

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO ACADÊMICO
LINHA DE PESQUISA: TEORIA E HISTÓRIA DA JURISDIÇÃO**

CLAUDIA CHIPON STAUDE

**OS PROCESSOS ARGUMENTATIVOS NA PRODUÇÃO DA SUBJETIVIDADE:
UMA ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* n. 152.752 PR.**

**CURITIBA
2020**

CLAUDIA CHIPON STAUDE

OS PROCESSOS ARGUMENTATIVOS NA PRODUÇÃO DA SUBJETIVIDADE:
UMA ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* n. 152.752 PR

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de **Mestre em Direito**, Linha de Pesquisa: Teoria e História da Jurisdição.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

CURITIBA
2020

S798p Staude, Claudia Chipon
Os processos argumentativos na produção da
subjetividade: uma análise do habeas corpus n. 152.752
PR / Claudia Chipon Staude. - Curitiba, 2020.
175 f.

Orientador: Prof. Dr. Celso Ludwig
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional UNINTER.

1. Subjetividade. 2. Habeas corpus. 3. Argumentação
jurídica. 4. Retórica. 5. Figuras de linguagem – Discursos,
ensaios, conferências. 6. Sujeito (Filosofia). I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

CLAUDIA CHIPON STAUDE

**OS PROCESSOS ARGUMENTATIVOS NA PRODUÇÃO DA SUBJETIVIDADE:
UMA ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* N. 152.752 PR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de **Mestre em Direito**, Linha de Pesquisa: Teoria e História da Jurisdição.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Dr. Celso Luiz Ludwig

Centro Universitário Internacional – UNINTER – Orientador

Prof.º Dr. André Peixoto de Souza

Centro Universitário Internacional – UNINTER

Prof.º Dr. Rui Carlo Dissenha

Centro Universitário Internacional – UNINTER

Prof.º Dr. Paulo Ricardo Opuszka

Universidade Federal do Paraná – UFPR

Curitiba, 6 de março, de 2020

[...]
There are times when all the world's sleep
The questions run too deep
For such a simple girl
Won't you please, please tell me what we've learned?
I know it sounds absurd
But please tell me WHO I AM

Now watch what you say
Or they'll be calling you a radical
A liberal, oh fanatical, criminal
Oh won't you sign up your name
We'd like to feel you're
Acceptable, respectable, oh presentable, a vegetable

The Logical Song – Supertramp (1979)

[...]
Há momentos quando todo o mundo dorme.
Em que os questionamentos são tão profundos.
Para uma garota tão simples
Você não me diria, por favor, por favor, o que nós aprendemos?
Eu sei que parece absurdo
Mas por favor, me diga QUEM SOU EU.

Agora cuidado com o que diz
Ou eles te chamarão de radical
Um liberal, ah fanático, criminoso.
Ah por que você não assina o seu nome?
Nós gostaríamos de sentir que você é
Aceitável, respeitável, oh apresentável, um vegetal.

A Canção Lógica – Supertramp (1979)

Para minha Mãe pelo amor demonstrado nos cuidados por mim.

Para meu Pai com saudades.

Para meu Amor pelo apoio e gentileza.

Para minhas meninas Iuka, Bela e Jujuba pelo amor refletido no olhar.

AGRADECIMENTOS

A conclusão do meu mestrado só foi possível em razão do incentivo, da generosidade e da confiança de muitas pessoas que ajudaram a torná-lo realidade.

Primeiramente agradeço ao meu Anjo da Guarda a quem peço proteção diária e a São Francisco de Assis “fazei-me instrumento de vossa paz”.

A família Staude, minha mãe Mari que incentiva sempre os meus estudos, meu pai Carlos Roberto não o vejo mais fisicamente, mas sinto presente no meu coração. Aos meus irmãos Alessandro e Mauricio pela nossa cumplicidade, amizade e admiração. A Helena e o Francisco que são os amores da tia.

Ao meu noivo Lucas que sempre tem uma palavra gentil para me motivar e que entendeu a minha ausência em razão das minhas atividades neste mestrado. A família Albuquerque que vibra com as minhas conquistas e que sente muito carinho por mim. O meu sentimento é recíproco.

Ao meu professor da Graduação em Direito e Orientador do Mestrado Celso Luiz Ludwig, a quem manifesto profundo respeito e admiração.

Aos estimados professores do PPGD-UNINTER pelo conhecimento compartilhado em cada aula ministrada. Ao coordenador do PPGD, professor Daniel Ferreira pela educação e gentileza com que sempre me tratou.

Ao professor Mário Luiz Ramidoff um especial agradecimento pela oportunidade de estudar e trabalhar. Ao Gabinete Desembargador Ramidoff o meu respeito e carinho.

A amiga Anna Paula pela cumplicidade, empatia e imenso carinho.

A Elenice por sempre me receber com um sorriso no rosto.

A instituição Centro Universitário Internacional Uninter – em especial aos meus queridos Professores da Graduação Jailson de Souza Araújo, Coordenador do Curso de Direito da UNINTER, Marcos da Cunha e Souza, Rodrigo Monteiro, Rui Carlo Dissenha, Andreza Baggio e Adriana Martins, minha profunda admiração.

Ao Professor Bruno Augusto Vigo Milanez com carinho e amizade.

Ao meu trabalho e todas as pessoas com as quais convivo diariamente na Diretoria de Assistência ao Plenário (DAP) da Alep. É um prazer estar com vocês.

A minha gratidão a todos os meus amigos da vida em especial aqueles que o mestrado me proporcionou: Jackson, Carla, Karla, Pedro, Daniel, Mariana, Bruno, Melissa e Khalil estudar com vocês foi um presente para mim.

Por fim, sou muito grata pela oportunidade de realizar o sonho de fazer este mestrado na qualidade de bolsista integral do PPGD-UNINTER. Conhecer e conviver com tantas personalidades inspiradoras e encantadoras foi uma incrível experiência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	E
erro! Indicador não definido.	
I SUBJETIVIDADE E A CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO: A RELAÇÃO DOS SUJEITOS COM OS DISPOSITIVOS.....	3
1.1 MODERNIDADE: DO SER AO HOMEM CONSCIENTE.....	3
1.2 SUBJETIVIDADE: PENSAMENTO, COGNOSCÍVEL E HISTÓRICO.....	10
1.3 O ILUMINISMO: O ÁPICE DA MODERNIDADE	13
1.4 MODERNIDADE: AS PROMESSAS QUE NÃO FORAM CUMPRIDAS.....	15
1.5 FOUCAULT E O HOMEM MODERNO.....	17
1.6 SUBJETIVIDADE <i>FOUCAULTIANA</i> : ENTRE A ARQUEOLOGIA E A GENEALOGIA.....	19
1.6.1 ARQUEOLOGIA: ORDENS DE SABER NA FORMAÇÃO DISCURSIVA DE UMA ÉPOCA.....	20
1.6.2 GENEALOGIA: DESCRIÇÃO E CRÍTICA DAS TRANSFORMAÇÕES DISCURSIVAS.....	27
1.7 A CONSTITUIÇÃO OBJETIVA E SUBJETIVA, O SUJEITO EM FOUCAULT..	30
1.7.1 É POSSÍVEL UMA NOVA CONSTITUIÇÃO DE SUJEITO MORA?	36
1.8 OS DISPOSITIVOS NA SUBJETIVIDADE DE AGAMBEN.....	37
II DISPOSITIVOS SUBJETIVANTES: A LINGUAGEM, PROCESSOS DISCURSIVOS E ARGUMENTATIVOS.....	46
2.1 A LINGUAGEM E O PROCESSO DISCURSIVO: O CONSENSO EM APEL E HABERMAS.....	46
2.2 APEL E A CRÍTICA COGNITIVA POR MEIO DA LINGUAGEM: A COGNIÇÃO COMO CONSENSO ARGUMENTATIVO.....	47
2.3 AÇÃO COMUNICATIVA HABERMASIANA: FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO E DAS NORMAS MORAIS.....	51
2.4 A FUNDAMENTAÇÃO DAS NORMAS MORAIS: DIREITO X MORAL.....	59
2.5 CHAÏM PERELMAN: DA CRÍTICA A LÓGICA JURÍDICA A IMPORTÂNCIA DAS <i>FIGURAS DE RETÓRICA</i>	64
2.5.1 O AUDITÓRIO UNIVERSAL: CONCEITO NUCLEAR E AS CRÍTICAS PROPOSTAS POR ATIENZA.....	67

2.5.2 O ACORDO, A ESCOLHA E A APRESENTAÇÃO DAS PREMISSAS.....	71
2.5.3 AS TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS: SUCESSÃO E COEXISTÊNCIA.....	73
2.5.4 A ESCOLHA DOS ARGUMENTOS E A FORÇA QUE REPRESENTAM NO PROCESSO ARGUMENTATIVO.....	74
2.5.5 O RACIOCÍNIO DO JUIZ.....	75
2.6 AS FIGURAS DE RETÓRICA: DISPOSITIVOS ARGUMENTATIVOS QUE CONSTITUEM A IDENTIDADE DISCURSIVA.....	79
2.6.1 CLASSIFICAÇÃO DAS <i>FIGURAS DE RETÓRICA</i> E ARGUMENTAÇÃO.....	83
III APLICAÇÃO DAS <i>FIGURAS DE RETÓRICA</i> E DE ARGUMENTAÇÃO NO CASO LUIZ INÁCIO – HC 152.752 PR: PERSUASÃO E CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO.....	91
3.1 POR QUE A ESCOLHA DO HC 152.752 PR: CORRUPÇÃO, SOCIEDADE DE RISCO, DIREITO E MORAL.....	91
3.2 A APLICAÇÃO DAS FIGURAS DE ARGUMENTAÇÃO E DE RETÓRICA: OS VOTOS DOS MINISTROS NO HC 152.752 PR.....	103
3.2.1. MINISTRO LUIZ EDSON FACHIN (O RELATOR).....	105
3.2.2 MINISTRO ALEXANDRE DE MORAIS.....	110
3.2.3 MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO.....	113
3.2.4 MINISTRA ROSA WEBER.....	117
3.2.5 MINISTRO LUIZ FUX	121
3.2.6 MINISTRA CARMEN LÚCIA – O VOTO DE MINERVA.....	126
3.2.7 MINISTRO GILMAR MENDES.....	127
3.2.8 MINISTRO DIAS TOFFOLI.....	131
3.2.9 MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI.....	134
3.2.10 MINISTRO MARCO AURÉLIO.....	136
3.2.11 MINISTRO CELSO DE MELLO.....	138
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	143
REFERÊNCIAS.....	147

RESUMO:

O sujeito é fundado e refundado a todo o momento por processos de subjetivação que são constantes no seu desenvolvimento. O homem passou a ser sujeito em um longo processo histórico-social no qual a subjetividade se tornou substrato essencial da modernidade. É justamente a constituição do sujeito que este trabalho irá centrar seu objetivo. Para isso abordamos a formação do sujeito moderno bem como as críticas atribuídas ao processo de racionalidade moderna. Depois, iremos estudar tanto pela análise de Foucault quanto de Agamben, como acontece à subjetivação do sujeito, a relação dos seres vivos com os dispositivos sempre estará envolvida por uma rede de relações de poder, condicionadas a um saber que envolve o sujeito na sociedade e temporalidade na qual o sujeito se insere. Em seguida iremos partir para o problema do nosso trabalho ao tentar responder se os variados processos argumentativos apresentados, como diversas formas dispositivas, participam dos processos de subjetivação. Para cumprir com o problema abordaremos a linguagem, como fundamento de todo o modo de pensar, de Apel e a aplicação deste dispositivo no discurso jurídico pela perspectiva de Habermas. Além destas teorias argumentativas, iremos expor a teoria de Perelman, mais especificamente os conceitos base e a aplicação das *figuras de retórica* e argumentação na prática dos discursos dos onze ministros do STF no HC n. 152.752 PR, a fim de verificar se é possível estabelecer a relação dos processos argumentativos de convencimento do auditório com a constituição dos sujeitos que participam do processo comunicativo.

Palavras-chave: Subjetividade; Processos Argumentativos; HC n. 152.752 PR.

ABSTRACT:

The subject is founded and refounded at all times by processes of subjectivation that are constant in its development. Man became a subject in a long social-historical process in which subjectivity became an essential substrate of modernity. It is precisely the constitution of the subject that this work will focus on its objective. For this, we approach the formation of the modern subject as well as the criticisms attributed to the modern rationality process. Then, we will study both by the analysis of Foucault and Agamben, as happens with the subjectivity of the subject, the relationship of living beings with the devices will always be involved by a network of power relations, conditioned to a knowledge that involves the subject in society and temporality in which the subject is inserted. Then we will start with the problem of our work when trying to answer if the various argumentative processes presented, as diverse dispositive forms, participate in the processes of subjectification. To address the problem, we will approach the language, as the foundation of all thinking, of Apel and the application of this device in legal discourse from the perspective of Habermas. In addition to these argumentative theories, we will expose Perelman's theory, more specifically the basic concepts and the application of figures of rhetoric and argumentation in the practice of the speeches of the eleven STF ministers at HC n. 152,752 PR, in order to verify whether it is possible to establish the relationship between the argumentative processes of convincing the auditorium and the constitution of the subjects who participate in the communicative process.

Keywords: Subjectivity; Argumentative Processes; *HC n. 152.752 PR*.

INTRODUÇÃO

O sujeito é fundado e refundado a todo o momento por processos de subjetivação que são constantes no seu desenvolvimento. O homem passou a ser sujeito em um longo processo histórico-social no qual a subjetividade se tornou substrato essencial da modernidade. A subjetividade moderna trouxe uma série de perspectivas otimistas no seu arcabouço histórico, mas que na verdade e de forma crítica pôde-se observar que o sujeito moderno, sujeitado e condicionado por práticas objetivas e subjetivas, não era assim tão autônomo, livre, individual, universal, enfim, dono de toda a razão que a modernidade apostou.

Isto porque, as mudanças no mundo moderno, por certo, trouxeram conquistas (econômicas, sociais, tecnológicas), mas também certa angústia, o que levou a modernidade receber críticas do pensamento social e da filosofia, no sentido do não cumprimento dos seus objetivos iniciais. Mas no âmbito do Direito e do pensamento jurídico, este período cumpriu com o objetivo inicial, qual seja, a ideia de um sujeito dotado de racionalidade que possui autonomia de vontade e que, portanto, teria a liberdade para agir como quiser.

O discurso jurídico, que enxergou o sujeito moderno completo e livre esqueceu, porém, que este sujeito é condicionado e controlado por um poder normalizador, que acaba por lhes tirar a possibilidade de “movimento e ação”. Segundo a tese do professor Ricardo Marcelo Fonseca – o sujeito é enquadrado num padrão, cujos desvios não serão tratados impunemente.

O que de fato foi possível apreender neste estudo, tanto pela análise de Foucault quanto de Agamben, é que a subjetivação do sujeito – relação dos seres vivos com os dispositivos – sempre estará envolvida por uma rede de relações de poder, condicionadas a um saber que envolve o sujeito na sociedade e temporalidade na qual ele se insere.

Nosso estudo partiu do elemento central que é a subjetividade em direção a identificar uma série de dispositivos que auxiliam na constituição e reconstituição do sujeito. A linguagem, por exemplo, será apresentada intensamente como o fundamento de todo o modo de pensar, diante de uma mudança paradigmática que

ultrapassa a dominação do objeto pelo sujeito e que agora, defende uma relação entre os sujeitos – intersubjetiva.

A linguagem, não veio com a função de ser um novo objeto de reflexão, mas como a possibilidade de todo o modo de pensar. Agora a linguagem é apreendida em razão de um novo parâmetro, ou como entendeu Karl-Otto Apel, a previsão da transformação da filosofia. Veremos, portanto como a linguagem tem papel relevante como mudança da crítica cognitiva.

E mais, iremos encaminhar o nosso estudo para apresentar a importância da linguagem na relação intersubjetiva que busca o consenso tanto para Apel, como para Jürgen Habermas. No entanto, entenderemos que Habermas foi um pouco mais além da proposta teórica de Apel, ao encaminhar o estudo para o campo do Direito, a fim de apresentar uma teoria da fundamentação para os direitos básicos, a partir da sua razão comunicativa que apresenta as pretensões de validade necessárias para todo o discurso. Ainda, veremos que Habermas fundamenta as normas do Direito de um lado e as normas Morais de outro, assim entenderemos como o Direito x Moral se relacionam.

Por fim, tentaremos mostrar a possível relação entre o Direito Discursivo de Apel e Habermas com o Direito Argumentativo de Chaïm Perelman, ou seja, uma relação entre o paradigma discursivo como integrador do mundo da vida frente ao sistema, e o paradigma jurídico discursivo, de fundamentação e argumentação de casos concretos.

Neste último ponto iremos analisar o processo argumentativo de Perelman, mais especificamente a aplicação dos seus principais conceitos, tais como: o auditório, a escolha, o acordo e a relação das figuras de retórica e argumentação em um caso prático bastante conhecido. Trata-se do *Habeas Corpus* n. 152.752, impetrado no Supremo Tribunal Federal em favor do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. A proposta é analisar as figuras de retórica e argumentação usadas pelos onze ministros no STF, a fim de perseguir o convencimento do auditório particular e a contribuição destas figuras para a constituição dos participantes do processo argumentativo na sessão de quatro de abril de 2018.

O problema da nossa pesquisa, portanto, é verificar, por meio de testes, a aplicação dos diversos procedimentos argumentativos nos votos dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal na decisão que denegou a ordem do *HC 152.752 PR*.

O referencial teórico abordado pode ser definido por três importantes nomes da filosofia, Michel Foucault quanto à constituição do sujeito por meio dos processos subjetivantes; Jürgen Habermas e a abordagem do dispositivo da linguagem da razão comunicativa no Direito discursivo e Chaïm Perelman e a sua teoria argumentativa que auxiliou na aplicação das *figuras de retórica* e argumentação do caso concreto analisado.

A metodologia usada nesta dissertação e de acordo com o problema proposto foi a ‘explicativa’, diante da análise e interpretação dos processos que contribuem com a constituição da subjetividade. Para este objetivo, realizamos um levantamento bibliográfico orientado uma vez que nos dedicamos à leitura orientada de livros, artigos, jurisprudências, jornais e revistas, com o intuito de conseguir desenvolver o texto escrito.

CAPÍTULO I SUBJETIVIDADE E A CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO: A RELAÇÃO DOS SUJEITOS COM OS DISPOSITIVOS.

1.1 MODERNIDADE: DO SER AO HOMEM CONSCIENTE

O sujeito não nasce pronto e acabado, nem apresenta uma essência intrínseca imutável, ao contrário, a sua constituição é fundada e refundada a todo o momento pela história e pelos processos de subjetivação.

Pode-se dizer que o sujeito foi sempre colocado como a origem e o destino ou o objeto de pensamento, de formação da sociedade e da organização do direito, mas será que sempre foi assim? Parece que não, somente a partir daquilo que a história denomina como modernidade é que a preocupação em inserir o sujeito no centro das questões políticas, filosóficas e jurídicas surgiu no mundo¹.

Tanto é que o pilar central da modernidade é a subjetividade, ou clareando melhor, os esforços do sujeito ao desenvolver a sua racionalidade, as trocas de mercadoria na sociedade tradicional, as conquistas territoriais não só na Europa, como também no restante do mundo, o novo padrão de relacionamento de sujeitos de direito, compreendem o mundo centralizado na razão do sujeito que agora é consciente – o sujeito passa a pensar².

O advento histórico da modernidade é justamente onde a subjetividade irá surgir, e quando nos referimos a um processo histórico há que se tomar cuidado com o método de estudo que iremos abraçar para estudar a história. A reflexão teórica metodológica em relação a história do direito é complexa e preocupante, uma vez que a história não é linear e que os seus acontecimentos não são contínuos, pelo contrário,

¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

² FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

a história é repleta de rupturas, não linear e nem homogênea³, assim esclarece Ricardo Marcelo:

De fato, o estudo linear da história (e de modo particular a história do direito), que amontoa tudo o que já passou numa superposição harmônica e coerente de institutos jurídicos através do tempo, acaba impondo uma lógica ao passado que em verdade lhe é estranha, ao mesmo tempo em que lança sobre a época pretérita as questões, preocupações, valorações e ansiedades que pertencem ao presente (e ao cientista que produz tal tipo de conhecimento)⁴.

Igual raciocínio deve ser feito quando estudamos a subjetividade histórica, por certo que o seu caminhar é complexo, descontínuo e repleto de conflitos, por isso, ao analisar a sua essência é imprescindível descortinar as amarras para não cair nas armadilhas da linearidade positivista ou da homogeneidade do estudo histórico da subjetividade⁵.

Assim, a modernidade não tem uma data certa para começar, mas sendo um fato histórico, o seu desenvolvimento é lento e complexo, neste sentido, afirmar que o início se dá a partir das grandes revoluções burguesas, talvez não seja a opção mais correta. Mas, pode-se pensar que o começo das trocas comerciais e a partir disso, a visão de um processo de racionalização – séculos X e XI – ensejam transformações sociais que proporcionaram mais tarde o aparecimento dos princípios da modernidade⁶.

Importante fazer um parêntese e lembrar que anterior à modernidade pode ser chamada de sociedade tradicional, o domínio da ideia da existência de uma ordem universal que se justificava e orientava a vida das pessoas, era centrado na figura do criador. O mundo do cosmos dava existência e sentido a tudo e a todos, não havia unidades e indivíduos que pudessem dar consistência e sentido ao mundo, as pessoas eram reconhecidas pela sua função social e não como indivíduos que teriam direitos e deveres, havia ordens estabelecidas e hierarquizadas⁷ dentro das quais

³ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, pp. 26-27.

⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 26.

⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 28.

⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 30.

⁷ HESPANHA, Antônio Manuel. História das Instituições: Épocas Medieval e Moderna. Coimbra: Almedina. 1982, p. 206. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

existia uma autonomia administrativa, econômica e também de justiça, os conflitos eram resolvidos dentro de cada ordem⁸.

As ordens colaboravam de modo bastante específico e com objetivos distintos, para a efetivação da criação e da vontade divina, de fato as ordens sociais se autorregulavam, inclusive para resolver conflitos internos, a presença da hierarquia nas ordens sociais acontecia entre as pessoas e as funções exercidas. Na sociedade tradicional a desigualdade se fazia presente, o que não poderia haver era a ideia de “um comando social” legítimo e unificado como fonte de todo o poder e de toda ordem social⁹ – intrinsecamente fragmentado e descentrado –, pois só irá existir ordem se cada qual se adequar às suas específicas e diferentes funções sociais.

As características da sociedade tradicional refletem o que a filosofia chamou de paradigma do SER. O filósofo Jürgen Habermas transformou as perspectivas tradicionais da filosofia, quais sejam: a cosmológica, teocêntrica e a antropológica, em três paradigmas denominados de ser, sujeito/consciência e linguagem/ agir comunicativo¹⁰. A abordagem desse pensamento filosófico contribui para a compreensão da relação sujeito-objeto nos três contextos mencionados¹¹.

De maneira simplificada, mas sem descuidar de explicitá-lo, o paradigma do SER também nominado de ontológico ou metafísico, nos remete aos estoicos, uma relação objetiva entre sujeito-objeto, cuja preocupação era a de explicar o SER de todas as coisas, as ideias, os conceitos, ou seja, trata-se do realismo metafísico, onde tudo é compreendido pela razão, como se os nossos sentidos para a realidade do mundo fossem como imagens refletidas no espelho, sem que pudesse haver consciência valorativa¹².

⁸ HESPANHA, Antônio Manuel. História das Instituições: Épocas Medieval e Moderna. Coimbra: Almedina. 1982, p. 206. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p.33.

⁹ HESPANHA, Antônio Manuel. História das Instituições: Épocas Medieval e Moderna. Coimbra: Almedina. 1982, p. 206. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, pp.31-33.

¹⁰ O termo agir comunicativo, como sinônimo do paradigma da linguagem, é usado pelo professor Celso Luiz Ludwig. (LUDWIG, Celso Luiz. PARA UMA FILOSOFIA JURÍDICA DA LIBERTAÇÃO: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 92).

¹¹ LUDWIG, Celso Luiz. PARA UMA FILOSOFIA JURÍDICA DA LIBERTAÇÃO: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 92, p. 26.

¹² LUDWIG, Celso Luiz. PARA UMA FILOSOFIA JURÍDICA DA LIBERTAÇÃO: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 92, p. 28.

Platão e Aristóteles, e para ficar somente nesses, representaram o paradigma do SER. O primeiro filósofo via o SER como “ideia”, algo que está fora do objeto transcende a ele, assim se quiser retirar o conhecimento verdadeiro, não basta tentar subtrair a essência do objeto, pois o conhecimento não está lá, a tarefa terá que ser constituída na lembrança das ideias, por meio de sua contemplação entre o mundo sensível e o inteligível – um compreender por meio da dialética¹³.

No oposto de Platão surge o conceito de SER para Aristóteles, que deixa de ser ideia e passa a ser “substância”, a essência é imanente ao objeto assim, o conhecimento é retirado na essência do objeto.

Por meio do conhecimento, a interpretação é articulada por uma operação cognitiva que produz uma relação de semelhança entre a essência do objeto e do entendimento, como se fosse à reprodução de um retrato, neste sentido, para Abbagnano “o Conhecimento em ato é idêntico ao objeto conhecido: é a própria forma sensível do objeto, se se trata de Conhecimento sensível; é a própria forma inteligível (ou substância) do objeto se se trata de Conhecimento inteligível” ¹⁴.

A lógica (teoria) aristotélica formulada em consonância com a perspectiva do SER e a essência, sugere uma interpretação demonstrativa feita pelo silogismo, ou seja, parte de uma verdade incontestável (premissa) a fim de compreender o objeto. Já na retórica (prática), Aristóteles alerta que se faz necessário raciocinar sobre todo o problema a partir da “realidade compreendida cotidianamente” ¹⁵.

As críticas à teoria e a práxis aristotélica surgiram a respeito da importância dada sobre a realidade ser compreendida cotidianamente, a modernidade agora retira a preocupação com o SER e direciona o estudo ao Sujeito, é o Paradigma da Consciência. A questão central deste paradigma é o sujeito, que na busca do conhecimento assenta suas decisões mediante a uma intencionalidade subjetiva

¹³ LUDWIG, Celso Luiz. PARA UMA FILOSOFIA JURÍDICA DA LIBERTAÇÃO: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 92, p. 28.

¹⁴ ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 161.

¹⁵ LUDWIG, Celso Luiz. PARA UMA FILOSOFIA JURÍDICA DA LIBERTAÇÃO: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 92, p. 41.

soberana¹⁶. A relação sujeito-objeto permanece agora na ação do sujeito sobre o objeto, na qual o sujeito se torna quase absoluto, autônomo, na construção do conhecimento e do pensamento, por meio da linguagem da razão.

A crise do paradigma do SER para o SUJEITO apresenta sinais quando a sociedade tradicional começa a perder força, os trabalhadores rurais percebem que o excedente de sua produção poderia ser comercializado, uma libertação dos camponeses que possibilitasse a quebra do vínculo entre o produtor x senhor feudal, de modo a existir uma comercialização dos produtos¹⁷. Pode-se dizer que a primária percepção de uma racionalidade se inicia na baixa idade média – século XI – as cidades passam a se afastar do meio rural, pois enxerga que existem possibilidades para além dos horizontes de suas plantações, a figura dos artesãos ou ofícios urbanos, que produziam mercadorias não agrícolas, já se faz presente¹⁸. É a existência da riqueza em forma de dinheiro que possibilitará a existência do capital como produto de circulação.

O mais interessante é pensar que o produtor é uma figura, agora, individualizada, é um processo que demonstra como a ideia de propriedade é transformada, se antes se manifestava pelos vínculos das ordens sociais, cujo indivíduo era apenas mais um nesta ordem, agora a propriedade passa a se tornar uma mercadoria.

A tese de Ricardo Marcelo Fonseca alerta para algo importante no que diz respeito aos processos de crise das ordens corporativas, enquanto princípio de organização política e jurídica da sociedade, assim como todo processo histórico, ocorreu de forma heterogênea na Europa.¹⁹ Em outras palavras, o caminho que levou a passagem do antigo regime ao capitalismo e a modernidade, nem de longe foi

¹⁶ LUDWIG, Celso Luiz. PARA UMA FILOSOFIA JURÍDICA DA LIBERTAÇÃO: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 92, p. 41.

¹⁷ BRAUDEL, Fernand. Civilização Material, Economia e Capitalismo: Séculos XV-XVIII (VOL. 3 – O Tempo do Mundo). São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.81. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

¹⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

¹⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, pp. 37-38.

harmônico, linear ou contínuo, e sim um processo histórico irregular, marcado por descontinuidades e muitos conflitos.

Se nas sociedades tradicionais havia uma pluralidade jurídica manifestada pela autonomia das ordens sociais, a tendência agora era a de uma unidade jurídica; além disso, uma importante atenção sobre a função comercial, a fim de organizar os mercados interno e externo, diante da crescente acumulação de moeda. Também houve o surgimento de instituições importantes que proporcionaram um substrato para este período de conquistas: o exército permanente; a formação de uma ordem diplomática, imprescindível ao nascente sistema político internacional e ainda, a institucionalização dos sistemas de cobrança de impostos e organização administrativa das sociedades²⁰.

Outros elementos importantes para a subjetividade foram às inovações técnicas que levaram as conquistas das grandes navegações, pois puderam trazer uma nova forma de consciência de mundo para o homem. Assim como também a ciência moderna, que passou a lutar contra todas as formas de dogmatismo e autoridade, promovendo a distinção daquilo que era senso comum e/ou conhecimento científico; as invenções e os experimentos e, para, além disso, a reforma protestante foi um capítulo importantíssimo para a subjetividade, pois houve a possibilidade de uma individualidade religiosa, proporcionando outras formas de manifestações de fé²¹.

O sujeito moderno, senhor da natureza e detentor do saber sobre ela e sobre si mesmo, o sujeito que passa a extrair de sua consciência o fundamento para a compreensão de todas as coisas, o objeto passa a existir, porque o sujeito o reconhece. É a mudança de paradigma do ser para o sujeito (consciência), uma reflexão filosófica que proporcionará o desenvolvimento do homem em todos os aspectos, político, econômico e social o que identificará todos os pressupostos do discurso da modernidade e da subjetividade.

As questões apresentadas acima são importantes reflexões filosóficas que se arquitetam de uma forma mais apurada no século XVI, mas que se aprimoram nos

²⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, pp. 44-45.

²¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, pp. 47-48.

tempos seguintes, possibilitando o surgimento da modernidade e do sujeito²². A afirmação da modernidade representa o sujeito como a questão central, a formação de sua racionalidade.

1.2 SUBJETIVIDADE: PENSAMENTO, COGNOSCÍVEL E HISTÓRICO.

A interpretação filosófica da modernidade é uma certificação crítica da razão, parte da filosofia cartesiana de René Descartes (1596 – 1650), considerado como o fundador da subjetividade, que abre as portas para o racionalismo moderno. Em que consiste essa instauração da modernidade como consciência ou como subjetividade consciente? Descartes ultrapassa o paradigma em crise do ser e descortina o paradigma da consciência ou do sujeito, “aquele que agora duvida de tudo, pois pensa, e se ele pensa é porque existe”²³.

A partir deste momento é a razão o ponto de partida para revelar o mundo. Descartes desenvolve um método para a busca da verdade, a partir do surgimento da consciência (razão) como um guia para o conhecimento da verdade. Por meio de um exame da verdade, era preciso duvidar de tudo, a possibilidade de analisar as coisas sensíveis, os conhecimentos anteriores, além do próprio corpo, a dúvida era a base do método cartesiano²⁴.

Todas as verdades são postas em dúvida, pois somente desta forma é possível, por meio da razão, restabelecer o caminho que leva a certeza, estas como sendo um núcleo que aumenta na mesma proporção que a dúvida se radicaliza, quando se pensa, se duvida e quanto mais este ciclo se aprimora, mais devemos pensar e

²² FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p.49.

²³ LUDWIG, Celso Luiz. PARA UMA FILOSOFIA JURÍDICA DA LIBERTAÇÃO: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Liberdade e Direito Alternativo – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, pp. 53-57.

²⁴ LUDWIG, Celso Luiz. PARA UMA FILOSOFIA JURÍDICA DA LIBERTAÇÃO: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Liberdade e Direito Alternativo – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, pp. 53-57.

duvidar até que se chega a um ponto em que não há como olhar além, o de duvidar da dúvida, tal fato é incontestável²⁵.

A consciência que duvida e que pensa, e ao mesmo tempo quando pensa, também duvida, é uma via de mão dupla, por esse motivo não pode ter a sua consciência colocada em questionamento, “todo o resto pode ser colocado em dúvida, menos a existência do pensamento que duvida” ²⁶ – se duvido é porque penso; se penso é porque existo.

A verdade das coisas se encontra dentro do pensamento e não nas ideias inteligíveis, no céu. A descoberta do “eu que pensa” em sua interioridade reflexiva, constitui o princípio inaugural da filosofia moderna., ou uma filosofia da consciência, da racionalidade do ser, é o discurso que tem como ponto chave a concepção de subjetividade.

A subjetividade para Descartes é a reflexão filosófica do “eu pensante”, já para Immanuel Kant, a subjetividade é “formal”, ou seja, são reflexões em torno da razão.

Como é possível conhecer – e o que devo conhecer – são parte das premissas teóricas da subjetividade moderna que Kant se ocupou. Na obra “Crítica da razão Pura”, Kant irá abordar a sua subjetividade cognitiva, neste sentido, todo o objeto é determinado pelo sujeito, ou seja, o objeto só existe se o sujeito o percebe, e como se dá este conhecer é um dos pontos importantes estudados por Kant²⁷.

O ato de conhecer está ligado intimamente às condições do conhecimento presentes no sujeito, e o real só é compreendido em relação ao sujeito do conhecimento. Desta maneira, aquilo que conhecemos não é o real ou a coisa propriamente dita, mas sempre será o real em relação ao sujeito do conhecimento.

O que devo fazer? Buscar a dimensão prática da razão pela ação, e esta deve apenas seguir uma lei que necessariamente é moral estabelecida pela razão “a razão

²⁵ LUDWIG, Celso Luiz. PARA UMA FILOSOFIA JURÍDICA DA LIBERTAÇÃO: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Liberdade e Direito Alternativo – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, pp. 53-57.

²⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 59.

²⁷ LUDWIG, Celso Luiz. PARA UMA FILOSOFIA JURÍDICA DA LIBERTAÇÃO: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Liberdade e Direito Alternativo – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, pp. 63-64.

definirá o postulado necessário da vida moral e indicará, aquilo que devo obedecer no campo da conduta”²⁸.

Em Kant, “temos que os princípios éticos são derivados da racionalidade humana e é precisamente no domínio da razão prática (na ética e também no direito) que se coloca a questão da liberdade e da moralidade”, a lei moral – a ação/o que devo fazer – é justamente estabelecida de acordo com princípios que são universais e permanentes e pertencem a todos os seres dotados de racionalidade.

Em um breve resumo, a ação prática deve apenas seguir uma lei moral, e como esta lei moral é estabelecida? Mediante princípios permanentes e universais e que, portanto, cabem a todos os indivíduos racionais. Este é o ponto em que se encontra o “imperativo categórico” de Kant, “agir de tal forma que sua ação possa ser considerada como norma universal” ²⁹. A lei moral, para Kant, se reveste de um conteúdo formal, é como se toda a ação exigisse a antecipação de um fim, ou melhor, como se o sujeito devesse agir como se o objetivo final pudesse ser realizado. Trata-se da razão prática e da razão teórica, que são completamente separadas.

Já para Georg Hegel, a consciência é o resultado de um processo de desenvolvimento, cuja verdade não está apenas no objeto, tampouco no sujeito, mas sim na unidade entre aquilo que o filósofo denomina, de ordem, organização e as relações presentes às próprias coisas, a subjetividade moderna de Hegel está na razão histórica.

O sentido da razão histórica é que ela vai além e ao mesmo tempo conserva as filosofias anteriores, mas como ela ultrapassa as contradições estabelecidas, isso acontece por um incessante processo de busca de si mesma, de suas próprias convicções, “sujeito que orienta a sua consciência e sua ação a partir de suas próprias convicções” ³⁰.

Já a liberdade do sujeito é centrada na sua autonomia da vontade, e o que isso quer dizer: que o indivíduo reconhece como tendo valor apenas aquilo que a sua

²⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 61.

²⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 63.

³⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 65.

vontade julga que é bom para ele – o que vai no mesmo caminho com aquilo que pressupõe a modernidade – a convicção que cada sujeito possui de aderir somente aquilo que foi justificado pelo seu pensamento e pela sua vontade – é a liberdade do indivíduo. Hegel é consciente do caráter histórico do princípio da liberdade subjetiva, que tem a sua razão de ser na modernidade e só pode ser compreendida a partir dela³¹.

Esclarecedora é a explicação do professor Ricardo Marcelo quando diz que para Hegel, o homem se enriquece com a qualidade universal do homem enquanto homem, vale pela sua subjetividade, pois é a partir desta que se manifesta a sua liberdade.

O sujeito passa a encontrar em si mesmo o conteúdo e a explicação da realidade moral e política e por ela é que o homem deve agir isso, portanto, significa se abster de toda forma externa de autoridade.

Para Hegel:

[...] o princípio do mundo moderno em geral é a liberdade da subjetividade e essa noção de subjetividade implica automaticamente a conotação de individualismo (pois no mundo moderno uma peculiaridade infinitamente particular pode fazer valer as suas pretensões) e de autonomia (pois nos tempos modernos é característico o fato de querermos responsabilizarmos pelo que fazemos).³²

Mas toda esta construção dos pilares da modernidade até o momento encontram no iluminismo, as manifestações mais claras e mais incisivas na formação do sujeito.

1.30 ILUMINISMO: O ÁPICE DA MODERNIDADE.

³¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 65.

³² HABERMAS, Jürgen. O Discurso Filosófico da Modernidade, p. 27.

O iluminismo, como tendência intelectual, que surgiu a partir do século XVIII, cujo objetivo era o combate a todas as formas de opressão pela razão – lutou contra as formas de opressão pela crença emancipadora da razão humana. As grandes personalidades deste movimento foram Voltaire, Diderot, D’Alembert, que iluminavam as trevas do antigo regime.

Iluminismo como a ideia de uma busca contínua de autonomia do sujeito em relação às tutelas, principalmente quanto à realização da liberdade, felicidade e igualdade – e claro, que tais realizações fossem universais, para todos os indivíduos, este como um ideal iluminista –.

A modernidade, enquanto um evento histórico social apresenta um discurso filosófico que tem como pilar central a subjetividade, esta com seu desenvolvimento enraizado num processo histórico, descontínuo, complexo e não linear, cujo objetivo é desenvolver, precipitar o sujeito de modo que ele seja o centro das atenções, a referência da política, da sociedade e também do direito. “A forma de encarar a sociedade, a organização do poder, o modo de fundamentar as reflexões, a forma de regulamentar a vida social, terá como referência mediata ou imediata, o sujeito”³³. Durante o desenvolvimento da modernidade, a figura do sujeito, será progressivamente a referência básica da análise e o substrato do sistema político, social, científico e jurídico.

As manifestações subjetivas, em Hegel e Rouanet, a universalidade, autonomia e individualidade, foram lentamente formadas com a fragmentação do antigo regime. Para Rouanet, a universalidade quer indicar num primeiro momento, que o pensamento precisa ultrapassar as fronteiras de modo a rechaçar todos os nacionalismos e/ou particularismos, vez que o princípio da autodeterminação dos povos e a negação ao imperialismo, isso visto pelo iluminismo, prevê uma perspectiva transcultural, ou seja, na enorme variedade das culturas humanas há uma uniformidade fundamental, a unidade da natureza humana³⁴. O pluralismo é aceito desde que as práticas particulares não violem os princípios universais de justiça.

³³ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, pp. 67-68.

³⁴ ROUANET, Sergio Paulo. Mal-Estar na Modernidade. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, pp. 33-41.

O universalismo iluminista defende a igualdade entre as etnias e entre os sexos, a universalidade é dotada por uma generalidade, todas as pessoas devem ser tratadas como iguais. O individualismo é um atributo da subjetividade que acrescenta que o aparecimento do indivíduo na história da humanidade é um dos aspectos mais libertadores da modernidade. O indivíduo passa a surgir de sua comunidade, de sua cultura e de sua religião para ser tomado em si mesmo – como centro das demandas e o destinatário das atenções sociais, políticas e jurídicas, titulares dos direitos universais –³⁵.

Enfim, a autonomia, como um terceiro atributo da subjetividade de Rouanet, a liberdade, relacionada com os direitos de cada um; a capacidade de poder efetivar e exercer esses direitos; o direito objetivo como norma de agir assegurado pelo poder público e o direito subjetivo como a faculdade dada ao sujeito de exercer os direitos garantidos pela norma.

