



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



DÃ FILIPE SANTOS DE ABREU

**PRERROGATIVAS PARLAMENTARES NO SUPREMO: UMA ANÁLISE DAS
AÇÕES CAUTELARES NºS 4039 E 4327 A PARTIR DA RETÓRICA ANALÍTICA**

Recife
2019

DÃ FILIPE SANTOS DE ABREU

**PRERROGATIVAS PARLAMENTARES NO SUPREMO: UMA ANÁLISE DAS
AÇÕES CAUTELARES NºS 4039 E 4327 A PARTIR DA RETÓRICA ANALÍTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria Geral do Direito Contemporâneo.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Parini Marques de Lima

Recife

2019

DÃ FILIPE SANTOS DE ABREU

**PRERROGATIVAS PARLAMENTARES NO SUPREMO: UMA ANÁLISE DAS
AÇÕES CAUTELARES NºS 4039 E 4327 A PARTIR DA RETÓRICA ANALÍTICA**

Dissertação ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: 21/02/2019.

BANCA EXAMINADORA

Profº. Dr. Pedro Parini Marques de Lima (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Profº. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Profº. Dr. Andreas Joachim Krell (Examinador Interno)
Universidade Federal de Alagoas

Profº. Dr. Gustavo Just da Costa e Silva (Examinador Externo)
Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

Em primeiríssimo lugar, ao Senhor Deus Todo-Poderoso, sem quem a vida não tem motivo para continuar e qualquer atividade é inútil.

À minha família, em especial minha esposa Ianne, minha filha Lavínia e meus pais Elma e Mário, que me apoiaram e suportaram para que eu conseguisse chegar até aqui.

Aos professores e funcionários do PPGD, em especial Pedro Parini e Gustavo Just, cuja orientação acadêmica foi e é indispensável, além de servirem como modelo na docência e na pesquisa.

Aos colegas e amigos de FDR e PPGD, cujas conversas foram muito produtivas e enriquecedoras.

Aos amigos dos Departamentos de Gestão Funcional e Gestão Orçamentária da ALEPE, cuja paciência e compreensão foram extremamente necessárias.

“Conhecereis a verdade, e a verdade vos libertará”
(BÍBLIA, Evangelho de João, 8, 32)

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo principal aplicar a metódica da retórica analítica, na forma como pensada inicialmente por Ottmar Ballweg e desenvolvida posteriormente por João Maurício Adeodato e Pedro Parini, à análise de duas decisões judiciais: a Ação Cautelar nº 4039/DF e a Ação Cautelar nº 4327/DF, ambas referentes a pedidos de prisão preventiva formulados pelo Ministério Público Federal contra senadores da República. A metodologia retórica servirá de base para evidenciarmos as estratégias que os ministros utilizaram para justificar suas decisões nos dois processos, e com isso pretendemos descobrir eventuais padrões que existam, discutir os motivos para sua aplicação em detrimento de outras possibilidades existentes e saber se o método retórico é útil à análise do direito. Este trabalho começa com breve panorama histórico sobre a retórica e segue para apresentar os três níveis do método retórico (material, estratégico e analítico) e, dentro do nível analítico, apresentar suas três dimensões (fonética, holotática e semiótica). Após, há exposição e discussão sobre as duas modalidades principais de imunidades parlamentares: a inviolabilidade e a irresponsabilidade. No quarto capítulo, discorre-se sobre os métodos hermenêuticos, suas condições históricas de criação e crítica a elas. O penúltimo capítulo é voltado à análise dos casos concretos. No capítulo conclusivo, são tecidos comentários sobre os resultados da análise e sobre a experiência de aplicar a metodologia retórica ao estudo de casos práticos.

Palavras-chave: retórica jurídica. Argumentação jurídica. Hermenêutica jurídica. Prerrogativas parlamentares. Imunidade processual parlamentar.

ABSTRACT

This dissertation firstly aims to apply the methodology of analytical rhetoric, as initially theorized by Ottmar Ballweg and later developed by João Maurício Adeodato and Pedro Parini, to the analysis of two judicial decisions: the “Ação Cautelar” nº 4039/DF and the “Ação Cautelar” nº 4327/DF, both referring to demands of preventive prison formulated by the Public Ministry against Republic senators. The Rhetorical methodology will be the basis to show the strategies that the judges used to justify their decisions in both cases. Our intent is to discover possible patterns, to discuss their use instead of other strategies that were available and to know if the rhetorical methodology is useful to juridical analysis. This work starts with a brief historical explanation of rhetoric and follows to present the three dimensions of the rhetorical method (material, strategic and analitic) and, inside analytical rhetoric, presents its three dimensions (phronetic, holistic and semiotic). After, we expose and discuss the two main parliamentary privileges: the freedom of speech and the freedom from arrest. In the fourth chapter, we talk about the hermeneutical methods, their historical conditions of creation and a critic to them. The penultimate chapter is directed to the cases analysis. In the conclusive chapter are made comments over the analysis results and about the experience of using the rhetorical methodology to study real cases.

Key-words: juridical rhetoric. Juridical argumentation. Juridical hermeneutics. Parliamentary privileges. Freedom from arrest.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
1.1	A metodologia retórica e sua aplicação prática.....	11
1.2	Roteiro da dissertação.....	14
2	A METÓDICA DA RETÓRICA ANALÍTICA.....	17
2.1	Aristóteles: o tratadista da persuasão.....	17
2.1.1	O raciocínio retórico: como as premissas verossímeis levam às conclusões aceitáveis.....	17
2.1.2	Os meios de prova retóricos.....	19
2.1.3	O entimema e o paradigma como as formas retóricas de apresentação do raciocínio.....	21
2.1.4	As premissas retóricas: os tópicos.....	22
2.2	Viehweg e Perelman: a retomada das relações entre retórica e direito.....	23
2.2.1	O ambiente em que surgem estas teorias: a busca por um modelo de racionalidade para o direito.....	23
2.2.2	Chaïm Perelman: a racionalidade do Direito será achada no discurso.....	25
2.2.3	Theodor Viehweg: o direito como conhecimento casuístico.....	26
2.3	Uma epistemologia retórica: Ballweg e seus discípulos.....	29
2.3.1	A retórica material: o mundo como o conhecemos.....	29
2.3.2	A retórica estratégica: as melhores técnicas para transformar onde vivemos.....	32
2.3.3	A retórica analítica e suas três dimensões: fonética, holística e semiótica.....	34
2.3.4	Uso prático da retórica analítica: algumas barreiras a serem superadas e nossa proposta de análise.....	38
3	AS IMUNIDADES PARLAMENTARES: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO.....	41
3.1	A inviolabilidade e a irresponsabilidade como formas de diminuir a ingerência do Rei sobre o Parlamento.....	41
3.2	A luta entre o Executivo e o Legislativo como a difundida causa histórica de nascimento, e como chegamos aos modelos inglês	

