÃO. **A República**. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

PODVAL, Roberto. Crimes contra o sistema financeiro. In: FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (coord). **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Vol.1, 7 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

POPPER, Karl Raymond. **A sociedade aberta e seus inimigos**, Tomo 1, Trad.: Milton Amado, 3 ed, Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo : Ed. Universidade de São Paulo, 1998.

PRINS, Adolphe. **Science Pénale et Droit Positif**. Bruxelles: Emile Bruylant, 1899

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Trad.: Ivone Castilho Beneditti. São Paulo: Martins Fontes, 2000

SHELLEY, Louise I. The nexus of organized international criminals and terrorism. In: **Annales Internationales de Criminologie**, Societé Internationale de Criminologie [s.l.] vol 40, 1/2 , 2002

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito, 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

_____. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudência. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid. Tomo XL, fasc. I, jan-abr. 1987. p. 753-769.

_____. A globalização e os problemas de segurança pública. **Ciências Penais**: revista da associação brasileira de professores de ciências penais. São Paulo : Revista dos Tribunais, Ano 1, n. 00, 2004, p. 127-142.

_____. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. In: INSTITUTO Carioca de Criminologia. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, 1997.

TERRÉ, François. L'office du juge et la rhétorique L'apport de Perelman. In: HAARSCHER, Guy (org). **Chaim Perelman et la pensée contemporaine**. Bruxelles: Emile Bruylant, 1993

VERGNIÈRES, Solange **Ética e Política em Aristóteles: physis, ethos, nomos**. Trad: Constança Marcondes César. 2 ed., São Paulo: Paulus, 2003

VIEHWEG. Theodor. **Topics and Law**. A contribution to basic research in law. 5 ed. Trad.: W. Cole Durham Jr. Frankfurt: Peter Lang, 1993.

VON WRIGHT, Georg Henrik.. **Explanation and Understanding**. Ithaca and London: Cornell University Press, 2004.

WARAT, Luiz Albert. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª Versão. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995

WAZIR, A., Globalisation et la lutte contre le terrorisme et la violence. In: **Annales Internationales de Criminologie**. Societé Internationale de Criminologie, vol. 41, 1/2 , p. 79-91.

YACOBUCCI, Guillermo. **El sentido de los principios penales**. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2002;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**. Primeiro Volume - Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003

_____. Editorial: La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. **Nueva doctrina penal**, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999/A p. III-XXIV;

_____. **Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal**, Trad.: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição, 5 ed, Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. In: **Discursos Sediciosos**. Crime Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia , 1997, p. 25-36

_____. La función reductora del derecho penal ante um estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable). **Revista de Ciencias Jurídicas ¿ Más derecho ?** Buenos Aires: Fabián Di Plácido, ano 2003, vol 3, p.223-229.

ZUCCHINI, Giampaolo. Demagogia. In.: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N., PASQUINO,G. (orgs) **Diccionario de Política**. Trad.: Carmen C. Varriale. 12 ed., Brasília: UNB, vol 1, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)