O sujeito universalizado que a partir de sua individualidade, tem como pressuposto inderrogável de sua subjetividade, a capacidade de autonomia em seus diversos ângulos, um ser dotado de prerrogativas que independem de suas condições particulares – isso é o ápice do sujeito, ser que é guiado pela razão e que essa característica tão importante, garante ao indivíduo a autonomia para ver, entender e redescobrir o mundo – é a confiança nas potencialidades de saber e agir do sujeito³⁶. A sua capacidade de organizar a vida de modo libertário e emancipatório.

O sujeito como causa de ser, o motor do funcionamento e a finalidade última da modernidade. A crise e a crítica da modernidade são importantes reflexões acerca das contradições existentes durante o processo de construção histórica da modernidade. Ao lado da modernidade, a subjetividade moderna, por certo, também sofreu com críticas, vez que esta é um dos pilares da modernidade.

1.4 MODERNIDADE: AS PROMESSAS QUE NÃO FORAM CUMPRIDAS.

³⁵ ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-Estar na Modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, pp. 33-41.

³⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, pp. 71-73.

Parte-se do questionamento de que se de um lado existe uma imensidão de propostas de inovação à cultura e também as questões sociais, há de outro uma complexidade de elementos que constituem esta modernidade e que torna praticamente impossível evitar que o cumprimento das promessas seja, de fato, desigual. A crise, portanto, é a de excessos e também de deficiências pelo não cumprimento das promessas.

Se o paradigma da modernidade é centrado entre a regulação e a emancipação, o desequilíbrio destes pilares levará a outro problema que é a razão moderna: exploração sem limites da natureza, catástrofes ambientais, ameaça nuclear, desenvolvimento de aparatos de guerra³⁷.

A consequência dessa crítica recai sobre a subjetividade, para o professor Luiz Fernando Coelho há uma “derefencialização³⁸” do sujeito. O sujeito moderno é o sujeito proprietário, as pessoas são identificadas pela sua possibilidade de entrar em relação com a coisa (res), e para a modernidade e todos os pressupostos que dela se extraem, todos teriam a mesma condição de propriedade, o que de fato, não existe. A condição igualitária se faz presente apenas formalmente, desta forma, a definição de sujeito passa a ser formal.

Se, durante todo o desenvolvimento da modernidade os olhos e as discussões se voltaram ao sujeito racional, autônomo, universal, para Barcellona ficou claro que o sujeito realmente era o protagonista da modernidade, que toda a racionalidade construiu uma ordem social e política, mas o sujeito acabou sendo negado, oprimido por uma grande objetivação e se tornou um puro indivíduo de consumo³⁹.

Um sujeito indeterminado e sobredeterminado, justamente por um sistema que a tudo o qualifica como o princípio proprietário - sujeitos com status vazio de conteúdo material e de qualidades.

³⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p.79.

³⁸ COELHO, Luiz Fernando. Saudade do Futuro: Transmodernidade, Direito, Utopia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, pp. 46-47.

³⁹ COELHO, Luiz Fernando. Saudade do Futuro: Transmodernidade, Direito, Utopia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, pp. 82-83.

Os próprios princípios da universalidade, individualidade e autonomia, e que foram estudados com bastante dedicação pelos iluministas, são deixados de lado, como verificado pelo próprio Rouanet:

A ascensão da xenofobia é um reflexo de que o universalismo foi substituído pelos particularismos (religiosos culturais e nacionais); a individualidade perdeu força, e permanece escondida atrás da sociedade de consumo; a autonomia intelectual perde espaço para a cultura de autoajuda e do esoterismo; a autonomia política é negada pela proliferação das ditaduras ou camuflada pelas eleições; a autonomia econômica “é negada de modo sistemático a dois terços da população mundial que estão totalmente excluídos do sistema de produção e consumo de bens” ⁴⁰.

A partir de uma ausência de cumprimento das promessas da modernidade em seus principais substratos: da individualidade, autonomia e universalidade, diversas foram as críticas, mas ao menos por aqui não há como manifestar nenhuma que pudesse trazer efetivamente a solução para a crise da modernidade e, por consequência da subjetividade moderna. Por certo que o interesse de nossa discussão se faz acerca da constituição do sujeito, por isso traremos o posicionamento de Michel Foucault quanto a centralidade do sujeito moderno, dono de toda a racionalidade e a proposta da formação do sujeito foucaultiano.

1.5 FOUCAULT E O HOMEM MODERNO.

A discussão acerca da constituição do sujeito nos permite perceber no pensamento foucaultiano uma preocupação, e porque não dizer, uma crítica referente sua posição quanto aos pressupostos do iluminismo e da modernidade.

De fato, a razão moderna se tornou uma potencialidade ilimitada, no otimismo da capacidade emancipadora do sujeito; em sua autonomia da vontade, em todos os aspectos; no desenvolvimento de sua individualidade e na afirmação da

⁴⁰ ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-Estar na Modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, pp. 9-11.

universalidade de suas capacidades, sujeito dotado de toda a racionalidade e que a tudo identifica e conhece.

Já, para Foucault o sujeito apareceu tardiamente para a história, em meados do século XVIII, e é constituído por processos de objetivação pelos discursos, pelas configurações de saber de uma época e por processos de subjetivação que o filósofo vai chamar de práticas de si.

Mas será que com base nestes aspectos, é possível crer que Foucault era um pensador anti-moderno? De início, podemos até acreditar que sim, pelos aspectos trazidos de sua teoria arqueológica da formação do saber (que abordaremos a seguir), seja pela sua noção de busca da verdade e do poder, ou ainda quando o filósofo abandona a filosofia do sujeito (acredita até mesmo na morte do sujeito)⁴¹.

A crítica operada por Foucault à razão moderna é um pensamento que conspira de modo não conciliável com a modernidade? De certa forma, parece que a crítica da razão moderna e todo o seu caráter instrumental – autonomia, individualidade, universalidade – não exclui o caráter moderno dessa crítica, senão veja-se: a razão que se volta contra a razão não deixa de ser enquadrada na tradição crítica moderna.

Mas o modo específico como Foucault inviabiliza a ideia de razão autônoma, não seria uma despedida do modo moderno de pensar? Conforme a análise de Rouanet, não, pois a característica mais interessante do iluminismo, era o seu “espírito da crítica permanente”⁴².

O iluminismo deve passar pela própria denúncia do iluminismo, irônico, subversivo, dialético – a denúncia do mito, a busca das formas de emancipação, a luta contra todas as formas de autoridade não genuínas do movimento, quer dizer, se formos analisar como o iluminismo de hoje de comporta, Michel Foucault seria um iluminista, com certeza⁴³.

Há um esforço imenso de Foucault de denunciar as formas de sujeição, seja pelo discurso ou pelas práticas de poder. Grande parte do trabalho teórico de Foucault

⁴¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 98.

⁴² ROUANET, Sérgio Paulo. As razões do Iluminismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. pp. 220-221.

⁴³ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 100.

é a sua crítica contra as formas de sujeição do sujeito, realizada pelo discurso, práticas de poder, desta forma, para Boaventura de Souza e Santos, Foucault seria um crítico moderno e não pós-moderno.

A última grande tentativa de produzir uma teoria crítica moderna coube a Foucault, tomando precisamente como alvo o conhecimento totalizante da modernidade, a ciência moderna. Ao contrário da opinião corrente, Foucault é para mim um crítico moderno e não um crítico pós-moderno. Ele representa o clímax e, paradoxalmente a derrocada da teoria crítica moderna.⁴⁴

Atrás da razão existe o poder, mas Foucault não fica glorificando o poder, a razão criticada é aquela que mascara o poder, este deve ser combatido por todos os meios, em todos os lugares em que ele se apresenta, nas macro e micro relações em que o poder se dissemina.

Rouanet afirma que essa crítica de Foucault a “razão”, que é mascarada pelo poder, na verdade tem como objeto, outra razão – livre capaz de devassar a razão escrava. A razão iluminista, portanto, que não combate o saber ou exalta o não saber, mas opera de modo crítico contra a razão que tem por função servir o poder⁴⁵

Mas como é a constituição do sujeito foucaultiano? Justamente a partir da ideia de uma história do presente, o sujeito apareceu tardiamente para a história, sua historicidade, bem como a subjetividade serão então demonstradas a seguir.

1.6 SUBJETIVIDADE FOUCAULTIANA: ENTRE A ARQUEOLOGIA E A GENEALOGIA.

As configurações discursivas que aparecem na história, como uma perspectiva arqueológica do saber, se abrirá para a compreensão genealógica de Foucault – é a partir deste ponto que se revelam as relações do homem com o saber, com o poder e consigo mesmo – pressupostos que constituem a subjetividade foucaultiana.

Para entender como o sujeito é constituído em Foucault, é preciso primeiramente percorrer parte de sua obra no que diz respeito às suas considerações

⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. A Crítica da razão Indolente, p. 26.

⁴⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 102.

críticas acerca do surgimento do homem, para Foucault o sujeito se constituiu recentemente na história. Este caminhar alinha o processo arqueológico, que busca as descrições do que seriam as práticas discursivas, as configurações de saber e a interpretação genealógica que relaciona a constituição do sujeito em um entrelaçamento das práticas objetivas – saber e poder, que normalizam e condicionam o sujeito – com as subjetivas, que formam o sujeito moral.

Desta forma, é necessário apreender que a obra de Foucault não pode ser separada em Arqueologia e Genealogia, ou seja, os solos que formam as raízes do saber de uma época e as práticas discursivas que constituem as configurações de saber, necessariamente formam uma relação de saber e de poder. A genealogia irá interpretar esta relação como fatores imprescindíveis na formação da subjetividade do sujeito, que Foucault analisa na sociedade de disciplina e normalização que levam a constituição e a sujeição do homem.

Portanto, a análise foucaultiana da subjetividade do sujeito irá acontecer em um processo arqueogenealógico. O sujeito se constitui pelo poder, condicionado pelo saber e por práticas de si. A ideia aqui, não é dissecar as obras deste inquieto filósofo, mas sugerir uma ordem de seus pensamentos que passem pela arqueologia e a importância que a genealogia dá àquela análise para que, desta forma, o homem se constitua em sujeito que se forma e reforma ao longo do tempo em diversas subjetividades.

1.6.1 ARQUEOLOGIA: ORDENS DE SABER NA FORMAÇÃO DISCURSIVA DE UMA ÉPOCA.

Pode-se afirmar que Foucault, refuta a definição do estudo do homem proposto pela modernidade, qual seja a visão de um sujeito dono de uma racionalidade metafísica, o sujeito como o centro de todas as atenções, esta crítica é bem feita na sua obra *As palavras e as coisas* e inaugura uma nova forma de pensar de maneira objetiva sobre o homem⁴⁶. Portanto, Foucault passa a analisar que o estudo do homem, como sujeito, é bem mais recente do que pressupunha o período moderno, decorre das características de uma base de conhecimento bastante limitada e precisa,

⁴⁶ FOUCAULT, *As palavras e as coisas*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, pp. 88-90.

o sujeito surgiu – “o pensar objetivamente sobre o homem”⁴⁷ – numa época denominada a “era da história”, no fim do século XVIII.

Mas apreender este caminhar do sujeito “histórico” foucaultiano, é necessário saber que houve três importantes “configurações históricas”, denominadas por Foucault de *a priori histórico*, explicando melhor, seriam como “condições para se conhecer ou se falar algo e para que algo possa ser objeto de conhecimento”⁴⁸, Foucault abordou o estudo a partir do século XVI, justamente para demonstrar como o homem se relacionava com as coisas.

Embora o estudo realizado por Foucault seja a busca de uma ordem ou disposição das coisas referentes ao saber – documentos, testemunhos, fatos que pertencem a uma época –, o trabalho da arqueologia proposta por Foucault não é a procura do saber fundante que encaminhe uma série de fatos em evolução histórica, linear e contínua. Desta forma, sua arqueologia propôs, que configuração de saber ou que solo existia em uma temporalidade capaz de produzir determinados conhecimentos, teorias ou conceitos que podem ser tirados de cada período. Iremos trazer como se dá a formação da configuração de saber de uma época, a partir da obra *Arqueologia do Saber*, no próximo item deste estudo.

Como dissemos as três configurações históricas trazidas por Foucault, em *As palavras e as coisas* (1966), para explicar em que condições os saberes foram desenvolvidos – a relação entre as palavras e as coisas – denominam-se: *era da semelhança*, *era da representação* e a *era da história*.

A era da semelhança, até o fim do século XVI, as palavras e coisas não eram distintas, o mundo parecia uma imensidade de relações, as quais permaneciam por meio de movimentos de simpatia e antipatia entre os sujeitos e as coisas, estas eram identificadas por processos de analogia e semelhança⁴⁹. Nesta linha, definiu Inês Araújo:

Descobrir os sentidos e encontrar os signos forma o saber dessa época, a busca da semelhança, acumulação de marcas colhidas, magia e erudição. Conhecer é adivinhar qual marca se assemelha a outra marca visível deste mundo, todo ele feito de uma prosa infinita que é somente preciso fazer falar,

⁴⁷ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p.37.

⁴⁸ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p.37.

⁴⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 102, pp. 84-86.

isto é, descobrir o signo na coisa pela interpretação, adivinhação e comentário⁵⁰.

A era da representação, século XVII até a segunda metade do século XVIII, há um rompimento entre as palavras e as coisas, “a linguagem passa a traduzir o mundo e não mais fazer parte dele”⁵¹, isso mostra que a união anterior entre aquelas, acaba se rompendo, porque as palavras passam a ter função de designar as coisas. O saber apresenta outra configuração em relação a era da semelhança, o ser é contínuo e pleno e justamente por esta configuração o ser pode ser representado – de fato bem distante do que temos hoje – os modos de compreensão do conhecimento têm condicionantes especificamente delimitados para aquele período⁵².

A era da história, final do século XVIII até a atualidade – é aqui, para Foucault, que o homem nasce como sujeito – o conhecimento vai além da função de representar, ele é inserido numa temporalidade, numa história. É justamente aqui que o homem aparece para o saber como um objeto de conhecimento ao mesmo tempo em que é sujeito de todo tipo de conhecimento, o homem da modernidade. O sujeito ao mesmo tempo em que é tematizado e objetivado como aquele que fala, trabalha e vive “estes são o *a priori* do que há para conhecer, organizam toda a experiência possível, por isso pode-se dizer que são transcendentais”⁵³. O ser está inserido empiricamente de modo radical no mundo, ele é seu saber, por outro lado é também a medida de todos os seus saberes de modo transcendental.

A passagem da representação para a era da história é exatamente quando o homem começa a ser visto por suas empiricidades – vive, trabalha e fala –, justamente pela existência de três ciências respectivamente: biologia, economia e a filologia, o ser passa a ser conhecido porque ele tem uma história, e é exatamente “a história o modo de saber que dá acesso ao ser”⁵⁴, o homem é um ser finito, pois cada uma de suas empiricidades tem a sua própria história, são as chamadas positividades da vida,

⁵⁰ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p.38.

⁵¹ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p.38.

⁵² FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 102, pp. 84-86.

⁵³ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, pp.41-43.

⁵⁴ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, pp.41-43.

porque produz sua vida, seu trabalho e sua linguagem e, ao mesmo tempo, é conhecido por essas positivities⁵⁵.

Toda esta explicação sobre as positivities finitas do homem – biologia, filologia e economia, Foucault vem a afirmar que foi a partir destas ciências que no século XIX as ciências humanas respectivamente – psicologia, sociologia e crítica literária – apareceram.

Aqui existem duas críticas, feitas por Foucault, sobre a questão epistemológica das ciências humanas, primeiro o fato de serem desprovidas de uma metodologia própria, exatamente por adotar as metodologias da biologia, economia e filologia e segundo, que as ciências humanas, em contato com “a filosofia são conduzidas a representação”⁵⁶, ou seja, estudam os significados do homem falar, conduzir sua vida ou produzir pelo seu trabalho, quando na verdade, deveriam analisar o homem como ele é – como de fato é constituído⁵⁷. O homem só tem conhecimento daquilo que ele é, por meio dos saberes que se apresentam a ele, são saberes que precisam ser compreendidos historicamente, cada configuração de saber tem a sua temporalidade.

Para Foucault, o próprio conhecimento do homem e para o homem, tende a desaparecer, porque as configurações do pensamento acabam por excluir o próprio homem, esta é a conclusão de Foucault em *As palavras e as coisas*, “o homem é uma invenção cuja recente data a arqueologia do nosso pensamento mostra facilmente. E talvez o fim esteja próximo”⁵⁸, Araújo explica de modo semelhante:

Essas três ciências dizem respeito ao que dissolve o homem em regras, leis, desejos, morte, linguagem, inconsciente. Anunciam, assim, a morte, o fim do homem, daquele em cujos produtos se quis ver sua essência.

[...]

A morte de Deus nietzscheana significa a morte do homem para Foucault. A força da linguagem mostra que “talvez o homem esteja vias de desaparecer”⁵⁹.

Foucault então propõe, até mesmo para justificar e explicar as críticas quanto ao desaparecimento do homem, uma análise sobre as práticas discursivas que

⁵⁵ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, pp. 45-46.

⁵⁶ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p. 50.

⁵⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 102, pp. 403-404.

⁵⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 87.

⁵⁹ APUD ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000. p.53.

formam os saberes de uma época em “*A arqueologia do saber*” (1969), - “desprender estruturas universais responsáveis por todo o conhecimento ou toda ação moral possível, mas tratar dos discursos que articulam o que nós pensamos, dizemos e fazemos, como outros tantos acontecimentos⁶⁰”. Como se debruçar sobre uma época sobre uma forma mais precisa é saber a respeito das relações que unem as práticas discursivas que Foucault denominou de “Epistemes”.

A *Arqueologia do saber* é extremamente importante para a constituição da subjetividade, vez que analisa os discursos que articulam os nossos pensamentos, as nossas atitudes e aquilo que falamos isso significa um claro abandono da causalidade, da transcendência, pois Foucault vai buscar esta história que não pode ser linear e contínua, a história do referente, típica do historicismo e do positivismo, não há espaço para este pensamento evolutivo da história. A ideia agora é o questionamento sobre quais arranjos, presentes no saber, foram determinantes para a produção de objetos que a ciência poderia tomar para si e assim, descrever.

Como o sujeito passa a ser cognoscível e como este mesmo sujeito é capaz de tornar-se objeto e de dialogar sobre ele⁶¹? Isso acontece pelas configurações discursivas as epistemes, os objetos não preexistem ao saber, eles existem sim como acontecimentos, como aquilo que em uma determinada temporalidade pôde dizer sobre eles, justamente em função dos arranjos entre os discursos e as condições não discursivas⁶².

A relação sujeito que conhece e objeto que é conhecido, típica do paradigma da consciência, dá lugar a relação entre atos linguísticos e a discussão que passa a interessar é sobre a validade e não mais sobre o pensamento/realidade “o pensamento como retrato da realidade”⁶³. Na arqueologia, o que se pretende é trabalhar com os discursos e com os objetos, que em cada época estão ali, disponíveis, inteligíveis e de que forma o homem consegue se apropriar desses objetos para, assim, puder falar sobre eles.

⁶⁰ APUD FOUCAULT, Michel. Ditos e escritos. Ética, estratégia, poder-saber. MOTTA, Manoel Barros da (Org.). Tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. v. 4, p. 574.

⁶¹ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, pp.54-55.

⁶² ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p. 56.

⁶³ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p. 56.

De modo explicativo, temos que a Arqueologia foucaultiana, é o saber de uma época, ou as relações que unem as práticas discursivas, é no interior destas práticas que os enunciados aparecem, e vários enunciados formam os discursos, que formam as epistemes – as configurações de saber de uma época⁶⁴. O arqueólogo trata os objetos de saber na sua base discursiva, que pode ser um acontecimento a ser descrito e estudado em diversas circunstâncias – mas como um enunciado apareceu e não outro surgiu em seu lugar? Dentro dessas várias possibilidades, de diversos enunciados, é que podemos entender que não há espaço para uma história evolutiva, pois cada problemática tem seu solo histórico.

O arqueólogo, portanto, estuda o solo que estas configurações de saber são produzidas, não deseja saber quem é o responsável pelos conceitos, ideias, teorias, mas o que possibilitou que tal enunciado surgisse. Já o historiador permite ao homem a condição de ter a ideia, conceito ou teoria e por isso tem por objetivo levar todo este conteúdo para a produção da ciência⁶⁵.

A análise arqueológica parte de enunciados que expressam a positividade do discurso – enunciado que estão para além da língua e são condições necessárias para a língua – não são simples construções gramaticais, ato da fala ou proposições lógicas⁶⁶, para, além disso, é suporte material e referencial. “Estão em jogo o referencial, o sujeito que ocupará o lugar vazio no enunciado, o domínio associado, algo mais amplo que o contexto de fala, e uma materialidade”⁶⁷. O lugar do enunciado, segundo Foucault, está sempre vazio e é ocupado por um sujeito determinado, mas esta ocupação não é definitiva ou dotada de uma titularidade permanente.

Para um entendimento mais claro, o sujeito que ocupa o lugar vazio deste enunciado será sempre alguém determinado e que de alguma forma pode falar sobre o objeto. Sobre o sujeito do enunciado, Araújo dispõe:

Há sempre alguém com direito, advindo de uma tradição, direito regulamentado ou mesmo um direito adquirido, de falar acerca de algo. A instância do sujeito não é a de uma consciência ideal, nem de uma consciência empírica, porque discurso não é expressão de alguém: há nos enunciados um lugar vazio em que diferentes sujeitos poderão entrar ou terão direito de entrar, podendo, só então, falar acerca de determinados objetos⁶⁸.

⁶⁴ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p. 57.

⁶⁵ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, pp.90-91.

⁶⁶ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p. 59.

⁶⁷ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p. 61.

⁶⁸ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p.62.

Um conjunto de enunciados forma o discurso de que os sujeitos se apropriam, “o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo porque, pelo que se luta o poder do qual nos queremos apoderar”⁶⁹. Os temas dos enunciados que formam os discursos são diversos e varia em relação à temporalidade, em *A Ordem do Discurso* (1970), Foucault afirma que os temas podem ser conexos ou contraditórios, e que por vezes envolve práticas discursivas e não discursivas, ou seja, os enunciados podem formar discursos por meio da interação entre as práticas discursivas e as organizações judiciárias, instituições econômicas ou sociais, uma vez que a sociedade dispõe dos discursos para usar, bloquear, apropriar ou reorientar este poder, usando-o como um dos constituintes da subjetividade foucaultiana.

O uso dos discursos como uma função estratégica envolta e manipulada por relações de força é aquilo que Foucault nunca definiu claramente, mas que se aproxima do conceito agambeano de Dispositivo. Discurso é para Foucault um dispositivo, mas não é o único. As práticas discursivas precisam se relacionar com outras práticas tão importantes como as práticas econômicas, sociais e jurídicas. O discurso é um dispositivo de saber e de poder no quais muitos sujeitos querem se apoderar, mas também pode ser alvo dessas relações de saber/poder para que o discurso não seja usado.

E para trazer uma breve apresentação do que seriam os dispositivos para Foucault e, ao mesmo tempo, salientar que este tema será abordado no final deste capítulo, esclarecemos que os dispositivos indicam, de algum modo, como o mundo se orienta ou como o mundo se estrutura diante da relação que os dispositivos estabelecem nos processos de “assujeitamento” do sujeito, nas redes de poder que condicionam sempre certos tipos de saber e por eles, da mesma forma, são condicionados⁷⁰.

Por isso há grande importância nos estudos foucaultianos sobre os dispositivos e a suas inserções na vida dos indivíduos, que se aprimoram no transcorrer histórico. Como forma de exemplificar, os dispositivos seriam “discursos, instituições, estruturas

⁶⁹ FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Loyola, 2014, p.10.

⁷⁰ AGAMBEN, Giorgio. *O que é contemporâneo? E outros ensaios*. Santa Catarina: Argos, 2009, p. 29.

arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, proposições filosóficas, enfim aquilo que é linguístico e não linguístico pode ser considerado como um dispositivo⁷¹, o que contemporaneamente será acrescentado por Agamben com outros exemplos de dispositivos em nossa sociedade.

O discurso é formado pela articulação dos enunciados, dotado de materialidade, a ponto de poder operar as exclusões, separações ou rejeições, como Foucault exemplificou entre a razão e a loucura. A concepção de loucura rejeitada na idade média, cujos discursos dos loucos não eram sequer ouvidos, “de qualquer modo, excluída ou secretamente investida pela razão, no sentido restrito, ela não existia”⁷², mostrou, segundo Foucault que em nenhum momento, antes do século XVIII, algum médico se preocupou com aquilo que o louco falava, o processo de exclusão era nítido.

Somente no final do século XVIII e início do século XIX a loucura passou a ser tratada por médicos que ocuparam o lugar vazio dos enunciados para se apoderar deste discurso. A loucura parece não estar mais excluída ou separada, a intenção agora parecia a de dar importância a fala do louco. Mas toda esta atenção a palavra, só demonstrou que as instituições envolvidas para decifrar o diálogo do louco estavam dispostas a imprimir nas palavras a “escuta de um discurso que é investido pelo desejo, e que se crê – para sua maior exaltação ou maior angústia – carregado de terríveis poderes”⁷³.

A materialidade, portanto, do discurso é capaz de separar, excluir, por isso é tão necessário entender, que assim como nos enunciados, não há o sujeito fundante nos discursos, que se apropria dele para “animar diretamente, com seus atos de visar, as formas vazias da língua”, ele contém marcas, traços, signos, mas consegue manifestá-los, sem passar pelo processo singular do discurso⁷⁴. O sujeito, portanto, não é a parte mais importante do discurso, ele deve ser entendido como desprendido de um sujeito fundante, por isso há importância de enxergar a história descontínua e com rupturas.

⁷¹ Ditos e Escritos v. III. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. pp. 299-300.

⁷² FOUCAULT, Michel. A Ordem do Discurso. São Paulo: Loyola, 2014, p.11.

⁷³ FOUCAULT, Michel. A Ordem do Discurso. São Paulo: Loyola, 2014, p.13.

⁷⁴ FOUCAULT, Michel. A Ordem do Discurso. São Paulo: Loyola, 2014, p.45.

A proposta foucaultiana, a partir de sua crítica de um sujeito fundante, é que o saber e o poder marcam o sujeito historicamente, mas uma história do presente, com rupturas e descontinuidades, justamente porque o sujeito é constituído e reconstituído por todo o saber de uma época.

A dificuldade, talvez em nosso entendimento seja como o discurso manifesta e distribui poder, poderia Foucault, neste sentido, tratar da constituição do sujeito na arqueologia, pois as práticas discursivas e as suas relações com as práticas não discursivas são tratadas na arqueologia, mas é justamente a interpretação das funções do discurso que necessitam da genealogia foucaultiana, como um exercício de argumentação para a formação de toda a subjetividade proposta por Foucault.

1.6.2 GENEALOGIA: DESCRIÇÃO E CRÍTICA DAS TRANSFORMAÇÕES DISCURSIVAS.

As reflexões trazidas até aqui, servem para compreender que o modo de usar, por que usar e quando usar o dispositivo discurso, além, é claro, de outros dispositivos, são questões discutidas na genealogia foucaultiana, em uma análise interpretativa de entender como este saber/poder tem a função de marcar, separar historicamente o sujeito e, assim, constituir sua subjetividade:

Visa abordar na história e historicamente as forças, dispositivos, aparelhos, instituições que produzem efeitos, principalmente sobre os corpos, as populações, as doenças, a sexualidade, a governabilidade, as ciências humanas, o direito, a medicina, as instituições pedagógicas e disciplinares⁷⁵.

O genealogista percebe como as relações de saber e de poder geram efeitos que permitem uma interpretação sobre a separação e a normalização presente na sociedade disciplinar, fatores relevantes na constituição do sujeito foucaultiano.

A normalização aqui, não com a conotação jurídica de norma legisladora, e sim, como um dos conceitos mais importantes da análise de Foucault sobre o poder. A normalização que permite comparar os sujeitos, por meio de sua individualização. A

⁷⁵ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, pp.95-96.

norma que possui duas formas de substrato: as disciplinas e o biopoder. Mas como identificar esses pressupostos, ou melhor, no que consiste a disciplina e o biopoder?

A sociedade disciplinar, tema trazido na obra *Vigiar e Punir – a história de violência das prisões* (1975), refere-se a análise crítica da sociedade moderna da segunda metade do século XVIII até os nossos dias. Esta crítica é focada em como as práticas disciplinares, *normalizantes* e de individualização, “e da formação simultânea de saberes e poderes controladores, cujo resultado é o homem cognoscível pela medicina, pela psicologia, pela pedagogia” ⁷⁶, constituem sujeitos dóceis e úteis a sociedade. A punição pelo desvio, e o uso de dispositivos de controle e regulação dos indivíduos na família, escola, igreja, prisão, hospital, fábrica, são mecanismos usados para a construção da sociedade disciplinar.

As disciplinas constituem e, ao mesmo tempo, condicionam o sujeito a obediência, pressupõe que a disciplina poderia ser considerada como uma instituição, ou como uma configuração de saber na arqueologia foucaultiana. No entanto, a disciplina é sim, uma forma de exercer o poder, com todos os instrumentos e as técnicas de controle e individualização do sujeito, “a disciplina fabrica os indivíduos” ⁷⁷. O poder controlador e dominador que está para além dos fatores institucionais, econômicos e sociais, o poder das microrrelações sociais, o poder exercido de forma quase imperceptível enfim, é o poder que condiciona e promove a constituição e, ao mesmo tempo, a sujeição do indivíduo.

A fonte de poder, disciplina manifesta o seu controle por três instrumentos: a vigilância hierárquica seja pela organização de uma visibilidade geral e em todas as direções, quanto de uma estrutura arquitetônica que seja possível observar a todos, individualmente, o “panoptismo” que será abordado a seguir. A sanção normalizadora, como um segundo instrumento de controle da disciplina, possui legalidade própria, está abaixo da dimensão jurídica, são as punições leves dos atrasos, interrupções, falta de cuidado, desobediência, insolência, etc. são as pequenas correções para restabelecer a ordem disciplinar e assim, coibir desvios.

⁷⁶ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, pp. 70-71.

⁷⁷ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. A história da Violência das Prisões. 23ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p.152.

Por último, o instrumento do exame, entre todos os dispositivos da disciplina, o exame é o mais ritualizado, pois ele “no coração dos processos de disciplina manifesta a sujeição dos que são percebidos como objetos e a objetivação dos que se sujeitam”⁷⁸, o exame que supõe um mecanismo que entrelaça certa formação de saber a certa forma de exercício de manifestação do poder.

O exercício do poder condicionado pelas disciplinas é subjetivo, ou seja, aqueles que se submetem a ele nem sempre têm consciência da submissão. A certeza é que o condicionamento é aceito pela coerção social, por meio das relações de poder, como se esta servidão fosse naturalmente inserida desde a infância de modo tradicionalmente correto⁷⁹.

Mas se de um lado há o poder que identifica, separa, individualiza, ou seja, disciplina o sujeito, de outro há diversa forma de exercitar o poder normalizador que é a atuação sobre as populações, estamos falando do biopoder, que integra o poder disciplinar no sentido de alterá-lo parcialmente. O biopoder usa os fenômenos da vida (nascimento, doença, morte, produção) para analisar e controlar a população, assim define Foucault:

Será algo voltado à população enquanto questão política, biológica e científica. Os mecanismos a serem implementados pela biopolítica não serão a vigilância, a sanção ou o exame; serão as previsões, as estimativas estatísticas, as medições globais, de molde a intervir não no nível individual da existência das pessoas, mas atuar nos fenômenos gerais⁸⁰.

O poder normalizador, definido entre as práticas disciplinares e o biopoder, nem de longe poderiam ser classificados de excludentes, pelo contrário, eles coexistem, trabalham necessariamente juntos e muitas vezes ao mesmo tempo, tanto em nível disciplinar quanto no biopoder (regulamentação).

Mas então como é a formação do sujeito para Foucault? É o que veremos a seguir com a apresentação da subjetividade foucaultiana.

⁷⁸ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. A história da Violência das Prisões. 23ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p.156.

⁷⁹ GALBRAITH, John K. Anatomia do poder. 1ª ed. São Paulo: Pioneira, 1984, p. 25.

⁸⁰ FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 1999 pp. 292-293.

1.7 A CONSTITUIÇÃO OBJETIVA E SUBJETIVA, O SUJEITO EM FOUCAULT.

Já sabemos que o homem entrou em cena, como um objeto do saber, tardiamente. Apenas no final do século XVIII, as questões práticas da vida do homem, também se tornaram objetos históricos para o estudo. Viver, trabalhar e se comunicar apresentam historicidades e o sujeito passa a ser colocado no interior destas historicidades “relacionado analogicamente, organizado estruturalmente e distendido sucessivamente”⁸¹. Assim, desta forma foi possível pensar o homem como um objeto do saber, e sujeito deste saber.

As atividades da análise da arqueologia e da genealogia foucaultiana, respectivamente fazer a história do presente e de interpretar como as práticas objetivadoras, discursivas e subjetivadoras, a moral, contribuem para a subjetividade, determinam a constituição do sujeito para Foucault.

O propósito da genealogia seria o esforço para a compreensão do presente por meio das relações do homem com os saberes, com as práticas e consigo mesmo. Esta é a centralidade da questão da subjetividade no pensamento foucaultiano. A vontade de fazer um estudo do ser histórico, mas de nós mesmos, uma história do presente, a partir da perspectiva do sujeito em três dimensões: saber, poder e si.

O projeto teórico de Foucault irá abordar como nos construímos como sujeitos de nosso saber, como nos construímos como sujeitos que exercem ou sofrem relações de poder e como nos construímos como sujeitos morais de nossas ações. Relacionar as práticas discursivas com o sujeito (sujeito de saber); relacionar as práticas disciplinares que objetivam e dividem o sujeito; relacionar as práticas subjetivadoras do sujeito, mas agora consigo mesmo, como o sujeito é constituído para si mesmo por meio da sexualidade, o que revela a ação do sujeito sobre si, de modo a constituí-lo como sujeito moral⁸².

No início do brilhante texto do professor Ricardo Marcelo, dissemos que o sujeito é fundado e refundado pela história a todo o momento. O modo como o sujeito

⁸¹ FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 101.

⁸² FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, pp. 90-91.

se apresenta deve, por isso, ser associado ao regime de verdade e aos efeitos de verdade que o discurso que uma determinada episteme pode produzir. Isso quer dizer, que várias são as subjetividades produzidas no decorrer da história, o que leva a entender que todas as subjetividades produzidas não têm por objetivo encontrar uma única subjetividade fundante⁸³.

Isso prevê o uso do método genealógico, o estudo que consiga interpretar a constituição do sujeito na história – aqui, uma forma de história que de conta da formação dos saberes, discursos, dos poderes, sem que para isso tenhamos que nos referir ao sujeito moderno – transcendente.

Os discursos – saberes para a genealogia foucaultiana, acabam sendo constituídos por configurações de poder e, em contrapartida, estão a seu serviço. O poder e o saber formam uma relação complexa e indissociável, uma via de mão dupla. No discurso, por certo que existe uma vontade de verdade, uma política que impõe ao sujeito que conhece que ele assuma certa posição, certo olhar, certa função, uma vontade de saber a certos sujeitos nos quais devem investir os conhecimentos para que sejam verificáveis e úteis.

As práticas epistêmicas são capazes de objetivar o sujeito, as práticas disciplinares (normalização e biopoder), são responsáveis por fabricar determinados sujeitos, em resumo: o sujeito é constituído por certos tipos de saber que o tematizam e também faz parte da sua formação, a sujeição a determinadas práticas disciplinares que o identificam e o constituem enquanto algo a ser individualizado por certos tipos de saber⁸⁴.

As práticas disciplinares que vem de um determinado discurso ao mesmo tempo em que constituem o sujeito, também o sujeitam. A sociedade tornou-se disciplinar por quê? Araújo explica:

Nossa sociedade tornou-se metodicamente disciplinar ao exercer domínio sobre o corpo para dele extrair verdades sob a forma de relatos, inquéritos, questionários, testes de aptidão e tantas formas de medir e avaliar o comportamento. O corpo é codificado para que se torne útil e produtivo⁸⁵.

⁸³ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, pp. 90-91.

⁸⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 92.

⁸⁵ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p. 113.

O poder disciplinar consegue controlar o indivíduo por meio de dispositivos que “organizam e repartem o espaço e dividem o tempo” ⁸⁶, a confissão, a fábrica, a prisão, a escola, são exemplos de dispositivos de controle disciplinar sobre o sujeito. O poder que condiciona silenciosamente e permite a sujeição dócil do corpo produtivo e submisso. A própria arquitetura da vigilância, herança que Foucault foi buscar no *Panóptico* de Bentham, presente nas prisões, asilos, fábricas e hospitais, também auxilia na disciplina do corpo a partir da observação de gestos e comportamentos que dividem e separam os sujeitos⁸⁷.

A explicação da estrutura do *Panóptico* foi trazida por Foucault em *Vigiar e Punir*:

O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário, ou um escolar. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível⁸⁸.

Segundo Foucault, os instrumentos, as técnicas e os mecanismos disciplinares que observam, separam e registram os comportamentos individualmente, apresentam como função principal a objetivação do sujeito ao mesmo tempo que o sujeita da seguinte maneira:

A normalização funciona penalizando as mais leves faltas, graduando cada um em relação aos demais, prevendo punição aos deslizos, articulando sua verdade como ser individual. O objetivo é a diferenciação, a possibilidade de olhar do exterior o que é diferente dos demais. Neste sentido, a criança e não o adulto, o doente e não o são, o criminoso e não o legalista e obediente, constituem o alvo predileto⁸⁹.

A formação das subjetividades contemporâneas é indagar a respeito de como o sujeito é hoje constituído. Uma vez que a todo processo de objetivação do sujeito caberá acrescer um processo de subjetivação a esse mesmo sujeito, por meio das

⁸⁶ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p. 114.

⁸⁷ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p. 115.

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. A história da Violência das Prisões. 23ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000, pp. 165-166.

⁸⁹ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p.115.

ciências confessionais (como a psicanálise) que tentam extrair a sua verdade, uma busca do que pensamos, somos, lembramos ou esquecemos. Uma vez que se consegue extrair a verdade – passa a pensar-se como sujeito – mas, esse modo de pensar por meio desses dispositivos, como a psicanálise, irá extrair a verdade e produzir apenas um tipo de subjetividade que irá favorecer a sujeição da verdade dos indivíduos a uma única forma de verdade, a científica.

Existe, portanto, uma preocupação de Foucault quanto a produção da subjetividade apenas pelo discurso científico, e/ou pelo poder normalizador, a questão agora passa a ser com os procedimentos de autoconstrução do sujeito, ou seja, a constituição do sujeito por si mesmo.

Nas práticas de si, o sujeito se constitui como moral e a esta formação estão atreladas a ciência, particularmente as ciências que tratam da sexualidade. O tema foi estudado, por Foucault, nos três volumes da obra *“História da sexualidade (1976 – 1984) – A vontade de saber; O uso dos prazeres; O cuidado de si”*⁹⁰.

O tema sexualidade foi analisado, porque o sexo é confessado desde sempre, não só para as relações mais próximas, mas também para os saberes médicos, psicólogos, psicanalistas, psiquiatras, enfim, o sexo é a verdade confessada pelo sujeito que passa a ser verdadeiramente conhecido, subjetivado por essa confissão que são questões éticas da vida do sujeito.

Aqui vale trazer a temática da sexualidade nos Volumes II e III, *O uso dos prazeres* é o estudo do Foucault sobre a relação dos gregos com a sexualidade – dispositivo que possui uma historicidade – em relação aos cuidados com o corpo, com a casa e com a busca da verdade. A sexualidade para os gregos era bem resolvida, não havia repressão ou proibição, a prática era tratada como algo presente e sadio, por isso havia a necessidade de ter equilíbrio e cuidado, os prazeres eram moldados eticamente⁹¹.

A moralidade era encontrada no equilíbrio que o sujeito tinha em relação ao desejo e prazer. Justamente era o prazer que precisava ser controlado, a fonte do

⁹⁰ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p. 123.

⁹¹ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, pp. 131-133.

desejo não poderia dominar a mente do sujeito, a temperança indicava a moral do sujeito.

Quanto ao III volume, *O cuidado de si*, a abordagem se dá na moral greco latina no início da era cristã, a sexualidade agora é tratada como um pecado, e assim, começar a exigir da sexualidade regras morais de maior rigidez – indivíduo finito, imperfeito e originalmente em pecado. O sujeito passava a comandar a moral a partir dos seus atos “a relação para consigo mesmo que se deve ter rigor e ser austero, cada um é juiz de suas próprias ações”, um pensamento voltado para o individualismo. A moral era rígida e autoritária, exatamente porque a sexualidade passou a ser vista como um pecado que precisava ser vigiado e controlado. A consciência do sujeito passou a guiar sua moral⁹².