	e francês destas categorias.....	44
3.3	As imunidades na história constitucional brasileira: constantes transformações para atender os anseios do Poder Executivo.....	47
3.4	As medidas cautelares penais e sua aplicabilidade: um debate ainda incipiente.....	51
4	OS MÉTODOS INTERPRETATIVOS COMO ESTRATÉGIAS RETÓRICAS.....	53
4.1	O papel estratégico e persuasivo da hermenêutica jurídica para o direito codificado da modernidade.....	53
4.2	Brocardos jurídicos: a incorporação dos topoi no direito.....	56
4.3	Métodos clássicos: os meios adequados para se chegar à pretensa vontade da lei ou do legislador.....	58
4.4	Métodos pós-positivistas: a retórica da supremacia constitucional.....	62
4.4.1	A readmissão da discricionariedade à atividade decisória como força motriz dessas metodologias.....	62
4.4.2	Os princípios da interpretação constitucional: uma novidade ou uma releitura dos cânones clássicos da interpretação?.....	64
4.4.3	Os métodos de interpretação constitucional: da Alemanha para o Brasil.....	67
5	A ANÁLISE RETÓRICA DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	72
5.1	Caso concreto: a Ação Cautelar nº 4039/DF.....	72
5.1.1	Análise fonética.....	72
5.1.1.1	<i>Agôntica: as formas do julgador lidar com os outros sujeitos processuais.....</i>	<i>72</i>
5.1.1.2	<i>Ergôntica: harmonizando discursivamente a prisão preventiva com a inviolabilidade.....</i>	<i>76</i>
5.1.1.3	<i>Pitanêutica: o texto constitucional e os precedentes interpretados para dar suporte ao querer do magistrado.....</i>	<i>81</i>
5.1.2	Análise holotática.....	84
5.1.2.1	<i>Ontotática: os requisitos da prisão preventiva qualificam os eventos.....</i>	<i>84</i>

5.1.2.2	<i>Teleotática: o reforço da ligação ato-pessoa em desfavor do acusado.....</i>	86
5.1.2.3	<i>Axiotática: a “realidade” determina o significado do texto.....</i>	87
5.2	Caso concreto: Ação Cautelar nº 4327/DF.....	89
5.2.1	Fronética.....	89
5.2.1.1	<i>Agôntica: construindo discursivamente a relação entre Poder Judiciário e Poder Legislativo.....</i>	89
5.2.1.2	<i>Ergôntica: Como o conceito de “inviolabilidade parlamentar” pode ter significados diversos.....</i>	101
5.2.1.3	<i>Pitanêutica: a busca pelo significado do texto constitucional</i>	110
5.2.2	Holotática.....	119
5.2.2.1	<i>Ontotática: a imunidade reificada dá sentido aos fatos.....</i>	119
5.2.2.2	<i>Teleotática: os relatos desfavoráveis e incontroversos determinam a condição de réu do acusado.....</i>	125
5.2.2.3	<i>Axiotática: a maneira pela qual os pretensos fatos dão sentido aos sinais.....</i>	130
6	CONCLUSÕES.....	134
6.1	Resultado do julgamento e estratégias utilizadas: hipóteses e possibilidades.....	134
6.1.1	<i>Agôntica: As formas pelas quais os sujeitos cooperam e conflitam.....</i>	134
6.1.2	<i>Ergôntica: os distintos significados que a inviolabilidade pode adquirir.....</i>	137
6.1.3	<i>Pitanêutica: a Constituição e os precedentes são direcionados de acordo com cada intérprete.....</i>	138
6.1.4	<i>Ontotática: os objetos dão sentido aos outros objetos.....</i>	140
6.1.5	<i>Teleotática: a posição de réu é adquirida pela interpretação e aceitação dos fatos.....</i>	141
6.1.6	<i>Axiotática: os objetos direcionam seus sinais.....</i>	142
6.2	Considerações sobre a teoria de Ballweg como ferramenta para a análise do Direito.....	144
	REFERÊNCIAS.....	148

1 INTRODUÇÃO

1.1 A metodologia retórica e sua aplicação prática

A presente dissertação, fruto de estudos e discussões travadas no âmbito do grupo de pesquisa “Direito e Persuasão”, tem como objetivo principal utilizar a retórica analítica, nos moldes propostos por Ottmar Ballweg (1987; 1991) e desenvolvidos por Pedro Parini (2015; 2017), como ferramenta de análise do discurso judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF).

A retórica como um método (no sentido “débil”) de estudo do direito – isto é, uma indicação de que os caminhos para a elaboração dos raciocínios jurídicos são retóricos (PARINI, 2015, p. 18) – não está preocupada em definir categorias ou julgar se elas foram aplicadas “corretamente”. O alvo é apontar onde estão e como funcionam as estratégias persuasivas de que se utiliza a dogmática jurídica para neutralizar o dissenso e camuflar eficientemente seu aspecto “necessariamente arbitrário” (ADEODATO, 2002, p. 34).

A escolha pela metodologia de Ballweg se deu em razão do pioneirismo da proposta. Embora o autor tenha elaborado as bases de sua teoria no início dos anos 80, as discussões a respeito dela sempre foram travadas no âmbito teórico; não temos, no Brasil, registro de um trabalho acadêmico que tenha testado essa metodologia num caso prático. Portanto, esta dissertação nasce com dois desafios: o primeiro, descobrir se a metodologia de Ballweg é eficiente para a análise do discurso judicial; o segundo, aplicá-la.