Em relação ao domínio da sexualidade, Araújo cita Foucault:

O dispositivo da sexualidade é constituído por toda uma série de discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas⁹³.

Todos estes dispositivos, se entrelaçam em tudo aquilo que é dito ou não dito em uma rede estratégica envolvida por relações de força, com o objetivo de usar ou bloquear estes dispositivos.

Ao confessar a sexualidade a alguém que irá interpretar o que foi dito, de certa forma se está estabelecendo uma relação de saber/poder, o que implica que “alguém conseguiu pensar a si mesmo como sujeito, um dos modos mais notórios é o da análise de seu eu que está sob o império do desejo”⁹⁴. Permite-se entender que a fala e a interpretação estão ligadas em uma relação de força, pronta para ser usada com o objetivo estratégico de não libertar o sujeito e sim, de inseri-lo em uma sociedade disciplinar, normalizando-o.

Isso acontece, porque ao confessar manifestamos pela interpretação das ciências uma vontade de verdade, que é extraída pelo dispositivo da sexualidade. A mais pura manifestação de saber e de poder que os efeitos de saber e mais saber promovem sobre o comportamento sexual, como se essa verdade, advinda das

⁹² ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, pp. 137-139.

⁹³ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, pp. 127-128.

⁹⁴ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, pp. 162-163.

ciências humanas, ciências médicas, trouxessem apenas a verdade objetiva, aquela que pode ser testada ou provada. Assim, as demais verdades não provadas são desqualificadas, porque não são consideradas como um conhecimento verdadeiro.

A verdade que se busca pelas ciências com o intuito de libertar o sujeito, a partir de sua confissão. No entanto, Foucault, pela perspectiva de Nietzsche, afirma que verdade não liberta o sujeito “uma vontade de saber e de verdade que move a história ocidental”⁹⁵, não se está negando as verdades produzidas pelo saber científico, mas sim compreender que, segundo Foucault, existem regiões do saber, como as ciências humanas, que ao escutar e interpretar o que é confessado, produzem efeitos disciplinares e normalizadores, porque:

Analisar a verdade nesse contexto nietzscheano de Foucault não é fazer a abordagem das proposições científicas, das hipóteses ou leis em seu teor explicativo, mas analisar quais são as regras que comandam de fora os enunciados da ciência e que dotam as proposições científicas, ao entrarem em certas práticas discursivas, de poder, pelo fato de serem tidas como verdadeiras⁹⁶.

Se a ética grega era tratar a sexualidade com equilíbrio e respeito ao corpo, hoje sabemos que ao confessar, alguém irá se apropriar deste discurso extraído da sexualidade para retirar uma vontade de verdade, uma tática de poder para definir o que somos Araújo explica melhor:

Para nos constituirmos enquanto sujeitos, passamos por mecanismos de poder de uma vontade de verdade que nos atravessa. Nossa ética, a constituição de si como sujeito para si mesmo, sujeito de seus atos, passa pela vontade de verdade. O saber de si para si, a procura de sua verdade, pauta-se pela vontade de verdade sobre o sexo.

Um sujeito moral, constituído não por práticas de poder, mas por práticas de si – autoconsciente. Estamos entrando no terreno da liberdade, que permite ao indivíduo constituir-se enquanto sujeito de uma categoria moral, o sujeito se apossa de seus atos e das consequências de suas opções éticas⁹⁷.

⁹⁵ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p. 165.

⁹⁶ ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a Crítica do Sujeito. Curitiba: UFPR, 2000, p. 165.

⁹⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2000, p. 97.

1.7.1. É POSSÍVEL UMA NOVA CONSTITUIÇÃO DE SUJEITO MORAL?

Claro que a constituição de si como sujeito para si mesmo (senhor de seus atos) torna inevitável passar pelos mecanismos de poder de uma vontade de verdade. E mesmo que a noção de si, seja diferente no que se refere a cada época do recorte histórico estudado, isso significa que poderíamos nos constituir de outro modo, como sujeitos éticos, sujeitos de nossos atos, isso não prevê sermos sujeitos de si universalmente éticos, mas sim, assistir a possibilidade de construir a subjetividade sem a pressão da normalização, desvios, etc.

Talvez, segundo Foucault, a possibilidade de uma vontade de verdade que seja apartada da sexualidade, ou seja, uma nova ética construída fora do dispositivo da sexualidade. A *História da sexualidade* possui uma historicidade e Foucault quis analisar que cada sociedade, em cada temporalidade possui uma noção do sujeito em si. Daí a necessidade real de pensar que poderíamos nos constituir eticamente de outro modo, “resta-nos inventar outra forma de subjetividade que tenha outro modo de se relacionar com a verdade/saber/poder”. Uma ética sem a confissão, sem a interpretação científica que leva a produção de discursos e relações de poder, construirmos como sujeitos, fora de um modelo, sem precisar extrair a verdade, libertos de o controle disciplinar e da normalização.

Não há uma moral universal, e mesmo que o modelo de moral da Grécia antiga, analisado e comentado por Foucault como o “estilo de vida prazeroso em que o verdadeiro amor renuncia a seu objeto de desejo em nome da amizade pelo saber”, a ideia proposta não era uma volta aos gregos, uma vez que as questões de uma época precisam ser entendidas naquela época. Entender, é preciso para perceber que o que temos hoje será em outro tempo transformado, por isso é interessante negar o que a história fez de nós, mas nunca em razão de uma verdade única ou universal⁹⁸.

⁹⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2000, pp. 166-168.

A discussão quanto a constituição do sujeito foucaultiano, nos ascendeu para a curiosidade de compreender por que os dispositivos são tão importantes nos processos de subjetivação. Ainda, apreender qual seria a função estratégica de inserir os dispositivos em relações de força com o intuito de usá-los ou bloqueá-los de acordo com a instituição que se apodera dele. Para responder sobre a importância dos dispositivos e sua função estratégica trataremos com o ensaio de Giorgio Agamben, “O que é dispositivo”.

1.8 OS DISPOSITIVOS NA SUBJETIVIDADE DE AGAMBEN.

A hipótese demonstrada por Giorgio Agamben é que a palavra dispositivo, como um termo usado no pensamento foucaultiano a partir da metade da década de 70 (setenta), é justamente focada quando Foucault dirige a sua atenção a respeito das questões de governabilidade.

Certo é que a definição do termo dispositivo, como já foi dito acima, não foi evidenciada com clareza em nenhuma das obras de Foucault, mas o mais próximo que se conseguiu encontrar foi que o dispositivo é “uma rede que se estabelece entre os seguintes elementos: discursos, instituições, estruturas arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, proposições filosóficas, enfim aquilo que é linguístico e não linguístico pode ser considerado como um dispositivo”⁹⁹.

Os dispositivos apresentam uma função em um determinado momento histórico e dentro da sociedade que Foucault afirma ser estratégica, justamente por que os dispositivos sofrem uma intervenção do homem, de forma racional de manipulação das relações de força que orientam os dispositivos no sentido de usar ou bloquear a sua ação, o que manifesta claramente que o dispositivo estará sempre alinhado em um jogo de poder e, ao mesmo tempo, ligado as relações de saber, ou seja, “dispositivo é: um conjunto de estratégias de relações de força que condicionam certos tipos de saber e por ele são condicionados”¹⁰⁰.

⁹⁹ FOUCAULT Michel. Ditos e Escritos. V. III. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, pp. 299-300.

¹⁰⁰ FOUCAULT Michel. Ditos e Escritos. V. III. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, pp. 299-300.

As relações de poder e de saber são importantes objetos de estudo de Michel Foucault e, para nós a análise aprofundada quanto ao dispositivo é essencial neste estudo. Então, no que diz respeito ao dispositivo, a relação entre os indivíduos, como seres vivos e o seu elemento histórico, entendendo este como o conjunto das instituições, dos processos de subjetivação e das regras em que se concretizam as relações de poder, faz com que o objetivo de Foucault foi o de investigar como os dispositivos agem nas relações, nos mecanismos e nos jogos de poder, como pudemos observar no item a respeito da subjetividade de Foucault¹⁰¹.

O dispositivo, uma denominação técnica primordial ao pensamento foucaultiano, como um termo abrangente e que na estratégia de Foucault irá ocupar o lugar daqueles que, criticamente, o filósofo definiu como “os universais”. Sim, criticamente porque Foucault sempre preferiu se afastar das categorias universais que definiam os aspectos de substrato da modernidade, uma vez que as chamadas categorias gerais ou dotadas de racionalidade seriam o “Estado, a Soberania, a Lei, o Poder”. Mas, mesmo que as críticas quanto a universalidade existissem, Foucault não deixou de refletir sobre a existência de “conceitos de caráter geral”¹⁰².

Além disso, os dispositivos são precisamente o que na estratégia foucaultiana tomam lugar de universais, quando diz que se trata de uma rede que entrelaça diversos elementos, como um conjunto de práticas e mecanismos ditos e não ditos, técnicos, com o objetivo de fazer frente a uma urgência e de obter um efeito mais ou menos imediato.

Já para Giorgio Agamben, a pesquisa sobre o dispositivo se amplia, e ele analisa pormenorizadamente como os dispositivos se disseminam nos processos de subjetivação e *dessubjetivação* do sujeito sim, Agamben afirma que para cada processo de subjetivação há um processo de *dessubjetivação*, a partir do uso ou bloqueio por orientação das relações de força política.

Para isso, Agamben se interessa pelo estudo do termo *Oikonomia* por uma curiosidade em saber o porquê que a economia da casa – tradução do termo – foi um instrumento usado pela teologia entre os séculos II a VI, qual o interesse em estudar

¹⁰¹ AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, pp.31-33.

¹⁰² AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, pp.31-33.

a “economia divina” ¹⁰³? Porque, no início do século II houve a discussão sobre a santíssima trindade (Pai, filho e espírito santo), motivo mais que suficiente para que muitos internos da igreja católica questionassem que a discussão sobre as figuras divinas poderia abrir as portas para o retorno do politeísmo ou o paganismo.

Motivo pelo qual, os mais tradicionalistas da igreja justificaram por meio do termo *Oikonomia* que deus enquanto substância ou enquanto ser, realmente é uno, mas na *Oikonomia*, ou seja, no modo como deus administra a sua casa ele é tríplice, como “um pai zeloso que confia ao filho o desenvolvimento de certas tarefas, sem perder o seu poder de unidade, assim, deus confia a Cristo a ‘economia’, a administração e o governo da história dos homens”¹⁰⁴.

Mas o que de fato revelou a Agamben o estudo genealógico da *Oikonomia*? Certamente a possibilidade de enxergar o termo como um dispositivo diante do qual a santíssima trindade aliado a concepção de um governo “divino providencial” para o mundo foi ingressada na fé cristã. No entanto, alerta Agamben que a preocupação em manter deus como uno ou ser, acabou inevitavelmente provocando uma ruptura entre o Ser e a Ação ou nos seus termos, entre a “ontologia e a práxis”, a ação (administração, economia, política) não terá nenhuma fundamentação no ser, uma cesura que foi deixada para a análise da cultura ocidental.

A *Oikonomia* teve uma grande importância na teologia cristã, assim o é, que para os padres latinos o seu significado passou a ser *dispositio*, por certo é um termo que deriva daquilo que conhecemos como dispositivo. Fato é que de alguma maneira os dispositivos de Foucault estão ligados à herança teológica e o seu significado, pois é reconduzida a cesura existente entre o deus – ser e a práxis, por isso que o termo dispositivo, aquilo que é linguístico ou não linguístico e que significa a prática da atividade do governar, não apresenta nenhuma fundamentação no ser, “por isso os dispositivos devem sempre implicar um processo de subjetivação, isto é, devem produzir o sujeito” ¹⁰⁵.

O certo é que o termo *dispositio* – dispositivo tem como referência a *Oikonomia* como um conjunto de práticas, saberes, medidas, instituições, cujo objetivo é que

¹⁰³ AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, p. 35.

¹⁰⁴ AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, p. 36.

¹⁰⁵ AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, p. 38.

todos estes termos linguísticos ou não servem para orientar, governar e controlar, pelo seu uso ou bloqueio, os gestos e pensamentos dos sujeitos¹⁰⁶.

Mas Agamben vai ainda mais longe e pela sua metodologia que é – a de especificar o elemento filosófico nos textos, ou seja, o de encontrar o ponto de sua capacidade de desenvolvimento, o filósofo amplia a ideia foucaultiana de dispositivo e propõe seguir em frente com a análise de um novo contexto.

Assim, Agamben propõe a cisão do existente em dois grandes grupos: os dispositivos (*oikonomia* aqueles que governam) e os seres vivos (ser, substância), sendo o dispositivo como qualquer coisa que tenha a função de “capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres vivos” ¹⁰⁷.

Na prática, os dispositivos atuais como os *smartphones*, *tablets*, mídia, internet e porque não a nossa linguagem (talvez como o mais antigo dispositivo)¹⁰⁸, superam os exemplos trazidos por Foucault – prisões, a confissão, os manicômios, *panóptico*, a fábrica, a disciplina, tudo aquilo que de certa forma tem conexão com o poder, a partir do momento em que o sujeito se deixa dominar, capturar ou orientar por eles, haja vista que a formação do sujeito se dá pela relação existente entre os seres vivos e os dispositivos.

Por isso é que um indivíduo sofre a influência de inúmeros processos de subjetivação ao longo de sua vida, justamente pela vasta quantidade de dispositivos existentes e a infinidade de relações com os seres vivos o leva a um número ilimitado de processos de subjetivação – formação do sujeito. Agamben enxerga essa disseminação do número de subjetivações como um “mascaramento” que acompanha a identidade pessoal¹⁰⁹.

E o filósofo em sua análise vai ainda mais além, identifica que o mundo capitalista acumula um gigantesco número de dispositivos “hoje, não haveria um só instante na vida dos indivíduos que não seja modelado, contaminado ou controlado por algum tipo de dispositivo”¹¹⁰. A preocupação é como lidar com os dispositivos, qual

¹⁰⁶ AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, p. 38.

¹⁰⁷ AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, p. 40.

¹⁰⁸ AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, p. 40.

¹⁰⁹ AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, p.42.

¹¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, p.42.

a relação que devemos ter com eles? Será que é possível destruí-los ou existe um modo correto para tentar usá-los?

Em certo momento do ensaio, Agamben nos faz dar risada quando afirma que sente ódio pelo telefone celular, afirma que as relações ficaram ainda mais fúteis e abstratas e que, apesar de ter analisado que a melhor saída deveria ser destruir os aparelhos, Agamben acredita que esta não é a melhor solução para resolver o problema, de fato outros dispositivos seriam desenvolvidos e disponibilizados com função semelhante e em pouco tempo.

A respeito da potência do dispositivo, Agamben afirma que o desejo maior do sujeito é a busca da felicidade, assim a potência do dispositivo se dá pela posse e a subjetivação da formação do sujeito em torno daquele desejo.

Por isso, a estratégia que Foucault falava a respeito dos dispositivos, aqui ditos de tradicionais – como a manipulação dos dispositivos pelas relações de força de modo a usar ou bloquear a sua função, sempre em um jogo de poder-saber – parece que se altera na análise de Agamben, agora a tarefa é liberar aquilo que foi capturado e dividido pelo dispositivo e, tentar restituir ao uso comum¹¹¹. E para explicar como se separa e libera aquilo que o dispositivo disponibiliza ao sujeito, Agamben traz outro conceito importante para sua discussão, à ideia de “profanação”.

O termo pode até causar espanto, mas é usado tanto na religião como também no direito. Conforme a explicação do filósofo, no direito romano, aquilo que pertencia aos deuses eram inalienáveis, indisponíveis, mas podiam ser retiradas do conceito de sagradas e assim usadas pelos homens e, se “consagrar significava a saída das coisas da esfera do direito humano para os deuses, por outro lado, profanar, eram o caminho oposto, restituir ao livre uso dos homens”¹¹², formava, portanto, uma via mão dupla, profanar e consagrar.

Mas o processo de separar e liberar o uso dos dispositivos pela profanação parece que nos dias atuais talvez não seja uma tarefa das mais fáceis, pois todo o dispositivo para ser considerado como tal, necessita passar por um processo de

¹¹¹ AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, p.44.

¹¹² AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, pp. 44-45.

subjetivação com o sujeito vivente, caso contrário, a tarefa de poder ser usado como um instrumento de força política não será concretizado.

Assim, já afirmava Foucault quando de seu estudo sobre a norma – aqui como disciplina e controle – “em uma sociedade disciplinada, os dispositivos, por meio de uma série de práticas e de discursos, de saberes e de exercícios, à criação de sujeitos dóceis, mas livres, que assumem a sua identidade e a sua liberdade de sujeitos no próprio processo de assujeitamento” ¹¹³, uma dupla função que se insere ao dispositivo, como imprescindível na constituição do sujeito e como ‘máquina’ para o uso da força racional do governo.

Mais uma vez, Agamben vai além e demonstra como o processo de subjetividade constitui e reconstitui o sujeito, por dispositivos clássicos da teoria foucaultiana. Ao se confessar o sujeito anterior ao processo é um pecador, quando recebe a penitência passa a ser um sujeito novo, que se constituiu pela subjetivação ocorrida entre a negação do sujeito pecador e o dispositivo confissão¹¹⁴.

Nesta configuração Agamben apresenta a maneira como os dispositivos são usados na política, o dispositivo como um conceito que supera os atuais artifícios que aprisionam a ação humana para além da dimensão de uma democracia fundada no consenso ou em uma maioria. O dispositivo pode ser visto como um aparelho, cuja função é constituir sujeitos, com determinadas características justamente para obedecer de forma pacífica os comandos de alguns poucos e importantes escolhidos. Mas, o dispositivo também assume o papel de ‘máquina de governo’, na qual, os sujeitos livres estão sempre sujeitos a um poder central.

Porém, o que Agamben passa a esclarecer é que os dispositivos atuais parecem não fornecer tantas condições de no corpo a corpo com o sujeito vivente produzir processos de subjetivação, quanto o processo no caminho inverso que o filósofo vai chamar de *dessubjetivação*, e que de forma assustadora, a subjetividade contemporânea parece não conseguir formar sujeitos reais. O sujeito formado na confissão, se constituía pela negação daquele que cometeu o pecado, nos

¹¹³ AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, p. 46.

¹¹⁴ AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, pp. 46-47.

dispositivos atuais, Agamben afirma que estes não permitem a formação da “recomposição de um novo sujeito”, a não ser algo como não real ou “espectral”¹¹⁵.

Aquele que faz uso de um smartphone seja em qualquer intensidade, quando está ausente do uso não se transforma em um sujeito novo, para este dispositivo e para a própria operadora ou pelo controle do governo a identificação é apenas concretizada por um número e não um sujeito. Portanto, acreditar que exista uma forma moderada e controlada do uso dos dispositivos é sim uma grande bobagem, uma vez que todo dispositivo pressupõe um processo de subjetivação e de *dessubjetivação*, alinhadas a um controle das forças que emanam nas relações de poder, o uso correto de fato inexistente:

As sociedades contemporâneas se apresentam assim como corpos inertes atravessados por gigantescos processos de *dessubjetivação* que não correspondem a nenhuma subjetivação real. [...]. Daqui, sobretudo, a inquietude do poder exatamente no momento em que se encontra diante do corpo social mais dócil e frágil jamais constituído na história da humanidade¹¹⁶.

A citação acima exprime a pessimista análise de Agamben quanto à relação dos dispositivos atuais e o contato com os seres vivos, os processos de constituição do sujeito. A vida do sujeito passou a ser controlada por dispositivos que são comandados por forças racionais até nos últimos detalhes: alimentação, vestuário, trabalho, crença, lazer, enfim todas as escolhas cotidianas são controladas e aceitas docilmente, um controle da sociedade disciplinar foucaultiana.

Pode-se dizer, que quanto maior o número de subjetivações na mesma proporção aumentará o oferecimento de novos dispositivos de comando e controle. Os sujeitos são controlados pelos dispositivos e acatam tudo aquilo que lhes é orientado sem a menos consciência ou autonomia política para isso.

O sujeito passa a não ser real diante de tantos processos de *dessubjetivação*, isso leva a vigilância constante dentro e fora dos ambientes sob um intenso controle “aos olhos da autoridade. São sujeitos, segundo a teoria agambeana que não são determinados, não há o que esperar deles – e, talvez, esta tenha razão – nada se assemelha melhor ao terrorista do que o homem comum”¹¹⁷, isso pela imensa disponibilidade de dispositivos entre nós. Neste sentido, a profanação dos dispositivos

¹¹⁵ AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, p. 47.

¹¹⁶ AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, pp. 48-49.

¹¹⁷ AGAMBEN, Giorgio. O que é contemporâneo? E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, pp. 49-50.

em devolver ao uso comum o que foi capturado e separado daqueles ao uso comum, nunca foi um processo tão indispensável na sociedade contemporânea.

Nos dispositivos atuais, não há a construção da subjetivação, mas sim, um movimento constante de processos de *dessubjetivação*. Quanto mais dispositivos estejam disponíveis aos seres vivos, maior é a sua disseminação de poder, sujeitos indeterminados, incompreensíveis e vigiados constantemente pelo aparato governamental, mas que se sujeitam a esse controle disciplinar docilmente.

Uma vez que para dirigir o mecanismo político haveria a necessidade da presença de sujeitos reais, no processo demasiado de dispositivos e sujeitos vivos, estes sujeitos reais inexistem, e desta forma, a política tende a operar sem sujeitos reais, simplesmente no vazio, o que Agamben irá concluir como uma inevitável catástrofe.

Os dispositivos subjetivantes se apresentam em número e variações bastante intensas na constituição do sujeito. Para a inauguração do capítulo 2 deste trabalho iremos abordar, talvez, o dispositivo mais relevante para a formação dos processos argumentativos: a linguagem. A partir da perspectiva de uma crise do paradigma da consciência, a linguagem passa a ser o fundamento de toda a forma de pensar, ou seja, nas práticas discursivas e argumentativas do Direito.

CAPÍTULO II DISPOSITIVOS SUBJETIVANTES: A LINGUAGEM, PROCESSOS DISCURSIVOS E ARGUMENTATIVOS.

2.1 A LINGUAGEM E O PROCESSO DISCURSIVO: O CONSENSO EM APEL E HABERMAS.

A linguagem é um ato comunicativo, uma atitude, um fazer, uma ação, enfim é um dispositivo, porque diante do seu lado pragmático a linguagem tem por função o sentido *ilocucionário*, o qual se refere em como o sujeito fala para si, como também o lado *perlocucionário* que se manifesta diante da provocação do efeito causado em outra pessoa por minha locução, com o intuito de influenciar os pensamentos ou os sentimentos¹¹⁸.

O dispositivo da linguagem em contato com o sujeito participa do processo de subjetivação ou de constituição do indivíduo numa rede que se estabelece de saber e de poder. Mas estes processos de subjetivação que marcaram o sujeito moderno, agora se manifestam por processos de *intersubjetivação*, isso foi possível por meio da

¹¹⁸ AUSTIN, J.L. Quando dizer é fazer: palavras e ações. Tradução Danilo Marcondes de Sousa Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

análise do paradigma da linguagem que foi recepcionado pela filosofia na segunda metade do século XX.

A partir da crise do paradigma da consciência (sujeito), a relação existente entre o sujeito e o objeto sofreu uma mudança significativa, se antes o objeto só existia por meio de um sujeito consciente que pensava o objeto (conhecimento e dominação), agora a relação se dá entre os sujeitos. O sujeito passa a se entender historicamente com os outros sujeitos “entender-se sobre o que pode significar conhecer objetos e dominar objetos” ¹¹⁹, não se trata, portanto, em uma teoria de compreensão do sujeito como fundamento, mas consiste sim na intersubjetividade formada pelos sujeitos que se comunicam e agem.

A linguagem, não veio com a função de ser um novo objeto de reflexão mesmo porque, o estudo da linguagem como objeto já se faz há muito tempo. Mas a partir do esgotamento do paradigma da consciência houve a necessidade de novos pressupostos que permitissem a validação e a possibilidade do conhecimento. Agora a linguagem é apreendida em razão de um novo parâmetro, ou como entendeu Karl-Otto Apel, a previsão da transformação da filosofia. Veremos no próximo tópico como a linguagem tem papel relevante como mudança da crítica cognitiva. E mais, iremos encaminhar o nosso estudo para apresentar a importância da linguagem na relação intersubjetiva que busca o consenso para Apel e Jürgen Habermas.

2.2 APEL E A CRÍTICA COGNITIVA POR MEIO DA LINGUAGEM: A COGNIÇÃO COMO CONSENSO ARGUMENTATIVO.

A preocupação da filosofia com relação à alteração do procedimento filosófico de validação da verdade, que acontece por meio de um sujeito consciente que domina e conhece o objeto de modo singular, para uma relação dialógica entre os sujeitos. A

¹¹⁹ LUDWIG, C. L. Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 104.

formação da intersubjetividade é manifestada por consensos que são garantidos por meio da argumentação de um acordo linguístico entre aqueles que participam do processo discursivo.

O que Apel sugere é a mudança da crítica cognitiva diante de uma análise da consciência para uma crítica cognitiva por meio da linguagem, a cognição passa a ser possibilitada e validada por um consenso argumentativo, “passagem da certeza da cognição e da cognição como certeza para a cognição como consenso argumentativo”¹²⁰. Esta alteração Apel enxergou como a primeira grande transformação da filosofia e a segunda mudança, o filósofo previu uma “reflexão sobre as condições de possibilidade e validade do conhecimento”¹²¹ que passa a se realizar agora, pela linguagem.

A filosofia encaminha a condição do ‘eu penso’ para o ‘eu argumento’, uma filosofia do discurso, proposta em razão de um paradoxo visto por Apel, de um lado a ciência e a técnica, justamente pela presença de uma sociedade plural e globalizada que necessariamente requer a expansão e atualização de ciências. De outro, a escassez de uma ética universal ou macroética da humanidade¹²², que pudesse validar uma moral intersubjetiva por tratar de valores, ou uma possibilidade de uma ética formal fundamentada na objetividade.

Por isso, Apel desenvolveu seus argumentos com o objetivo de possibilitar uma ética universal por meio da linguagem como fundamento e condição de possibilidade de todo o modo de pensar. Tal perspectiva, inevitavelmente, modifica as condições filosóficas de fundamentação de possibilidade e validade do sentido kantiano, pois nova racionalidade é apresentada.

Para Apel, em função desta nova racionalidade, remete à argumentos que pudessem responder a necessidade de uma “fundamentação última pós-metafísica”¹²³, na condição da filosofia atual, o filósofo “conclui pela possibilidade e

¹²⁰ LUDWIG, C. L. Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 95.

¹²¹ LUDWIG, C. L. Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 95.

¹²² FONSECA, R.M. (Org) et al. Direito e discurso: discursos do direito. 1ª ed. Florianópolis: Boiteux, 2006, v. 1, p. 45-65.

¹²³ FONSECA, R.M. (Org) et al. Direito e discurso: discursos do direito. 1ª ed. Florianópolis: Boiteux, 2006, v. 1, p. 45-65.

necessidade de uma filosofia pós-metafísica de fundamentação última”. Isso, no entanto, requer uma nova filosofia¹²⁴.

Entretanto para que haja uma fundamentação última e há existência de uma nova ou outra filosofia, Apel diz que é preciso exigir que todos reconheçam algo como “pretensão de verdade”, ou seja, uma exigência ligada de modo indissociável a comunicação. A explicação pressupõe que aquele que argumenta prevê que todos compreendem o que significa a pretensão de verdade, algo que permita diferenciar as proposições falsas das verdadeiras.

A partir dessa capacidade de entender aquilo que é falso ou verdadeiro de uma pretensão de verdade, é possível submeter às proposições a um procedimento de justificação argumentativa com pretensão de verdade que está ligada diretamente à comunicação.

Mas por que este procedimento de justificação argumentativo é importante para Apel? Porque os falantes que participam de um discurso, precisam necessariamente perceber as regras de argumentação como se simetricamente fossem regras de um discurso, ou seja, condições que dão possibilidade ao próprio discurso. Isso acontece por meio de regras de argumentação que estão inseridas no interior da linguagem, como condições normativas de possibilidade da discussão sobre as proposições com pretensão de verdade¹²⁵.

Duas regras são, para Apel, consideradas como essenciais no discurso, quais sejam: a primeira prevê que todos os participantes do discurso são iguais, o que implica afirmar que nenhum argumento pode ser desprezado; e a outra regra diz que não é permitida qualquer violência (ameaça ou coação) na argumentação, justamente para que o falante não seja eliminado¹²⁶.

As regras do discurso são relevantes ao ponto que os falantes precisam aceitar para não entrar em contradição performativa, princípio proposto por Apel que “distingue o específico método da fundamentação última dos demais métodos de

¹²⁴ FONSECA, R.M. (Org) et al. Direito e discurso: discursos do direito. 1ª ed. Florianópolis: Boiteux, 2006, v. 1, p. 45-65.

¹²⁵ FONSECA, R.M. (Org) et al. Direito e discurso: discursos do direito. 1ª ed. Florianópolis: Boiteux, 2006, v. 1, p. 45-65.

¹²⁶ LUDWIG, C. L. Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 104.

fundamentação já apontados”¹²⁷, uma clara distinção da racionalidade argumentativo-discursiva dos demais métodos de fundamentação. Por que diferenciar o método não metafísico da fundamentação última foi importante? Porque, segundo Apel, fundamentar por meio da “dedução de um algo por outro algo”, não cabia em sua proposta que afirma que o processo de fundamentação última requer uma reflexão sobre a validade da argumentação, a certificação das proposições que não podem ser negadas para não cair na autocontradição performativa.

O sentido prático desta nova racionalidade agora, discursiva argumentativa e que difere da racionalidade moderna, consciente, instrumental e estratégica é uma clara mudança do ‘eu penso’ para o ‘eu argumento’, a alteração do pensar sozinho para argumentá-lo a fim de alcançar um consenso intersubjetivo. E mesmo que o consenso seja algo difícil de ser alcançado diante da pluralidade de opiniões, não há outra saída na visão de Apel. Porquanto ainda haja aquele que opte pelo dissenso, segundo o filósofo, permanece argumentando, pois, para negar o consenso deverá argumentar para que a sua opinião prevaleça, ou seja, buscará o consenso sobre a argumentação em jogo¹²⁸.

Se no primeiro capítulo dissemos que o sujeito se constitui subjetivamente de diversos modos, o que nesta fase do trabalho podemos afirmar é que o sujeito comporta, da mesma forma, variados discursos, e que de modo simétrico, os discursos, como dispositivos *subjetivadores* na constituição dos sujeitos, também comportam diversos modos, melhor dizendo, o discurso pode ser falado de diversas maneiras, em razão dos variados falantes.

O ponto objeto aqui é a análise da linguagem como condição de fundamento de todo o modo de pensar, como a fundamentação discursiva, ou, a análise da teoria discursiva do direito de acordo com a visão da transformação da filosofia proposta por Apel e descrita de modo sucinto acima. Agora a ideia é mostrar os desdobramentos sugeridos por Jürgen Habermas a partir da teoria de Apel. Habermas analisou a visão da possibilidade da fundamentação de direitos básicos e, a partir deles a fundamentação dos demais direitos, por meio da proposta da *razão comunicativa*

¹²⁷ LUDWIG, C. L. Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p.99.

¹²⁸ LUDWIG, C. L. Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 101.

habermasiana, que diferentemente do que idealizou a filosofia da consciência, aquilo que é paradigmático na razão comunicativa:

[...] não é a relação de um sujeito solitário com algo no mundo objetivo que pode ser representado e manipulado, mas a relação intersubjetiva, que sujeitos que falam e atuam, assume quando buscam o entendimento entre si, sobre algo. Ao fazer isto, os atores comunicativos movem-se por meio de uma linguagem natural, valendo-se de interpretações culturalmente transmitidas e referem-se a algo simultaneamente em um mundo objetivo, em seu mundo social comum e em seu próprio mundo subjetivo [...].¹²⁹

O ponto a ser tratado a seguir será a partir desta nova razão proposta pela teoria da ação comunicativa habermasiana. A relação intersubjetiva de sujeitos que falam e agem e que a partir deste processo, os sujeitos usam uma linguagem cotidiana a fim de se chegar a um consenso. Mostraremos também a razão da separação na fundamentação entre o Direito e a Moral proposta por Habermas.

2.3 AÇÃO COMUNICATIVA HABERMASIANA: FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO E DAS NORMAS MORAIS.

A racionalidade oriunda do iluminismo foi muito criticada por filósofos como Adorno, Horkheimer e Habermas, a ideia de que a modernidade seria a responsável pela racionalidade, universalidade, individualidade e principalmente a liberdade, transformou a razão em um instrumento de dominação. O mundo passou a ser administrado em nome da técnica, a razão é instrumental.

A crítica maior dos três filósofos é que a razão tem uma função comunicativa e não pode ser confundida como um instrumento utilitário. A função comunicativa da razão possui, na linguagem cotidiana a exigência de uma racionalidade pressuposta, porque a linguagem já é uma forma de ação, pois o ato da fala implica uma série de

¹²⁹ HABERMAS, J. Teoria do agir comunicativo - vol. 1: Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 392.

condições como a exigência de compreensão mútua, um ideal de exatidão, veracidade e a sinceridade. A interação que acontece por meio da linguagem, assim, sustenta que os atores que participam da fala partilhem um mundo objetivo, um mundo social e um mundo subjetivo – essa é à base da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas.

Para Habermas, portanto, o processo da modernidade capitalista, arraigado pela razão instrumental, não pode ser confundido com a racionalidade daqueles que integram a sociedade. Por isso Habermas propõe um salto paradigmático em direção a sua proposta de ação comunicativa, um verdadeiro abandono da perspectiva da consciência.

Se existe uma razão instrumental mediada pela economia e pelo poder, existe também, todo um agir comunicativo que tem por objetivo a busca do consenso entre os sujeitos baseado na forma sem violência do discurso argumentativo.

Para o propósito do nosso trabalho, há necessidade de explanar um pouco mais sobre a teoria da ação comunicativa de Habermas, no sentido de entender a importância da separação da fundamentação do Direito e da Moral e o seu uso nos processos argumentativos.

A dominação do objeto pelo sujeito, no paradigma da consciência, não é mais possível e Habermas explica que esta afirmação é verificável por algumas linhas de pensamento:

[...] Depois que Hegel mostrou o caráter intrinsecamente social e histórico das estruturas da consciência, que Marx revelou que a mente não é o campo da natureza, mas o inverso e que as formas de consciência são representações ocultas das formas de reprodução social; depois que Darwin estabeleceu o vínculo entre inteligência e sobrevivência e, finalmente, que Nietzsche e Freud revelaram o inconsciente no âmago da consciência, dá-se uma dessublimação do espírito e um enfraquecimento da filosofia. C) pensamento filosófico perde sua auto-suficiência, caem as esperanças de se encontrar os fundamentos últimos de uma primeira filosofia¹³⁰.

¹³⁰ PINTO, José M. R. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. Revista Paideia. (Ribeirão Preto), Ago 1995, no. 8-9, p.77-96. ISSN 0103-863X Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/n8-9/07.pdf>. > Acesso em: 12/11/2019.

Habermas vai além da proposta teórica sugerida por Apel em sua “outra filosofia” desdobrada a partir da filosofia da linguagem¹³¹. Ao encaminhar o estudo para o campo do direito com o objetivo de apresentar uma teoria da fundamentação para os direitos básicos. Habermas estendeu, assim, para os demais direitos, a ideia da *razão comunicativa* que apresenta as pretensões de validade necessárias para a existência de todo o discurso.

Para Habermas a razão está centrada na comunicação, abrindo a visão de uma racionalidade ligada não só a consciência ou a autoconsciência, como também em procedimentos argumentativos imprescindíveis para a fundamentação, uma visão da razão que tenha uma validade geral presente na sociedade e na história. A razão que tem por pressuposto ideal a comunicação linguística cujo ponto de alcance é a busca de um consenso em uma sociedade multicultural¹³².

Na razão comunicativa, Habermas parte da ideia de que os sujeitos quando se comunicam linguisticamente, necessariamente partem de um consenso prévio que se manifesta em razão das pretensões (condições) de validade que, por meio da comunicação argumentativa, consigam formar um consenso posterior. O consenso racional é produzido pela situação *ideal* – formal – e não *real* da fala, uma condição necessária aos participantes do discurso, a situação ideal permite a participação de forma igualitária a todos os falantes, além de não ser permitido nenhum ato de coação ou violência que impeça o falante de argumentar¹³³.

A ideia de Habermas, portanto, é a construção de um conceito de racionalidade que encontra seus fundamentos por meio dos processos de comunicação intersubjetiva com o foco de alcançar o entendimento. Assim define Aragão: “Habermas acredita que, na estrutura da linguagem cotidiana, está embutida uma exigência de racionalidade, pois, com a primeira frase proferida, o homem já manifesta uma pretensão de ser compreendida, uma busca de entendimento”¹³⁴.

¹³¹ FONSECA, R. M. et al. Direito e discurso: discursos do direito. 1ª ed. Florianópolis: Boiteux, 2006, v. 1, p. 45-65.

¹³² HABERMAS, J. Teoria do agir comunicativo - vol. 1: Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 392.

¹³³ HABERMAS, J. Teoria do agir comunicativo - vol. 1: Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 392.

¹³⁴ ARAGÃO, L.M. de C. Razão Comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1992, p. 82.

A razão da ação comunicativa é bem diferente da razão instrumental, porque nesta os processos racionais são plenamente operacionalizados, não há um processo comunicativo. A razão instrumental, marcada pelo empirismo, é a grande marca da modernidade. Acontece que Habermas observa que as críticas desta razão instrumental feitas por Hegel, Adorno, Marcuse, abordaram cada uma, um tipo particular de racionalização e suas consequências como sendo um problema da própria razão¹³⁵.

Diante, portanto, de uma ausência de um referencial teórico absoluto e com os limites demonstrados pelo empirismo, o que torna o argumento melhor é “a sonoridade das razões” ¹³⁶. O que determina a racionalidade de uma expressão linguística é o fato de suas pretensões de validade apresentar a possibilidade de serem suscetíveis à crítica, por meio de procedimentos que são reconhecidos entre os sujeitos da ação comunicativa¹³⁷.

No entanto, alerta Habermas, que dentro de um processo comunicativo, existem três possibilidades de um alcance universal pelos quais as pretensões de validade podem ser criticáveis:

- 1- Veracidade da afirmação: a totalidade dos fatos cuja existência pode ser verificada. Trata-se do mundo objetivo¹³⁸.
- 2- Correção normativa: a totalidade das relações entre os sujeitos que são regulados pela norma, este é o mundo social¹³⁹.

¹³⁵ PINTO, José M. R. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. Revista Paideia. (Ribeirão Preto), Ago 1995, no. 8-9, p.79. ISSN 0103-863X Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/n8-9/07.pdf>. > Acesso em: 12/11/2019.

¹³⁶ HABERMAS, J. Teoria do agir comunicativo - vol. 1: Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 24.

¹³⁷ HABERMAS, J. Teoria do agir comunicativo - vol. 1: Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 80.

¹³⁸ PINTO, José M. R. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. Revista Paideia. (Ribeirão Preto), Ago 1995, no. 8-9, pp.79-80. ISSN 0103-863X Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/n8-9/07.pdf>. > Acesso em: 12/11/2019.

¹³⁹ PINTO, José M. R. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. Revista Paideia. (Ribeirão Preto), Ago 1995, no. 8-9, pp.79-80. ISSN 0103-863X Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/n8-9/07.pdf>. > Acesso em: 12/11/2019.

3- A sinceridade e a Autenticidade: a totalidade das experiências do locutor. É o mundo subjetivo¹⁴⁰.

Por isso a razão comunicativa de Habermas indica uma diferenciação entre os mundos objetivo, social e o subjetivo, o que pressupõe um procedimento cognitivo de natureza essencialmente intersubjetiva. Isso acontece por meio de uma relação que ocorre entre os sujeitos, cuja comunicação só é possível com a ‘mudança da nossa visão egocêntrica de mundo’.

Surge a necessidade daqueles que participam da ação comunicativa de que cheguem ao entendimento sobre as pretensões de validade. Neste processo interativo os sujeitos encaminham as pretensões de validade que são criticáveis quanto à sua veracidade (mundo objetivo), correção normativa (mundo social) e autenticidade (mundo subjetivo).

Por certo que estes procedimentos acontecem dentro de um contexto qual seja, aquilo que o falante pretende dizer irá, necessariamente, depender do conhecimento presente e se realiza sob o pano de fundo de um consenso cultural anterior entre os participantes da ação comunicativa. Não se trata de um acordo prévio entre argumentante e seu auditório, como veremos na teoria de Perelman, mas sim um consenso cultural denominado por Habermas de ‘mundo da vida’.

O ‘mundo da vida’, é o pano de fundo, a base onde todo o processo comunicativo acontece para alcançar o entendimento. O mundo da vida é aquele “em que atores comunicativos situam e datam seus pronunciamentos em espaços sociais e tempos históricos” ¹⁴¹.