As decisões que escolhemos possuem um tema específico que vem sendo debatido recentemente no STF, com muita repercussão na imprensa: as garantias constitucionais outorgadas ao Poder Legislativo, em especial a “imunidade formal”, também conhecida como “inviolabilidade”. Como qualquer conceito jurídico, sua significação depende da forma como os intérpretes o aplicarão aos casos concretos, não existindo uma essência própria que lhe seja imutável.

Esta discussão, no entanto, não é restrita apenas ao nosso país. Na Europa, por exemplo, podemos citar autores como Cécile Guérin-Bargues (2011) e Sascha Hardt (2013), os quais recentemente publicaram teses nas quais discutem a natureza e os fundamentos das imunidades parlamentares em seus países (França e Holanda, respectivamente) com enfoque no Direito Comparado. Queremos com isso destacar que os limites das prerrogativas

parlamentares são um assunto relevante, principalmente em países que adotam o modelo de democracia europeu e estado-unidense.

A Constituição Federal, no artigo 2º, estatui que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Contudo, o cenário político e institucional brasileiro tem sido instável nos últimos anos, com recorrentes confrontos entre estes três Poderes – desembocando no impeachment da presidente da República e no afastamento (com posterior cassação de mandato) do presidente da Câmara dos Deputados.

Em particular, as relações entre Parlamento e Poder Judiciário, no Brasil, têm passado por constantes tensões e choques, por vezes com enfrentamentos entre estes dois poderes – como no caso em que o então presidente do Senado, Renan Calheiros, recusou-se a receber intimação de decisão monocrática que determinava seu afastamento da presidência da Casa¹. Ademais, diversos membros do Poder Legislativo têm sofrido sérias acusações de corrupção, o que enfraquece a imagem institucional e acentua a crise brasileira. Neste contexto político e institucional de desarmonia (para ficarmos no eufemismo), a determinação do alcance das imunidades parlamentares é mais um cenário de embate entre STF e Parlamento, no qual o Supremo tem o poder de interpretar os textos constitucionais relativos a essas garantias, mas precisa fazê-lo do modo mais “racional” e “técnico” possível, para se esquivar de mais acusações de “ingerência” ou “desprezo” em relação ao Legislativo.

Como objeto de análise, escolhemos dois casos que envolvem pedidos de prisão cautelar contra senadores da República: a Ação Cautelar (AC) nº 4327/DF e a Ação Cautelar nº 4039/DF. A primeira trata do pedido de prisão preventiva formulado contra o senador Aécio Neves. O julgamento ocorreu em 2017 e a Segunda Turma do tribunal negou o pedido de prisão por unanimidade; mas, por maioria, resolveu impor contra o senador medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP), inclusive o afastamento do mandato.

Já a AC nº 4039 se refere à decretação de prisão cautelar contra o

1 <https://oglobo.globo.com/brasil/renan-se-recusa-receber-notificacao-do-stf-sobre-afastamento-da-presidencia-do-senado-20595499> acessado em 14/07/2018, às 15:44

então senador Delcídio do Amaral, julgada monocraticamente pelo ministro Teori Zavascki e posteriormente referendada pela Primeira Turma do Supremo. A prisão foi decretada em novembro de 2015; mas, em fevereiro de 2016, o senador foi solto por ordem do próprio Zavascki, sob o fundamento de que não mais subsistiam as razões para manter a prisão.

Escolhemos essas decisões porque os dois casos se referem a pedidos de prisão preventiva contra senador da república, de modo que os réus ocupavam, durante o julgamento, o mesmo cargo no Poder Legislativo. Desta maneira, poderemos comparar como o Supremo, por meio de suas Turmas, lidou com as prerrogativas parlamentares previstas no artigo 53, § 2º, da Constituição Federal.

Analisando as decisões acima, nosso trabalho pretende estudar, a partir da metodologia retórica de Ballweg, as estratégias que os juízes das Turmas do STF usaram para fixar as consequências jurídicas e amplitude da imunidade processual parlamentar, instituto previsto em diversas Constituições ao redor do mundo, mormente nos países ocidentais ditos “democráticos”.

As estratégias retóricas que iremos procurar são os métodos interpretativos, conforme divisão proposta por Gustavo Just (2016); e as estruturas argumentativas, conforme exposição de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2005), as quais serão expostas ao longo do capítulo de análise dos votos.

Os métodos interpretativos são formas consagradas e aceitas de se lidar com os textos jurídicos. Sua importância para as decisões judiciais é praticamente inquestionável. Contudo, partindo-se do pressuposto que não há um sentido a ser “descoberto” num texto, os métodos interpretativos se tornam mais algumas das possíveis estratégias persuasivas do discurso, e por isso podem ser enquadrados na categoria de “estratégias retóricas”.

Por outro lado, embora Perelman nomeie sua obra mestra de “A Nova Retórica”, sua proposta se direciona à construção de um novo modelo de uma lógica informal para o direito e de uma teoria da argumentação (PARINI, 2015, p. 87; 90). Admitindo que é possível discutir diversos aspectos da obra de Perelman – os tipos de auditório e os consensos, por exemplo –, nosso destaque é para o catálogo das estruturas de argumentos. Estas estruturas seriam formas, ainda que desconhecidas pelos envolvidos, a que se recorre

quando se quer produzir um discurso persuasivo.

É importante deixar claro que a retórica analítica, nesta dissertação, será a “lupa” a partir da qual tentaremos enxergar o emprego das diversas técnicas persuasivas de que se lança mão em um discurso – dentre as quais estão determinados padrões de argumentos e os métodos interpretativos. Por esse motivo, como será dito em capítulo posterior, nossa abordagem sobre a hermenêutica jurídica e a argumentação em geral será eminentemente pragmática e finalística, ou seja, considerando apenas em que circunstâncias foram aplicadas e qual o resultado obtido, evitando valorar se o uso de um determinado método foi “certo” ou “errado” nos votos que iremos analisar.

Após a explicação acima, podemos estruturar a dissertação do seguinte modo: a partir da retórica analítica idealizada por Ottmar Ballweg, vamos analisar o discurso judicial desenvolvido na AC nº 4327 e na AC nº 4039 para expor as estratégias persuasivas utilizadas como recursos para modelar o conceito de imunidade parlamentar e os textos constitucionais relativos a esta garantia.

Concluídas as tarefas acima, pretendemos obter respostas para as seguintes perguntas: a metodologia de Ballweg é aplicável à análise do discurso judicial? Há melhorias ou mudanças que podem ser sugeridas à teoria? Ela é útil e acrescenta algo à análise? Quais as estratégias usadas e qual o resultado que elas justificaram? Por que estas estratégias?

1.2 Roteiro da dissertação

Para atingir os resultados pretendidos, este trabalho será desenvolvido a partir de seu pressuposto básico – a metodologia retórica –, para então seguir pelas premissas teóricas intermediárias (as garantias parlamentares e as estratégias retóricas) e chegar aos casos concretos.

O segundo capítulo pretende fazer um panorama sobre a metodologia retórica de estudo do direito, discorrendo brevemente sobre Aristóteles e passando, já no Século XX, pela escola retórica de Mainz, iniciada por Viehweg (1953) e continuada por Ottmar Ballweg (1987; 1991), Sobota (1991; 1992) e desenvolvida no Brasil, dentre outros, por Adeodato (2002; 2010; 2012) e Parini (2013; 2015; 2017).

O terceiro capítulo é dedicado às imunidades parlamentares, para explicar o contexto histórico em que surgiram, as diferentes modalidades e

como foram recepcionadas no Brasil, apresentado um panorama histórico que vai da Constituição Imperial de 1824 até a Constituição de 1988. Como toda categoria jurídica, estas também são modelos de organização do mundo. Embora sejam criações autônomas que não possuem nenhum laço obrigatório com a realidade, sua existência modela os comportamentos e percepções dos sujeitos (HESPANHA, 2018, p. 6). Daí a necessidade de investigar o arcabouço teórico e histórico que as conformou durante os últimos três séculos. O objetivo do capítulo é situá-las no contexto histórico e social no qual foram criadas e desenvolvidas, sempre com um olhar crítico para as funções que exerceram em diversos períodos históricos, para com isso colocar o leitor a par do contexto em que estes dogmas foram discutidos nos processos, e quais eram as influências teóricas e conceituais existentes sobre os magistrados.

O quarto capítulo é dedicado ao debate sobre os métodos interpretativos, separados conforme divisão proposta por Gustavo Just (2016). Nele, pretendemos discutir algo sobre o papel da hermenêutica jurídica, os pressupostos e ideologias por trás dos métodos e o contexto histórico em que foram criados, tudo com o alvo de desnudar as estratégias que os julgadores usaram e debater a função persuasiva que exercem.

Quanto às estruturas dos argumentos, optamos por não lhes dedicar um capítulo específico – nós as mencionaremos ao longo dos capítulos de análise. Isto se dá porque o catálogo de Perelman é muito extenso e classificado de acordo com um padrão que o autor belga não justifica satisfatoriamente, qual seja, argumentos quase lógicos; argumentos baseados na estrutura do real; argumentos que dão base à estrutura do real; e argumentos de dissociação. A exposição e discussão de tal classificação, nesta dissertação, não é produtiva a ponto de justificar um capítulo e também não é necessário que a sigamos; basta-nos identificar o tipo de padrão argumentativo. Além disso, pensamos que fica melhor e mais compreensível para o leitor que exponhamos a parte “teórica” da estrutura argumentativa junto a um uso prático.

O quinto capítulo estudará, a partir das dimensões fronética e holotática da metodologia retórica de Ballweg, as decisões escolhidas como nosso objeto de investigação: a Ação Cautelar (AC) nº 4039, relativa ao acolhimento do pedido de prisão preventiva contra o então senador Delcídio do Amaral; a AC nº 4327, referente à aplicação de medidas cautelares diversas da prisão contra

o senador Aécio Neves.

Por fim, o capítulo seis apresentará as conclusões do trabalho, indicando o tipo de argumento que os ministros usaram e o resultado de julgamento associado, com a finalidade de discutir os eventuais motivos de escolhas de determinadas estratégias em detrimento de outras. Além disso, apresentaremos um panorama sobre nossa experiência com o uso da metodologia retórica de Ballweg para o estudo de decisões judiciais, se este uso é viável e produtivo e quais as vantagens e desvantagens de sua aplicação.

Feita a explanação de nosso roteiro, o próximo capítulo é voltado à exposição da metodologia da retórica analítica, com algum apanhado histórico que remonta à antiguidade clássica.

2 A METÓDICA DA RETÓRICA ANALÍTICA

2.1 Aristóteles: o tratadista da persuasão

2.1.1 O raciocínio retórico: como as premissas verossímeis levam às conclusões aceitáveis

A retórica, como uma meta-linguagem que estuda os discursos persuasivos, surge a partir da necessidade de defender direitos patrimoniais perante um júri popular, o que requeria “eloquência”, a qual rapidamente se tornou objeto de estudos em Siracusa e foi exportada para Atenas ainda no Século V A.C. (BARTHES, 1970, p. 175).

Esta necessidade funcional da retórica explica muito do que foi seu estudo entre os gregos. Os estudos antigos, embora diferentes entre si, levam em conta o objetivo de seu uso, as formas de persuasão e apresentação dos raciocínios retóricos, tudo em função da prática e da finalidade da retórica – o convencimento. Além disso, a sofística é contemporânea à democracia, e não por acaso: o poder da palavra e da persuasão ganha relevância num contexto politicamente democrático, como aquele da Atenas do Século V A.C.² (BILLIER; MARYIOLI; 2005, p. 57-58).

Platão (2000, p. 87-94), no diálogo *Fedro*, distingue a boa da má retórica com base na finalidade a que se dirigia o seu uso: se o alvo era somente a verossimilhança, a ilusão, a logografia (a arte de escrever qualquer tipo de discurso), era uma má retórica, identificada com a escola dos sofistas. Porém, se o objetivo era a verdade, temos então a boa retórica, a retórica filosófica ou também dialética; Platão (2000, p. 90-91) a identificava com a psycagogia – formação dos espíritos pela palavra. A mesma distinção “retórica boa” versus “retórica má” é feita por Aristóteles (2005, p. 90-91), para criticar aqueles que se ocupavam apenas em afetar o juiz e nada tinham a dizer sobre o assunto.