O mundo da vida é dotado de um saber implícito em que nós mesmos nada sabemos, porque este saber não é problemático e por isso, não é capaz de atingir os

¹⁴⁰ PINTO, José M. R. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. Revista Paideia. (Ribeirão Preto), Ago 1995, no. 8-9, pp.79-80. ISSN 0103-863X Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/n8-9/07.pdf>. > Acesso em: 12/11/2019.

¹⁴¹ HABERMAS. J. Teoria de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista. Buenos Aires: Taurus, 2001, p. 136.

pronunciamentos comunicativos que podem ser válidos ou não. O mundo da vida é dividido em três componentes estruturais: cultura, sociedade e pessoa¹⁴².

A cultura: é o conhecimento que as partes de uma comunicação vão adquirindo e usam quando buscam o entendimento sobre algo no mundo.

A sociedade: para Habermas são as ordens legítimas por meio das quais os participantes regulam suas relações dentro de um grupo social.

A pessoa: são as competências que tornam o sujeito capaz de falar e agir faz parte da personalidade.

Isso tudo quer dizer que a ação comunicativa e o mundo da vida se entrelaçam diretamente, pois é a partir da ação comunicativa que a produção e a reprodução do mundo da vida acontecem – cultura, sociedade e pessoa –. Assim, “sob o aspecto do entendimento mútuo, a ação comunicativa serve para transmitir e renovar o saber cultural; sob o aspecto de coordenar a ação, ela propicia a integração social; e sob o aspecto da socialização, ela serve à formação da personalidade individual”¹⁴³.

A produção e a reprodução de toda a base do mundo da vida ocorrem por meio de ações dirigidas a fins pelos quais os sujeitos associados intervêm no mundo e realizam seus objetivos.

Habermas parte da ideia de integridade de Durkheim, para construir o seu conceito de sociedade¹⁴⁴. Existe uma sociedade totalmente integrada hipoteticamente, a coesão social é garantida pelos domínios do sagrado, do criador. A linguagem nesta sociedade tradicional não é necessária, pois tudo é justificado pela ordem do criador.

¹⁴² PINTO, José M. R. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. Revista Paideia. (Ribeirão Preto), Ago 1995, no. 8-9, pp.80-81. ISSN 0103-863X Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/n8-9/07.pdf>. > Acesso em: 12/11/2019.

¹⁴³ PINTO, José M. R. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. Revista Paideia. (Ribeirão Preto), Ago 1995, no. 8-9, p.81. ISSN 0103-863X Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/n8-9/07.pdf>. > Acesso em: 12/11/2019.

¹⁴⁴ PINTO, José M. R. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. Revista Paideia. (Ribeirão Preto), Ago 1995, no. 8-9, pp.81-82. ISSN 0103-863X Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/n8-9/07.pdf>. > Acesso em: 12/11/2019.

Nesta sociedade integrada, a linguagem não apresenta importância. Quanto ao sujeito, este pertence a uma ordem, vive em sua totalidade, não tem existência ou individualidade, porque esta diferenciação entre os três mundos (objetivo, social e subjetivo) ainda não existe¹⁴⁵.

A passagem da sociedade tradicional, em que o ponto de vista moral era justificado pelo criador (paradigma do ser) para o mundo moderno (paradigma da consciência), fez com que a linguagem moral não pudesse mais ser justificada por essa força divina.

A passagem para o pluralismo ideológico nas sociedades modernas resulta por se decompor enquanto fundamento geral de validação de uma moral então partilhada por todos. Isso é possível, porque a autoridade do saber (epistêmica) caminha neste período das doutrinas religiosas para as modernas ciências empíricas. Assim, a filosofia moral depende agora de um nível de fundamentação pós-metafísica.

Tal condição se manifesta porque, na modernidade, não existe um equivalente moral para justificar a moral por ela mesma, então o sentido cognitivo de validade levou a Habermas a perguntar se a força persuasiva de normas e valores já aceitos é algo tal como uma aparência transcendental? Ou se ela pode ser justificada também sob condições agora, pós-metafísicas?

A partir do momento em que a razão se afasta da objetividade das coisas justificadas pelo criador soberano, e se aproxima de uma racionalidade marcada pelo sujeito que pensa as “razões objetivamente razoáveis” para julgamentos e atos morais, passam a ser substituídas por outras agora “subjetivamente razoáveis”¹⁴⁶.

O conteúdo cognitivo da linguagem moral precisa ser reconstruído, e isso acontece pela referência à vontade e a razão de seus participantes¹⁴⁷. Habermas diz

¹⁴⁵ PINTO, José M. R. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. Revista Paideia. (Ribeirão Preto), Ago 1995, no. 8-9, p.82. ISSN 0103-863X Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/n8-9/07.pdf>. > Acesso em: 12/11/2019.

¹⁴⁶ PINTO, José M. R. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. Revista Paideia. (Ribeirão Preto), Ago 1995, no. 8-9, pp.19-20. ISSN 0103-863X Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/n8-9/07.pdf>. > Acesso em: 12/11/2019.

¹⁴⁷ PINTO, José M. R. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. Revista Paideia. (Ribeirão Preto), Ago 1995, no. 8-9, pp. 20-21. ISSN 0103-863X Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/n8-9/07.pdf>. > Acesso em: 12/11/2019.

que essas são as razões pragmáticas ou preferenciais, pois são razões que valem para determinado indivíduo – que tem preferências e metas determinadas – e que, por esse motivo, tais razões exercem uma motivação para a ação e não porque suportem julgamentos tal como faz as razões epistêmicas, quando se é esperado que um sujeito se comportasse de certa maneira e não de outra.

A reflexão prática só pode conduzir ao discernimento se for possível se estender para além do mundo deste sujeito, ou seja, parte-se de dados subjetivamente privilegiados (o que eu quero o que eu prefiro) para um mundo intersubjetivamente compartilhado.

Uma lei é válida no sentido moral, quando pode ser aceita por todos, a partir da perspectiva de cada um – como isso só é possível por meio das leis gerais –, justamente porque estas leis cumprem a condição de dirigir uma matéria no interesse de todos, é neste momento que a razão prática se faz valer¹⁴⁸. Uma norma moral, para Habermas, só tem validade quando for objeto de um livre debate.

Assim, Habermas vislumbra a ideia de uma “ética da discussão”, ou seja, em vez de um sujeito buscar fazer valer uma lei universal, é preciso explorar um debate no qual as questões morais sejam objeto de discussões, dando lugar a acordos. Desta forma, Habermas reforça que só o agir comunicativo, que pretende ao entendimento entre os atores, pode formar a base ética de uma sociedade.

As convicções passam a ser retiradas de um consenso que é alcançado comunicativamente e não mais de uma ordem pressuposta. Habermas explica:

À medida que o potencial embutido na ação comunicativa é realizado, o núcleo normativo arcaico se desenvolve e abre caminho para a racionalização das visões de mundo, para a universalização da lei e da moralidade e para uma aceleração dos processos de individuação¹⁴⁹.

Isso acontece, porque nos pressupostos pragmáticos dos discursos, o teor normativo de suposições empreendidas na ação comunicativa é generalizado,

¹⁴⁸ PINTO, José M. R. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. Revista Paideia. (Ribeirão Preto), Ago 1995, no. 8-9, pp. 20-21. ISSN 0103-863X Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/n8-9/07.pdf>. > Acesso em: 12/11/2019.

¹⁴⁹ HABERMAS. J. Teoría de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista. Buenos Aires: Taurus, 2001, p. 46.

abstraído e se insere a uma comunidade que não exclui nenhum sujeito capaz de falar e agir, desde que esteja em condições de dar contribuições relevantes¹⁵⁰.

Os envolvidos só podem recorrer às coisas que tem em comum (interpretações que foram culturalmente transmitidas) e das quais dispõe naquele momento – em um mundo objetivo, em seu mundo social –, os membros passam a se envolver no consenso cooperativo de um conselho reunido na prática, em seu próprio mundo subjetivo.

Para Bárbara Freitag, das variadas teorias éticas, entre aquelas que conseguem combinar construtivamente as mais variadas perspectivas, se encontra na Ética do Discurso de Habermas e Apel. As duas teorias se permeiam no trabalho de Habermas, pois ambos objetivam formular uma racionalidade comunicativa dentro das diversas mudanças de Sociedade¹⁵¹.

A argumentação, de acordo com Habermas, se dá com a intenção de um convencimento recíproco em relação à legitimidade das reivindicações de validação que aqueles que discutem apresentam em favor de suas afirmativas e que estes proponentes estão dispostos a defender nestes diálogos. A prática argumentativa auxilia na orientação para um acordo mútuo, porque vincula os participantes desde o início.

A aceitação racional de uma afirmação tem por base razões ligada a determinadas qualidades do próprio processo argumentativo, tais como a questão de um argumento bom ou ruim. Habermas cita os quatro pressupostos mais importantes de um discurso: a liberdade, sinceridade e ausência de violência nos discursos. Melhor explicando: ninguém pode ser excluído da participação; todos terão a mesma chance de dar contribuições; os participantes precisam pensar sobre o que falam; a comunicação deve ser isenta de coação de modo que os posicionamentos diante das afirmativas sejam motivados em razão da força de convencimento das melhores razões¹⁵².

¹⁵⁰ HABERMAS, J. Teoria de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista. Buenos Aires: Taurus, 2001, pp. 53-55.

¹⁵¹ FREITAG, Barbara. Itinerários de Antígona: A questão da moralidade. Campinas: Papirus, 1982, p.237.

¹⁵² FREITAG, Barbara. Itinerários de Antígona: A questão da moralidade. Campinas: Papirus, 1982, pp. 56-57.

Se cada integrante de uma argumentação tiver que fazer essas pressuposições pragmáticas, então, para Habermas, nos discursos práticos:

[...] todos os sujeitos estarão incluídos; diante da igualdade de direitos de comunicação para todos, só poderão ter espaço as razões que levem em conta os interesses e as orientações de valor de cada um; ausência de erros; ausência de violência: só poderão ser decisivas as razões para o assentimento de uma norma discutível, ou seja, os pressupostos elencados por Habermas serão estabelecidos¹⁵³.

Mas é bom lembrar que o teor dos pressupostos argumentativos gerais ainda não é “normativo” no sentido moral, pois quando se fala em inserção se está a mencionar apenas a condição de acesso irrestrito ao discurso, e não a universalidade de uma norma de ação vinculativa, qualquer que seja.

A liberdade para todos os integrantes bem como a exigência de sinceridade em favor do discurso, são consideradas, para Habermas, como deveres argumentativos e não deveres morais. Da mesma forma, a ausência de coação refere-se ao processo argumentativo e não a relações interpessoais externas a essa prática.

Neste sentido, Habermas propôs caminhos diferentes para a fundamentação das normas do Direito e das normas Morais.

2.4 A FUNDAMENTAÇÃO DAS NORMAS MORAIS: DIREITO X MORAL

O fator principal da fundamentação do ponto de vista moral consiste, para a ética discursiva, que só diante de uma regra argumentativa é possível transferir o teor normativo desse jogo de linguagem epistêmico (saber) para a seleção de normas racionais sugeridos em discursos práticos junto com sua reivindicação de validade moral.

A obrigatoriedade moral se liga a objetos peculiares do discurso prático “D” as normas nele introduzidas, e as quais recompõem as razões ordenadas nas reuniões

¹⁵³ FREITAG, Barbara. Itinerários de Antígona: A questão da moralidade. Campinas: Papirus, 1982, pp. 58-59.

em conselho. Destaca-se que o princípio universalizante “U” pode-se tornar plausível a partir do teor normativo de pressupostos argumentativos ligados a um conceito (fraco e não pré-julgador) de fundamentação de normas.

Assim, a estratégia da fundamentação aqui sugerida se esforça para tornar pertinente, por meio de um questionamento genealógico atrás do qual se escondem algumas suposições da modernidade. Diante do princípio universalizante “U”, asseguramos de modo reflexivo de uma substância normativa como que remanescente em sociedades pós-tradicionais, justamente por se apresentar sob a forma de um resíduo de si mesmo poupado de argumentação, e sob a forma da ação orientada ao acordo mútuo¹⁵⁴.

Ao analisar o modo de fundamentação proposto por Habermas, observamos que a ideia do filósofo é uma clara distinção de fundamentar as normas do direito e as normas morais em dois caminhos, e por que Habermas sustenta tal distinção? Vamos entender fazendo um relevante parêntese em relação ao Direito para Habermas.

A teoria discursiva sobre o Direito, na qual Habermas se preocupa com as tensões permanentes entre as leis e as práticas sociais historicamente criadas, está descrita em seu livro – Direito e Democracia entre facticidade e validade. Nesta obra, Habermas procura explicar como a tensão existente entre os fatos sociais e as suas validades normativas acontecem no Direito e no Poder¹⁵⁵. Para Habermas a legalidade é responsável pela determinação da legitimidade mediante a razão comunicativa e a democracia como sua base. A validade social das normas irá depender se na elaboração das normas houve o cumprimento de procedimentos discursivos.

Quanto à facticidade esta é a realidade social, que possui processos históricos e sociais espontâneos, cuja normatividade é produto de um sentimento comunitário,

¹⁵⁴ FREITAG, Barbara. Itinerários de Antígona: A questão da moralidade. Campinas: Papirus, 1982, pp. 64-65.

¹⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro vol. I 1997, pp. 193-305.

e as práticas legais em vigor. A facticidade só será válida se as normas forem elaboradas por meio dos processos discursivos¹⁵⁶.

O Direito, em Habermas, é a liga entre a facticidade e a validade, entre o mundo vivido e o sistema. O Direito possui uma função integradora, porque ele tem por função exercer o limite para os excessos do sistema econômico e político, vez que, ao mesmo tempo, ele regulamenta o poder e a economia, assim como as expectativas dos sujeitos no mundo da vida¹⁵⁷. A proposta habermasiana é o desenvolvimento de um Direito Discursivo que construa a um só tempo a facticidade e a validade das normas.

Acreditamos agora ser possível entender a distinção do Direito e da Moral para Habermas, que acontece da seguinte maneira: o filósofo introduz o princípio do discurso “D”, para assim descrever, “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento”¹⁵⁸, em outras palavras, o princípio do discurso “D” faz o papel de validar as normas de ação.

Conforme este critério legitimador a fundamentação das normas morais ocorre de um modo diverso, neste caso específico, o princípio do discurso “D” assume a forma de princípio de universalização “U”, pois as questões de ordem moral atingem a comunidade inteira. Quanto à fundamentação do direito, Habermas afirma que o princípio do discurso “D” assume a forma de princípio da democracia, uma vez que em se tratando de questões que envolvem o direito, o público referente é a comunidade político-jurídica¹⁵⁹.

Ainda, Habermas afirma que o entrelaçamento entre o princípio do discurso “D” e a forma jurídica origina o princípio da democracia. A relação promove quase que uma genealogia de direitos, proposta em um processo lógico que caminha do abstrato para o concreto, desde os direitos básicos, aceitos e reconhecidos mutuamente pelos cidadãos – que são as condições de validade – e a partir deles a constituição e legitimidade dos demais direitos.

¹⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro vol. I 1997, pp. 17-63.

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro vol. I 1997, pp. 94-112.

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro vol. I 1997, pp. 94-112.

¹⁵⁹ FONSECA, R. M. et al. Direito e discurso: discursos do direito. 1ª ed. Florianópolis: Boiteux, 2006, v. 1, pp. 45-65.

Os direitos básicos “são a forma jurídica dos princípios gerais do discurso”. Os direitos básicos apresentam sua legitimidade inscrita no discurso e, assim, servem de legitimidade para os demais direitos positivados. Portanto, o reconhecimento de direitos básicos dessa especificação do princípio do discurso “D”, tem por objetivo fundamentar os direitos positivados, por meio da validação das normas de ação.

Assim, se para Habermas a razão comunicativa prevê uma superação da dominação e do conhecimento entre a relação sujeito x objeto, pois a ideia é de que os sujeitos precisam se entender histórica e socialmente como homens que argumentam é enxergar que a linguagem discursiva, como um dispositivo que compõe e recompõe o sujeito de diversos modos, passa a ser essencial para a fundamentação do direito e, em razão do tema deste trabalho, para a fundamentação das normas morais de modo a encontrar um caminho para o consenso.

Um consenso que talvez fique realmente na atmosfera do ideal, uma vez que as sociedades são multiculturais e as normas morais são entendidas de modo bastante distintas não só para o indivíduo como, também para as diversas comunidades. Desta maneira a primordial importância do princípio discursivo “D” é assumir o nome de princípio universalizante “U”, pois de uma forma geral abrange o consenso universal, porque as normas morais cabem para todos os sujeitos.

A linguagem discursiva permite com os pressupostos da liberdade, sinceridade e a negação da coação, que todos participem do processo de subjetivação provocado pelo dispositivo do discurso. Ainda, a presença dos princípios do discurso “D” e universalizante “U”, contribuem para a fundamentação discursiva, a partir do processo argumentativo que se dirige ao consenso.

Em síntese, como diz Habermas, a ação comunicativa acontece:

[...] sempre que as ações dos agentes envolvidos são coordenadas, não através de cálculos egocêntricos de sucesso, mas através de atos de alcançar o entendimento. Na ação comunicativa, os participantes não estão orientados primeiramente para o sucesso individual, eles buscam seus objetivos individuais respeitando a condição de que podem harmonizar seus planos de ação sobre as bases de uma definição comum de situação. Assim, a negociação da definição de situação é um elemento essencial do complemento interpretativo requerido pela ação comunicativa¹⁶⁰.

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. Teoria de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista. Buenos Aires: Taurus, 2001, p.285-286.

A argumentação é uma das atividades linguísticas possíveis. A partir da filosofia da linguagem a argumentação passou a ser tratada em termos de comunicabilidade, mas isso acontece somente se a argumentação for compreendida como um discurso dialógico, onde se manifesta o requisito da intersubjetividade. Quando a argumentação prevê esta perspectiva linguística, estamos diante de uma teoria do discurso¹⁶¹.

É importante esclarecer, desde já, que o caráter dialógico atribuído a argumentação nas teorias do Discurso não são iguais. Para Perelman, nosso próximo autor discutido, ainda que a proposta seja a da adesão dos espíritos e o convencimento e/ou a persuasão do auditório, a sua argumentação enquanto comunicação entre os sujeitos, ainda é frágil. A adesão do auditório acontece mediante o consenso e/ou persuasão e não uma cooperação intersubjetiva comunicativamente como vem em Habermas.

Mas é sim possível um parâmetro entre os modelos argumentativos de Apel, Habermas e Perelman, principalmente diante dos conceitos nucleares perelmaniano de Auditório e Acordo. Isso irá acontecer, porque as ideias de situação ideal de fala, comunidade ideal de fala e auditório universal, respectivamente Habermas, Apel e Perelman, são concepções apenas no campo ideal¹⁶².

Importante lembrar que não existe um acordo como ponto de partida na ação comunicativa de Habermas, pois ela acontece no mundo da vida. Já em Apel existe sim, parte-se de um acordo entre as premissas (por meio de um raciocínio dialético), tal como iremos perceber em Perelman e o acordo existente entre o orador e o seu auditório¹⁶³.

Podemos sim acreditar na existência de um paralelo entre o Direito Argumentativo e o Direito Discursivo, ou seja, uma relação entre o paradigma jurídico discursivo, de fundamentação e argumentação de casos concretos, e o paradigma discursivo como integrador do mundo da vida frente ao sistema.

¹⁶¹ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 9-10.

¹⁶² MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2001, p. 169.

¹⁶³ MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2001, p. 170.

Talvez esta relação seja possível, justamente porque a tensão entre a positividade das normas e a legitimidade pretendida precisa ser respeitada. Tal condição é pressuposta, porque o processo argumentativo, usado para a legitimação do Direito, deve ser compatível com os princípios da justiça e da solidariedade, além dos princípios éticos de uma conduta de vida consciente e responsável.

Portanto, este processo argumentativo responsável pode ser compreendido como a atuação honesta que se espera de um orador diante da apresentação das premissas frente ao seu auditório, com o objetivo de convencer e/ou persuadir sem o uso da violência. É isso que tentaremos mostrar no próximo item.

2.5 CHAÏM PERELMAN: DA CRÍTICA A LÓGICA JURÍDICA A IMPORTÂNCIA DAS FIGURAS DE RETÓRICA.

A argumentação se concentra naquele a quem o discurso se dirige, por esta razão, os argumentos são diferentes a quem se pretende atingir, escolhas que podem influenciar seu interlocutor, interessar-se pelo estado de espírito do ouvinte.

Para que a argumentação tenha êxito é imprescindível que aqueles a quem ela se destina lhes prestem alguma atenção, e para Perelman, autor que propôs a *nova retórica*¹⁶⁴ a partir da segunda metade do século XX, percebe-se que a melhor argumentação é aquela que se apresenta na relação orador x auditório.

A escolha de Chaïm Perelman para esta parte do trabalho, não tem o interesse de defender a sua “nova retórica”, bem como os pressupostos básicos que compõe a sua teoria, mas sim trazer os conceitos mais importantes. Para este trabalho, o foco é a aplicação prática da retórica no raciocínio jurídico, especificamente direcionar a atenção do leitor para as *figuras retóricas* e/ou figuras argumentativas, alinhando que

¹⁶⁴ Chaïm Perelman, em colaboração com Lucie Olbrecht-Tyteca, escreveu, talvez a obra de maior destaque sobre o tema a nova retórica, principalmente sobre a questão da lógica jurídica, esta como uma base essencial para a retórica prática aplicada ao raciocínio jurídico. ATIENZA, Manuel. As razões do direito. São Paulo: Landy, 2000, p. 82-83.

se trata de dispositivos que constituem o falante diante da escolha dos argumentos no processo de persuasão e/ou convencimento do auditório.

Antes, porém, vamos apresentar brevemente as bases que compõe a nova retórica perelmaniana, sem descuidar de mostrar as principais críticas dirigidas por Manuel Atienza.

Perelman inicia a sua concepção retórica a partir da lógica formal aristotélica ou o uso do raciocínio analítico e a ideia da possibilidade de raciocínios dialéticos ou retóricos, é justamente por aqui que o autor irá direcionar a sua teoria de argumentação.

A lógica formal aristotélica, usada por meio de silogismos, não coaduna com a filosofia, tampouco com o Direito. A necessidade de uma lógica diversa da formal se fez necessária, para Perelman, porque a argumentação se move não pela exatidão de um raciocínio lógico-dedutivo verdadeiro e sim, no terreno daquilo que é aceitável:

Enquanto no silogismo a passagem das premissas a uma conclusão é obrigatória, o mesmo não acontece quando se trata de passar dos argumentos à decisão: tal passagem não é de modo algum obrigatória, pois se o fosse não estaríamos diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum¹⁶⁵.

Assim, são os argumentos retóricos, aqueles que não têm a pretensão de mostrar verdades evidentes, mas a plausibilidade razoável de uma decisão ou manifestação, que Perelman irá trabalhar em sua teoria. Por isso que os conceitos de auditório, persuasão e convencimento são tão importantes nesta nova retórica, pois caberá a adesão deste auditório pela persuasão dos argumentos utilizados pelo falante.

E quando se dirige ao processo argumentativo Perelman afirma que é uma tarefa muito difícil conseguir separar os elementos que compõe a argumentação, considera que o conjunto destes elementos interage constantemente, em razão da solidez que forma a base da estrutura argumentativa.

¹⁶⁵ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000a, p.03.

Para Robert Alexy, Perelman buscou desde a década de 50, mostrar uma teoria que - além da comprovação empírica e da dedução lógica, existe ainda toda uma série de possibilidades de argumentação e fundamentação racional –, assim é possível usar a razão prática em uma teoria argumentativa¹⁶⁶.

A palavra retórica é a preferência para Perelman e Tyteca, devido a relevância que os autores manifestam em relação ao auditório, já que toda a argumentação visa à adesão dos indivíduos¹⁶⁷, diante da prática persuasiva e/ou convencimento.

A base do processo argumentativo parte de uma tríade entre o orador, o discurso e o auditório, este último com papel predominante como “o conjunto de todos aqueles em quem o orador quer influir com a sua argumentação” ¹⁶⁸. Perelman classifica em três os gêneros oratórios, a saber: o deliberativo (assembleia); o judicial (diante dos juízes) e o epidítico (diante de expectadores que não se pronunciam).

A argumentação está estritamente ligada a um agir, pode-se afirmar, segundo os autores que a argumentação é ação ou é processo, ou seja, o que se pretende chegar com o processo em um resultado, qual seja: a adesão ou a unanimidade do auditório sem o uso da violência.

A formação do discurso da retórica perelmaniana segue regras na construção do processo argumentativo, pois o orador deve se preocupar não só com o tema, mas também com a linguagem que será utilizada para abordá-lo. Deve, portanto, haver o contato com o auditório a fim de que a comunicação permaneça, sendo o auditório o “conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação” ¹⁶⁹.

O discurso do orador é direcionado a espécie de auditório para o qual está tratando, qual precisa convencer, persuadir ou se comunicar. Por esta razão, “o conhecimento daqueles que se pretende conquistar é, pois, uma condição prévia de qualquer argumentação eficaz” ¹⁷⁰. E ainda, o mais importante “na argumentação, não

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica – A teoria do discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 157.

¹⁶⁷ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹⁶⁸ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 22.

¹⁶⁹ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 22.

¹⁷⁰ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.23.

é saber o que o próprio orador considera verdadeiro ou probatório, mas qual é o parecer daqueles a quem ela se dirige” ¹⁷¹. Assim, caberá o papel fundamental do auditório em determinar a argumentação e o comportamento do orador.

O auditório é um dos pontos centrais da teoria perelmaniana, que o distingue entre o particular e o universal. O auditório universal é idealizado por Perelman e consiste em uma universalidade, uma unanimidade no que se refere a adesão, constituindo uma questão de direito¹⁷², é formado por todas as pessoas¹⁷³, vamos dar uma atenção maior ao auditório universal na sequência. Já o auditório particular, se distingue porque é dirigido a um grupo de pessoas determinadas pelo conhecimento prévio estabelecido sobre o assunto, pode-se dizer que é caracterizado por uma situação hierarquicamente superior, definido pelo diálogo¹⁷⁴.

2.5.1 O AUDITÓRIO UNIVERSAL: CONCEITO NUCLEAR E AS CRÍTICAS PROPOSTAS POR ATIENZA.

O auditório universal é um conceito nuclear para Perelman, apesar de não se mostrar claro o suficiente veja: parte-se da ideia de que “não existe argumentação *erga omnes* que valha contra todos, o tempo todo”¹⁷⁵, justamente porque os argumentos tendem a variar conforme a pessoa a que se destina. Por isso, na opinião de Perelman, o importante da argumentação não é aquilo que o orador considera como verdadeiro ou digno de prova, mas sim ter a sensibilidade de entender qual é a opinião do ouvinte, do seu auditório, e assim, ajustar os argumentos a fim de que a

¹⁷¹ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.26.

¹⁷² PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.35.

¹⁷³ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp.33-34.

¹⁷⁴ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp.37-38.

¹⁷⁵ RODRIGUEZ, Víctor Gabriel. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 5ªed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2001, p. 50.

adesão dos espíritos aconteça pela persuasão, “o grande orador, aquele que tem ascendência sobre outrem, parece animado pelo próprio espírito do auditório”¹⁷⁶.

De fato, cabe aquele que ouve direcionar a qualidade, bem como o comportamento do orador, mas existe um limite apontado pelo próprio Perelman, o qual alerta que o orador pode renunciar quando perceber que precisa fazer o uso de argumentos os quais não se sentirá à vontade para persuadir determinado auditório¹⁷⁷, o orador precisa ser honesto. Aliás, este é um aspecto relevante para Perelman, o fato da submissão do orador em relação ao auditório, neste sentido, ele cita que tal preocupação também foi citada por *Quintiliano*, que alertava que “a retórica *scientia bene dicendi* implica que o orador perfeito persuade bem, mas também que diga o bem” ¹⁷⁸.

Por meio da discussão acerca da variedade de auditórios e das diversas adaptações do orador a tantas particularidades, Perelman enxergou que tais dificuldades trouxeram motivos suficientes para suscitar uma técnica argumentativa que coubesse para todos os auditórios, e foi a partir da relação entre a persuasão e o convencimento que a concepção do auditório universal surgiu. A argumentação convincente serviria para todo sujeito dotado de razão, enquanto a persuasiva caberia para o auditório particular¹⁷⁹.

Mas vale estabelecer que a relação entre a persuasão e o convencimento é de fato uma linha tênue, uma vez que a própria distinção entre os auditórios é uma tarefa bastante incerta. Por isso, Perelman afirma que é a natureza do auditório que irá determinar o caminho da argumentação a ser seguido e o alcance por ele atribuído, neste sentido, nosso autor, prevê a existência de três espécies de auditórios (universal, interlocutor e o próprio sujeito), mas que no intuito de alinhar nosso objetivo aqui proposto, vamos nos dedicar ao auditório universal.

¹⁷⁶ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.27.

¹⁷⁷ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp.27-28.

¹⁷⁸ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.28. In: QUINTILIANO, De institurione oratória, texto revisto e traduzido por Henri Bornecque, Paris, Garnier, 1933-34, vol.4.

¹⁷⁹ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp.30-32.

Para alcançar a finalidade do processo argumentativo, qual seja convencer ou persuadir o ouvinte, o orador poderá encaminhar seu discurso em dois caminhos: para quem se preocupa com o resultado “persuadir é mais do que convencer, pois a convicção não passa da primeira fase que leva à ação” ¹⁸⁰, mas “para quem está preocupado com o caráter racional da adesão, convencer é mais do que persuadir”¹⁸¹.

Perelman ainda complementa: “Se a convicção é fundamentada na verdade de seu objeto e, por isso, válida para qualquer ser racional, apenas ela pode ser provada, pois a persuasão tem um alcance unicamente individual” ¹⁸². Se fizermos a simetria em relação às duas categorias de auditório, pode-se dizer que a persuasão valerá para o auditório particular, enquanto que o convencimento deverá obter a adesão de todo o ser racional.

Mas independente do objetivo proposto – convencer e/ou persuadir – o trabalho realizado pelo argumentante precisa instigar a “adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu assentimento”. Portanto, o processo argumentativo eficaz é aquele que consegue “aumentar essa intensidade de adesão, de forma que se desencadeie nos ouvintes uma disposição para a ação, que se manifestará no momento oportuno” ¹⁸³.

A necessidade do argumentante em se adaptar a cada auditório particular implica que o falante deve se apoiar em teses que muitas vezes são opostas a outras pessoas que não aquelas as quais, naquele instante, o orador se dirige. O alerta para este tipo de argumentação é que para o próprio adversário do orador, elementos tão estranhos são motivos suficientes para opor tais argumentos, inclusive para apresentar àqueles que não foram, no momento, os direcionados.

Tal condição determina a fraqueza dos argumentos direcionados aos auditórios particulares, por isso Perelman e Tyteca acreditam na idealização de um auditório universal que englobe a totalidade dos seres racionais. A universalidade e uma unanimidade que o orador imagina ter indicam que todos aqueles que compreendem

¹⁸⁰ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.30.

¹⁸¹ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.30.

¹⁸² PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.32.

¹⁸³ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.50.

a argumentação passam a aderir às conclusões¹⁸⁴. Uma argumentação que se direciona ao auditório universal apresenta condições para o convencimento do ouvinte diante do caráter coercivo das razões postas, da sua evidência, de sua validade no tempo independente quanto às questões locais ou históricas¹⁸⁵:

O auditório universal é constituído por cada qual a partir do que sabe de seus semelhantes, de modo a transcender as poucas oposições de que tem consciência. Assim, cada cultura, cada indivíduo tem sua própria concepção do auditório universal, e o estudo dessas variações seria muito instrutivo, pois nos faria conhecer o que os homens consideraram, no decorrer da história, real, verdadeiro e objetivamente válido¹⁸⁶.

Para Atienza, a ideia de auditório universal é uma concepção feliz, mas que apresenta uma série de ambiguidades, e traz em sua crítica três visões distintas sobre estas questões. A começar por Aulis Aarnio que enxerga, por um lado que o auditório universal tem uma forma idealizada, concebido pela “humanidade ilustrada”¹⁸⁷, mas que ao mesmo tempo ele estaria determinado histórico e culturalmente, quer dizer, depende de fatos contingentes.

Por certo que existe um caráter ideal, proposto por Perelman, no entanto, a validade intemporal e absoluta, não compactua em uma teoria realista que se apresenta como argumentativa e que precisa manifestar racionalidade e relatividade histórica a fim de permitir a sua aplicação¹⁸⁸ em qualquer fato e tempo.

Já Robert Alexy aceita a questão de um auditório universal idealizado, mas acredita que tal conceito apresenta dois sentidos diversos. É ideal, porque o auditório é construído pelo falante, e que depende das ideias dos indivíduos e de variadas culturas. Porém, vê Alexy que o auditório universal se mostra constituído na base do imperativo categórico kantiano “você deve se comportar como se fosse um juiz cuja *ratio decidendi* deve proporcionar um princípio válido para todos os homens”¹⁸⁹, o acordo é para todos os seres racionais, a totalidade daqueles que poderiam estar

¹⁸⁴ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 34-35.

¹⁸⁵ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 34-35.

¹⁸⁶ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.39.

¹⁸⁷ De acordo com AARNIO, A. (1987, p.221, apud ATIENZA, 2000, p. 114-115).

¹⁸⁸ ATIENZA, Manuel. As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Toulmin, McCormick, Alexy e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p. 114.

¹⁸⁹ De acordo com ALEX, R. (1978a, p. 163, apud ATIENZA, op. cit., 2000, p. 115).

aptos a argumentar. Alexy compreende que um conceito tão amplo não seja apto para avaliar os argumentos.

Enfim, Letizia Gianformaggio, para ela a ambiguidade está em duas interpretações, a argumentação feita por um orador que usa a boa-fé e seriedade e que se convence das conclusões e dos procedimentos usados, não apresentaria, por certo nenhum questionamento. Mas Gianformaggio vai além, e diz que aquele que argumenta para um auditório universal e, ao mesmo tempo em que age com seriedade e boa-fé, ainda “está convencido da evidência das premissas em que se baseia” ¹⁹⁰. Este é o ponto que a filósofa mostra a ambiguidade, pois a segunda interpretação sem juízo de valor, uma concepção assim, só é possível em auditórios particulares, porque para o auditório universal, somente a ausência de juízos de valor seria possível.

2.5.2 O ACORDO, A ESCOLHA E A APRESENTAÇÃO DAS PREMISSAS.

Em relação ao estudo das bases que levam ao início do processo argumentativo, Perelman separa três aspectos: acordo, escolha e apresentação das premissas. Vamos entender como estes elementos são importantes na relação orador x ouvinte.

A fim de perseguir seus objetivos o orador, sempre pensando no auditório, deve primeiramente fazer a escolha das premissas, esta tarefa já possui certo valor argumentativo, porque a introdução das premissas inicia o processo do raciocínio que é um grande passo para a persuasão. Isso é o que Perelman chama de acordo, ou seja, tudo que o auditório reconheça previamente como válido, podendo ser verdades, fatos, presunções – para auditórios universais, e valores, hierarquias e lugares do preferível – identificados para os auditórios particulares – condições sobre as quais o orador já sabe que há consenso, e, portanto, irá trabalhar com estes objetos.¹⁹¹ Eles

¹⁹⁰ De acordo com GIANFORMAGGIO, L. (1973, p. 218-219, apud ATIENZA, op. cit., 2000, p.116).

¹⁹¹ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp.73-84.

“são determinadas proposições incontroversas que já se encontram aceitas pelo auditório antes do início do discurso”¹⁹².

Os acordos ficam mais evidentes quando se trabalha com os auditórios particulares, as instâncias judiciais, por exemplo. Entende que esse grupo possui uma linguagem técnica, especializada e, as pessoas presentes no auditório particular apresentam um elo, construído por uma série de elementos em comuns que facilitam as escolhas das premissas para o acordo¹⁹³.

O acordo, de fato, é o ponto inicial do processo argumentativo, mas tão importante do que estabelecer esta comunicação prévia com o auditório, é partir para o desenvolvimento do processo argumentativo. Para isso, a escolha de dados, a linguagem, a interpretação, e prever os problemas que desta base pode surgir, como por exemplo, os questionamentos que o auditório pode formular, são aspectos essenciais, por que “o papel da seleção prévia dos elementos que servirão de ponto de partida para a argumentação e da adaptação deles aos objetivos desta última”¹⁹⁴. Do contrário, ou seja, a escolha equivocada dos dados ou mesmo uma má interpretação pode invalidar toda a construção dos argumentos, tornando o discurso sem objetivo.

A escolha dos objetos é um fator bem importante, pois atribui à presença desses elementos, o que é fundamental para a argumentação. É a possibilidade de usar ou não certos dados, “é uma seleção prévia dos elementos que servirão de ponto de partida para a argumentação e da adaptação deles aos objetivos desta última”, o fato de apresentar determinado elemento já demonstra a sua importância¹⁹⁵.

A tarefa do orador, também deve ser manifestada no cuidado com a organização dos dados escolhidos, isto é, para além da interpretação dos dados a apresentação, a linguagem, promove a qualificação de esclarecimento, como a “seleção visível de uma qualidade que se enfatiza e que deve completar nosso

¹⁹² PACHECO, Gustavo de Britto Freire. Retórica e nova retórica: a tradição grega e a teoria da argumentação de Chaim Perelman. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25334-25336-1-PB.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2020, p. 08.

¹⁹³ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.112.

¹⁹⁴ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.131.

¹⁹⁵ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 131.

conhecimento do objeto”¹⁹⁶. Esse cuidado tem correlação com a noção que o argumento passa ao auditório, e se feito da forma errada, ao invés de esclarecer pode provocar efeito contrário, de difícil compreensão¹⁹⁷.

Para que os problemas da qualificação sejam reduzidos, Gustavo Pacheco, afirma que Perelman defenderia o uso da linguagem comum, habitual, do dia-a-dia afinal, o discurso é direcionado a todas as pessoas e não a um grupo específico¹⁹⁸. No entanto, se o orador precisa fazer escolhas e entrar em acordo com cada auditório que vai lhe ouvir, por bem seria que a linguagem utilizada, a condução do raciocínio, o uso de *figuras de retórica*, da argumentação, enfim, são elementos indispensáveis na condução do convencimento ou da persuasão. Assim, a escolha de toda a base que forma o processo argumentativo, deve estar associada ao auditório dirigido, seja ele na modalidade universal ou particular¹⁹⁹.

Para que haja a possibilidade de uma argumentação são necessários vários objetos de acordo, como não é possível prever a totalidade dos objetos usados, a argumentação passa a ser realizado nos dois sentidos, vez que é necessário escolher tantos os elementos quanto às formas de apresenta-los²⁰⁰.

2.5.3 AS TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS: SUCESSÃO E COEXISTÊNCIA

Quanto às técnicas argumentativas, Perelman e Tyteca, classificam os argumentos em procedimentos de união “unem elementos distintos e permitem

¹⁹⁶ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.143.

¹⁹⁷ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 143-147.

¹⁹⁸ PACHECO, Gustavo de Britto Freire. Retórica e nova retórica: a tradição grega e a teoria da argumentação de Chaim Perelman. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25334-25336-1-PB.pdf>>, p. 01.

¹⁹⁹ RODRIGUEZ, Víctor G. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 5ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p.215-217.

²⁰⁰ ATIENZA, Manuel. As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Toulmin, McCormick, Alexy e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p. 91.

estabelecer entre eles uma solidariedade que pretenda seja estrutura-los, seja valorá-los positiva ou negativamente” ²⁰¹ e de dissociação, “dissociar, separar elementos considerados componentes de um todo” ²⁰². Os autores expõem, inclusive no tratado, um quadro com a classificação destes argumentos, sem o interesse de que esta apresentação seja exaustiva, iremos apenas citá-los.

Para o nosso trabalho, vamos sucintamente expor dois tipos de argumentos baseados na estrutura do real, que se apresentam como uniões de sucessão ou uniões de coexistência. Para os primeiros, são argumentos que unem um fenômeno as suas consequências ou as suas causas, como por exemplo, o argumento pragmático “ que permite apreciar um ato ou um acontecimento segundo as suas consequências favoráveis ou desfavoráveis”²⁰³.

Já os argumentos empregados nas uniões de coexistência, associam um indivíduo com seus atos, um grupo com as pessoas que o compõe, esta relação ato-pessoa, atos que podem influenciar a pessoa, ou a pessoa que influencia sobre seus atos, manifestam processos de interação tão intensos que fica difícil perceber quem influencia quem. Um exemplo é o argumento de autoridade, usado muito nas citações doutrinárias em uma decisão judicial “é aquele que se utiliza da lição de pessoa conhecida e reconhecida em determinada área do saber para corroborar a tese do argumentante” ²⁰⁴. Em relação a classificação dos argumentos apresentados, Atienza critica, por considerar que a classificação se mostra mais incerta do que útil²⁰⁵.