Atualmente, podemos afirmar que o senso comum esqueceu a “boa retórica”, e retórica significa “má retórica”, ou seja, aquela que é voltada apenas a criar “artificialmente” sentimentos nos ouvintes, para fugir do debate ou do assunto. Uma maneira de “vencer sem ter razão”.

Aristóteles, porém, é o autor da antiguidade que mais influenciou o

² Sabemos que a democracia ateniense era elitizada e com várias barreiras à participação da maioria das pessoas. No entanto, dado o contexto da época e o período histórico anterior (o dos Trinta Tiranos), é uma experiência ainda assim relevante e que permite o florescimento da arte do discurso e da persuasão.

pensamento retórico e mais contribuiu para sua emancipação como disciplina autônoma (PARINI, 2015, p. 32). Ele não se limitou apenas a conceituá-la e elaborar um catálogo de argumentos persuasivos: suas obras abrangem a forma dos raciocínios retóricos (o entimema e o paradigma), a natureza das premissas retóricas (os tópicos), os meios de prova e tipos de auditório a que se destinam. Todos esses elementos são basilares para as pesquisas contemporâneas que tomam a retórica como um dos pilares teóricos, dentre elas as realizadas na Escola de Mainz, ainda que não se adotem todas as definições do Estagirita.

O autor, logo no começo da Retórica (ARISTÓTELES, 2005, p. 90), afirma que até então aqueles que escrevem sobre a matéria o fizeram de modo limitado, abordando o tema apenas sob o viés das paixões que se despertam – a ira e a compaixão, por exemplo – sem discorrer acerca das temáticas que afetam o assunto, e não o juiz. Sua pretensão é escrever uma obra que abranja todos os aspectos desta arte.

Por isso, os próximos passos da dissertação exporão alguns conceitos-chave da obra aristotélica que foram resgatados nas teorias retóricas dos Séculos XX e XXI: em que consiste o raciocínio retórico; o que são os tópicos (ou *topoi*); a estrutura do entimema e do paradigma; e os meios de prova tipicamente retóricos.

Aristóteles (2005, p. 89-90) define a retórica como a arte ligada ao conhecimento comum e que não corresponde a nenhuma ciência em particular. Trata-se de uma forma de debater e argumentar sobre matérias gerais, a qual é chamada de “arte”³, porque a persuasão e suas provas necessitam de um meio artístico⁴, e ressalta que a diferença entre a retórica, a dialética e a lógica consiste no caráter das premissas, porque a estrutura de apresentação dos argumentos é a mesma – chamando-se o entimema de “silogismo retórico” (ARISTÓTELES, 2005, p. 92-93).

A retórica e a dialética, pois, são úteis para se levar à justiça e à verdade por meio dos juízos plausíveis e persuasivos. Aristóteles deixa explícito que a

3 Esta expressão, no original, está vinculada ao sentido de arte como “*téchne*”, ou seja, um ofício ou trabalho que exige um conhecimento especial ou uma habilidade específica para sua execução.

4 Meio artístico, aqui, deve ser entendido como um conjunto de regras para execução de um ofício (cf. Nota de rodapé acima).

verdade não é evidente por si mesma, e há certos auditórios que não se convencem nem diante da melhor ciência (ARISTÓTELES, 2005, p. 93). Para isso, é necessário que se domine a arte de discutir sobre os contrários e apresentar provas a partir de argumentos comuns.

O autor conclui, a partir do que expôs, que a retórica tem como função discernir os meios de persuasão pertinentes a cada caso, mas não é sua tarefa a persuasão em si (ARISTÓTELES, 2005, p. 94), da mesma forma como a medicina tem como tarefa descobrir os meios de cura, mas não é obrigada a curar cada doente individualmente.

Esta definição deixa transparecer, aos olhos de hoje, que o autor já diferenciava níveis de observação próprios à retórica (PARINI, 2017, p. 116-117). Assim, na distinção entre os discursos (que hoje chamamos de “retórica material”) e a arte que estuda esses discursos (que hoje chamamos de “retórica estratégica”) podemos dizer que foi lançada, timidamente, a semente do que chamamos atualmente de “metodologia retórica” (ADEODATO, 2010, p. 73).

É possível, até, ir além e afirmar que há os primeiros passos de uma “retórica analítica” na obra aristotélica (PARINI, 2015, p. 54-55). Porque, embora comprometido com demonstrar as melhores formas de persuasão, o autor tem claras preocupações em descrever as melhores estratégias de persuasão sem um compromisso imediato com o convencimento ou a assunção de um lado na discussão – o que caracteriza, em parte, a retórica analítica no modelo pensado na escola de Mainz.

2.1.2 Os meios de prova retóricos

As provas podem ser de duas naturezas: artísticas ou inartísticas. As primeiras são aquelas preparáveis pelo método e pelo emissor do discurso, por isso sujeitas a invenção; as segundas são as que já existem e o orador não as prepara, como testemunhos, confissões sob tortura e documentos escritos (ARISTÓTELES, 2005, p. 96).

Como foi dito, a retórica é uma arte que trabalha com juízos genéricos e aceitáveis, sem um campo específico de atuação. Aristóteles indica três meios de prova dessa arte, que seriam os “tipos” de argumento, baseados em três modalidades de juízo: o caráter do orador (ethos), as paixões despertadas no auditório (pathos) e os que se referem à matéria objeto de discussão (logos)

(ARISTÓTELES, 2005, p. 96). Estas são as provas sujeitas à inventio, aspecto da retórica que lida com as formas de criar argumentos e premissas.

A persuasão pelo ethos acontece quando se transmite, através do discurso, que o orador é digno de fé e probó. Isso é especialmente relevante em discursos retóricos, nos quais não se está trabalhando com “verdades indiscutíveis”, e a tendência é dar crédito às pessoas em quem confiamos.

A persuasão pelo pathos acontece pelo despertar de sensações nos ouvintes – como tristeza, alegria, compaixão, raiva etc. É por meio dessas sensações que se induz o auditório a pensar sobre o assunto da maneira pretendida. Há uma tendência a se identificar a retórica com o pathos, e daí vêm as diversas acusações de que é uma forma de enganar as pessoas, induzir pelos sentimentos etc. Da mesma maneira, como mencionado mais acima, Aristóteles criticava os estudiosos de retórica do seu tempo por darem excessiva e exclusiva atenção ao pathos – o meio de prova que afeta o juiz.