²⁰¹ ATIENZA, Manuel. As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Toulmin, McCormick, Alexy e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p.299.

²⁰² ATIENZA, Manuel. As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Toulmin, McCormick, Alexy e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000, pp. 299-300.

²⁰³ ATIENZA, Manuel. As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Toulmin, McCormick, Alexy e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p. 98.

²⁰⁴ RODRIGUEZ, Victor G. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 5ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, pp.107-108.

²⁰⁵ ATIENZA, Manuel. As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Toulmin, McCormick, Alexy e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p. 112.

2.5.4 A ESCOLHA DOS ARGUMENTOS E A FORÇA QUE REPRESENTAM NO PROCESSO ARGUMENTATIVO.

O que é relevante para a argumentação é a interação dos vários elementos que compõe o processo argumentativo, por isso o orador deverá levar em conta esta complexidade no momento que couber a escolha dos argumentos a partir do que Perelman e Tyteca classificaram como a força dos argumentos²⁰⁶. Portanto, existem argumentos fortes e fracos no processo argumentativo.

A força dos argumentos consiste na adaptação do orador com o seu auditório e, neste aspecto, Perelman e Tyteca indicam dois entendimentos: pode-se pensar em um argumento eficaz, uma vez que trouxe a adesão do auditório, ou em um argumento válido, que também deveria trazer a adesão do auditório, mas que independe da eficácia ou validade para fins de força dos argumentos. O fato é que a distinção será: argumentos fortes e/ou fracos e isso serão avaliados de acordo com a regra da justiça “o que, em certa situação, pôde convencer, parecerá convincente numa situação semelhante ou análoga”²⁰⁷. A força do argumento irá depender tanto do auditório quanto da ocasião.

Quanto a força dos argumentos, ou seja, se são fortes ou fracos, Atienza pontua criticamente que:

a força de um argumento dependeria de diversos fatores: a intensidade da aceitação por um auditório, a relevância do argumento para os propósitos do orador e do auditório, a possibilidade de ele ser refutado (quer dizer, até que ponto o auditório aceita certas crenças que permitiram refutar o argumento) e, as reações de um auditório considerado hierarquicamente superior (um argumento é mais forte que outro se um auditório crê que esse argumento teria mais força para um auditório que ele considera hierarquicamente superior)²⁰⁸.

²⁰⁶ ATIENZA, Manuel. As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Toulmin, McCormick, Alexy e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p. 103.

²⁰⁷ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 524-526.

²⁰⁸ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp.112-113.

Enfim, Perelman apresenta a sua lógica jurídica como processo de argumentação que se distancia da lógica formal aristotélica. Esta parte de silogismos para chegar a uma conclusão necessariamente verdadeira, raciocínio lógico que, para Perelman, não se encaixa no Direito que nem de longe faz parte da área de Exatas, tampouco promete decisões baseadas em premissas verdadeiras, mas sim na possibilidade de se decidir de outro modo ou de modo algum.

2.5.5 O RACIOCÍNIO DO JUIZ

O raciocínio jurídico, ou o raciocínio do juiz é bastante específico, pois o acordo entre as partes é algo difícil de conseguir. Argumentar, portanto, possui o caráter de uma controvérsia, e a decisão deste impasse acontece diante da autoridade, ou seja, o raciocínio do juiz se atribui a uma figura retórica de escolha (antonomásia – variedade da metonímia) ²⁰⁹.

O raciocínio do juiz é exatamente o ponto essencial, no qual a argumentação bem interpretada se concretiza numa decisão motivada. Trata-se de um tema bastante importante, vez que há uma crítica por parte de Perelman quanto ao positivismo jurídico kelseniano, por isso vamos nos dedicar um pouco mais sobre o assunto, antes de ponderar as críticas a esta parte da teoria perelmaniana.

Todo esse processo cognitivo da Teoria Pura do Direito, que afasta o papel da argumentação do juiz e o direciona a outro campo do saber, permite a crítica de Perelman quando este alerta que Kelsen “só dá valor a um saber não controverso, inteiramente fundamentado nos dados da experiência e da prova demonstrativa, desprezando totalmente o papel da argumentação” ²¹⁰.

²⁰⁹ As figuras retóricas serão tratadas no próximo tópico, como dispositivos que auxiliam na formação do *ethos* do sujeito. ATIENZA, Manuel. As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Toulmin, McCormick, Alexy e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p. 106.

²¹⁰ PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; [revisão da tradução Eduardo Brandão]. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b – (Justiça e Direito). p. 476.

De fato, a perspectiva da construção de uma teoria alheia a qualquer argumentação, torna impossível promover a passagem do ser para o dever ser, pois abdica das instituições controversas e aplica a regra ao caso concreto pela dedução e demonstração.

Contrariamente ao que percebemos sobre a Teoria Pura do Direito, para Perelman “são os juízos de valor, relativos ao caráter adequado da decisão, que guiam o juiz em sua busca daquilo que, no caso específico, é justo e conforme ao direito, subordinando-se normalmente esta última preocupação à precedente” ²¹¹.

O caráter da formação da decisão não será desenvolvido pela escolha subjetiva da norma e a aplicação objetiva, mas sim por preceitos agora intersubjetivos, na medida em que refletem os anseios e as preocupações do meio ao qual a decisão será submetida a uma apreciação. Portanto, a aceitação, promove um diálogo, um respeito interior ao todo social e também aos efeitos da aplicação das leis.

Caberá ao juiz usar na formação de uma decisão tanto a conformidade das normas presentes no ordenamento jurídico, quanto os valores que a comunidade respeita. Aplicar somente a norma pela discricionariedade que o cargo lhe confere, estaria o magistrado invadindo o papel da atividade típica do poder Legislativo, o que levaria a animosidades e a uma inegável insegurança jurídica²¹².

Por conseguinte, o raciocínio do juiz ultrapassa a qualidade de uma singela operação dedutiva assentada no silogismo e a aceitação incontestada das premissas verdadeiras – as quais não se encaixam no direito –, cuja conclusão se impõe, ainda que proeminente seja a total ausência de plausibilidade²¹³.

²¹¹ O auditório particular é configurado por especialistas em Direito, os tribunais superiores ou o legislador. PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; [revisão da tradução Eduardo Brandão]. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b – (Justiça e Direito). p.114.

²¹² PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; [revisão da tradução Eduardo Brandão]. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b – (Justiça e Direito).

²¹³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

O raciocínio do juiz leva ainda a outra consequência bem importante e na qual já expusemos anteriormente, que é o convencimento, primordial a argumentação e que, segundo Perelman sempre irá se dirigir a um auditório²¹⁴.

“O raciocínio jurídico manifesta-se, por excelência, no processo judiciário ”²¹⁵. É um dever e um respeito que precisam ser demonstrados para que, não só as partes, mas os demais intérpretes e a própria comunidade consigam compreender os efeitos daquela decisão. Ao evidenciar o processo argumentativo que fundamentou a decisão judicial, Perelman diz que não há arbitrariedade, e sim justiça²¹⁶.

A crítica bem fundamentada de Atienza começa ao afirmar que a noção de positivismo jurídico que Perelman usa não é nada objetiva. Elimina do Direito a referência do que significa a justiça, entende que o Direito é a expressão arbitrária do soberano e, atribui ao juiz um papel bastante limitado, vez que não leva em conta os princípios do Direito, apenas o texto escrito pelos legisladores. Perelman usa de características que não são as usuais na atualidade do positivismo atual.

Isso pode ser verificado a partir das concepções trazidas por Herbert L.A. Hart (que é o objetivo central da manifestação mais crítica ao positivismo jurídico, a teoria da integridade de Dworkin). Pois bem, Hart não elimina toda a ideia de Justiça como referência para o Direito, mas sim que é possível à separação de direito e moral, o que é e o que deve ser Direito; diante da necessidade da aceitação interna das normas, fator essencial para a compreensão do Direito, não há como prever a redução do Direito a coação; e, por fim, no que diz respeito à crítica a discricionariedade do juiz tem poder “criar o Direito diante de casos difíceis”, embora ao mesmo tempo o juiz esteja submetido a uma série de condições jurídicas que reduzem esta escolha discricionária. O positivismo jurídico de Hart prevê o uso dos princípios gerais do Direito²¹⁷.

²¹⁴PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; [revisão da tradução Eduardo Brandão]. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b – (Justiça e Direito).

²¹⁵PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: nova retórica. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000a, p.209.

²¹⁶PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: nova retórica. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000a, p.209.

²¹⁷ De acordo com HART, H.L.A (1963, apud ATIENZA, Manuel. As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000, pp. 121-123).

O processo argumentativo pode ser visto também como a arte de tornar o conjunto de elementos presente na mente do ouvinte. Um recurso linguístico, um argumento de autoridade – citação –, um exemplo, uma ilustração, os documentos juntados, podem, sem que o ouvinte perceba, aumentar-lhe a presença de determinado argumento em sua mente, e, assim, marcar este conjunto argumentativo como preferível aos pensamentos do ouvinte²¹⁸.

A linguagem passa a ser um excelente argumento quando este dispositivo faz presumir que o conteúdo do discurso é verdadeiro, por parte do argumentante, sim, a linguagem é fortemente persuasiva. Basta lembrar Perelman “não esqueçamos que ouvir alguém é mostrar-se disposto a aceitar-lhe eventualmente o ponto de vista”²¹⁹. Assim, a seleção das palavras, o modo de expor o raciocínio, o entrelaçamento dos argumentos – com ordem e harmonia – faz da linguagem um dispositivo que constitui o sujeito para o processo suasório.

A boa escolha das palavras é um argumento que se mistura ao próprio conteúdo, ou seja, a argumentação é uma liga indissociável entre o raciocínio e a forma de expressão. Isso não significa a necessidade de usar palavras difíceis no processo argumentativo, porque um bom trabalho persuasivo se transmite com fluidez, objetividade que encaminham o ouvinte para a compreensão e, conseqüentemente, a permanência em sua consciência²²⁰.

O uso da boa linguagem é um processo personalíssimo, pois os métodos de expressão que auxiliam na persuasão são vastos, justamente porque o conhecimento da força das palavras é um fator relevante àquele que argumenta²²¹. As *figuras de retórica* ou figuras argumentativas, por exemplo, apresentam um papel importante do processo argumentativo, pois contribuem para a operacionalização da retórica. Reconhecer, portanto, uma figura é desvelar quais são os elementos de persuasão e/ou convencimento presentes em um determinado discurso. Este é o ponto a seguir tratado no presente capítulo.

²¹⁸ RODRIGUEZ, Víctor G. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 5ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, pp.170-171.

²¹⁹ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 19.

²²⁰ RODRIGUEZ, Víctor G. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 5ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p.230.

²²¹ RODRIGUEZ, Víctor G. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 5ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, pp. 235-236.

2.6 AS FIGURAS DE RETÓRICA: DISPOSITIVOS ARGUMENTATIVOS QUE CONSTITUEM A IDENTIDADE DISCURSIVA.

A linguagem sempre poderá ser traduzida em um bom argumento para o processo de persuasão. Desde que o homem passou a usar este importante dispositivo e estudar as suas formas, escolhas e intensões, reconheceu que existem, na linguagem, palavras e expressões que auxiliam no processo de persuasão e/ou convencimento, diante da adesão do ouvinte.

Aliás, foi justamente na proposta de uma “nova retórica” que houve o resgate de certas formas verbais como modo de expressão do pensamento que persuade e/ou convence o ouvinte, as chamadas *figuras de retórica*. Pode-se dizer que foi uma retomada diante de um desuso provocado pelo mundo, então maravilhado pela racionalidade cartesiana das ciências do fim do século XVIII e início do século XIX, de modo que as considerações científicas assumiram a exclusividade nos estudos retóricos. Portanto, o afastamento das concepções aristotélicas das figuras – como técnica retórica e argumentativa²²² – foi inevitável, direcionando como ornamento e com fundamento puramente estético o uso das expressões nos discursos.

No “tratado de argumentação” Perelman e Tyteca explicaram que o objetivo das figuras, em geral, seria de promover a atenuação ou o reforço de um elemento para dentro do discurso, fazendo-o mais essencial do que em situações nas quais não se utilizasse tal estratégia. Destacam, assim, o papel relevante da função argumentativa existente nas figuras.

Ao retomar a ideia de Perelman, este nos diz que o modo de descrever os acontecimentos faz com que a permanência do conteúdo na consciência do ouvinte manifeste uma forma de persuadir e/ou convencer. Por isso, a função argumentativa

²²² MOSCA, Lineide do L.S. Velhas e novas retóricas: convergências e desdobramentos. In: MOSCA, Lineide do L.S. (org.) Retóricas de ontem e de hoje. São Paulo, Humanitas, 2001, 17-54.

das *figuras de retórica* é tão relevante no sentido de “em que e como o emprego de algumas figuras determinadas se explica pelas necessidades da argumentação” ²²³.

Como figuras argumentativas e não de estilo, as *figuras de retórica* cumprem a função de um caminho entre os elementos que compõe a linguagem a sua efetiva ação de persuasão e/ou convencimento. Neste sentido, representam o discurso pelo sujeito²²⁴ e também são fontes dispositivas que interagem na consciência daquele que ouve ao produzir a persuasão e/ou convencimento, e em consequência a ‘possibilidade’ de um novo modo de pensar.

As figuras de argumentação e de retórica, como dispositivos, possibilitam a constituição do *ethos*²²⁵ (identidade) dos sujeitos que estão envolvidos na ação comunicativa, como se fosse à formação da imagem de si no discurso, mas não a sua imagem real, ou seja, a constituição do sujeito argumentante para aquele determinado auditório. É a representação da subjetividade ideal marcada no discurso e ainda, levando em consideração as particularidades de cada auditório.

Para Perelman as *figuras de retórica* apresentam características bem pontuais, ou seja, para ser uma figura precisa ter uma forma – sintática semântica ou pragmática – e, o uso que diverge do modo habitual de expressar-se, e assim, chamar a atenção²²⁶. Se as figuras são o modo de dizer algo que não é o comum, Perelman retoma esta ideia em *Retórica*, quando afirma que é o efeito surpresa provocado na mente do ouvinte e que faz manifestar o pensamento, ali se faz presente uma *figura de retórica*, afinal, “o que é normal num certo contexto, não o é noutro: os trajes de festa não se notam nas circunstâncias apropriadas” ²²⁷.

Quando se observa a estrutura discursiva pode-se pensar que a repetição de uma palavra, à amplificação ou, a citação doutrinária (argumento de autoridade) recorrente poderiam ser classificadas como figuras. Mas outras formas como a

²²³ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 190.

²²⁴ GUIMARÃES, Elisa. Figuras de Retórica e Argumentação. In: MOSCA, Lineide do L. S. (org.) Retóricas de ontem e hoje. São Paulo, Humanitas, 2001, 145-160.

²²⁵ Ethos é uma definição aristotélica que afirma que é o texto que vai indicar quem é esse Eu. E isso só vai acontecer a partir da construção do discurso com o auditório. EGGS, E. ethos aristotélico, convicção e pragmática moderna. In: AMOSSY, R. (org.) Imagem de si no discurso – a construção do ethos. São Paulo, Contexto, 2005, 29-56.

²²⁶ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 190-191.

²²⁷ PERELMAN. Chaim. Retóricas. São Paulo, Martins Fontes, 1987, p. 58.

pontuação, em situações determinadas, também as são, justamente porque do ponto de vista das características empregadas para diagnosticar uma figura, não há nenhuma estrutura que não possa ser considerada como tal, mas não é só isso, Perelman alerta que não basta que o uso da linguagem seja incomum para que se afirme a presença de uma figura:

É certo, de todo o modo, que só há figura quando se pode operar uma dissociação entre o uso normal de uma estrutura e seu uso no discurso, quando o ouvinte faz uma distinção entre a forma e o fundo, que lhe parece impor-se²²⁸.

O propósito argumentativo que as figuras assumem acontece quando a distinção entre o uso normal e o uso no discurso é percebida no início da oralidade ou do texto escrito e, se elimina em razão do efeito produzido pelo próprio discurso. E ainda, algumas formas podem até em um primeiro momento parecer que estão colocadas de um modo incomum, mas se no transcorrer no discurso o seu uso for justificado, então a figura irá parecer comum, isso acontece conforme a adesão do ouvinte àquela forma argumentativa²²⁹. Em contrapartida, se não houver a adesão por parte do ouvinte, certamente tal estrutura não será uma *figura de retórica* com função argumentativa, e passará a ser definida apenas como uma figura de estilo²³⁰.

Difícil é, portanto, a tarefa de determinar se uma estrutura é uma figura e mais ainda, se a sua função é argumentativa ou não, mas há como definir que certas estruturas podem sim se manifestar como figuras e isso serão tratadas na sequência. No entanto, é pertinente dizer que a melhor figura é aquela que não se faz notar, que não precisa da reação do ouvinte para afirmar que é uma *figura de retórica*.

Isso quer dizer que uma figura é argumentativa não porque o ouvinte adere as conclusões do discurso, a partir do momento que o argumento é percebido em seu pleno valor a função já se fez suficiente, não importando se outras considerações se oponham a aceitação de determinada tese²³¹. Quando uma figura não cumpre a tarefa

²²⁸ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 191.

²²⁹ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.192,

²³⁰ São tomadas, quase sempre, como desvios da linguagem, como ornamentos, nem sempre integram o processo de significação do texto. SAUSURE, F. de Curso de Linguística Geral. São Paulo, Cultrix, 1991. [Original de 1916]

²³¹ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 192.

argumentativa, ou seja, se não houve a adesão do ouvinte diante daquele elemento, o orador precisa mudar de direção, porque aquela figura será reclassificada como figura de estilo ou de ornamento, e não mais argumentativa²³².

Para compreender o aspecto argumentativo da figura é necessário conceber a passagem daquilo que é habitual para o não habitual, e a volta ao habitual novamente. A expressão “normal” se refere não só a um meio, a um auditório, mas a um determinado momento do discurso²³³. A forma de se expressar é, para Perelman, autêntica, verdadeira, normal, a figura só se apresenta de modo estático, ou seja, uma expressão é, ou não é uma figura, portanto, não cabe a reação do ouvinte perceber que se está diante dela:

Não há figura mais excelente do que a que está totalmente oculta, e quando não se reconhece que é uma figura. Ora, não há socorro nem remédio mais maravilhoso para impedi-la de aparecer do que o Sublime e o Patético; porque a Arte assim encerrada no meio de algo grande e deslumbrante tem tudo o que lhe faltava e já não é suspeita de nenhum embuste²³⁴.

Se a difícil tarefa está em perceber quando uma estrutura é ou não é uma figura, podemos fazer uma tentativa ao apresentar o conceito de “estrutura de figuratividade”. A proposta é formada por Michel Meyer, escritor que aborda a retórica como um processo lógico-argumentativo empregado na constituição do discurso, e que propõe três características essenciais da estrutura.

Primeiro, a figura pode ser apresentada como um argumento que exige do outro uma ação, por exemplo, o caso de ter que interpretar algo que foi dito em um discurso, aliás, a interpretação é uma *figura de retórica*. Segundo, a figura cria uma identidade, mas não de modo literal, apenas figurativa, portanto, será uma tarefa do auditório resolver este problema, qual seja, de saber o que está de fato em discussão, exatamente naquilo que não foi citado literalmente, mas nas entrelinhas. E por fim, a terceira característica, a estrutura da figuratividade apresenta um efeito de sentido, quase que poético, pois coloca “a linguagem no domínio inovador do pensamento”²³⁵.

²³² PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 192.

²³³ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 193.

²³⁴ De acordo com LONGINO, pseudo (1729, apud PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.194).

²³⁵ MEYER, Michel. Questões da retórica: linguagem, razão e sedução. Lisboa: edições 70, 2014.

[...] “Se existe figura, existe questão, resposta problematológica, uma resposta que interroga o auditório e o força a responder para esclarecer a questão” ²³⁶.

Mas, Perelman, quando se refere a estrutura classificou as figuras em grupos conforme o efeito predominante que elas manifestam quando apresentam os dados: escolha (sugerir ou impor); presença (aumentar a presença de um elemento); e de comunhão, ou seja, formar ou assentir a comunhão com o auditório²³⁷.

Mas de antemão é importante salientar que as classificações que distinguem as figuras, de fato, não nos auxiliam muito no trabalho isso porque, uma mesma figura reconhecida pela sua estrutura, nem sempre produzirá o mesmo efeito argumentativo. É justamente este efeito que nos interessa, o “argumentativo”.

De maneira sintetizada, mas que acreditamos ser importante para o nosso estudo, pois enxergamos que a função dispositiva está presente nas figuras retóricas (diante da escolha feita pelo argumentante), vamos explanar o que as estruturas citadas acima representam no discurso a partir dos exemplos de algumas figuras de retórica relevantes para a aplicação prática proposta no terceiro capítulo.

2.6.1 CLASSIFICAÇÃO DAS FIGURAS DE RETÓRICA E ARGUMENTAÇÃO.

A) Figuras de escolha (a *definição oratória*, a epígrafe, a *perífrase* [a *sinédoque*, a *metonímia* e a *metalepse*): são usadas para impor ou sugerir uma caracterização²³⁸, o efeito habitual resultante pela escolha em relação ao auditório. Toda escolha feita pelo argumentante tem uma razão de ser, porque cabe a esta opção expressar a força argumentativa.

²³⁶ MEYER, Michel. Questões da retórica: linguagem, razão e sedução. Lisboa: edições 70, 2014, p. 113.

²³⁷ ATIENZA, Manuel. As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Toulmin, McCormick, Alexy e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p. 91.

²³⁸ GUIMARÃES, Elisa. Figuras de Retórica e Argumentação. In: MOSCA, Lineide do L.S. (org.) Retóricas de ontem e hoje. São Paulo, Humanitas, 2001, p.153.

Na prática, um dos exemplos mais ilustrativos é a interpretação, como um fato a ser apresentado ao auditório, poderá ser estilo ou argumento dependendo da reação que causa no auditório. Se a ideia faz o ouvinte pensar é uma figura argumentativa, caso contrário, seu efeito será apenas de estilo.

A *definição oratória*, como figura de escolha, usa a definição não para explicar o sentido daquilo que se fala, mas sim para destacar alguns aspectos essenciais no discurso que poderiam ficar em último plano na consciência do ouvinte, é uma figura ligada diretamente como uma ação sobre o auditório. Portanto, a *definição oratória* não desempenha o papel habitual de uma estrutura que seria fornecer o sentido de uma palavra, mas o efeito produzido pela escolha – que é manter em destaque algum elemento²³⁹. Nos discursos jurídicos a definição oratória é muito usada quando o assunto de fundo é durante todo o processo argumentativo reiteradamente manifestado por meio de diversas explicações.

A *epígrafe*, também é uma figura de escolha presente com frequência no discurso jurídico. A *epígrafe* é um pré-texto ou, pode ser até mesmo uma pré-ementa, que serve de chamariz ao texto principal, porque compacta o pensamento do argumentante. Nesse sentido, a escolha da *epígrafe* e a sua colação na decisão judicial diz muito, permitindo uma leitura da imagem de si (no que confere ao *ethos* do argumentante), pelos valores professados na *epígrafe*, mas, além disso, permite a construção da imagem do outro (do ouvinte)²⁴⁰.

Certas figuras, em particular a *metalepse* – que é uma espécie de *metonímia*, figura de escolha, na qual há substituição de uma palavra ou termo sem perda de sentido – auxilia nos processos de transformação dos juízos de valor em juízos de fato. A *metalepse* aparece no estatuto dos elementos de argumentação e na sua apresentação. Quando o orador quer atribuir maior ou menor valor a determinados fatos para chamar a atenção.

Pode acontecer que na apresentação das premissas em um discurso jurídico haja necessidade de reduzir o “estatuto dos elementos utilizados”, isso quer dizer,

²³⁹ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 196.

²⁴⁰ PEREIRA, Égina Glauce Santos. Metáfora, metonímia, sinédoque e ironia: os elementos retóricos de racionalidade no discurso jurídico. SCRIPTA. Belo Horizonte, v.20, n.40, p.346-366, 2º sem. 2016. Disponível em: < <http://periodicos.pucminas.br/index.php/scripta/article/view/P.2358-3428.2016v20n40p346/11093>>. Acesso em: 08 jan,2020, p.355.

transferir determinados elementos para outra categoria, dando uma ênfase maior a um tipo de objetos de acordo do que outro:

Presume-se, normalmente, que o orador e seu auditório reconheçam o mesmo estatuto para os elementos do discurso, pelo menos até que uma divergência explícita obrigue a modificar essa hipótese. Mas acontece com muita frequência que, no interesse de sua argumentação, o orador faça um esforço para situar o debate no plano que lhe parece mais favorável, modificando se preciso for o estatuto de certos dados. Nesse ponto a apresentação desempenha um papel essencial²⁴¹.

O estatuto dos elementos será melhor quando o orador conseguir o acordo mais amplo com o auditório, este é o maior esforço que o argumentante terá que fazer, atribuir maior valor aos fatos que deseja chamar a atenção.

Assim, o estatuto de valor são os sentimentos pessoais, enquanto o estatuto de fato será atribuído aos valores. Os sentimentos e impressões pessoais são expressos como juízos de valor e amplamente compartilhados, Perelman afirma que os juízos de valor podem, por meio de artifícios de apresentação, ser transformado em juízo de fato. E que tal atribuição pode ser direcionada a alguém, na justificativa de que a mudança de estatuto poderá dar maior ou menor peso ao enunciado²⁴².

Por isso, ao voltar o uso da metalepse no discurso jurídico, quando se quer reduzir a gravidade de uma oposição, a negação de um fato poderá ser transformada em juízo de apreciação. O intuito do uso desta figura para a argumentação não é necessariamente aumentar ou reduzir o valor, mas sim transpor o debate unicamente a uma escolha particular²⁴³.

B) Figuras de presença (a *onomatopeia*, a repetição, [a anáfora à amplificação, a *sinonímia*], o pseudodiscurso direto): manifestam a presença do objeto no discurso na consciência do argumentante e também do ouvinte.

Para Perelman e Tyteca, é imprescindível como fator de persuasão manter o objeto do discurso no “primeiro plano da consciência”²⁴⁴, desta forma cabe ao

²⁴¹ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 203.

²⁴² PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 204-205.

²⁴³ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 208.

²⁴⁴ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 154.

argumentante chamar a atenção não só para o que vai expor, como também, para si próprio, e faz este trabalho escolhendo os elementos de “acordo num contexto que os torne significativos e lhes confira o lugar que lhes compete num conjunto”²⁴⁵. A citação proposta no tratado esclarece a função de uma figura de presença:

Está claro que, se temos muito que dizer de uma pessoa ou de uma coisa, somos obrigados a designá-la várias vezes pelo nome; reciprocamente, se a nomeamos várias vezes, parece que dizemos muitas coisas sobre ela²⁴⁶.

Que fique claro que não se trata de repetir literalmente o nome para que a presença se mantenha na consciência, este processo é realizado pela amplificação, e que esta é uma figura de retórica quando se utiliza de uma enumeração das partes, o que faz lembrar uma argumentação quase lógica, “teus olhos são formados para a imprudência, o rosto para a audácia, [...] logo, tu és toda malignidade”²⁴⁷.

Assim como à amplificação, a sinonímia é uma figura presença, pela repetição, pois usa termos diferentes para designar uma mesma ideia. A cada termo usado a presença da ideia vai ficando cada vez mais forte.

A anáfora é uma espécie de repetição que acontece quando se usa o mesmo termo de modo a demonstrar um fracionamento de um elemento, a fim de favorecer a presença.

O pseudodiscurso direto é uma figura de presença, porque atribui de modo hipotético palavras a uma pessoa ou a várias pessoas conversando entre si, “dará a conhecer as intenções que atribuem a alguém ou o que se crê ser a opinião de outrem sobre estas intenções”²⁴⁸.

C) Figuras de comunhão (a alusão, a citação, a apóstrofe, a comunicação oratória): aquelas que oferecem um conjunto de caracteres referentes à comunhão com o auditório²⁴⁹. A comunhão é realizada por referência a uma tradição ou cultura com o

²⁴⁵ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 161-168.

²⁴⁶ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 199.

²⁴⁷ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.199.

²⁴⁸ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.200.

²⁴⁹ GUIMARÃES, Elisa. Figuras de Retórica e Argumentação. In: MOSCA, Lineide do L.S. (org.) Retóricas de ontem e hoje. São Paulo, Humanitas, 2001, p.156.

auditório distinto, tal afetividade que permite uma participação ativa do argumentante com o auditório. Perelman e Tyteca indicam que a linguagem, os clichês, a alusão²⁵⁰, ou melhor, todas as formas que consigam trazer a comunhão com o auditório podem ser denominadas de figuras de comunhão.

A citação será considerada uma figura de comunhão apenas, quando não se propor a sua habitualidade que é se apoiar no texto de uma autoridade, como, por exemplo, o uso de doutrinadores conhecidos e reconhecidos. Para explicar quando a citação é uma figura de comunhão, basta entender que o argumentante apenas quis citar, não para dar mais autoridade àquilo que ele disse no discurso, mas para explicitar algo que já está presente nas opiniões daquilo que se discute. É a comunhão com o auditório.

No caso da apóstrofe, que se apresenta como uma ‘interrogação oratória’, é uma figura de comunhão, não tem o interesse de informar, nem de querer um acordo, somente chamar a atenção para a discussão. A comunicação oratória – quando se pergunta algo para o auditório – o orador se utiliza quando quer que o auditório participe da discussão, reflita sobre a situação concreta, chama a atenção para o ponto em debate por meio da interrogação²⁵¹.

D) Figuras de argumentação que podem ou não se transformar em *figuras de retórica*.

Mas e quando nos deparamos e um discurso jurídico com a apresentação de diversas jurisprudências para afirmar um posicionamento, que espécie de argumento é a jurisprudência? Será que pode ser uma figura de retórica?

Quando no discurso jurídico nos deparamos com uma série de apontamentos trazidos por jurisprudências, estamos diante do uso de um argumento por analogia, que persuade por motivos específicos tais como: a autoridade do órgão prolator; a sua

²⁵⁰ Há alusão quando a interpretação de um texto, se se omitisse a referência voluntária do autor a algo que ele evoca sem designar, estaria incompleta. Este algo pode ser um acontecimento do passado que é do conhecimento dos membros do grupo que o argumentante pretende estabelecer a comunhão. PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 201.

²⁵¹ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 202.

atualidade; e pela proximidade entre o foro e tema. As características da atualidade e da proximidade são típicas da argumentação por analogia²⁵².

É próprio de o raciocínio humano usar a semelhança para associar algo que lhe pareça em comum. O argumento a *simili*, por analogia, apresenta um papel persuasivo em qualquer discurso. O peso do uso do argumento por analogia no discurso jurídico é ainda maior, pois “tem-se que como regra evidente a de que o fundamento da justiça é o de tratar de maneira idêntica situações essencialmente semelhantes”²⁵³. Assim, a jurisprudência, como fonte do Direito, possui o condão de uma construção de decisões que permitam a sua aplicação nas decisões judiciais em casos que apresentem semelhança.

O uso da jurisprudência transforma-se em um argumento por analogia, quando o uso de um acórdão é indicado como “paradigma” para o resultado que se pretende atingir. E mais, o forte efeito persuasivo que este argumento apresenta, diante da adesão do auditório. Por certo que o magistrado não é obrigado a aplicar o mesmo entendimento sempre afinal, e ainda bem, o Direito é um instrumento vivo e seus operadores tem independência funcional para usar ou justificar a ausência da indicação de um entendimento jurisprudencial²⁵⁴.

Mas talvez, o mais interessante deste argumento é que a jurisprudência apresenta uma força persuasiva porque se reveste do argumento de autoridade, mas não da citação habitual, e daí, pode ser vista como uma *figura de retórica* de comunhão, pois um julgado de um tribunal superior produzirá um efeito suasório maior do que a decisão de um único magistrado em primeiro grau de jurisdição²⁵⁵.

De modo semelhante está o uso da metáfora, Perelman não classificou o uso como uma *figura de retórica*, mas a metáfora pode assumir esta função quando o seu papel argumentativo se mostrar presente. Como uma forma de que este argumento seja percebido em seu pleno valor. Isso acontece quando a metáfora acompanha o

²⁵² RODRIGUEZ, Víctor G. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 5ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p.149.

²⁵³ RODRIGUEZ, Víctor G. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 5ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p.145.

²⁵⁴ RODRIGUEZ, Víctor G. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 5ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p.147.

²⁵⁵ RODRIGUEZ, Víctor G. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 5ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 147-148.

movimento do discurso, “a adesão do ouvinte à forma de argumentação que ela favorece” ²⁵⁶.

Ao pensar sobre as figuras de retórica é buscar apreender os efeitos de sentido causados por meio do uso das diversas possibilidades de estratégias argumentativas que se manifestam inesperadas, com o propósito não só de buscar a persuasão daquele que ouve, como também de levar a constituição do *ethos* discursivo daqueles que participam da ação comunicativa, a sua subjetividade ou mais precisamente a sua identidade discursiva.

Quando nos referimos às estratégias argumentativas, percebemos que nos discursos jurídicos o estatuto dos elementos, que já citamos acima, se mostram muito presentes. O modo como se colocam as premissas, a sua valorização, ou seja, a apresentação merece especial atenção por parte do orador, cujo objetivo é garantir que no debate, o acordo na relação orador x auditório aconteça de modo espontâneo e suasório.

Tal condição é tão importante que um desacordo entre os valores é apresentado como um desacordo dos fatos, justamente porque é mais fácil opor a um juízo de fato a um juízo de valor. Assim, “diante de uma lei contestada, aumentar-se-lhe-á o valor proclamado que, se ela for transgredida, só pode ter sido por ignorância. Subentende-se que se a conhecessem não hesitariam em segui-la” ²⁵⁷.

Em razão desta densa apresentação sobre a importância da linguagem na formação dos discursos, talvez possamos realmente apreender que existe uma relação entre o Direito Discursivo e o Direito Argumentativo. Melhor dizendo, há uma relação na produção do consenso que acontece pela prática discursiva como ponto de partida para perseguir um consenso integrador e o discurso jurídico, que parte de um processo argumentativo que visa o convencimento e/ou persuasão do auditório.

Em nosso derradeiro último capítulo o objetivo é demonstrar e compreender na prática a relação entre o Discurso e a Argumentação, por meio da aplicação das

²⁵⁶ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 192.

²⁵⁷ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 203-205.

figuras de retórica e argumentação, além da presença da relação Direito x Moral no texto fundamentado de um caso concreto bastante conhecido.

CAPÍTULO III: APLICAÇÃO DAS FIGURAS DE RETÓRICA E DE ARGUMENTAÇÃO NO CASO LUIZ INÁCIO – HC 152.752 PR: PERSUASÃO E CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO.

3.1 POR QUE A ESCOLHA DO HC 152.752 PR: CORRUPÇÃO, SOCIEDADE DE RISCO, DIREITO E MORAL.

Os dois capítulos anteriores foram apresentados com o interesse de mostrar como acontece a formação do sujeito e os processos argumentativos que auxiliam nesta constituição. Descrevemos a importância dos dispositivos e os processos de subjetivação, para Agamben. Falamos que na rede de saber e de poder, os dispositivos entram em contato com o sujeito e auxiliam em sua formação, diante das ideias e da intensidade foucaultiana. Tal processo é permanente, ou seja, o sujeito se forma e se reforma a todo o momento em que entra em contato com os dispositivos.

Em seguida, diante da importância dos dispositivos, abordamos a linguagem e o discurso em três teorias argumentativas distintas, mas que se comunicam: Apel, a comunidade ideal da fala; Habermas, a ação comunicativa que pretende o consenso e a fundamentação das normas morais distintas da fundamentação do Direito; e Perelman, o convencimento e/ou a persuasão dos distintos auditórios, e as suas *figuras de retórica* argumentativas.

A ideia agora é tentar aplicar na prática os dispositivos do processo argumentativo, em um caso concreto. A análise proposta é o *Habeas Corpus* preventivo n. 152.752 PR, impetrado pela defesa do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que foi denegado no Supremo Tribunal Federal, em abril de 2018.

Por certo que poderíamos estudar a possibilidade de aplicar as figuras em outra decisão judicial. A escolha não tem o interesse de fazer apologia a nenhum partido político, tampouco manifestar a opinião sobre a decisão dos Ministros do STF no referido caso. Mas sim, por acreditar que o contexto político, econômico e social auxiliou como base para o discurso argumentativo das decisões proferidas para a adesão e persuasão do auditório particular dos onze Ministros votantes e presentes.

E quando citamos o contexto político, econômico e social, nos referimos a um problema antigo e recorrente não só no Brasil como em muitas outras sociedades, a corrupção. Ainda que não se encontre um conceito único para descrever o que é a corrupção é possível afirmar, que este enraizado problema é objeto de estudo não só do Direito, como das Ciências Sociais, Economia, Teoria do Estado, Administração Pública, para ficar apenas nestas áreas.

Há na realidade política, econômica e social brasileira um fator nuclear que reproduz a corrupção, é a desigualdade. Este é o motivo que alimenta e potencializa a corrupção e, no mesmo sentido, cria um claro paradoxo, em que os cidadãos reconhecem sempre aos outros, como corruptos, principalmente os políticos, mas quase nunca a si mesmos como agentes transgressores²⁵⁸.

A corrupção, portanto, é o desvio de recursos públicos que atinge de forma imediata os bens econômicos do Estado e de modo mediato o “todo social”. O dinheiro público deslocado que poderia ser destinado a políticas públicas, gera efeitos em cascata que produz e reproduz as desigualdades sociais e, simetricamente os processos de exclusão dos sujeitos.

E para fazer um parêntese importante nesta problemática, o sociólogo Niklas Luhmann em uma tentativa de responder sobre o problema da inclusão x exclusão de seu sistema social mundial, afirmou que nas sociedades de modernidade periférica

²⁵⁸ FRAGA, Erica. Estudos revelam como a corrupção prospera e funciona. Folha de São Paulo, 2016. Disponível em: Acesso em: < <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/05/1773117-estudos-revelam-como-a-corrupcao-prospera-e-funciona.shtml> > 15 de jan. 2020.

(países em desenvolvimento), as redes de relacionamento que levam a favorecimentos, ou seja, a corrupção é o grande mal que direciona a reprodução da exclusão dos sistemas sociais²⁵⁹.

Acertou Luhmann ao abordar que a corrupção é um grande problema que afasta o processo de inclusão do sujeito nos sistemas, mas errou ao afirmar que se trata de um mal disseminado nos países de modernidade periférica. Esta crítica feita brilhantemente por Jessé Souza esclarece que, por certo a corrupção existe como um sistema profundo que se prolifera nos mais variados setores organizacionais, mas isso não pressupõe que todo brasileiro seja corrupto e não pressupõe também o direito que as sociedades de fora nos enxerguem assim, como um fator qualitativo negativo no qual as “sociedades virtuosas”²⁶⁰ nos direcionam²⁶¹.

Para Jessé a questão principal é que a corrupção é um problema das sociedades modernas como um todo. A virtude de manifestar pressupostos universais de inclusão integral, que apresentam sistemas modelos de inclusão e pertencimento, e que por isso pode ditar as regras do mercado mundial, estas sociedades modernas centrais, também cometem erros cujos reflexos, atingem de modo diverso (mais ou menos) os demais sistemas sociais²⁶².

O que estamos tentando apresentar não é um dossiê sobre as nefastas consequências que a prática corruptiva acarreta na sociedade, isso, por certo, é sabido. Mas o que pretendemos acrescentar é que esta criminalidade do colarinho branco – a criminalidade organizada – comporta uma estrutura organizacional que em contrapartida requer métodos investigativos avançados, maior tempo despendido para as verificações, e novas tecnologias para a realização do trabalho policial. Para Winfried Hassemer, “a corrupção é aquilo que dá a criminalidade organizada a sua nova qualidade”²⁶³.

²⁵⁹ De acordo com Luhmann, Niklas, Apud DUTRA, Roberto. BACHUR, João Paulo (org.). Dossiê Niklas Luhmann. Belo Horizonte: editora UFMG, 2013, pp.33-40.

²⁶⁰ Termo usado para definir as sociedades de modernidade central, nas quais os princípios universais se mostram demasiadamente eficientes.

²⁶¹ De acordo com Souza, Jessé, Apud DUTRA, Roberto. BACHUR, João Paulo (org.). Dossiê Niklas Luhmann. Belo Horizonte: editora UFMG, 2013, pp.158-161.

²⁶² De acordo com Souza, Jessé, Apud DUTRA, Roberto. BACHUR, João Paulo (org.). Dossiê Niklas Luhmann. Belo Horizonte: editora UFMG, 2013, pp. 160-161.

²⁶³ HASSEMER, Winfried. Direito penal libertário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 147.