A persuasão pelo logos (ou discurso) é a decorrente do assunto que tratamos, a partir das premissas que são pertinentes a cada caso particular. Esta área do discurso, com o racionalismo da modernidade, deixou de ser “um” dos aspectos de prova para se tornar “o” meio de prova. O conhecimento científico, como idealizado, deve se ater somente ao estudo dos objetos, afastando traços de subjetividade – seja ela relativa ao “cientista” (o ethos) ou relativa às emoções frente ao objeto de estudo (o pathos).

Além disso, o logos sai da esfera do discutível e do razoável e passa para o domínio das “certezas” – que Aristóteles, em seus trabalhos, chama de apodítica. Qualquer conhecimento, para ser reputado como “ciência”, deve transmitir certezas e verdades independentes dos sujeitos.

O estudo das decisões judiciais a partir desses meios de prova é um dos ramos abertos pela retórica analítica nos Séculos XX e XXI. Nesse sentido, mencionamos a tese de doutorado de Isaac Costa Reis (2013), na qual ele analisou, pela Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD) as estratégias de autolegitimação da corte constitucional brasileira e da corte constitucional alemã, para descobrir a forma como o *ethos* desses tribunais é retoricamente construído.

2.1.3 O entimema e o paradigma como as formas retóricas de apresentação do raciocínio

Nos Analíticos, Aristóteles discorre sobre os meios de apresentar os raciocínios: o silogismo e o exemplo (ou paradigma).

O silogismo é o meio de demonstração dos raciocínios demonstrativos, a partir da afirmação de algo unido a algo. Raciocínio, em Aristóteles (1995, p. 95), é um enunciado em que, assentadas certas premissas, segue-se algo distinto do que está estabelecido. O silogismo perfeito é o que não precisa de nada - além das premissas postas - para se chegar à conclusão; já o silogismo imperfeito requer outros conceitos que estão além das proposições estabelecidas (ARISTÓTELES, 1995, p. 95).

Portanto, o silogismo é uma estrutura formal de exibição do raciocínio, consistente em somar premissas para concluir algo diferente destas.

O entimema, nos dizeres aristotélicos, é um silogismo – ou seja, exhibe um raciocínio que parte de premissas e chega a uma conclusão – cuja diferença em relação aos silogismos demonstrativos é a natureza de suas premissas, já que nestes as premissas são verdadeiras, enquanto no entimema as premissas são plausíveis e aceitáveis, extraídas do senso comum e da opinião da maioria ou dos mais sábios. Por conseguinte, as conclusões são também verossímeis e aceitáveis.

Além desta, outra característica do entimema é ser curto, devendo esconder as premissas conhecidas, para que o próprio ouvinte as supra (ARISTÓTELES, 2005, p. 99-100). Este recurso é necessário para que o auditório se engaje no discurso e para que este atraia as pessoas. Aristóteles, neste sentido, fala que as pessoas menos cultas têm mais sucesso nesse tipo de argumentação porque não ficam apresentando longas cadeias de pensamento – as quais são mais “certas”, mas repelem o público, o que prejudica a ação persuasiva (ARISTÓTELES, 2005, p. 213-214).

O paradigma (ou exemplo), por seu lado, é a indução retórica. Este argumento consiste em, a partir de casos particulares, chegar a conclusões para outros casos particulares; ele se dirige do semelhante para o semelhante, da parte para a parte (ARISTÓTELES, 2005, p. 101). Esta estrutura é mais apreensível pelos sentidos, mais clara e acessível à maioria, embora a dedução seja mais forte e efetiva para debater contra os contraditores

(ARISTÓTELES, 1982, p. 109).

Aristóteles discerne dois tipos de exemplos: os baseados em fatos anteriores e os inventados pelo próprio orador – nos quais estão as fábulas e as parábolas (ARISTÓTELES, 2005, p. 206). Ele recomenda, quando for possível, usar os exemplos como epílogos dos entimemas, como testemunhos para comprovar as conclusões obtidas (ARISTÓTELES, 2005, p. 208).

Um dos pressupostos básicos da escola de Mainz é o caráter retórico do direito, o que inclui a defesa da tese de que o raciocínio judicial é entimemático, e não dedutivo. Nesse sentido, destacamos Adeodato (2002, p. 262), para quem as decisões judiciais necessariamente escondem premissas, seja por sua funcionalidade ou mesmo por sua inconfessabilidade.

2.1.4 As premissas retóricas: os tópicos

Aristóteles (1982, p. 90-92) diferencia os tipos de raciocínio a partir das premissas que lhes dão base. Ele distingue quatro tipos diferentes: os raciocínios demonstrativos (também chamados de apodícticos); os dialéticos (e, semelhantes a estes, os retóricos); os erísticos; e os desviados.

Os raciocínios demonstrativos partem de premissas verdadeiras e primordiais. Estas, nos dizeres aristotélicos, são coisas que possuem credibilidade por si mesmas.

Os raciocínios dialéticos (e os retóricos) tomam como premissas coisas plausíveis, as quais parecem bem a todos, ou à maioria, ou aos sábios e, dentre estes, a todos, ou à maioria ou aos mais conhecidos e reputados – são chamadas pelo autor grego de “tópicos”.

O raciocínio erístico parte de coisas que parecem plausíveis, mas não são; Aristóteles também designa como “raciocínio erístico” o que tem aparência de raciocínio, mas não é. Assim, o adjetivo “erístico” desfaz o termo “raciocínio”.

E os raciocínios desviados são relativos a áreas específicas do conhecimento (a geometria é o exemplo de Aristóteles) que tomam premissas falsas acerca da matéria sobre a qual se discorre. Eles são um caso especial de raciocínio erístico.

O grego trata de definir o que se constitui o campo de aplicação dos raciocínios dialéticos. Para isso, introduz duas definições: a “proposição dialética” e o “problema dialético”.

A proposição dialética é uma questão plausível para todos, ou para a maioria, ou para os sábios. Além destas, suas contrárias e suas semelhantes também são consideradas proposições dialéticas (ARISTÓTELES, 1982, p. 105).

O problema dialético é a consideração de uma questão para aceitar ou rechaçar, para se chegar à verdade ou ao conhecimento – seja por si ou como meio para outra questão deste tipo. Este problema tem como característica a ausência de uma opinião definida entre as pessoas ou opiniões contrárias entre diversos grupos – os “especialistas” opinam o contrário da “maioria”, ou dentro destes grupos há divergências relevantes (ARISTÓTELES, 1982, p. 106). Também estão nesta categoria os problemas em que existem argumentos contrários e os que, por serem amplos demais, não possuem argumentos óbvios. Por exemplo: quando começou o universo.

Exposto o pensamento aristotélico, voltamos nossa atenção para o período posterior ao estagirita, no qual temos o “apogeu”, a “queda” e o “renascimento” da retórica na filosofia e estudo ocidentais. As definições do autor grego serão reavivadas nas teorias retóricas do Século XX e se constituirão importante fonte teórica para os estudos jurídicos, como veremos a seguir.

2.2 Viehweg e Perelman: a retomada das relações entre retórica e direito

2.2.1 O ambiente em que surgem estas teorias: a busca por um modelo de racionalidade para o direito

Como visto acima, o estudo voltado para a retórica não é novo, e pode ser remontado à Grécia antiga.

Com a expansão do império romano, podemos afirmar que os laços entre retórica e direito foram fortalecidos. Embora a sociedade romana seja apontada como uma mera copista da sociedade grega, mormente no que concerne à filosofia e à religião, os romanos desenvolveram a teoria do direito de maneira original, inclusive com a criação e manutenção de uma classe específica para lidar com o aparelho jurídico romano, os jurisconsultos (BILLIER; MARYIOLI; 2005, p. 99-101).

Estes jurisconsultos criavam as regras a partir dos casos que resolviam; não era característica do direito romano uma codificação prévia e abstrata que deveria ser aplicada às situações particulares. Pelo contrário, é pela

jurisprudência e pela analogia entre casos concretos que se abstraem os preceitos mais gerais. Este é o nascedouro do digesto, que foi uma compilação de jurisprudência e preceitos gerais reunidos a pedido de Justiniano (BILLIER; MARYIOLI; 2005, p. 102).

Esta sistemática de operação do direito valorizava o papel da persuasão e da argumentação diante dos pretores, em especial a busca de premissas pontuais para cada caso – papel da tópica que será lembrado e resgatado por Viehweg no Século XX.

Em meados do Século XVII, acontece um fenômeno contraditório em relação à retórica. Ela ganha prestígio no ensino promovido pelos jesuítas, mas cai em descrédito intelectual, porque surge um novo valor para o pensamento: a evidência. A evidência (de fatos, ideias e sentimentos) se pretende autossuficiente e a linguagem, para este tipo de conhecimento, é apenas um instrumento, uma intermediária, para que se veicule a verdade (BARTHES, 1970, p. 192).

Diante de uma evidência, a disputa e a persuasão se tornam desnecessárias, afinal não é preciso convencer ninguém diante de uma prova (BARTHES, 1970, p. 192). O cientificismo típico da modernidade provocou uma transformação do paradigma aplicável aos diversos saberes e conhecimentos. Agora, para ser considerado ciência, um conhecimento precisava de um método seguro e axiologicamente neutro, baseado em evidências.

Fruto da mudança de paradigma epistemológico, cria-se o mito do legislador racional, o qual poderá, através dos códigos e das leis, resolver os problemas sociais e impor o conhecimento verdadeiro na forma de ordem inquestionável (GARCÍA AMADO, 1999, p. 131). A partir do pressuposto de onisciência legislativa, os julgadores são delegados a um papel de simples aplicadores da norma geral ao caso concreto. Portanto, não há mais que se falar em “busca de premissas para resolver problemas” – típica função da tópica – porque as premissas já estão fixadas na lei e elas são “verdadeiras e universais”, ao contrário das premissas tópicas, tipicamente casuísticas e aceitáveis. Deste modo, nas palavras de García Amado (1999, p. 131), “o conhecer substitui o decidir e a ciência [substitui] a retórica ou a prudência”.

Contudo, a prática jurídica revelou que esta divisão não poderia subsistir, e rapidamente os juristas admitiram as lacunas no ordenamento jurídico e a

necessidade de interpretação das regras, mas não foi assumido o papel criador do intérprete. Ao contrário, o que se buscou foram formas certas de interpretar, para que o julgador achasse corretamente o sentido do texto. Daí vêm os métodos interpretativos clássicos, aos quais nos dedicaremos em capítulo posterior.

A continuidade de rupturas com as bases da modernidade desembocou em uma crise da racionalidade jurídica, e é neste contexto que Viehweg e Perelman procuram retomar a retórica no conhecimento jurídico.

Conforme explica García Amado (1999, p. 133-134), a questão acerca da possibilidade de controle das decisões judiciais e sua avaliação racional gerou duas correntes antagônicas entre si: as racionalistas e as irracionaisistas.

As correntes irracionaisistas são as que não creem que haja um método ou procedimento que possa conferir racionalidade à decisão jurídica, que seria antes de tudo guiada por valorações e inclinações do juiz (GARCÍA AMADO, 1999, p. 134). Como exemplos dessa corrente, podemos citar as escolas realistas do direito, dentre as quais a escola de Upsala e o realismo jurídico norte americano.

As correntes racionalistas, por sua vez, assumem a existência da liberdade decisória na práxis jurídica, mas advogam que é possível oferecer ao juiz pautas metodológicas que conduzam a uma interpretação da lei que seja correta e objetiva (GARCÍA AMADO, 1999, p. 135). O foco das teorias racionalistas, como a jurisprudência dos interesses e a jurisprudência dos valores, é a propositura de pautas hermenêuticas, voltadas primordialmente à interpretação dos textos jurídicos.

A retomada da retórica surge como uma reação ao irracionismo, mas que procura na análise do discurso a possibilidade de avaliar as decisões judiciais, sugerindo uma racionalidade jurídica baseada nas regras de argumentação. Os dois autores pioneiros dessa retomada são Chaïm Perelman e Theodor Viehweg, cujas propostas apresentaremos a seguir de modo resumido, visto não ser o escopo deste trabalho escrever uma obra sobre a história da retórica no Século XX.