Isso significa que o avanço dos meios tecnológicos, a produção social de riquezas, a inovação de um modo geral nas sociedades modernas atuais, vem acompanhadas por uma correspondente produção social de riscos. No posicionamento do professor Daniel Ferreira:

Por se concretizar como global e tecnológica, a sociedade do século XXI mostra-se, ademais, como uma verdadeira sociedade de riscos. Isto é, a percepção de que hoje se vive numa sociedade “diferente” pode ser explicada pelas distintas sensações de bem-estar ou de mal-estar e de segurança ou de insegurança que acometem as pessoas mundo afora quando confrontadas com outras experimentadas em tempos mais remotos²⁶⁴.

O modo como compreendemos o modelo de sociedade de que decorrem as relações humanas, permite compreender e estabelecer critérios para a crítica dos elementos sobre os quais se pretende comentar. A sociedade atual é caracterizada como de “riscos”, é este elemento nuclear que direciona o novo papel do Direito Penal e também, dos demais discursos jurídicos. Na perspectiva de Pierpaolo Bottini:

A sedimentação do modelo de produção econômica sobre a dinâmica do novo, do inédito, do desenvolvimento científico exasperado, transforma a noção de risco, antes periférica e acessória, em um elemento central na organização social. O novo papel do risco é o norte ao qual se orientam os principais instrumentos de interação social, caracterizando os tempos atuais²⁶⁵.

Sociedade de riscos e conseqüentemente, um Direito Penal de Riscos que em nome da garantia e da segurança dos bens, passou a criminalizar comportamentos que tenham lugar nos novos ambientes de riscos²⁶⁶. Com esta expansão do Direito Penal, outros atores passaram a integrar os processos investigativos que, por competência seria atribuição da polícia investigativa.

O Ministério Público, comissões parlamentares, procuradorias de diferentes fazendas, órgãos de controle, os meios de comunicação, são exemplos de como as inovações tecnológicas e, conseqüentemente o aumento dos riscos, levou a uma

²⁶⁴ FERREIRA, Daniel. O papel do Estado e da Administração Pública em relação às liberdades fundamentais na sociedade global tecnológica e de risco: possibilidades, limites e controle. In: NETO, Eurico B. A prevenção da Corrupção e outros desafios à Boa Governança da Administração Pública. Lisboa, 2018, pp. 189-221. E-book. ISBN: 978-989-8722-32-4. Disponível em: < <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/15804/view> >. Acesso em: 15/01/2020.

²⁶⁵ BOTTINI, Pierpaolo C. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007, p.29.

²⁶⁶ HASSEMER, Winfried. Direito penal libertário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 79.

preocupação generalizada com a segurança dos bens econômicos individuais e difusos.

Ainda que a Lei n. 2.848/40, o Código Penal, tipifique as condutas ativa e passiva da corrupção; a Lei n. 9.613/98 disponha sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores e; o advento da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) venha a tornar a prática corrupta menos atraente, porque fixa pena de multa às entidades infratoras, usa o instrumento da colaboração premiada que auxilia nas investigações e desequilibram associações criminosas, o ilícito permanecerá enquanto voltarmos às costas a gênese dos problemas da sociedade onde a corrupção se enraíza²⁶⁷.

Diante das modificações legislativas, com sanções mais severas e um número maior de criminalizações, surgiram novas práticas e instrumentos de controle da Administração brasileira, em especial a partir da primeira década do século XXI. O que podemos entender como uma contrapartida destes novos riscos alinha-se a uma questão social de extrema importância, a redução da tolerância da população com a corrupção. A sociedade moderna e global acompanha diariamente a cobertura dos casos de corrupção pelos meios de comunicação. A intensidade e a velocidade das informações, principalmente quando envolvem os agentes que ocupam os cargos representativos da população, auxilia a inflamar a indignação e a intolerância com os desvios²⁶⁸.

O Direito Penal de risco, expansivo e criminalizador, age com total apoio da população que manifesta incentivo pelas redes sociais às práticas normativas de controle. Se antes as prisões preventivas, o uso de algemas e as conduções coercitivas eram tratados como exceção, atualmente, são regras. Parece que este estado de exceção pode ser muito bem definido por Agamben, por meio da máxima *necessitas legem non habet* – necessidade não tem lei²⁶⁹.

²⁶⁷ PINTO, Célia Regina Jardim. A banalidade da corrupção: uma forma de governar o Brasil. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2011.

²⁶⁸ FORTINI, Cristiana. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio *ne bis in idem*. In: NETO, Eurico B. A prevenção da Corrupção e outros desafios à Boa Governança da Administração Pública. Lisboa, 2018. Pp.72-103. E-book. ISBN: 978-989-8722-32-4. Disponível em: < <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/15804/view> >. Acesso em: 15/01/2020.

²⁶⁹ AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

Talvez esta indignação mais intensa por parte da população, seja reiterada por um sentimento de igualdade de tratamento entre aqueles que cometem desvios, e que pertencem a segmentos desfavorecidos e muitos que pertencem a classe política, que ascendem ao cargo pelo voto popular e corrompem sobremaneira o dinheiro público²⁷⁰.

A indignação social é pertinente e necessária, a prática corruptiva gera uma infinidade de prejuízos à sociedade como um todo. Mas na visão de Louk Hulsman, a ideia de enxergar o Direito Penal como um instrumento de restabelecer a igualdade dos cidadãos perante a lei, não é uma saída, senão, veja-se:

Da minha parte, creio que, nos campos ainda não criminalizados, se deveria evitar a qualquer preço a criminalização. No que diz respeito à busca de igualdade de tratamento para todos, eu preferia que se estendessem àquelas que costumam ser chamados de “delinquentes pés-de-chinelos” os procedimentos conciliatórios que existem para os grandes²⁷¹.

Por isso, a ineficiente como já foi citada, tentativa de Luhmann em responder as críticas de sua teoria sistêmica quanto à exclusão – redes de favorecimento e a corrupção –. O que, para Jessé Souza, caminha na argumentação plausível da gênese e da reprodução histórica dos mesmos excluídos na sociedade periférica. O ponto em destaque é perceber a gênese sociocultural das variadas classes social, ou seja, os indivíduos são constituídos subjetivamente por culturas de classes específicas, e isso acontece em qualquer sociedade²⁷².

As condições sociais, morais, culturais são constituintes da situação diferencial de classe, que estabelece a exclusão e a inclusão. Para a análise crítica de Jessé é a gênese, ou a constituição do sujeito e a sua reprodução no tempo que determinam os processos de exclusão, a constituição por intermédio dos capitais impessoais – econômico e cultural – que se inserem no indivíduo de modo imperceptível, como uma fonte de privilégios normalmente incorporados e não percebidos quando presentes²⁷³.

²⁷⁰ SILVA-SANCHEZ, Jesús María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002. p. 53.

²⁷¹ HULSMAN, Louk; DE CELIS, Bernat Jacqueline. Penas perdidas: o sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1997.

²⁷² De acordo com Souza, Jessé, Apud DUTRA, Roberto. BACHUR, João Paulo (org.). Dossiê Niklas Luhmann. Belo Horizonte: editora UFMG, 2013, p.168-169.

²⁷³ SOUZA, Jessé. A construção social da subcidadania. Belo Horizonte. Ed. UFMG, 2012.

Nada mais necessário lembrar, novamente, que a gênese do sujeito faz parte do projeto teórico foucaultiano que abordamos no primeiro capítulo. A genealogia foucaultiana é interpretar como as práticas objetivadoras, discursivas e subjetivadoras, a moral, determinam a constituição do sujeito para Foucault.

A genealogia seria o esforço para a compreensão do presente, ou melhor, as relações do homem com os saberes, com as práticas e consigo mesmo. Esta é a centralidade da subjetividade no pensamento foucaultiano. A possibilidade de fazer um estudo do ser histórico, mas de nós mesmos, uma história do presente, a partir da perspectiva do sujeito em três dimensões: saber, poder e si.

Ao retomar o tema do Direito Penal de risco, reflexo da sociedade de risco, seja possível identificar que esta questão moderna tenha descortinado alguns embates que o Estado de Direito trava há muito tempo, a relação Direito x Moral; Direito x Política e, Direito x Economia. Não vamos ficar alarmados, sabemos que nesta etapa do trabalho não é o correto partir para a explanação das diversas escolas que discutem as relações acima e que insistem em se manifestar no Direito e, mais precisamente nas decisões judiciais.

Não podemos negar, no entanto, que o Direito é construído por meio de um processo democrático a partir da moral, da política e da economia. Mas como vimos no capítulo 2, Habermas fez questão de separar o direito da moral, justamente porque, para que haja segurança da democracia, o Direito não pode ser corrigido pela moral, ele precisa apresentar uma autonomia. Esta independência surge quando a Constituição, no período pós-guerras mundiais, passou a proteger direitos e garantias fundamentais.

Assim, é a partir dos princípios que regem a Constituição que o Direito deve ser aplicado, e não por determinações políticas, morais ou econômicas. Pontua Lenio Streck:

A constituição virou norma. E a democracia passou a ser feita no Direito e a partir do Direito. A política passou a depender do Direito. Este é o compromisso social que nos facilita a vida: em vez de fazermos juízos morais ou dilemas morais, o Direito vem antes e nos diz como devemos agir. Portanto, juiz na democracia, deve aplicar o Direito a partir do Direito²⁷⁴.

²⁷⁴ STRECK, Lenio L. LUZ, CÂMERA, AÇÃO: A ESPETACULARIZAÇÃO DA OPERAÇÃO LAVA JATO NO CASO LULA OU DE COMO O DIREITO FOI PREDADO PELA MORAL. In: ZANIN MARTINS,

Direito não é moral, política, religião, filosofia, economia, etc. Direito é Direito e deve ser aplicado pelos princípios constitucionais, somente assim a democracia será atendida e protegida. Não podemos depender, como lembra Streck de bons ou maus juízes ou promotores, tampouco depender da opinião midiática ou apelos das majorias. Por isso a manutenção do processo democrático, protegido pela constituição é tão importante²⁷⁵.

Mas no Caso Luiz Inácio, o caminho não foi assim nada democrático, vamos entender.

Recentes episódios de corrupção que envolveu políticos e empresários bem-sucedidos demonstram que a moral vem superando o Direito brasileiro. A aplicação dos princípios constitucionais deu lugar a uma cruzada contra a corrupção, em nome da preservação do Estado de Direito, e da confiança da sociedade na instituição jurídica.

A justiça em nome da moral foi intensificada pela Operação Lava Jato, deflagrada em março de 2014, pela Polícia Federal do Brasil. As investigações superam 70 (setenta) fases operacionais que resultaram em investigações, denúncias, processos e condenações de mais de cem envolvidos em esquemas de corrupção, gestão fraudulenta, organização criminosa, lavagem de dinheiro, entre outros ilícitos tipificados²⁷⁶.

No ano de 2016 o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva passou a ser investigado pela Polícia Federal, por suspeitas de participar de um esquema de pagamentos ilícitos envolvendo empreiteiras.

Mas alguns episódios, que antecederam a denúncia, ilustraram bem a preocupação de uma decisão “moral”, a condução coercitiva do ex-Presidente, em março de 2016, por exemplo. Não houve o respeito ao código de processo penal, Lei

Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. Et al. O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p.33

²⁷⁵ STRECK, Lenio L. LUZ, CÂMERA, AÇÃO: A ESPETACULARIZAÇÃO DA OPERAÇÃO LAVA JATO NO CASO LULA OU DE COMO O DIREITO FOI PREDADO PELA MORAL. In: ZANIN MARTINS, Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. Et al. O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p.32-33.

²⁷⁶ GIOVANAZ, Daniel. Dossiê Lava Jato – um ano de cobertura crítica. São Paulo. Outras Impressões. 2018.

n. 3.689/41, quanto às disposições de comparecimento em juízo tanto para testemunha, art. 218, quanto para o acusado, art. 260. A regra dos artigos é a intimação prévia. E se a polícia estava presente em grande número, tanto no aeroporto (local onde o depoimento foi marcado) quanto na residência do ex-Presidente, justificou-se que se tratava de resguardar a segurança do depoente “agora é assim, o Estado de Exceção é sempre feito para resguardar a segurança”²⁷⁷.

No que falar do grampo telefônico, e a interceptação irregular da conversa entre Luiz Inácio e a Presidente Dilma Rousseff. Uma prova ilícita que foi divulgada pelo Juiz Sérgio Moro aos meios de comunicação. Primeiro porque a determinação judicial que autorizava as gravações havia cessado horas antes da conversa gravada e segundo, porque o diálogo envolvia, na época, a atual Presidente da República. Caso houvesse alguma irregularidade, caberia ao STF, por competência, analisar²⁷⁸.

Mas segundo Streck, a coletiva apresentada pelos procuradores da “Operação Lava Jato”, em setembro de 2016, para descrever a denúncia contra o ex-Presidente Luiz Inácio, foi à ‘pá de cal’ na autonomia do Direito. Segundo o jurista “o Direito foi invadido (e quiçá, foi substituído) pela moral e, pior: pelo moralismo, sua vulgata que contém tudo o que devemos afastar de uma análise jurídica na democracia – os desejos pessoais, a visão pessoal de mundo, as ideologizações etc” ²⁷⁹. A opinião moral ou política não cabe para a manutenção da democracia, que é e precisa ser defendida pelo Direito.

A invasão da moral, política e economia no Direito tem sido cada vez mais frequente, porque membros do Ministério Público e do Poder Judiciário são muitas vezes chamados para emitir opiniões quanto à vida política nacional. E, na sua grande maioria, as manifestações são críticas e censuras contundentes e que, divulgadas

²⁷⁷ STRECK, Lenio L. LUZ, CÂMERA, AÇÃO: A ESPETACULARIZAÇÃO DA OPERAÇÃO LAVA JATO NO CASO LULA OU DE COMO O DIREITO FOI PREDADO PELA MORAL. In: ZANIN MARTINS, Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. Et al. O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp.35-37.

²⁷⁸ STRECK, Lenio L. LUZ, CÂMERA, AÇÃO: A ESPETACULARIZAÇÃO DA OPERAÇÃO LAVA JATO NO CASO LULA OU DE COMO O DIREITO FOI PREDADO PELA MORAL. In: ZANIN MARTINS, Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. Et al. O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p.39.

²⁷⁹ STRECK, Lenio L. LUZ, CÂMERA, AÇÃO: A ESPETACULARIZAÇÃO DA OPERAÇÃO LAVA JATO NO CASO LULA OU DE COMO O DIREITO FOI PREDADO PELA MORAL. In: ZANIN MARTINS, Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. Et al. O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p.40.

pelos meios de comunicação podem levar a maior intolerância por parte dos cidadãos²⁸⁰.

Para Gisele Cittadino e Luiz Moreira,

Essas condutas não são ortodoxas, contrariam não apenas a tradição judiciária segundo a qual ao juiz compete uma atuação reservada aos feitos judiciais sob seus cuidados, como também estimulam o justicamento dos cidadãos, reforçando a tese de que alguns podem ser inimigos do sistema da justiça. [...] o magistrado não deve disputar a hegemonia política, nem antecipar juízo de culpabilidade e tampouco colaborar para que a mídia promova à execração de cidadãos²⁸¹.

Cabe ressaltar sobre esta questão que não se deve confundir a autoridade técnica com o poder. No poder judiciário isso é algo que acontece, autoridade jurídica não é a mesma coisa que autoridade judiciária. Ser um excelente advogado, por exemplo, não significa que a pessoa seja uma autoridade jurídica. “Somente se pode confiar na autoridade do pronunciamento pela experiência ou pelo cargo, se a matéria abordada, for específica dessa mesma experiência” ²⁸². Um juiz pode se manifestar sobre a sua atividade jurisdicional, um prefeito deve falar sobre a gestão da sua cidade, cada um na sua área.

O Ministério Público tem as suas prerrogativas, entre elas a denúncia. Cabe ao judiciário se afastar da denúncia e “passa a submetê-la ao marco da legalidade estrita, de modo que o método e o instrumento de suas atuações sejam diferentes” ²⁸³. Isso é pertinente para preservar as liberdades um padrão institucional, que no sistema de justiça, apresenta o Judiciário como seu protetor.

Cabe, assim, ao Judiciário circunscrever-se ao cumprimento de seu papel constitucional de garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos, de se distanciar da tentativa de constatar as vontades das maiorias, de ser o porta-voz da opinião pública e de resistir às pressões midiáticas pela condenação

²⁸⁰ CITTADINO, GISELE. MOREIRA, LUIZ. ALIANÇA POLÍTICA ENTRE A MÍDIA E JUDICIÁRIO (OU QUANDO A PERSEGUIÇÃO TORNA-SE IMPLACÁVEL). In: ZANIN MARTINS, Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. Et al. O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp. 82-83.

²⁸¹ CITTADINO, GISELE. MOREIRA, LUIZ. ALIANÇA POLÍTICA ENTRE A MÍDIA E JUDICIÁRIO (OU QUANDO A PERSEGUIÇÃO TORNA-SE IMPLACÁVEL). In: ZANIN MARTINS, Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. Et al. O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 84.

²⁸² RODRIGUEZ, Víctor G. Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. 5ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p.122.

²⁸³ CITTADINO, GISELE. MOREIRA, LUIZ. ALIANÇA POLÍTICA ENTRE A MÍDIA E JUDICIÁRIO (OU QUANDO A PERSEGUIÇÃO TORNA-SE IMPLACÁVEL). In: ZANIN MARTINS, Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. Et al. O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 85.

sem provas ou absolvição com provas, sendo, por isso, garantista e contramajoritário²⁸⁴.

Em 2016, o Ministério Público de São Paulo, ofereceu denúncia e acusou o ex-Presidente Luiz Inácio de ser o proprietário oculto de um apartamento no município do Guarujá, região litorânea de São Paulo²⁸⁵.

Por entender que a competência era da Justiça Federal, os autos foram encaminhados à 13ª Vara da Justiça Federal em Curitiba. Em 14 de setembro de 2016, o Ministério Público Federal denunciou o ex-Presidente Luiz Inácio e mais sete pessoas pelos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro²⁸⁶.

Em 20 de setembro de 2016, o Juiz titular Sérgio Fernando Moro aceitou a denúncia e o ex-Presidente se tornou réu da operação Lava Jato. Na data de 12 de julho de 2017, em decisão proferida pelo Juiz Sérgio Moro, o ex-Presidente Luiz Inácio foi condenado a nove anos e seis meses pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro²⁸⁷.

A defesa do ex-Presidente recorreu, e os três Desembargadores da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre concordaram, em 24 de janeiro de 2018, com os fundamentos argumentados pelo juiz *a quo*, mas quanto a dosimetria, decidiram aumentar a pena para doze anos e um mês em regime inicial fechado. O cumprimento da pena se iniciaria após o esgotamento dos recursos no âmbito do próprio TRF-4²⁸⁸.

Como somente os embargos de declaração (recurso usado para o esclarecimento, a ambiguidade ou o contraditório de algum fato específico da

²⁸⁴ CITTADINO, GISELE. MOREIRA, LUIZ. ALIANÇA POLÍTICA ENTRE A MÍDIA E JUDICIÁRIO (OU QUANDO A PERSEGUIÇÃO TORNA-SE IMPLACÁVEL). In: ZANIN MARTINS, Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. Et al. O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 85.

²⁸⁵ A cronologia da investigação que levou Lula à prisão. El País. Madri. 7/4/2018. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/05/politica/1522917041_563602.html >. Acesso em: 17/01/2020.

²⁸⁶ A cronologia da investigação que levou Lula à prisão. El País. Madri. 7/4/2018. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/05/politica/1522917041_563602.html >. Acesso em: 17/01/2020.

²⁸⁷ A cronologia da investigação que levou Lula à prisão. El País. Madri. 7/4/2018. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/05/politica/1522917041_563602.html >. Acesso em: 17/01/2020.

²⁸⁸ MORENO, Lúcio. Artigo sobre a condenação de Lula. As distorções cognitivas que levaram sua condenação. Jus.com.br. Maio/2018. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/66399/artigo-sobre-condenacao-de-lula> > Acesso em: 17/01/2020.

decisão), poderiam ser usados pela defesa, os advogados do ex-Presidente Luiz Inácio, impetraram um *habeas corpus* preventivo junto ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, a fim de evitar que o ex-Presidente fosse preso após o esgotamento dos recursos na segunda instância. Mas, em 30 de janeiro de 2018, o STJ negou o pedido do HC preventivo feito pela defesa do ex-Presidente²⁸⁹.

À defesa do ex-Presidente coube recorrer ao Supremo Tribunal Federal – STF, por meio de mais um HC preventivo, em 2 de fevereiro de 2018, cujo relator sorteado foi o Ministro Edson Fachin. A liminar foi indeferida, mas houve a submissão do mérito da impetração à deliberação do Plenário já que pendia de julgamento duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 43 e 44)²⁹⁰ cuja matéria era coincidente com a versada no *habeas corpus*²⁹¹.

Em março de 2018, a defesa do ex-Presidente Luiz Inácio, pediu um salvo conduto no sentido de que o paciente não fosse preso até o julgamento final do HC n. 152.752 PR, que começou a ser discutido em 22 de março de 2018. Os ministros do STF concederam a liminar.

Ainda, a defesa do ex-Presidente Luiz Inácio sustentou que a determinação do TRF-4 no sentido da execução da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias representaria ameaça iminente ao direito de locomoção de seu cliente e comprometeria a presunção de inocência. Alega, ainda, que o STF assentou a possibilidade de execução provisória, “mas não a proclamou obrigatória”, e que não há motivação concreta que justifique a necessidade da prisão²⁹².

Em 4 de abril de 2018, os onze ministros do STF, discutiram e apresentaram os votos do *habeas corpus* preventivo. O Plenário do STF negou, por maioria de votos,

²⁸⁹ MORENO, Lúcio. Artigo sobre a condenação de Lula. As distorções cognitivas que levaram sua condenação. Jus.com.br. Maio/2018. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/66399/artigo-sobre-condenacao-de-lula> > Acesso em: 17/01/2020.

²⁹⁰ As ADCs de relatoria do Ministro Marco Aurélio, forma julgadas procedentes em 7 de novembro de 2019. O art. 283 do Código de Processo Penal é constitucional. “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Site do STF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 16/01/2020.

²⁹¹ MORENO, Lúcio. Artigo sobre a condenação de Lula. As distorções cognitivas que levaram sua condenação. Jus.com.br. Maio/2018. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/66399/artigo-sobre-condenacao-de-lula> > Acesso em: 17/01/2020.

²⁹² Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. 22/03/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373249> > Acesso em: 17/01/2020.

o *Habeas Corpus* preventivo n. 152.752, por meio do qual a defesa do ex-presidente Luiz Inácio buscava impedir a execução provisória da pena. O placar foi 6x5, vencidos os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski.

Diante dos fatos ocorridos, passamos a análise da aplicação das figuras de argumentação e de retórica que foram percebidas nos votos dos onze ministros. Por certo que esta análise também é subjetiva afinal, a verificação das estruturas e dos elementos como figuras não é uma tarefa simples, tampouco objetivamente verificável. No entanto, para o intuito de se analisar o processo argumentativo e ‘subjetivante’ oferecido na aplicação das figuras, insistimos em trabalhar com um caso prático.

3.2 A APLICAÇÃO DAS FIGURAS DE ARGUMENTAÇÃO E DE RETÓRICA: OS VOTOS DOS MINISTROS NO HC 152.752 PR.

Relembrando as figuras de argumentação e de retórica, a partir das argumentações usadas pelos Ministros do STF, iremos tentar mostrar a presença destes dispositivos que possibilitam a constituição da identidade daqueles envolvidos na ação comunicativa. Este processo de subjetivação entre as escolhas das figuras e os sujeitos forma a imagem de si no discurso, mas não se trata da imagem real, mas sim a ideal para aquele determinado auditório particular, cujo objetivo é a adesão e a persuasão dos participantes.

A ideia é direcionar que o uso deste conjunto de dispositivos presentes nos variados discursos auxilia nos processos de subjetivação tanto do orador quanto do auditório particular dirigido (os demais ministros). As figuras contribuem para a operacionalização da retórica. Argumentativas ou de retórica, as figuras são elementos que direcionam o processo suasório em um determinado discurso.

A teoria perelmaniana trouxe para o processo argumentativo as figuras de escolha, usadas para impor ou sugerir uma caracterização; as figuras de presença que manifestam a permanência do objeto do discurso na consciência dos envolvidos na comunicação. Ainda, as figuras de comunhão, aquelas em que o orador pretende construir ou confirmar a comunhão com o auditório. O argumentante usa

determinados fatos culturais, uma tradição ou, até mesmo um acontecimento recente que o auditório reconheça a fim de estabelecer esta comunhão²⁹³. Além das figuras dos argumentos de autoridade, usados na citação de uma doutrina e o argumento da jurisprudência, por meio da analogia, empregado quando o acórdão paradigma é semelhante ao caso concreto.

Quanto à decisão aqui escolhida para este trabalho, o *Habeas Corpus* 152.752 PR, em 04 de abril de 2018, houve a denegação da ordem pelo plenário do STF, tal como segue:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, vencidos, em menor extensão, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, e, em maior extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou questão de ordem, suscitada da tribuna pelo advogado do paciente, no sentido de que, havendo empate na votação, a Presidente do Tribunal não poderia votar. Ao final, o Tribunal indeferiu novo pedido de medida liminar suscitado da tribuna vencido os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, e cassou o salvo-conduto anteriormente concedido. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes na votação da questão de ordem e do pedido de medida liminar. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 4.4.2018²⁹⁴.

Importante, desde já, lembrar que o julgamento do *HC* 152.752 PR ocorreu no dia 4 de abril de 2018. Em fevereiro de 2016, o entendimento do STF era de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, mesmo que sujeito a recurso especial e extraordinário, não ofendia o princípio constitucional da presunção de inocência (inc. LVII, do art. 5º da CRFB) e não violava o art. 283 do CPP.

Tal posicionamento permaneceu até novembro de 2019, quando a maioria dos ministros do STF decidiu que o cumprimento da pena só pode ter início com o esgotamento de todos os recursos – fica proibida a execução provisória da pena. A decisão se deu pelo julgamento das ADCs 43, 44 e 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

A discussão do *HC* 152.752 PR teve dois pontos analisados a saber:

²⁹³ PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, O. Tratado da Argumentação – A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 195-201.

²⁹⁴ Site do Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092> > Acesso em: 16/01/2020.

1. Se no ato coator, diante da decisão denegatória do STJ, se há ilegalidade ou abuso de poder.

2. Há uma questão jurídica subjacente, se é legítima a ou não a prisão de alguém que tenha sido condenado em 2º grau de jurisdição a uma pena privativa de liberdade.

O relator do processo, como já mencionado, foi o ministro Edson Fachin. Desta forma, iniciaremos por ele.

Uma explicação se faz necessária neste primeiro voto, uma breve definição das figuras encontradas no discurso do ministro. Nos demais votos, a fim de não tornar a leitura desgastante, apenas serão indicados o nome da figura e o excerto no texto.

3.2.1. MINISTRO LUIZ EDSON FACHIN (O RELATOR).

O ministro Fachin alegou que não houve ilegalidade, ou abusividade na decisão dos ministros do STJ, que inclusive aplicou a atual jurisprudência do STF, a qual permite o início da execução da pena após confirmação da condenação em segunda instância²⁹⁵.

Afirmou o ministro que há que se ter estabilidade e respeito ao entendimento dos tribunais. Que uma eventual alteração do entendimento sobre a matéria só poderá acontecer no julgamento das ADC's 43 e 44. Portanto, até este julgamento, não há, para o ministro, o que se falar em ilegalidade na decisão do STJ que denegou a ordem preventiva²⁹⁶.

²⁹⁵ Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020.

²⁹⁶ Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020.

Argumentou o ministro que a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região usou para fundamentar a decisão, um paradigma jurisprudencial do próprio tribunal e não do STF. Por fim, o ministro Fachin denegou a ordem²⁹⁷.

COMUNICAÇÃO ORATÓRIA – FIGURA DE COMUNHÃO, PARA CHAMAR A ATENÇÃO DO AUDITÓRIO PARA A QUESTÃO DISCUTIDA.

Já no início do voto, o ministro usa da comunicação oratória:

[...] A partir do texto constitucional acima citado e da jurisprudência deste STF, a pergunta que emerge é: haveria no ato indicado como coator ilegalidade ou abuso de poder²⁹⁸?

[...] Seria possível dizer que haveria ilegalidade ou abuso de poder num ato imputado como coator no qual é seguida a jurisprudência majoritariamente dominante no STF²⁹⁹?

[...] Digo isso, Senhora Presidente, para rechaçar a pecha de que a esta Suprema Corte [...] sucumbiu aos anseios de uma criticável sociedade punitivista, cumprindo direitos humanos num ambiente de histeria³⁰⁰. (Grifo Nosso)

ESTATUTO DOS ELEMENTOS DE ARGUMENTAÇÃO E APRESENTAÇÃO.

Verifica-se que durante o voto, que as premissas são valoradas no sentido de estabelecer uma adesão no acordo com o auditório. Isso é possível quando o ministro apresentou sua resposta à primeira pergunta que ele fez acima. A decisão do Superior

²⁹⁷ Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020.

²⁹⁸ Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020, p.1.

²⁹⁹ Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020, p.5.

³⁰⁰ Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020, p.9.

Tribunal de Justiça STJ que levou a formação do raciocínio manifestado na denegação da ordem do *HC* naquele tribunal.

Assim, o ministro apresentou a decisão do STJ no *HC* 434.766 PR, cuja relatoria foi do ministro Félix Fischer, da 5ª Turma do STJ, julgada em 6 de março de 2018 e publicada em 15 de março de 2018³⁰¹.

CITAÇÃO – ARGUMENTO DE AUTORIDADE

Este argumento de autoridade é usado em vários momentos pelo ministro Fachin, mas o que nos interessa é trazer aqueles exemplos em que houve a citação de um posicionamento com o sentido de arraigar que tal entendimento é naquele momento manifestado em comunhão. Por isso, este argumento de autoridade é uma figura de comunhão.

Quando o ministro transcreve o trecho do *HC* 434.766 PR julgado no STJ e cita o eminente ministro Félix Fischer, “o vetor hermenêutico atualmente conferido pela e. Corte Suprema e por esta Corte Superior” [...]

Quando menciona o ministro Reynaldo Soares da Fonseca, “diante do aludido posicionamento da Corte Suprema” [...]

Ainda, quanto ao posicionamento do ministro Joel Ilan Paciornik, “o Plenário do STF aprovou este precedente há pouco mais de um ano, após profundo e maduro debate” [...] ³⁰².

E para ficar somente nestes, é possível na consulta ao voto perceber que o ministro Fachin usa inúmeras citações, que inclusive nos remete a perceber em conjunto a figura da **AMPLIFICAÇÃO**, ou seja, da repetição, vez que houve a manutenção da presença dos diversos julgados na consciência do auditório.

³⁰¹ Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020, p.3.

³⁰² Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020, pp. 3-5.

SINONÍMIA – FIGURA DE PRESENÇA

No trecho “deve ser observada a necessária estabilidade, integridade e uniformidade da jurisprudência” pode-se encontrar a figura de presença **SINONÍMIA**, que para Perelman tem a função de dar a ideia crescente do que se espera de um entendimento jurisprudencial³⁰³.

PSEUDISCURSO DIRETO – FIGURA DE PRESENÇA.

Aumenta-se o sentimento de presença pela questão central da hipótese. Isso acontece pela possibilidade de reconhecer que existem intenções no sentido de que poderá ocorrer a mudança no entendimento jurisprudencial: “[...] consigno que é possível, em tese, que a compreensão desta Suprema Corte seja modificada se e quando verificar-se o julgamento das ADCs 43 e 44”³⁰⁴.

ALUSÃO – FIGURA DE COMUNHÃO.

O uso da figura **ALUSÃO** tem por objetivo uma espécie de comunhão. A figura aparece no discurso, quando a interpretação de um texto se omite voluntariamente a referência ou do autor ou de um posicionamento ou acontecimento que os membros do auditório sabem exatamente do que se está a falar ou a referenciar.

Ademais, a proteção eficiente dos direitos humanos fundamentais, o que se dá, entre outros instrumentos, por meio do Direito Penal, permitiu-me assentar, em voto anterior, que a República Federativa do Brasil tem sido questionada em organismos internacionais quanto à tutela dos direitos

³⁰³ Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020, p.6.

³⁰⁴ Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020, p.6-7.

humanos em razão da ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos³⁰⁵.

“Da mesma forma ocorre quanto às manifestações do Plenário da Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade” [...] ³⁰⁶.

DEFINIÇÃO ORATÓRIA – FIGURA DE ESCOLHA

A figura de escolha, definição oratória não tem o condão de definir um elemento, mas por em destaque certos objetos para que estes fiquem em evidência. Quando por exemplo anterior quanto à ineficiência do sistema penal brasileiro e as críticas feitas pelos organismos internacionais.

“[...] A corte condenou o Brasil por reconhecer a inefetividade do Estado Brasileiro e oferecer uma resposta³⁰⁷”.

“[...] A morosidade judicial em apresentar soluções a casos criminais” ³⁰⁸.

“[...] Ineficiência em investigar e punir os responsáveis” ³⁰⁹.

“[...] a ineficiência da proteção penal às vítimas” ³¹⁰.

Quanto à **INTERPRETAÇÃO** esta acontece durante praticamente o discurso inteiro, destacamos três exemplos:

³⁰⁵ Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020, p.7.

³⁰⁶ Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020, p.10.

³⁰⁷ Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020, p.8.

³⁰⁸ Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020, p.8.

³⁰⁹ Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020, p.9.

³¹⁰ Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020, p.9.

“[...] Assim, ainda que se admitisse o caráter meramente persuasivo de tais precedentes colegiados e, portanto, a ausência de caráter vinculante, isso em nada alteraria o panorama conclusivo, na medida em que ainda assim não seria flagrantemente ilegal ou teratológica a decisão que aderisse a tal entendimento”.

“[...] Destarte, a questão atinente à ausência ou não de força vinculante, no caso concreto, não se revela idônea a influir no deslinde processual”.

“[...] à necessidade de fundamentação da ordem escrita de autoridade judiciária deve ser compreendida à luz do momento processual em que inserida”³¹¹.

Por fim, o ministro relator denegou a ordem. Os argumentos usados foram no sentido de justificar a fundamentação, bem como persuadir o auditório diante de um entendimento que sempre foi recorrente por parte do relator. Isso pode ser observado desde fevereiro de 2016, quando o tema da execução da pena após a condenação em 2ª instância passou a ser frequentemente discutido e, o ministro Fachin manteve o seu posicionamento, inclusive no voto das ADCs 43 e 44, em novembro de 2019 quando a jurisprudência do STF foi alterada.

3.2.2 MINISTRO ALEXANDRE DE MORAIS

O ministro acompanhou o relator. Alegou que em quase trinta anos da vigência da constituição da República, apenas por sete anos, entre 2009 a 2016, o STF teve entendimento contrário à prisão em segunda instância.

O ministro fez uma breve retrospectiva a respeito do entendimento jurisprudencial do supremo. Ainda, asseverou que o STJ não cometeu nenhuma ilegalidade ou abuso de poder ao denegar o habeas corpus preventivo, uma vez que a presunção de inocência é relativa³¹².

³¹¹ Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020, pp.10-11.

³¹² Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. 6/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423&ori=1> > Acesso em 17/01/2020.

O ministro Alexandre de Moraes usa o **ESTATUTO DOS ELEMENTOS DE ARGUMENTAÇÃO E APRESENTAÇÃO**, quando apresenta as premissas para demonstrar que, na argumentação do ministro, não houve, por parte da decisão do STJ, um ato coator, teratológico ou ilegal.

Observamos a apresentação das premissas em uma ordem cronológica para a formação do raciocínio do auditório, assim:

[...] *HC 434.766/PR* (decisão do STJ) que usou os entendimentos – *HC 126.292/SP* e *ARE 964.246/SP* (posicionamento atual e majoritário do STF)³¹³.

A partir desta demonstração, o ministro fez uma retrospectiva, caso a caso, de todos os entendimentos quanto à possibilidade de execução provisória da decisão penal condenatória após a 2ª instância, desde a promulgação da CRFB/1988.

O **ESTATUTO DOS ELEMENTOS** aparece no discurso para explicar as exigências básicas decorrentes da previsão constitucional da presunção de inocência:

[1] o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertencer com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (provas diabólicas); (2) necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas, sempre perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (3) absoluta independência funcional dos magistrados na valoração livre das provas, tanto em 1ª quanto em 2ª instância, por possuírem cognição plena [...] ³¹⁴

Para a efetividade do princípio da presunção de inocência, o ministro usou o argumento da **JURISPRUDÊNCIA**³¹⁵, que como já salientamos, é uma figura de retórica quando usada com a preferência de citar um entendimento de uma instância superior a utilizar um posicionamento de um juiz de primeiro grau. É também um argumento de **ANALOGIA**, quando se quer decidir casos semelhantes utilizando uma decisão paradigma.

³¹³ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. 6/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423&ori=1> > Acesso em 17/01/2020, pp.1-2.

³¹⁴ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. 6/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423&ori=1> > Acesso em 17/01/2020, p.9.

³¹⁵ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. 6/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423&ori=1> > Acesso em 17/01/2020, p.2.

O PSEUDODISCURSO DIRETO foi usado de modo a chamar a presença para o argumento de que no *HC* 68.726/DF, de 28 de junho de 1991, houve a primeira decisão do STF sobre a matéria em debate. Por unanimidade, AUSENTES os ministros Celso de Melo e Marco Aurélio, não sendo ilegal a prisão, depois de esgotados os recursos das instâncias ordinárias³¹⁶. Interessante, porque na figura de presença suscitada, o orador, tinha o conhecimento de que os dois ministros ausentes tem opinião oposta ao decidido no *HC* exemplificado.

[...] O respeitável posicionamento contrário à possibilidade da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, atualmente minoritário, mesmo que venha a se tornar majoritário na CORTE [...] ³¹⁷.

[...] O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL deverá, portanto, compatibilizar o texto da Constituição Federal a partir da interdependência e complementariedade dos citados princípios e regras, que não deverão como lembra GARCIA DE ENTERRÍA, ser interpretados isoladamente, sob pena de desrespeito à vontade do legislador constituinte [...] ³¹⁸.

A **ALUSÃO** também está presente no discurso do ministro Alexandre de Moraes, veja-se:

Da mesma maneira, durante esses quase 30 anos de vigência da Constituição Federal, dos 34 Ministros que atuaram na Corte, somente 9 Ministros se posicionaram contrariamente à possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. E, mesmo entre esses nove ministros, quatro deles havia, em posicionamento anterior, considerado constitucional a possibilidade de execução provisória ³¹⁹.

³¹⁶ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. 6/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423&ori=1> > Acesso em 17/01/2020, p.3.

³¹⁷ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. 6/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423&ori=1> > Acesso em 17/01/2020, p.4.

³¹⁸ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. 6/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423&ori=1> > Acesso em 17/01/2020, p.6.

³¹⁹ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. 6/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423&ori=1> > Acesso em 17/01/2020, pp.3-4.

[...] A decisão do Superior Tribunal de Justiça que adotou a ATUAL E TRADICIONAL jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [...] ³²⁰

A relação do **DIREITO X MORAL**, aparece neste discurso e não poderíamos deixar de manifestar a sua presença:

[...] Durante todos esses anos, quase trinta, as alterações de posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, não produziram nenhum impacto significativo no sistema penitenciário nacional, mas, principalmente nos últimos dois anos, produziu uma grande evolução no efetivo combate à corrupção no Brasil (grifo nosso) ³²¹.

A figura de presença – **AMPLIFICAÇÃO** aparece quando o ministro afirma que os princípios e regras constitucionais não podem ser analisados separadamente, sendo “impositivo e primordial” guardar a coerência lógica dos dispositivos constitucionais, analisando-os com “prudência, razoabilidade e coerência” ³²². (Grifo nosso)

A **METÁFORA**, como uma figura de retórica também foi reconhecida no voto do ministro Alexandre, quando fez referência ao “juízo de consistência”, expressão que significa dizer que foram esgotadas todas as possibilidades legais de análise probatória ³²³.

A **COMUNHÃO**, realizada entre o auditório e o argumentante se apresentou neste voto, quando o ministro afirmou que existem no direito comparado, semelhantes entendimentos quanto à possibilidade cumprir a pena após o esgotamento das vias ordinárias, e que não há exigência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória:

³²⁰ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. 6/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423&ori=1> > Acesso em 17/01/2020, p.4.

³²¹ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. 6/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423&ori=1> > Acesso em 17/01/2020, p.5.

³²² Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. 6/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423&ori=1> > Acesso em 17/01/2020, p.6.

³²³ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. 6/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423&ori=1> > Acesso em 17/01/2020, p.9.

[...] Não há exigência no Pacto de San José da Costa Rica; Convenção Europeia dos Direitos do Homem [...] ³²⁴.

A aplicabilidade da **METALEPSE** aparece discretamente no voto do ministro, quando usou dados para justificar um juízo de valor em um juízo de fato, no exemplo, em estatísticas, aliado a isto é possível perceber a comunhão com o auditório no trecho “Ministros desta Casa, que atuaram neste período”:

A interpretação constitucional, obviamente, não se pauta por estatísticas, porém, para a análise do caso em concreto, esses números são essenciais para que possamos afirmar que não existe qualquer ilegalidade no ato do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que aplicou na sua decisão não só o atual posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, como também sua tradicional e majoritária posição, que vem prevalecendo em 75% do período de vigência da atual Constituição Federal e que foi adotado por 71% dos Ministros desta Casa, que atuaram nesse período ³²⁵. (grifo nosso)

A **INTERPRETAÇÃO**, esta figura de escolha foi usada na justificação de que a presunção de inocência, para o ministro, é considerada relativa diante de todas as citações usadas por Alexandre de Moraes em seu discurso, “a decisão do Superior Tribunal de justiça não desrespeitou o princípio da presunção de inocência juris tantum e exige, para ser afastada, a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal ³²⁶”. (grifo nosso)

O ministro Alexandre de Moraes denegou a ordem. O entendimento do ministro permaneceu inalterado desde que passou a se manifestar sobre o tema, em 2018. Na leitura do texto foi possível perceber, por fim, o uso da linguagem escrita para persuadir. Além do uso da linguagem técnica que lhes é própria neste auditório particular, o uso de trechos em negrito e a letra maiúscula em diversas passagens, são estruturas que chamam a atenção do leitor e do próprio orador para os termos que pretende destacar.

³²⁴ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. 6/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423&ori=1> > Acesso em 17/01/2020, pp.10-11.

³²⁵ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. 6/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423&ori=1> > Acesso em 17/01/2020, p. 4.

³²⁶ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. 6/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423&ori=1> > Acesso em 17/01/2020, p.5.

3.2.3 MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

O ministro destacou os efeitos negativos trazidos pela posição contrária à do entendimento majoritário (possibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória). Sobre a prisão provisória, destacou o ministro a infinidade de recursos protelatórios interpostos nos tribunais superiores.

A infinidade de recursos incentiva a prescrição e promove a seletividade do sistema penal. Tal condição gera um sentimento de descrédito da sociedade diante do sistema de justiça. O ministro citou números segundo os quais a reversão em favor do réu em recursos interpostos nos tribunais superiores chega a pouco mais 1% (um por cento) do total³²⁷.

O ministro iniciou o voto dando importância à individualidade do paciente, assim apresentou as premissas para valorizar o **ESTATUTO DOS ELEMENTOS** do discurso ao citar que se tratava de *HC* impetrado em favor de um ex-Presidente da República:

Como já mencionei na sessão anterior, a ninguém pode ser indiferente o fato de se tratar de um ex-Presidente da República e, mais que isso, de um presidente: a) que deixou o cargo com percentuais elevados de aprovação popular; b) que presidiu o país em período de relevante crescimento econômico e expressiva inclusão social. Não é o legado político do impetrante que está em jogo. O que vai se decidir é se se aplica a ele a jurisprudência que o Tribunal firmou por três vezes em período recente³²⁸.

A **ANÁFORA**, espécie de repetição e, conseqüentemente no aumento da presença na consciência do ouvinte é percebido no excerto: “o nosso papel, árduo como possa ser muitas vezes, é assegurar que a razão, a razão pública, a razão da Constituição, prevaleça sobre as paixões públicas” ³²⁹.

³²⁷ CONJUR. Consultor Jurídico. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4/4/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula> > Acesso em 17/01/2020.

³²⁸ CONJUR. Consultor Jurídico. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4/4/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula> > Acesso em 17/01/2020, p.1.

³²⁹ CONJUR. Consultor Jurídico. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4/4/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula> > Acesso em 17/01/2020, p.1.

Assim como o ministro Alexandre de Moraes, o ministro Barroso apresentou um histórico de posicionamentos e dispositivos de lei, sobre os antecedentes da controvérsia vista por ele na questão de que se houve ou não ilegalidade ou abuso de poder na decisão do STJ em denegar a ordem.

Assim, a **COMUNHÃO** com o seu auditório estava estabelecida. É possível entender quando o ministro Barroso chama o auditório a perceber que o STF mudou o entendimento sobre a execução provisória da pena por três vezes, somente em 2016:

Em 2016, por três vezes, o Supremo Tribunal Federal reverteu esse entendimento: no HC 126.292, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016; ao negar a cautelar nas ADCs 43 e 44, julgada em 5.10.2016; e, por fim, em repercussão geral, NO ARE 964.246 mediante reafirmação de jurisprudência em Plenário Virtual, em 11.11.2016³³⁰.

Para, inclusive justificar a **COMUNHÃO** acima, o ministro Barroso, usou novamente o **ESTATUTO DOS ELEMENTOS** de argumentação ao apresentar a mutação constitucional como pressuposto para a alteração dos posicionamentos:

Na ocasião, sustentei ter ocorrido o fenômeno da mutação constitucional, que significa a alteração do sentido e alcance de uma norma, tal como interpretada pela Suprema Corte, por uma de três razões: (i) mudança na realidade social, (ii) mudança na compreensão do direito ou (iii) pelos impactos negativos produzidos pelo entendimento anterior³³¹.

Inclusive o **ESTATUTO DOS ELEMENTOS** foi destacado em toda a aplicação da mutação constitucional, na apresentação dos impactos negativos do entendimento contrário ao atual, principalmente na leitura sobre os exemplos emblemáticos daquilo que o ministro chamou de “falência do sistema anterior”³³², a não possibilidade de prisão provisória. E ainda, usou para finalizar que estas justificativas de diversos entendimentos foram realizadas “por relevantes fundamentos jurídicos, pragmáticos

³³⁰ CONJUR. Consultor Jurídico. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4/4/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula> > Acesso em 17/01/2020, p.4.

³³¹ CONJUR. Consultor Jurídico. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4/4/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula> > Acesso em 17/01/2020, p.4.

³³² CONJUR. Consultor Jurídico. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4/4/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula> > Acesso em 17/01/2020, pp. 5-7.

e empíricos, isto é, comprováveis factualmente” ³³³, mais uma vez a **COMUNHÃO** está manifestada.

Aliás, o **ESTATUTO DOS ELEMENTOS**, também configurou presença para confirmar argumentação de que em “nenhum país civilizado” ³³⁴ (**JUÍZO DE VALOR**), exige o trânsito em julgado e citou a declaração universal dos direitos humanos, entre outras instituições e tratados internacionais que não mencionam a previsão da execução da pena apenas a sentença penal condenatória transitada em julgado³³⁵.

Além do mais, o **ESTATUTO DOS ELEMENTOS** foi apresentado pelo ministro em uma pesquisa empírica realizada para auxiliar na argumentação de que os recursos extraordinários em matéria penal no STF acolhidos em favor no réu não chegam a 2% (dois por cento). O mesmo raciocínio foi usado pelo ministro para potencializar a argumentação quanto aos recursos acolhidos no STJ³³⁶. O ministro para concluir a exposição deste ponto no voto, afirmou que a demora em se julgar os recursos no STJ e no STF contribuem para o ‘mau funcionamento do sistema penal brasileiro, o sistema induz a prescrição’³³⁷.

A frase “eis o sistema: fatos ocorridos entre 1999 e 2002, em 2018 ainda não foram julgados. Não há como punir a criminalidade do ‘colarinho branco’ com este modelo”³³⁸, intensifica as intenções de que nem todos aqueles que pertencem a este auditório pensam da mesma forma de o ministro Barroso. Assim é o **PSEUDISCURSO DIRETO**, como figura de presença.

³³³ CONJUR. Consultor Jurídico. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4/4/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula> > Acesso em 17/01/2020, p.5.

³³⁴ CONJUR. Consultor Jurídico. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4/4/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula> > Acesso em 17/01/2020, p.11.

³³⁵ CONJUR. Consultor Jurídico. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4/4/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula> > Acesso em 17/01/2020, pp. 11-12.

³³⁶ CONJUR. Consultor Jurídico. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4/4/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula> > Acesso em 17/01/2020, pp. 17-19.

³³⁷ CONJUR. Consultor Jurídico. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4/4/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula> > Acesso em 17/01/2020, p.18.

³³⁸ CONJUR. Consultor Jurídico. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4/4/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula> > Acesso em 17/01/2020, p.8.

O **JUÍZO DE VALOR** é muito presente no discurso, inclusive não há nem a **METALEPSE**, uma tentativa de mudar para o juízo de fato, veja-se:

Eu respeito todos os pontos de vista. Mas não é este o país que eu gostaria de deixar para os meus filhos. Um paraíso para homicidas, estupradores e corruptos. Eu me recuso a participar sem reagir de um sistema de justiça que não funciona, salvo para prender menino pobre³³⁹.

Mas no excerto abaixo a **METALEPSE** parece estar presente quando o ministro avisa que a volta ao modelo anterior – a prisão apenas após sentença transitada em julgado – irá retirar a eficácia do modelo de combate à corrupção que tem sido adotado, “na 13ª Vara Federal de Curitiba já houve mais de 114 decisões condenatórias. Na Operação Lava Jato, mais de 70 decisões já foram proferidas em 2º grau”³⁴⁰.

A escolha da **INTERPRETAÇÃO** no parágrafo “com todas as vênias de quem pensa diferente, considero uma leitura simplesmente equivocada da Constituição interpretar essas normas como significando que somente se pode prender alguém após a condenação em 2ª instância³⁴¹.”

O discurso do ministro Barroso se mostrou coerente com o posicionamento sobre o tema que ele manifesta desde 2018. Possível perceber que a relação Direito x Moral está presente não apenas no texto escrito, como também na sua fala afinal, as sessões plenárias são transmitidas “ao vivo”, o auditório é particular, mas muitas pessoas assistem.

O reiterado argumento do ministro de que um posicionamento contrário à prisão provisória só alimenta a ‘seletividade do sistema ao dificultar a punição dos condenados mais ricos e aumenta o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade’, persuade e convence aqueles que pensam da mesma maneira, mas inclui

³³⁹ CONJUR. Consultor Jurídico. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4/4/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula> > Acesso em 17/01/2020, p.9.

³⁴⁰ CONJUR. Consultor Jurídico. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4/4/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula> > Acesso em 17/01/2020, p.10.

³⁴¹ CONJUR. Consultor Jurídico. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4/4/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula> > Acesso em 17/01/2020, p.11.

o ‘valor moral’ no Direito. A autonomia e os princípios são aplicados após a questão moral.

O ministro Barroso denegou a ordem.

3.2.4 MINISTRA ROSA WEBER

A ministra destacou que a jurisprudência do STF em relação à execução provisória da pena em sentença penal condenatória, não compromete a presunção de inocência.

Importantíssimo destacar que a ministra manifesta reiteradamente que, diante do princípio da colegialidade e de manutenção e respeito à jurisprudência da corte suprema, votou no sentido de acompanhar o relator, ministro Edson Fachin, mas que o seu posicionamento quanto ao tema difere do entendimento atual do STF.

No entanto, alegou a ministra que a previsibilidade das decisões do judiciário acontece em local e momento adequado para a revisão desses posicionamentos³⁴².

A ministra inicia o voto destacando a **COMUNICAÇÃO ORATÓRIA**, comunhão com o auditório, quando faz o questionamento aos pares: “Afinal, o que está em mesa para ser apreciado por este plenário” ³⁴³?

Outra presença da **COMUNICAÇÃO ORATÓRIA**, para chamar a atenção do auditório foi à pergunta: “soma-se a essa questão, outra, que lhe é conexa, e diz respeito à até que ponto uma Corte Constitucional está vinculada aos próprios precedentes, o chamado *stare decisis*”³⁴⁴.

³⁴² Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020.

³⁴³ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020, p.1.

³⁴⁴ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020, p.16.

O **ESTATUTO DOS ELEMENTOS** inicia a sua presença quando a ministra usa para justificar a importância do poder geral de cautela dos magistrados, a fim de assegurar o resultado útil do processo, quando se reporta a duas decisões de sua relatoria. Esta justificativa teve por finalidade permitir, para a ministra, o tratamento isonômico diante do entendimento majoritário da Corte³⁴⁵.

De modo frequente a ministra afirma e ‘negrita’ no texto escrito que, apesar do seu entendimento pessoal ser contrário à pretensão veiculada no que se refere à execução da pena provisória pelos princípios isonômicos e de colegialidade, manteve o entendimento da maioria. E, da mesma forma, a ministra usou a apresentação do **ESTATUTO DOS ELEMENTOS** para afirmar que já agiu de modo semelhante. A forte presença do juízo de valor em vários pontos do texto destaca-se.

[...] E o fiz, na ocasião, apesar do meu entendimento pessoal contrário à pretensão veiculada na ADI, consoante finalmente vim a expor no julgamento de seu mérito, para – repito – assegurar a aplicação isonômica do Direito [...]³⁴⁶.

[...] Ainda que contrária à minha compreensão pessoal, repito, entendi presente o requisito da chamada fumaça do bom direito diante da fundada controvérsia quanto ao tema de fundo [...]³⁴⁷.

[...] diz com a minha compreensão sobre a desejável observância horizontal das decisões do Plenário, presencial e virtual, ainda que em habeas corpus, bastando lembrar que aqui se decidiu – e integrei, repito, a corrente minoritária - que a execução antecipada da pena a partir da decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado do título penal condenatório não compromete o princípio da presunção de inocência, o que não tem prevalecido ao julgamento inúmeros habeas corpus [...]³⁴⁸.

[...] não por ser clara e evidente a solução da questão de direito, e sim por respeito à densidade jurídica da controvérsia posta, ainda que contrária,

³⁴⁵ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020, pp.2-3.

³⁴⁶ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020, p.3.

³⁴⁷ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020, p.3.

³⁴⁸ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020, p.18.

repito, a pretensão imediata, ao meu entendimento pessoal sobre a questão de fundo, resguardando assim o resultado útil do processo [...] ³⁴⁹.

[...] não tenho como reputar ilegal, abusivo ou teratológico, acórdão que, forte nesta compreensão do próprio Supremo Tribunal, rejeita a ordem de habeas corpus, independentemente da minha posição pessoal quanto ao tema de fundo e devidamente ressalvado o meu ponto de vista a respeito, ainda que, repito, o Plenário seja sem dúvida o lócus apropriado para revisitar tais temas [...] ³⁵⁰.

Inclusive, em destaque a última citação que diz respeito ao **ESTATUTO DOS ELEMENTOS**, no que confere o acordo com os juízos de valor há também, a figura do **PSEUDODISCURSO DIRETO**, para chamar a presença aos pares de que o Plenário do Supremo seja o local apropriado para o debate e alteração do entendimento.

Outro caso do **PSEUDODISCURSO DIRETO** está em evidência junto com a figura de escolha da **INTERPRETAÇÃO**, quando a ministra diz que “diante de mutações jurídicas ou de alterações fáticas significativas, não há muita dificuldade em se reconhecer que o tribunal ‘pode afastar ou rever suas decisões, possuindo o ônus da argumentação para tanto’” ³⁵¹. A presença com a escolha, dois bons meios argumentativos que persuadem.

Outro exemplo do **PSEUDODISCURSO DIRETO**, mais uma vez, foi chamar a atenção para dizer que são reconhecidas as intenções sobre as mudanças de entendimento e que estas só podem ocorrer no plenário:

[...] como último ponto, destaco o óbvio: meu pleno conhecimento de que o Plenário é o locus adequado para, externando cada julgador sua posição pessoal, ser revisitada temas e acaso alterada a jurisprudência da Corte, tal como aconteceu tanto no HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, em 2009, como no HC 126.292, Rel. o querido e saudoso Min. Teori Zavaski[...] ³⁵².

³⁴⁹ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020, p.5.

³⁵⁰ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020, p.20.

³⁵¹ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020, p.17.

³⁵² Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020, p.17.

O último destaque dado ao **PSEUDISCURSO DIRETO** foi à finalização do voto, quando a ministra Rosa Weber, primeiro usa da **COMUNICAÇÃO ORATÓRIA** para chamar a atenção da Presidente do STF, ministra Carmen Lúcia, para a questão da importância, e aí entra o argumento do **PSEUDODISCURSO**, de que o tema seja revisitado, senão, veja-se:

Senhora Presidente, enfrento este habeas corpus nos exatos termos como fiz todos os outros que desde 2016 me foram submetidos, reafirmando que o tema de fundo, para quem pensa como eu, há de ser sim revisitado no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, vale dizer, nas ADCs da relatoria do Min. Marco Aurélio, em que esta Suprema Corte, em atenção ao princípio da segurança jurídica, em prol da sociedade brasileira, há de expressar, como voz coletiva, enquanto guardião da Constituição, se o caso, outra leitura do art. 5º, LVII, da Lei Fundamental³⁵³. (Grifo nosso)

Há **ALUSÃO** no discurso da ministra Rosa Weber, esta comunhão aparece quando da explicação de que em sociedades multiculturais o dissenso é algo comum, diante das diversas percepções sobre os elementos do bem comum. Além disso, a imprevisibilidade cotidiana presente na arena política é resolvida “como regra, as divergências por apertadas maiorias, em uma sensação de baixa legitimidade do sistema democrático representativo, com frequência bem maior do que a desejável”³⁵⁴. A **ALUSÃO** que justifica o texto entre linhas aparece:

Nesse cenário, ao Poder Judiciário, como elemento estruturante da democracia constitucional, compete à função de interpretar a legislação – ordinária e constitucional –, e assegurar a supremacia da própria Constituição, fundamento de validade de todo o sistema jurídico, a lei fundamental do país. Tal competência jurisdicional explica-se porque, embora a Constituição seja o fundamento de validade de todo o sistema e obrigatória aos seus destinatários, o seu significado, consideradas as situações concretas ou mesmo em contextos abstratos, comporta divergências, em especial pela indeterminação inerente à linguagem jurídica e ao próprio Direito, notadamente às suas regras e textos³⁵⁵. (Grifo nosso)

³⁵³ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020, p.26.

³⁵⁴ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020, p.8.

³⁵⁵ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020, p.8.

A questão da **INTERPRETAÇÃO** se faz presente, associada à **ALUSÃO** quando a ministra fala do problema real sobre a indeterminação do Direito “em especial da norma constitucional, evidencia-se diuturnamente com a resolução das disputas interpretativas sobre o seu significado e alcance por este Supremo tribunal Federal, mediante suas decisões, precedente e jurisprudência” ³⁵⁶.

A figura de presença **ANÁFORA** aparece quando a ministra repete “a segurança jurídica, segurança jurídica que, na minha compreensão, mais do que um princípio, consiste em um valor” ³⁵⁷.

O voto da ministra apresentou uma série de precedentes, tanto como relatora e, também de outros julgadores cujo objetivo era manifestar o reiterado entendimento de ser leal aos princípios da colegialidade, da isonomia e da orientação prevalecente da casa. O argumento aqui foi o da **ANALOGIA** diante da exemplificação das **JURISPRUDÊNCIAS**³⁵⁸, percebidas nas páginas 21 a 25 do discurso que pode ser consultado na página do STF disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>.

O discurso da ministra Rosa Weber é escrito na linguagem do acordo do auditório particular. A presença de passagens em negrito, principalmente para manifestar que o seu entendimento é diverso do modo como votou, aumenta a presença deste juízo de valor na consciência de quem lê. O posicionamento da ministra foi contra a execução provisória em 2016, à favor em 2018 e novamente contra nas ADC's 43, 44 e 54 em 2019.

Assim, a ministra Rosa Weber acompanhou o Relator e denegou a ordem.

3.2.5 MINISTRO LUIZ FUX (VOGAL)

³⁵⁶ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020, p.9.

³⁵⁷ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020, p.10.

³⁵⁸ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>> Acesso em 17/01/2020, pp. 21-25.

Para o ministro, a presunção de inocência, prevista no inc. LVII, do art. 5º da CRFB, não impede a execução provisória da pena. Para Luiz Fux a presunção de inocência cessa a partir do momento que se considera em uma decisão judicial, o réu culpado³⁵⁹.

Ainda, há necessidade de trânsito em julgado para que se possa efetivar uma prisão, não está contemplada na CRFB. Assim, interpretar de modo literal o dispositivo da presunção de inocência, é negar o direito fundamental do Estado de impor sua ordem³⁶⁰.

O ministro iniciou o voto alegando uma preliminar sobre a competência originária do STF, prevista no art. 102 da CRFB, para conhecer e julgar o *habeas corpus*, e citando o dispositivo constitucional, bem como alguns **ARGUMENTOS POR ANALOGIA** (julgados do próprio STF), concluiu que o paciente não estava arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária da Corte. O recurso protocolado também estava errado, seria o Recurso Extraordinário e não *HC*.

E, desta forma, usou a **ALUSÃO** como comunhão com o seu auditório para dizer que:

Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus*, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir³⁶¹. (Grifo Nosso)

Uma **ALUSÃO** referente ao propósito que todos do auditório conhecem sobre a competência da Corte, alinhada no fim do texto, por nós sublinhados, a um **JUÍZO DE VALOR** quanto ao uso indevido do *writ* constitucional.

³⁵⁹ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020.

³⁶⁰ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020.

³⁶¹ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, p.3.

O uso da figura de **COMUNHÃO** está descrito sobre um entendimento da Corte quanto a impetração do *HC*, como substitutivo de RE, “No mesmo sentido, firmou-se o entendimento da Primeira Turma desta Corte no sentido da inadmissibilidade da utilização do *habeas corpus* como substitutivo de recurso extraordinário”³⁶².

Corroborando com a **COMUNHÃO** acima, o ministro apresentou diversos precedentes que confirmam a tese paradigma, o argumento de **ANALOGIA**³⁶³. Os entendimentos podem ser conferidos na íntegra do voto, disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf> >.

Desta forma e, se utilizando, duas vezes, da **EPIÍGRAFE** como uma antecipação do pensamento do argumentante no mérito do voto do ministro Luiz Fux, “*Ex positis, NÃO CONHEÇO do habeas corpus*”³⁶⁴.

[...] Acaso superada a preliminar, não se revelam presentes os fundamentos legais que permitiriam a concessão da ordem de *habeas corpus*, ante a ausência de ilegalidade ou abuso de poder na decisão atacada [...] ³⁶⁵.

Outros usos da **COMUNHÃO** foram percebidos, como modo de manifestar algo em comum ao auditório para a manutenção do acordo estabelecido, vamos ver:

Com efeito, em três oportunidades esta Corte manifestou a compreensão de que o princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), extraído da norma do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não impede o início da execução da pena fixada na condenação, uma vez esgotados os recursos cabíveis nas instâncias ordinárias³⁶⁶.

³⁶² Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, p.4.

³⁶³ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, pp. 4-7

³⁶⁴ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, p.7.

³⁶⁵ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, p.8.

³⁶⁶ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, p.8.

[...] Porém, como anteriormente mencionado, em 2016 esta Suprema Corte reviu o entendimento fixado em 2009, no julgamento do HC 126.292³⁶⁷.

[...] Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático³⁶⁸.

O uso do argumento de **ANALOGIA** está presente em um número bastante expressivo no voto do ministro: na manifestação da legitimidade da execução da pena provisória pelos entendimentos do Supremo³⁶⁹; na análise histórica das jurisprudências na interpretação do princípio da presunção de inocência³⁷⁰; quando o ministro cita que no cenário internacional não há previsibilidade de que se exija o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena³⁷¹. Jurisprudências como **ANALOGIA**, também aparecem para criticar o número alarmante de recursos protelatórios que levam a prescrição do direito de punir do Estado³⁷².

A figura de escolha da **INTERPRETAÇÃO** teve destaque no texto do ministro Fux, com real direcionamento de que a unidade da constituição é a interpretação sistemática:

Também é devida ao célebre jurista itliano a distinção “Voluntas legis, non legislatoris”, ou seja, o intérprete deve analisar a vontade da lei, do texto normativo, dentro de seu âmbito de aplicação, independentemente de qual tenha sido a vontade do legislador: “a lei não é o que o legislador quis ou não quis exprimir, mas tão somente aquilo que ele exprimiu em forma de lei”. Em síntese, a clareza das regras somente é obtida pelo procedimento de

³⁶⁷ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, p.24.

³⁶⁸ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, p.43.

³⁶⁹ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, pp. 8- 11.

³⁷⁰ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, pp.17-24.

³⁷¹ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, pp.29-33.

³⁷² Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, pp.34-35.

interpretação, procedendo-se à sua análise sistêmica, conciliando-a com as demais normas do ordenamento jurídico pátrio³⁷³.

[...] O princípio da presunção de inocência encontra-se insculpido em um sistema unitário, devendo harmonizar-se com outras normas e garantias também previstas na Constituição, cujos conteúdos se delimitam mutuamente³⁷⁴.

[...] Resta plausível, portanto, concluir que a presunção de inocência até o trânsito em julgado não se confunde com a impossibilidade de prisão decorrente de condenação não transitada em julgado³⁷⁵.

[...] a análise sistemática da Constituição, autoriza concluir que a previsão de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” não impede a decretação da prisão do condenado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória [...]³⁷⁶.

Por fim, mas relevante trazer para a discussão, que o ministro Luiz Fux se utiliza de muitos argumentos que relacionam o **DIREITO X MORAL**, principalmente para justificar a fundamentação de que o sistema penal precisa garantir a efetividade nas punições e o bem social para que o sentimento de frustração da sociedade permaneça:

[...] a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal³⁷⁷.

[...] São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela efetividade do direito penal, não em uma dimensão meramente

³⁷³ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, p.14.

³⁷⁴ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, p.14.

³⁷⁵ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, p.15.

³⁷⁶ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, p.16.

³⁷⁷ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, p.24.

punitivista, mas em sua função democrática de garantia das normas mais relevantes para o convívio social³⁷⁸.

[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos³⁷⁹.

[...] É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na compreensão da presunção de inocência em aparente descaso com a realidade subjacente, de elevada criminalidade, em todas as camadas sociais e, especialmente, nas altas esferas do Poder político³⁸⁰.

[...] Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema³⁸¹.

O ministro denegou a ordem e usou os argumentos para manter seu posicionamento desde fevereiro de 2016.

3.2.6 MINISTRA CARMEN LÚCIA – O VOTO DE MINERVA

Antes de analisar o voto da ministra Carmen Lúcia uma ressalva é importante. Não tivemos acesso ao voto escrito, mesmo solicitando diretamente no site do Supremo Tribunal Federal. A saída, e o que fizemos, foi procurar o voto oral da ministra e analisar, pela sua fala as considerações que a levaram, a denegar a ordem³⁸².

³⁷⁸ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, p.39.

³⁷⁹ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, p.40.

³⁸⁰ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, p.43.

³⁸¹ Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>> Acesso em: 17/01/2020, p.44.

³⁸² Voto de minerva da ministra Carmen Lúcia no HC do ex Presidente Lula. 5/4/2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=If6MLG NUrlk>> Acesso em 18/01/2018.

Inclusive, o voto da ministra, como Presidente da Corte, foi, mediante votação do plenário, autorizado por todos os demais ministros, isto porque, a questão foi suscitada pelo advogado do paciente, Dr. Batochio que não caberia o voto da Presidente sobre a apreciação do *HC* e que, em caso de empate se decidiria pela condição mais favorável ao paciente³⁸³.

Mesmo a Presidente, ministra Carmen Lúcia, alegando que tal condição não estava de acordo, uma vez que se tratava de matéria constitucional e que neste caso o voto do Presidente é possível, colocou em votação para os demais pares³⁸⁴. Os ministros concordaram que a Presidente poderia votar.

Iniciou o voto com o argumento da **COMUNHÃO** ao afirmar que em diversas ocasiões a Corte discutiu o tema sobre a possibilidade da execução provisória da pena e, reiterou os números dos *habeas corpus* que, inclusive participou, até o entendimento atual que, desde 2016, prevalece no Supremo³⁸⁵.

A ministra manteve o entendimento de 2009, quando julgou possível a execução da pena provisória após o esgotamento das vias ordinárias. Lembrou que foi voto vencido, em 2009, mas que em 2016 a sua posição passou a prevalecer no julgamento que firmou a atual jurisprudência³⁸⁶.

Ainda como figura de **COMUNHÃO**, a ministra Carmen Lúcia, citou parte do voto do ministro Luís Roberto Barroso:

Mais do que a efetividade do direito penal que então não se cumpre, e que é direito da pessoa de um lado, ter os seus recursos devidamente verificados, examinados e julgados, e de outro lado à sociedade ter a resposta pela absolvição ou pela condenação, mas também há que se dar ênfase ao princípio da igualdade. Porque não seria possível, como vossa excelência expõe um quadro em que teria pessoas que tem a mais absoluta condição de se valer de todos os recursos e outra que não tem condições, e por isso mesmo não poderia se valer e ter garantida a mesma situação³⁸⁷.

³⁸³ Voto de minerva da ministra Carmen Lúcia no HC do ex Presidente Lula. 5/4/2018. Disponível em:< <https://www.youtube.com/watch?v=If6MLGnUrIk> > Acesso em 18/01/2018.

³⁸⁴ Voto de minerva da ministra Carmen Lúcia no HC do ex Presidente Lula. 5/4/2018. Disponível em:< <https://www.youtube.com/watch?v=If6MLGnUrIk> > Acesso em 18/01/2018.

³⁸⁵ Voto de minerva da ministra Carmen Lúcia no HC do ex Presidente Lula. 5/4/2018. Disponível em:< <https://www.youtube.com/watch?v=If6MLGnUrIk> > Acesso em 18/01/2018.

³⁸⁶ Voto de minerva da ministra Carmen Lúcia no HC do ex Presidente Lula. 5/4/2018. Disponível em:< <https://www.youtube.com/watch?v=If6MLGnUrIk> > Acesso em 18/01/2018.

³⁸⁷ Voto de minerva da ministra Carmen Lúcia no HC do ex Presidente Lula. 5/4/2018. Disponível em:< <https://www.youtube.com/watch?v=If6MLGnUrIk> > Acesso em 18/01/2018.

Afirmou que a questão do Direito Penal e sua efetividade deverão ser revistas pela sociedade, uma vez que o quadro das penitenciárias é absolutamente trágico. Caso da presença, neste caso do **PSEUDODISCURSO DIRETO** com a ênfase também ao discurso do Direito x Moral, no que se verifica a questão da efetividade do direito penal diante da sociedade.³⁸⁸.

A principal figura percebida no voto da ministra é a escolha da **INTERPRETAÇÃO**, quando alega em sua fala que “o processo penal possui fases, e o que se admite no caso é que também possa ser possível uma graduação na forma da execução”³⁸⁹.

E também, que a execução da pena provisória, não representa uma afronta ao princípio da culpabilidade, uma vez que “admitir que a não culpabilidade impossibilite qualquer atuação do Estado pode levar a impunidade”³⁹⁰.

Por fim, a ministra denegou a ordem, entendimento que ela manifesta desde 2009. O voto foi de desempate para prever a possibilidade de execução provisória da pena.

3.2.7 MINISTRO GILMAR MENDES

O ministro Gilmar Mendes abriu as divergências, para afirmar que iria conceder a ordem, para que, no eventual cumprimento da pena contra o ex-Presidente Luiz Inácio, que ela aconteça a partir do julgamento da matéria no STJ³⁹¹.

³⁸⁸ Voto de minerva da ministra Carmen Lúcia no HC do ex Presidente Lula. 5/4/2018. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=lf6MLGnUrk> > Acesso em 18/01/2018.

³⁸⁹ Voto de minerva da ministra Carmen Lúcia no HC do ex Presidente Lula. 5/4/2018. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=lf6MLGnUrk> > Acesso em 18/01/2018.

³⁹⁰ Voto de minerva da ministra Carmen Lúcia no HC do ex Presidente Lula. 5/4/2018. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=lf6MLGnUrk> > Acesso em 18/01/2018.

³⁹¹ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf> > Acesso em: 18/01/2020.

Alegou o ministro que do ponto de vista processual e constitucional, não faz diferença se o tema é discutido em um *HC* ou em uma ADC, mas alertou que é imprescindível a pacificação do entendimento³⁹².

Que a decisão do *HC* n. 126.292, em fevereiro de 2016, mesmo não sendo uma súmula vinculante, foi aplicada pelas instâncias anteriores automaticamente, independente do crime ou da pena. Afirmou o ministro, que a possibilidade virou a regra³⁹³.

Ressaltou exemplos nos quais se comprovou ter sido indevida a execução provisória da pena, em situações reformadas pelo STJ. Por isso o ministro Gilmar Mendes defendeu o posicionamento de que a marca do julgamento de recurso especial pelo STJ, se mostra como uma medida mais segura³⁹⁴.

Assim como os demais ministros, Gilmar Mendes iniciou fazendo uma **ALUSÃO** de todos os entendimentos que permitiram o entendimento em relação à possibilidade da execução da pena provisória. Fez estas considerações justamente porque percebeu que a jurisprudência atual prevê a ‘possibilidade’ da execução e não que esta seja uma regra implícita aos juízes de primeiro grau e tribunais³⁹⁵.

O ESTATUTO DOS ELEMENTOS aparece para justificar e valorizar as premissas trazidas ao voto quanto à possibilidade da execução da pena e não uma regra, a que se terem requisitos:

[...] Assinalo, pois, que a execução antecipada da pena de prisão, após julgamento em 2ª instância, na linha do quanto decidido por esta Corte, seria possível. Porém, essa possibilidade tem sido aplicada pelas instâncias inferiores “automaticamente”, para todos os casos e em qualquer situação, independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do quantum da pena a ser cumprida³⁹⁶.

³⁹² Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf>> Acesso em: 18/01/2020.

³⁹³ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf>> Acesso em: 18/01/2020.

³⁹⁴ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf>> Acesso em: 18/01/2020.

³⁹⁵ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf>> Acesso em: 18/01/2020, pp. 1-3.

³⁹⁶ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf>> Acesso em: 18/01/2020, p.4.

[...] Nesse ponto, importante resgatar a linha de argumentação que desenvolvi no paradigmático HC 126.292, quando destaquei um importante precedente de relatoria do Ministro Eros Grau (HC 84.078), no qual o Ministro Cezar Peluso ressaltava a importância ou a possibilidade da prisão provisória a partir dessa decisão de primeiro ou de segundo grau, desde que presentes os requisitos de prisão preventiva³⁹⁷.

Dizia eu, então, que havia casos clássicos enquadráveis no fundamento de ordem pública que poderiam ensejar a antecipação da execução da pena. A possibilidade, por exemplo, de uma iteração ou reiteração delitiva. Era uma hipótese que se colocava como plausível para justificar a prisão preventiva a partir da decisão de primeiro ou de segundo grau [...]³⁹⁸.

[...] Repita-se, sempre dissemos que a prisão seria uma possibilidade jurídica, não uma obrigação³⁹⁹.

A importância que deve ser dada a execução provisória da pena, segundo o ministro Gilmar Mendes, é no sentido de perceber que em diversos casos julgados no STJ tiveram como resultado a reforma da decisão proferida nas vias ordinárias. Isso é muito grave, segundo o ministro, vez que a liberdade não pode ser restituída. Assim, o ministro usou do argumento da **ANALOGIA** para, a partir destas premissas indicarem o problema da execução provisória:

[...] Na ação penal 0104654-76.1995.403.6181, da Justiça Federal de São Paulo, réu condenado a 5 anos de reclusão, regime semiaberto, teve a sentença confirmada pelo TRF/3ª Região, deflagrando-se automaticamente o início do cumprimento da pena. Porém, em habeas corpus impetrado no STJ (HC 317.330/SP), a pena foi reduzida para 4 anos de reclusão, sendo alcançada pela prescrição⁴⁰⁰.

[...] Réu condenado e a sentença mantida pelo Tribunal à pena de 5 anos de reclusão, regime inicial fechado, dando-se automaticamente o início do cumprimento da pena. Em agravo em recurso especial no STJ (AREsp 1.195.573-SP), entretanto, a pena foi reduzida para 1 ano e 8 meses de reclusão, regime aberto, sendo a reprimenda substituída por pena alternativa⁴⁰¹.

³⁹⁷ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOOGM.pdf> > Acesso em: 18/01/2020, p.4.

³⁹⁸ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOOGM.pdf> > Acesso em: 18/01/2020, p.4.

³⁹⁹ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOOGM.pdf> > Acesso em: 18/01/2020, p.5.

⁴⁰⁰ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOOGM.pdf> > Acesso em: 18/01/2020, p. 6.

⁴⁰¹ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOOGM.pdf> > Acesso em: 18/01/2020, p.6.

E, em uma **CITAÇÃO DE UM ARGUMENTO DE AUTORIDADE** com o intuito de reiterar o perigo da prisão após a segunda instância, o ministro usou a crítica do jurista Lenio Streck ao neopunitivismo: “o sistema jurídico sofrerá um retrocesso e o sistema prisional entrará em colapso, além de sufragar prisões de pessoas sem antecedentes e/ou que foram condenados por prova ilícita ou probabilismos e teses exóticas que começam a vicejar nesse neopunitivismo”⁴⁰².

O **JUÍZO DE VALOR – METALEPSE** surge quando o ministro alega que: “Até que se pudesse estabelecer melhor solução a evitar ou minimizar a possibilidade do erro judiciário, desde maio de 2017, passei a deferir nos *habeas corpus* de minha relatoria, quando cabível, ordem para impedir a imediata execução de pena em condenações confirmadas em segunda instância” (grifo nosso) ⁴⁰³.

E diante deste “novo” posicionamento, novamente trouxe diversos entendimentos de sua relatoria.

A **COMUNHÃO** foi realizada para chamar a atenção do auditório por um entendimento do ministro Dias Toffoli na ADC 43, quanto à sugestão de que a execução da pena deveria ser aguardada até o julgamento no STJ: [...] Daí ter aderido, em um primeiro momento após o julgamento daquele HC, ao entendimento inaugural do Ministro Dias Toffoli na ADC 43, no sentido de que o início da execução da pena deveria aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ⁴⁰⁴.

Esse novo marco, segundo o ministro, é apenas uma adequação no momento inicial para a execução da pena que seria mais seguro. A partir do momento em que as instâncias vão se esgotando, a culpa vai se estabilizando. Neste sentido, o ministro

⁴⁰² Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf> > Acesso em: 18/01/2020, p.7.

⁴⁰³ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf> > Acesso em: 18/01/2020, p.7.

⁴⁰⁴ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf> > Acesso em: 18/01/2020, p.9.

trouxe o modelo italiano que prevê a “formação progressiva do trânsito em julgado”⁴⁰⁵.

O ministro afirmou, inclusive, que em seu entendimento, nos casos de crimes graves, a denegação do *habeas corpus* é a sua condenação, quando a defesa quer a suspensão do início da execução da pena. E para confirmar esta tese, usou diversos casos pelo argumento da **CITAÇÃO**⁴⁰⁶, disponível na íntegra o voto do ministro na página da internet do Supremo Tribunal Federal voto em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf> [>](#).

Por fim, o **PSEUDODISCURSO DIRETO** esta figura de presença para chamar o auditório que “caberá à jurisprudência reconstruir e dar significado à ordem pública”⁴⁰⁷.

Assim, o ministro concedeu em parte a ordem para que, eventual cumprimento de pena, ocorra somente a partir do julgamento pelo STJ⁴⁰⁸. De fato, diante do histórico das manifestações em plenário sobre a execução provisória da pena, o ministro Gilmar Mendes se mostrou contra em 2009, a favor em fevereiro e outubro de 2016 e, novamente contra em 2018 e recentemente em novembro de 2019. A principal justificativa para a alteração de entendimento foi à aplicação do entendimento da execução provisória da pena como regra e não como possibilidade.

3.2.8 MINISTRO DIAS TOFFOLI

⁴⁰⁵ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf> > Acesso em: 18/01/2020, p.14.

⁴⁰⁶ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf> > Acesso em: 18/01/2020, pp.18-20.

⁴⁰⁷ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf> > Acesso em: 18/01/2020, p.20.

⁴⁰⁸ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf> > Acesso em: 18/01/2020, p.23.

O ministro reiterou os argumentos que foram apresentados em seu voto no julgamento das cautelares das ADCs 43 e 44, que é aguardar o julgamento no STJ do REsp ou do AREsp e por que? Já estamos diante da figura da **COMUNICAÇÃO ORATÓRIA**, para chamar a atenção do auditório⁴⁰⁹.

Na interpretação do ministro há necessidade de demonstração de repercussão geral como requisito para o recebimento do Recurso Extraordinário, dificulta a admissão no caso de matéria penal. Isso acontece, porque pressupõe a transcendência dos interesses subjetivos, e o RE não se presta a correção de ilegalidades de cunho meramente individual, não haveria, portanto, razão para impedir a execução da pena, na pendência de seu julgamento⁴¹⁰.

O ideal, assim, é aguardar o julgamento no STJ. Toffoli afirmou que o sistema jurídico tem meios de conseguir inibir os recursos protelatórios, portanto, alegar que a demora do julgamento leva a prescrição é uma afirmação que precisa ser revista⁴¹¹.

O ministro usa dos argumentos das cautelares das ADCs 43 e 44, para iniciar seu posicionamento, desta feita, apresentou um histórico de julgados quanto à manifestação do plenário sobre o princípio da presunção de inocência. Presentes, portanto, **O ESTATUTO DOS ELEMENTOS DA ARGUMENTAÇÃO**, diante da apresentação das premissas⁴¹². Os julgados apresentado pelo ministro podem ser consultados na íntegra do voto disponível na página do STF em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf>>

Como o tema novamente estava em debate, o ministro Toffoli afirma que é uma oportunidade para revisar o seu entendimento. Assim ele traz um argumento de

⁴⁰⁹ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf>> Acesso em: 18/01/2020.

⁴¹⁰ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf>> Acesso em: 18/01/2020.

⁴¹¹ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf>> Acesso em: 18/01/2020.

⁴¹² Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf>> Acesso em: 18/01/2020, pp. 1-3.

AUTORIDADE, quando cita doutrinadores⁴¹³ e conclui que a ‘liberdade será sempre a regra, sendo a prisão uma exceção’⁴¹⁴.

Para o ministro a presunção de inocência é uma norma, e neste ponto do discurso a figura de presença, pela repetição, ANÁFORA é percebida “norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento”⁴¹⁵.

A **INTERPRETAÇÃO** também é verificada na análise do art. 283 do Código de Processo Penal:

[...] O art. 283 do Código de Processo Penal, portanto, limita-se a densificar os dispositivos constitucionais que estabelecem que a liberdade de locomoção constitua a regra, e a prisão, a exceção. Mais precisamente, densifica o art. 5º, LVII, CF, que consagra a presunção de inocência⁴¹⁶.

[...] Como salienta Eros Grau, não se interpretam os textos do direito em tiras, aos pedaços⁴¹⁷.

[...] Pouco importa, nesse contexto, que os recursos especial e extraordinário, via de regra (arts. 995 e 1.029, § 5º, do Código de Processo Civil), não tenham efeito suspensivo: não bastasse a letra expressa do art. 283 do Código de Processo Penal, o art. 5º, LVII, CF, se mostra suficiente para impedir a execução provisória do julgado penal⁴¹⁸.

[...] Fazer justiça não é somente reexaminar fatos e provas – questão indiscutivelmente afeta aos tribunais de segundo grau -, mas também corrigir

⁴¹³ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf> > Acesso em:
18/01/2020, p. 4. Faz referência a Rodrigo Capez.

⁴¹⁴ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf> > Acesso em:
18/01/2020, p. 5.

⁴¹⁵ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf> > Acesso em:
18/01/2020, pp.5-6.

⁴¹⁶ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf> > Acesso em:
18/01/2020, p. 7.

⁴¹⁷ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf> > Acesso em:
18/01/2020, p.7.

⁴¹⁸ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf> > Acesso em:
18/01/2020, p.10.

ilegalidades na tipificação de crimes, na dosimetria da pena, na fixação do regime prisional⁴¹⁹.

A **COMUNICAÇÃO ORATÓRIA** é usada por Toffoli mais uma vez quando ele pergunta ao auditório “Ora, admitida à execução provisória da pena, onde seriam recolhidos os presos a ela submetidos” ⁴²⁰?

Quando o ministro responde a pergunta que jogou para os pares, apresentou novamente o **ESTATUTO DOS ELEMENTOS** para apresentar as premissas a fim de valorar o acordo que tem com o auditório⁴²¹.

O **PSEUDODISCURSO DIRETO**, para dizer que se sabe das intenções de alguns oradores aparece no trecho:

[...] Não se argumente que aguardar o julgamento do recurso especial (REsp) ou do agravo em recurso especial (ARESP) interpostos no exercício do direito de defesa frustraria a efetividade da jurisdição penal, uma vez que essa efetividade não pode ser obtida à custa da supressão de direitos fundamentais⁴²².

E voltou a usar o argumento da **ANALOGIA**, para afirmar que o sistema judicial pode e deve inibir recursos protelatórios: “Cito, como exemplo, o julgamento da questão de ordem no RE nº 839.163/DF, Pleno, de minha relatoria, DJe de 10/2/15”⁴²³.

A **ALUSÃO** é nítida quando o ministro afirma: “Portanto, dúvida não há de que a questão é objeto da jurisprudência dominante da Corte” ⁴²⁴.

Outro exemplo:

⁴¹⁹ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf>
> Acesso em: 18/01/2020, p.10.

⁴²⁰ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf>
> Acesso em: 18/01/2020, p. 8.

⁴²¹ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf>
> Acesso em: 18/01/2020, pp. 8-9.

⁴²² Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf>
> Acesso em: 18/01/2020, p.13.

⁴²³ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf>
> Acesso em: 18/01/2020, p.13.

⁴²⁴ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf>
> Acesso em: 18/01/2020, p. 14.

[...] Portanto, não obstante os argumentos trazidos à baila, o entendimento, até o momento, predominante na Corte é o de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal⁴²⁵.

A **AMPLIFICAÇÃO**, espécie de repetição, ou seja, de presença graduada aparece: “Note-se que, segundo a alínea d do dispositivo, a contrariedade entre a decisão e a prova que desafia recurso é aquela que está manifesta, evidente, patente nos autos” (grifo nosso) ⁴²⁶.

Por fim, para manifestar o seu posicionamento, o ministro usa do seu **JUÍZO DE VALOR** para o **JUÍZO DE FATO**, quando entende ser mais prudente que a execução provisória de pena deva ser obstada até o julgamento do colegiado no STJ:

Dando maior especificidade à expressão “pendência de julgamento de recurso especial (REsp) ou de agravo em recurso especial (AREsp)”, por mim empregada no julgamento da medida cautelar nas ADC nº 43 e 44, 18 Em revisão entendo que a execução provisória da pena deva ser obstada até o julgamento colegiado no Superior Tribunal de Justiça do recurso especial (REsp) ou do agravo em recurso especial (AREsp), bem como dos primeiros embargos declaratórios eventualmente opostos contra esses julgados, após o que poderá se iniciar a execução da pena, inclusive a restritiva de direitos⁴²⁷.

O ministro Dias Toffoli, concedeu a ordem. O entendimento quanto ao tema foi alterado. Em fevereiro de 2016, o ministro votou a favor da execução provisória, mas nas demais oportunidades em que pode se manifestar, votou contra, posicionamento que hoje é o majoritário na Corte.

3.2.9 MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

⁴²⁵ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf> > Acesso em: 18/01/2020, p.18.

⁴²⁶ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf> > Acesso em: 18/01/2020, p.22.

⁴²⁷ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf> > Acesso em: 18/01/2020, p.19.

Da mesma forma que aconteceu com a presidente, ministra Carmen Lúcia, não tivemos acesso ao voto escrito do ministro Lewandowski, apenas o vídeo do seu voto e um roteiro de estudos, disponível na página do STF por meio do link: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HABEASCORPUSHC152752VotoMinRL.pdf> >. A partir destes objetos de trabalho iremos trazer, mesmo que de modo mais singelo, as figuras observadas no discurso.

O ministro afirmou que o julgamento de 4 de abril de 2018 foi um dia paradigmático para o STF: “é um dia em que esta Suprema Corte colocou o sagrado direito à liberdade em um patamar inferior ao direito de propriedade”⁴²⁸.

Chamou a atenção de todos nesta **FIGURA DE PRESENÇA** para o que se estava, de fato, sendo discutido.

A **COMUNICAÇÃO ORATÓRIA** foi usada na indagação: “É possível restituir a liberdade de alguém se houver reforma da sentença condenatória no STJ ou no STF, com juros e correção monetária⁴²⁹?

Destacou ainda, que em nenhum país civilizado, **JUÍZO DE VALOR**, no mundo existe a prática da “prisão automática”.

Não é possível, seja a que pretexto for mitigar essa relevantíssima garantia instituída em favor não de uma pessoa, não do paciente que ora está sendo julgado, mas de todas as pessoas indistintamente da sociedade brasileira, sob pena de irreparável retrocesso institucional⁴³⁰.

O ministro afirmou que o combate à corrupção, que “é importante e necessário”, não justifica flexibilização da importante garantia da liberdade ⁴³¹.

⁴²⁸ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. 6/4/2018. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HABEASCORPUSHC152752VotoMinRL.pdf> > Acesso em: 19/01/2020.

⁴²⁹ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. 6/4/2018. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HABEASCORPUSHC152752VotoMinRL.pdf> > Acesso em: 19/01/2020.

⁴³⁰ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. 6/4/2018. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HABEASCORPUSHC152752VotoMinRL.pdf> > Acesso em: 19/01/2020.

⁴³¹ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. 6/4/2018. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HABEASCORPUSHC152752VotoMinRL.pdf> > Acesso em: 19/01/2020.

Não importa ao ministro dizer que a declaração universal dos direitos humanos seja mais restritiva, ou que outros países têm interpretação menos generosa. “Porquanto dentro da nossa realidade, é justificável que nossos intérpretes vejam com mais generosidade o princípio da presunção de inocência, ou da regra da não culpabilidade” ⁴³².

Lamentou que a Corte tivesse dado este passo de colocar a liberdade das pessoas num patamar muito inferior ao do direito de propriedade. Aqui, a presença do **PSEUDODISCURSO DIRETO** ⁴³³.

Votou o ministro por conceder a ordem, e manter o entendimento que manifesta desde 2009.

3.2.10 MINISTRO MARCO AURÉLIO

O ministro Marco Aurélio votou em conceder o HC preventivo ao ex-Presidente Luiz Inácio.

Criticou o uso da moral no Direito ao afirmar: “meu dever maior não é atender à maioria indignada, meu dever maior é tornar prevalecente a lei das leis, a Constituição Federal, que precisa – se é que queremos melhores dias no Brasil – ser amada um pouco mais por todos os brasileiros”. Conseguimos perceber a figura **ANÁFORA**, quanto à presença da repetição (grifo nosso) ⁴³⁴.

⁴³² Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. 6/4/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HABEASCORPUSHC152752VotoMinRL.pdf>> Acesso em: 19/01/2020.

⁴³³ Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. 6/4/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HABEASCORPUSHC152752VotoMinRL.pdf>> Acesso em: 19/01/2020.

⁴³⁴ Portal do Supremo Tribunal Federal, voto oral e transcrito do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 19/01/2020.

A **COMUNICAÇÃO ORATÓRIA** apareceu no seguinte questionamento do ministro: “Será que não precisamos amar nossa Constituição Federal e dar a ela a concretude que é própria em termos de direitos fundamentais” ⁴³⁵.

A figura da **COMUNICAÇÃO ORATÓRIA** foi usada no voto em algumas oportunidades para chamar a atenção da Presidente, ministra Carmen Lúcia, porque o ministro Marco Aurélio queria que a apreciação das ADCs acontecesse antes da análise do HC, aqui discutido.

Firmo o que veiculei ao votar pelo deferimento da liminar e, atendendo ao pedido principal, no sentido de aguardar-se a preclusão maior do título condenatório, nas declaratórias nº 43 e nº 44 – deviam estar sendo julgadas ou já deviam ter sido julgadas, ante a premência da matéria. Liberei os processos, para exame, em dezembro último – e, digo, ficará nos anais do Tribunal, sem apequenar o Supremo, já deveriam ter sido incluídas na pauta denominada dirigida, com designação de data para o pronunciamento final, forte no que dispõe o inciso LVII do rol das garantias constitucionais, ou seja, do artigo 5º, cujo teor não permite sejam suscitadas dúvidas⁴³⁶.

Presidente volto à colocação que fiz: se estivéssemos a decidir, hoje, o pedido de concessão de medida acauteladora nas duas declaratórias, ante a evolução do ministro Gilmar Mendes e também, já agora, a ressalva de entendimento, no Plenário, da ministra Rosa Weber, que votara, lá atrás, vencida, haveria o implemento das liminares.

Para o ministro, se o debate das ADCs fosse antes do habeas corpus, talvez o entendimento da Corte em relação à execução provisória da pena poderia ter outro desenlace.

Assim, o ministro apresentou um histórico sobre o princípio da presunção de inocência ao trazer alguns entendimentos de como este direito fundamental foi recepcionado até a Constituição de 1988. Neste ponto aparece o **ESTATUTO DOS ELEMENTOS**, a partir da apresentação das premissas⁴³⁷.

O ministro também criticou pelo **PSEUDODISCURSO DIRETO**, que o entendimento da possibilidade de execução provisória da pena foi apreciado de forma

⁴³⁵ Portal do Supremo Tribunal Federal, voto oral e transcrito do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 19/01/2020, pp. 1-3.

⁴³⁶ Portal do Supremo Tribunal Federal, voto oral e transcrito do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 19/01/2020, pp. 5-6.

⁴³⁷ Portal do Supremo Tribunal Federal, voto oral e transcrito do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 19/01/2020, pp. 3-5.

muito rápida, ‘atropelando’ as ações declaratórias de constitucionalidade que seriam imprescindíveis para uma posição mais coerente por parte da corte:

Mas a saga da punição não parou. Aqueles que entendem poder haver a execução precoce simplesmente partiram para a reapreciação da matéria, atropelando essas duas ações declaratórias de constitucionalidade em tramitação, e o fizeram no dito Plenário Virtual, cujo objetivo inicial foi definir a repercussão geral ou não do tema. A pretexto de confirmar a jurisprudência – havia, realmente, o julgamento do Plenário no habeas corpus a que me referi, de fevereiro de 2016 –, partiu-se, em esmagadora postura, considerada a minoria, atropelando-se – repita-se – as duas ações declaratórias de constitucionalidade, para o exame de fundo do próprio recurso extraordinário, transgredindo o devido processo legal, no que a parte interessada não teve o direito de ver o defensor técnico assomar à tribuna para fazer a sustentação, não ocorrendo sequer troca de ideias entre os Ministros⁴³⁸.

O **PSEUDODISCURSO DIRETO** esta figura de presença também foi percebida em outra parte do discurso, alinhada a figura da **COMUNICAÇÃO ORATÓRIA** (grifo):

A colocação que fiz se deve muito mais ao fato de termos no cenário uma incoerência, ou seja, uma maioria simplesmente temporária à matéria de fundo. Continuo acreditando que deveríamos ter colocado em pauta as declaratórias de constitucionalidade, quando o resultado seria outro (grifo nosso)⁴³⁹. (Grifo nosso)

A figura de **COMUNHÃO – ALUSÃO** também se fez presente no discurso do ministro Marco Aurélio, ao manifestar o princípio da presunção de inocência:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Não posso ver na cláusula um sentido ambíguo de assentar-se que conforme o órgão julgador tem-se independentemente da preclusão maior, tem-se independentemente de caber ou não caber recurso contra o pronunciamento judicial condenatório, a possibilidade de execução⁴⁴⁰.

O ministro em figura de **COMUNHÃO** chamou a atenção quanto ao posicionamento do ministro Ricardo Lewandowski, quando disse que os dois

⁴³⁸ Portal do Supremo Tribunal Federal, voto oral e transcrito do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 19/01/2020, p.9.

⁴³⁹ Portal do Supremo Tribunal Federal, voto oral e transcrito do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 19/01/2020, p.9.

⁴⁴⁰ Portal do Supremo Tribunal Federal, voto oral e transcrito do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 19/01/2020.

apresentam o posicionamento de que é apenas com a sentença penal condenatória transitada em julgado que a execução da pena poderá ser efetivada:

Por isso, acompanho o voto do ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de observar-se a regra segundo a qual ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória; não se ter, até essa preclusão, até a imutabilidade do título condenatório no campo recursal, a execução da pena, a execução automática, ante uma decisão, confirmando ou não a decisão do Juízo pode ser absolutória e surgir a condenação apenas no órgão revisor –, do pronunciamento, pendente recurso, que pode frutificar⁴⁴¹.

O ministro manteve o entendimento desde 2009, quando a questão sobre a execução provisória passou a ser apreciada pelo plenário do Supremo.

3.2.11 MINISTRO CELSO DE MELLO

O decano do Supremo Tribunal Federal afirmou que em 29 anos como ministro tem julgado que as sanções penais só podem ser executadas após o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Manifestou o ministro que o julgamento transcende a pessoa do ex-Presidente Luiz Inácio, porque a presunção de inocência, cujo limite é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é garantia fundamental a todos os brasileiros.

Para não dizer o direito fundamental de qualquer um de nós, de qualquer pessoa, esse direito do réu de ser presumido inocente até que se sobrevenha o efetivo e real, não uma antecipação ficta da coisa julgada, mas um trânsito efetivo e real julgado da sua condenação criminal⁴⁴².

O ministro Celso de Mello inicia o seu voto manifestando indignação quanto a alguns pronunciamentos infelizes manifestados quanto a atuação do Supremo tribunal Federal na apreciação do *HC* 152.752.

⁴⁴¹ Portal do Supremo Tribunal Federal, voto oral e transcrito do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>> Acesso em: 19/01/2020, p.10.

⁴⁴² Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020.

Para chamar a atenção do auditório, **COMUNHÃO**, o ministro manifestou a sua indignação:

Em um contexto de grave crise que afeta e compromete, de um lado, os próprios fundamentos ético-jurídicos que dão sustentação ao exercício legítimo do poder político e que expõe, de outro, o comportamento anômalo de protagonistas relevantes situados nos diversos escalões do aparelho de Estado, torna-se perceptível a justa, intensa e profunda indignação da sociedade civil perante esse quadro deplorável de desoladora e aviltante perversão da ética do poder e do direito!⁴⁴³

Torna-se de vital importância reconhecer, por tal razão, que o Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição por expressa delegação do poder constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas⁴⁴⁴.

Outra manifestação da **COMUNHÃO** surgiu no trecho:

A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal⁴⁴⁵.

Em continuação, usou a figura da **COMUNICAÇÃO ORATÓRIA**, para afirmar que o respeito à Constituição e as leis é essencial: “Tudo isso é inaceitável, Senhora Presidente, porque o respeito indeclinável à Constituição e às leis da República representa limite inultrapassável a que se devem submeter os agentes do Estado”⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020, p.3.

⁴⁴⁴ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020, p.8.

⁴⁴⁵ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020, p. 36.

⁴⁴⁶ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020, p.5.

[...] É preciso que fique claro, Senhora Presidente, que esta Suprema Corte não julga em função da qualidade das pessoas ou de sua condição econômica, política, social ou funcional⁴⁴⁷.

[...] Até quando dados meramente estatísticos poderão autorizar essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, gravíssima e frontal transgressão ao direito fundamental de ser presumido inocente⁴⁴⁸?

O decano usou a **ALUSÃO** quanto à relevância de respeito à Constituição aos seus pares:

Uma Constituição escrita – já o afirmei nesta Suprema Corte (RTJ 146/707-708, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – não configura mera peça jurídica, nem representa simples estrutura de normatividade, nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações⁴⁴⁹.

Na realidade, a Constituição traduz documento político-jurídico da maior importância, cuja superioridade impõe-se à observância de todos, notadamente daqueles que exercem o poder político, destinando-se a proteger as liberdades, a tutelar os direitos e a inibir os abusos do Estado e daqueles que em seu nome atuam⁴⁵⁰.

A crítica contra o uso da **Moral no Direito** também se fez presente em vários pontos do discurso do ministro:

[...] Torna-se essencial proclamar, por isso mesmo, que a Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias⁴⁵¹.

[...] que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que sejam imparciais, isentos e independentes, não podem expor-se a pressões externas, como aquelas resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, sob pena de completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas

⁴⁴⁷ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020, p.7.

⁴⁴⁸ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020, p. 25.

⁴⁴⁹ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020, p.25.

⁴⁵⁰ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020, p.25.

⁴⁵¹ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020, p. 5.

essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal⁴⁵².

[...] Nesse contexto, e embora jamais deixando de reconhecer que todos os cidadãos da República têm direito à livre expressão de suas ideias e pensamentos, torna-se necessário advertir que, sem prejuízo da ampla liberdade de crítica que a todos é garantida por nosso ordenamento jurídico-normativo, os julgamentos do Poder Judiciário, proferidos em ambiente de serenidade, não podem deixar-se contaminar, qualquer que seja o sentido pretendido, por juízos paralelos resultantes de manifestações da opinião pública que objetivem condicionar o pronunciamento de magistrados e Tribunais, pois, se tal pudesse ocorrer, estar-se-ia a negar a qualquer acusado em processos criminais o direito fundamental a um julgamento justo, o que constituiria manifesta ofensa não só ao que proclama a própria Constituição, mas, também, ao que garantem os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil ou aos quais o Brasil aderiu⁴⁵³.

O PSEUDODISCURSO DIRETO surge como uma crítica à intenção de alguns ministros em votar na previsão da execução provisória:

Posta a questão nesses termos, não há como compreender que esta Corte, em nome da presunção de inocência, afaste a possibilidade da inclusão do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas permita, paradoxalmente, a execução prematura (ou provisória) da pena, que se projeta com efeitos muito mais gravosos sobre o “status poenalis” do condenado⁴⁵⁴.

[...] Há quem diga — e muitos o fazem — que a decisão é importante porque os réus usam recursos demais, postergam o final do processo e, com isso, geram impunidade pela prescrição⁴⁵⁵.

[...] É preciso repelir, desse modo, a tentação autoritária de presumir-se provada qualquer acusação criminal e de tratar como se culpado fosse aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência⁴⁵⁶.

⁴⁵² Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020, pp.5-6.

⁴⁵³ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020, pp.6-7.

⁴⁵⁴ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020, p. 13.

⁴⁵⁵ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020, p. 15.

⁴⁵⁶ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020, p. 26.

Para responder ao questionamento acima, o ministro usou do **ESTATUTO DOS ELEMENTOS**, para apresentar as premissas que comprovem este posicionamento. As premissas podem ser lidas na íntegra do voto disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> >.

O **ESTATUTO DOS ELEMENTOS** aparece quando o ministro afirma que o conceito da presunção de inocência precisa ser analisado em múltiplas dimensões. Por isso considerou no voto diversos entendimentos para valorizar seu pensamento⁴⁵⁷.

O mesmo foi observado na apresentação dos **ELEMENTOS** para valorizar o relevante instituto do trânsito em julgado⁴⁵⁸.

Por fim, o ministro Celso de Mello concluiu o voto para acompanhar o ministro Lewandowski, e conceder a ordem.

O capítulo III tentou mostrar a aplicabilidade das figuras de retórica e argumentação nos discursos dos ministros. Por certo que a análise proposta acima foi realizada por escolhas subjetivas, ou seja, a percepção de uma figura para uma pessoa pode não ser a mesma para outra.

A estrutura das figuras e a apreensão de percebê-las no texto escrito de cada ministro não foi uma tarefa das mais fáceis, mas foi auxiliada pelos vídeos disponíveis nos meios de comunicação. Ouvir a entonação de voz e ver a gesticulação dos ministros na leitura de cada voto permitiu perceber como o discurso oral ajuda, e muito, o argumentante na tarefa de persuadir seu auditório, na escolha da apresentação das premissas no estatuto dos elementos da argumentação.

A valorização das premissas no discurso – o estatuto dos elementos de argumentação – pressupõe que o acordo existente entre o auditório e o orador seja direcionado e fortalecido, uma vez que os membros de semelhante auditório utilizam em suas relações diárias, além de uma linguagem específica, um contundente conhecimento sobre a matéria.

⁴⁵⁷ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020, pp. 17-19.

⁴⁵⁸ Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> > acesso em 20/01/2020, pp. 45-48.

A argumentação de cada ministro, a fim de justificar a fundamentação de sua decisão, se formou com o objetivo de encaminhar um raciocínio que pudesse estabelecer a relação entre todos os elementos do processo argumentativo, com o objetivo de que o auditório consiga aderir e se convencer de que as premissas apresentadas fortaleçam o acordo pretendido daqueles que participam da ação comunicativa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O nosso trabalho se propôs, por meio de uma análise bibliográfica, compreender como o sujeito se constitui a partir dos processos argumentativos que interagem com os sujeitos na forma de dispositivos subjetivantes.

Para compreender a constituição do sujeito, que Agamben denominou como “espectral”, e a sujeição real, condicionada e concreta na qual o sujeito se fez presente, foi preciso refletir sobre o processo histórico-social que envolve a subjetividade moderna e perceber a interação deste sujeito na práxis dos diversos subsistemas sociais. Portanto, apontamos o caminho na direção histórica da modernidade, mais especificamente a construção da subjetividade moderna, com o intuito de compreender como o sujeito passou a ser o objeto de toda a atenção e dono

de toda a racionalidade, individualidade, autonomia e universalidade, pilares da modernidade.

A partir desta necessária exposição das bases da subjetividade moderna, apresentamos uma visão crítica de Foucault no sentido de que o caminho do surgimento do sujeito como a ideia do conceito de um sujeito metafísico transcendental previsto pela modernidade, não permite conceber um conhecimento sobre si mesmo, a não ser entender que a noção de sujeito é histórica (formada por configurações de saber de uma época, não linear, não contínua, mas sim, repleta de rupturas) e que, portanto, sua subjetividade é constituída por suas dimensões de saber, poder e si.

Por meio do que Foucault entende pela formação da subjetividade, fez-se interessante abordar a constituição do sujeito na visão de Giorgio Agamben, a relação indissociável dos seres vivos e os dispositivos, e como este contato leva a composição da subjetividade. A intenção foi trazer o que Foucault entende por dispositivo e a sua função estratégica de relações de força usadas racionalmente para condicionar certos tipos de saber. Agamben ampliou e conceituou o entendimento de Foucault para afirmar que tudo o que tem a capacidade de modificar, alterar, controlar, orientar as condutas e as palavras dos seres vivos é um dispositivo, que estão presentes em número cada vez maior na sociedade contemporânea e permitem o entrelaçamento do sujeito condicionando-o em processos de sujeição às diretrizes do poder.

A partir da conceituação da formação do sujeito, estudamos no segundo capítulo o dispositivo da linguagem, a partir da perspectiva do paradigma da linguagem. De modo incisivo, demonstramos que a relação de dominação do objeto pelo sujeito, típica do paradigma da consciência não conseguia responder as perguntas quanto a nova relação que se estabelecia entre os sujeitos.

O esgotamento do paradigma da consciência deu lugar à relação intersubjetiva, feita por sujeitos falantes e de ação, a razão agora é a comunicativa, com o intuito de que todos os participantes da fala consigam, por meio do discurso, chegar a um consenso.

Os filósofos Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas manifestaram a importância da linguagem na relação intersubjetiva. Para Apel mostramos que ele sugeriu a mudança

da crítica cognitiva diante de uma análise da consciência para a crítica cognitiva por meio da linguagem. A filosofia passou da condição do eu penso para o eu argumento, justamente pela necessidade de uma nova racionalidade para as sociedades plurais. Para, além disso, Apel propôs uma ética universal que permitisse uma moral intersubjetiva por se tratar de valores, por isso a linguagem foi considerada por Apel não como um objeto de estudo, mas sim como fundamento de todo o modo de pensar.

A partir da nova proposta paradigmática e o uso da linguagem, Habermas foi além da proposta teórica apresentada por Apel em sua “outra filosofia” desdobrada a partir da filosofia da linguagem. Habermas direcionou seu campo de estudo para o Direito, desta forma, apresentou uma teoria da fundamentação para os direitos básicos e conseguiu estender esta fundamentação para os demais direitos positivados. A *razão comunicativa* habermasiana que dispõe sobre as pretensões de validade necessárias para a existência de todo o discurso. A prática argumentativa auxilia na orientação para um acordo mútuo, porque vincula os participantes desde o início.

Mostramos também que Habermas propôs uma fundamentação distinta das normas do Direito e das normas Morais. Esta separação foi essencial no sentido que as normas morais abrangem a totalidade das pessoas na sociedade, enquanto que as normas do Direito dizem respeito à comunidade político-jurídica.

A distinção entre o Direito e a Moral tem por função também a garantia da autonomia do Direito em relação às questões morais. Percebemos que a proteção da democracia, em uma sociedade, só é possível a partir do Direito na sua condição autônoma.

Por fim, vislumbramos a possibilidade de uma relação possível entre o Direito Discursivo de Apel e Habermas com o Direito Argumentativo de Chaïm Perelman, ou seja, uma relação entre o paradigma discursivo como integrador do mundo da vida frente ao sistema, e o paradigma jurídico discursivo, de fundamentação e argumentação de casos concretos.

Para conseguir formar esta possível relação, apresentamos os principais conceitos da teoria argumentativa de Perelman, bem como as críticas fundamentadas de Manuel Atienza, principalmente na questão do conceito de auditório universal e do raciocínio do juiz. Mas o mais importante na teoria perelmaniana foi trazer as figuras de retórica e argumentação como dispositivos que constituem não só o orador como o auditório, cujo objetivo é o uso destes argumentos no processo de persuasão e/ou convencimento do auditório.

Por fim, trouxemos a análise de um caso prático a partir da verificação das *figuras de retórica* e argumentação nos discursos orais e escritos dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 152.752, impetrado no Supremo Tribunal Federal em favor do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Conseguimos perceber a presença de muitas figuras de retórica e argumentação nos discursos. Além disso, verificamos que o convencimento deste auditório particular também foi realizado pela valorização na apresentação dos elementos argumentativos. A valorização destas premissas no discurso permitiu que o acordo existente entre o auditório e o orador fosse direcionado e fortalecido, justamente porque os membros de semelhante auditório utilizam em suas relações diárias, além de uma linguagem técnica, o vasto conhecimento sobre a matéria.

Seja qual for o fundamento do discurso, a argumentação de cada ministro se construiu no sentido de encaminhar um raciocínio que envolvesse todo o processo para que o auditório conseguisse aderir e se convencer de que os elementos utilizados fortaleceriam o acordo pretendido daqueles que participaram da ação comunicativa.

Queremos dizer com isso, que foi possível reconhecer uma relação entre o Direito Discursivo e o Direito Argumentativo. Isso foi percebido, porque as pretensões de validade necessárias e condicionantes para a possibilidade do discurso se mostraram presentes nos textos e na oralidade.

Cada participante do debate conseguiu argumentar livremente e sem coação. Foi possível perceber também que todos os ministros argumentaram com veracidade de afirmação (totalidade do mundo objetivo): além da correção normativa no que se refere ao mundo social e, por fim, os ministros usaram uma fala sincera e autêntica, no sentido de alinhar os argumentos que tivessem a função de justificar as suas

pretensões. Por certo entendemos que as pretensões de validade, necessárias para todo o discurso habermasiano, não prevê a figura de um auditório, mas é possível em uma análise do ideal, perceber que as teorias discursivas e argumentativas conversam entre si.

As escolhas das figuras de retórica e argumentação, o estatuto dos elementos argumentativos, diante da valorização das premissas e, principalmente a linguagem técnica usada, foram imprescindíveis para o processo argumentativo de adesão e convencimento do auditório, pois este processo interage no raciocínio do argumentante e do ouvinte constituindo os sujeitos no processo cujo objetivo final é o consenso e a persuasão.

Quando pensamos sobre as *figuras de retórica* e argumentação os efeitos de sentido causados por meio do uso das diversas possibilidades de estratégias argumentativas que se manifestam inesperadas, com o propósito não só de buscar o convencimento daquele que ouve, como também de levar a constituição do *ethos* discursivo dos sujeitos da ação comunicativa, a sua subjetividade ou mais precisamente a sua identidade discursiva.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 161.

AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo? E outros ensaios**. Chapecó: Argos, 2009.

_____. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica – A teoria do Discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: GEN – editora Forense, 2011

_____. **Teoria discursiva do direito (organização)**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

APEL, Karl-Otto. **Transformações da Filosofia II**. São Paulo: Loyola, 2000.

ARAGÃO, L.M. de C. **Razão Comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1992, p. 82.

ARAÚJO, Inês Lacerda. **Foucault e a Crítica do Sujeito**. Curitiba: UFPR, 2002.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica**: Perelman, Toulmin, MaCormick, Alexy e outros. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000.

AUSTIN, J.L. **Quando dizer é fazer: palavras e ações**. Tradução Danilo Marcondes de Sousa Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BOTTINI, Pierpaolo C. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007, p.29.

BRAUDEL, Fernand. **Civilização Material, Economia e Capitalismo: Séculos XV-XVIII** (VOL. 3 – O Tempo do Mundo). São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.81. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

CITTADINO, GISELE. MOREIRA, LUIZ. **Aliança política entre a mídia e judiciário (ou quando a perseguição torna-se implacável)**. In: ZANIN MARTINS, Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. Et al. O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp. 82-83.

COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do Futuro: Transmodernidade, Direito, Utopia**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, p.46/47.

DUTRA, Roberto. BACHUR, João Paulo. **Dossiê Niklas Luhmann**. Belo Horizonte: editora UFMG, 2013.

EGGS, E. **Ethos aristotélico, convicção e pragmática moderna**. In: AMOSSY, R. (org.) Imagem de si no discurso – a construção do ethos. São Paulo, Contexto, 2005, 29-56.

FERREIRA, Daniel. **O papel do Estado e da Administração Pública em relação às liberdades fundamentais na sociedade global tecnológica e de risco: possibilidades, limites e controle**. In: NETO, Eurico B. A prevenção da Corrupção e outros desafios à Boa Governança da Administração Pública. Lisboa, 2018, pp. 189-221. E-book. ISBN: 978-989-8722-32-4. Disponível em: < <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/15804/view> >. Acesso em: 15/01/2020.

FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 9-10.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Modernidade e contrato de Trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2001.

_____ (organizador). **Direito e discursos do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

FORTINI, Cristiana. **Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio *ne bis in idem***. In: NETO, Eurico B. A prevenção da Corrupção e outros desafios à Boa Governança da Administração Pública. Lisboa, 2018. Pp.72-103. E-book. ISBN: 978-989-8722-32-4. Disponível em: < <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/15804/view> >. Acesso em: 15/01/2020.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. **A hermenêutica do sujeito**. Tradução de Márcio Alves Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **As palavras e as coisas**. Tradução de António Ramos Rosa. Lisboa: Portugália Editora, 1967.

_____. **Arqueologia do saber**. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995b.

_____. **Ditos e Escritos** v. III. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 299-300.

_____. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p, 292/293.

_____. **História da Sexualidade: A Vontade de Saber**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. **Microfísica do Poder**. 28ª ed., Rio de Janeiro RJ. Paz e Terra, 2014.

_____. **O sujeito e o poder**. In: RABINOV, Paul; DREYFUS, Hubert. Michel Foucault, uma trajetória filosófica: (para além do estruturalismo e da hermenêutica). Tradução de Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995a, p. 231-249.

_____. **Vigiar e Punir. A história da Violência das Prisões**. 23ª ed. Petrópolis. Trad. Raquel Ramallete. RJ Vozes, 1994.

FRAGA, Erica. **Estudos revelam como a corrupção prospera e funciona**. Folha de São Paulo, 2016. Disponível em: . Acesso em: <
<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/05/1773117-estudos-revelam-como-a-corrupcao-prospera-e-funciona.shtml> > 15 de jan. 2020.

FREITAG, Barbara. **Itinerários de Antígona: A questão da moralidade**. Campinas: Papirus, 1982, p.237.

GALBRAITH, John K. **Anatomia do poder**. 1ª ed. São Paulo: Pioneira, 1984. p. 25.

GIOVANAZ, Daniel. **Dossiê Lava Jato – um ano de cobertura crítica**. São Paulo. Outras Impressões. 2018.

GUIMARÃES, Elisa. **Figuras de Retórica e Argumentação**. In: MOSCA, Lineide do L. S. (org.) Retóricas de ontem e hoje. São Paulo, Humanitas, 2001, 145-160.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Volume I. 2. ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. **O Discurso Filosófico da Modernidade.** Lisboa: Dom Quixote, 1990 p. 27.

_____. **Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática.** Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n7/v3n7a02.pdf>. Acesso em 11 agosto de 2015.

_____. **Teoria do agir comunicativo** - vol. 1: Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 392.

_____. **Teoria de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista.** Buenos Aires: Taurus, 2001.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 147.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia.** Lisboa: Europa-América, 1997. p. 153.

_____. **História das Instituições: Épocas Medieval e Moderna.** Coimbra: Almedina. 1982, p. 206. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Bernat Jacqueline. **Penas perdidas: o sistema penal em questão.** Niterói: Luam, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LIVIANU, Roberto. **Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil.** São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 45.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo** – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. 240p.

MEYER, Michel. **Questões da retórica: linguagem, razão e sedução**. Lisboa: edições 70, 2014.

MOSCA, Lineide do L.S. **Velhas e novas retóricas: convergências e desdobramentos**. In: MOSCA, Lineide do L.S. (org.) *Retóricas de ontem e de hoje*. São Paulo, Humanitas, 2001, 17-54.

MORENO, Lúcio. **Artigo sobre a condenação de Lula. As distorções cognitivas que levaram sua condenação**. Jus.com.br. Maio/2018. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/66399/artigo-sobre-condenacao-de-lula> > Acesso em: 17/01/2020.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2001, p. 169.

MOTTA, Manoel Barros da (Org.). **Ditos e escritos. Ética, estratégia, poder-saber**. Tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. v. 4, p. 574.

NETO, Eurico B. **A prevenção da Corrupção e outros desafios à Boa Governança da Administração Pública**. Lisboa, 2018, pp. 189-221. E-book. ISBN: 978-989-8722-32-4. Disponível em: < <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/15804/view> >. Acesso em: 15/01/2020.

PACHECO, Gustavo de Britto Freire. **Retórica e nova retórica: a tradição grega e a teoria da argumentação de Chaim Perelman**. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25334-25336-1-PB.pdf> >. Acesso em: 08 jan. 2020, p. 08.

PEREIRA, Égina Glauce Santos. **Metáfora, metonímia, sinédoque e ironia: os elementos retóricos de racionalidade no discurso jurídico**. SCRIPTA. Belo Horizonte, v.20, n.40, p.346-366, 2º sem. 2016. Disponível em :< <http://periodicos.pucminas.br/index.php/scripta/article/view/P.2358-3428.2016v20n40p346/11093> >. Acesso em: 08 jan,2020, p.355.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão;[revisão da tradução Eduardo Brandão]. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

_____. **Lógica Jurídica: nova retórica.** Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. **Retóricas.** São Paulo, Martins Fontes, 1987.

PERELMAN, Chaim. e TYTECA, Lucie, **O. Tratado da Argumentação – A nova retórica.** São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 19.

PINTO, Célia Regina Jardim. **A banalidade da corrupção: uma forma de governar o Brasil.** Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2011.

PINTO, José M. R. **A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar.** Revista Paideia. (Ribeirão Preto), Ago 1995, no. 8-9, p.77-96. ISSN 0103-863X Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/n8-9/07.pdf>. > Acesso em: 12/11/2019.

RODRIGUEZ, Víctor G. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão é lógica informal.** 5ªed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

ROUANET, Sérgio Paulo. **As Razões do Iluminismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

_____. **Mal-Estar na Modernidade.** São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 33/41.

ROSA, Alexandre Moraes. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material:** aportes hermenêuticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Crítica da razão Indolente: contra o desperdício da experiência.** São Paulo: Cortez, 2000. p. 26.

SAUSURE, F. de. **Curso de Linguística Geral.** São Paulo, Cultrix, 1991.

SILVA-SANCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: RT, 2002.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**. Belo Horizonte. Ed. UFMG, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (m) crise**. 2º edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

_____. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Volum 1 (I). jan-jun:2009

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas**. 5º edição, São Paulo: Saraiva, 2014

_____. **Luz, câmera, ação: a espetacularização da operação lava jato no caso lula ou de como o direito foi predado pela moral**. In: ZANIN MARTINS, Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. Et al. O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp. 33-51.

A cronologia da investigação que levou Lula à prisão. El País. Madri. 7/4/20218. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/05/politica/1522917041_563602.html Acesso em: 17/01/2020.

Site do STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065> . Acesso em: 16/01/2020.

Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. 22/03/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373249> > Acesso em: 17/01/2020.

Site do Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092> > Acesso em: 16/01/2020.

Portal de notícias do STF. Voto Edson Fachin. 06/04/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374374&ori=1> > Acesso em 19/01/2020.

Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. 6/04/2018. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423&ori=1> > Acesso em 17/01/2020.

CONJUR. Consultor Jurídico. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. 4/4/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/leia-roteiro-voto-ministro-barroso-julgamento-hc-lula> > Acesso em 17/01/2020.

Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra Rosa Weber. 6/04/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf> > Acesso em 17/01/2020.

Portal de Notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luiz Fux. 06/04/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf> > Acesso em: 17/01/2020.

Voto de minerva da ministra Carmen Lúcia no HC do ex Presidente Lula. 5/4/2018. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=lf6MLGNUrlk> > Acesso em 18/01/2018.

Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do ministro Gilmar Mendes. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752VOTOGM.pdf> > Acesso em: 18/01/2020.

Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Dias Toffoli. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf> > Acesso em: 18/01/2020.

Portal de notícias do STF. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. 6/4/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HABEASCORPUSHC152752VotoMinRL.pdf> > Acesso em: 19/01/2020.

Portal do Supremo Tribunal Federal, voto oral e transcrito do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272> > Acesso em: 19/01/2020.

Portal de notícias do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello
6/4/2018. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf> >
acesso em 20/01/2020.