2.2.2 Chaïm Perelman: a racionalidade do Direito será achada no discurso

A obra de Perelman, conforme sintetiza Warat (1995, p. 92), trata basicamente de uma teoria epistemológica sobre os discursos, cujo objeto

principal é questionar as posturas epistêmicas do cartesianismo. O autor propõe que a racionalidade do direito não está na legislação ou nos métodos interpretativos, mas na justificação racional das decisões judiciais. E o instrumento adequado para a justificação argumentativa é a retórica, entendida como o estudo dos meios de argumentação que permitem obter a adesão dos espíritos às teses que lhes são submetidas (GARCÍA AMADO, 1999, p. 140).

Perelman, já no começo da obra, explica que a deliberação e a argumentação não se coadunam com a evidência e a necessidade, porque não se delibera onde há necessidade e não se argumenta contra a evidência (PERELMAN, 2005, p. 1). Os meios de prova das ciências humanas seriam o verossímil e o aceitável, campos típicos da retórica, a partir da qual o autor pretende construir a racionalidade do direito. Para isso, ele toma três conceitos como a base para o estudo da razão prática: o “discurso”, o “orador” e o “auditório” (PERELMAN, 2005, p. 7).

Embora o resgate da retórica aristotélica seja de grande valor na obra de Perelman, ela não pode ser considerada uma metodologia retórica, porque seu compromisso é criar um modelo que introduza algum tipo de racionalidade nas discussões concernentes aos conhecimentos que trabalham com a razão prática (ATIENZA, 2003, p. 77) – um projeto muito mais próximo de uma lógica informal do que de uma teoria retórica do direito (PARINI, 2015, p. 87).

O interesse da retórica analítica é essencialmente descrever as formas de persuasão do discurso; já o intuito de Perelman é mais voltado à prescrição de regras de argumentação, para satisfazer a necessidade de seu tempo de uma racionalidade no direito.

2.2.3 Theodor Viehweg: o direito como conhecimento casuístico

Theodor Viehweg, com a obra *tópica e jurisprudência* (1953), a partir das ideias de Aristóteles, retoma a visão do direito como um saber retórico, cujas bases de convencimento e decisão são fornecidas pelo razoável e plausível, diferenciando-se das ciências naturais, cujo tipo de conhecimento é lastreado na certeza do método e na experimentação. Essa retomada abre para o direito uma nova forma de se pensar enquanto ciência, sem precisar se ater aos paradigmas da racionalidade moderna. Viehweg defende que a tradição do direito é tópica, porque, desde Roma e também na Idade Média, era este método que os juriconsultos e glosadores aplicavam. Para isso, dedica dois

capítulos de sua obra – “a tópica e o *ius civile*” e “a tópica e o *mos italicus*” (VIEHWEG, 1979).

Seu ponto de partida é a obra de Giambattista Vico, autor italiano do início do século XVIII que, em meio à euforia gerada pelo discurso do método de René Descartes, dissertou sobre a existência de dois métodos de estudo científico (*scientiarum instrumenta*): o crítico, chamado também de novo, que é o método científico desenvolvido por René Descartes; e o tópico-retórico, alcunhado de antigo, o qual foi desenvolvido por Aristóteles e Cícero (VIEHWEG, 1979, p. 20).

O método crítico, conforme Vico, toma por base uma premissa verdadeira fundamental (*primum verum*) e partir dela vão se encadeando deduções, desenvolvidas à maneira da Geometria (VIEHWEG, 1979, p. 20); o método tópico-retórico, por outro lado, trabalha com premissas verossímeis e aceitas pelo senso comum, e a partir delas contrapõe pontos-de-vista antagônicos para se chegar a um resultado (VIEHWEG, 1979, p. 20).

Para detalhar melhor a origem da tópica e expor o que seria essa forma de pensar, Viehweg retoma a distinção aristotélica de raciocínios apodícticos e dialéticos (já mencionada nesta dissertação).

O primeiro destaque do autor é o enfoque problemático da tópica, isto é, “a tópica é uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema” (VIEHWEG, 1979, p. 33). O método sistemático, por seu lado, dá primazia às premissas iniciais e às cadeias dedutivas, e o problema “é trazido para dentro de um conjunto de deduções, previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta” (VIEHWEG, 1979, p. 34).

Como consequência, o método sistemático leva a uma seleção dos problemas, porque aqueles que não obtêm resposta dentro da cadeia dedutiva são excluídos como falsos problemas (VIEHWEG, 1979, p. 34). A ênfase no problema, por outro lado, opera uma seleção de sistemas (VIEHWEG, 1979, p. 35), porque se um sistema não fornecer solução, necessariamente se buscará outro que dê respostas. O direito, em razão da obrigatoriedade que tem de decidir, sequer poderia funcionar sistematicamente, porque não pode ignorar os problemas que lhe chegam.

Segundo o autor, as tentativas de tornar o direito uma ciência totalmente

formal não terão êxito em se desvencilhar da tópica, porque os conceitos se expressam em linguagem natural e um sistema real sempre necessitará de interpretação dos signos e conceitos, o que necessariamente envolve a tópica (VIEHWEG, 1979, p. 78-79).

A teoria de Viehweg, contudo, não é contrária à sistematização. O que ele defende é a impossibilidade de o direito ser uma estrutura axiomática e dedutiva; a sistematização do direito só é possível por meio dos catálogos de *topoi* (SOBOTA, 1991b, p. 277). Esses catálogos teriam dois níveis: o primeiro seria um sistema dinâmico no qual existem os padrões para organizar uma determinada matéria, pesar e catalogar os *topoi* relativos a um dado problema; o segundo seria uma ordem dos catálogos de *topoi*, e o estudo desses catálogos geraria uma reflexão sobre os argumentos usados nas decisões judiciais (SOBOTA, 1991b, p. 277).

A teoria da tópica, contudo, é objeto de críticas contundentes. Atienza, por exemplo, afirma que os conceitos de tópica, topos e de problema na obra do alemão são muito vagos e imprecisos (ATIENZA, 2003, p. 52-53). Além disso, a oposição entre pensamento tópico e pensamento sistemático é exagerada por Viehweg, já que os lógicos não teriam maiores problemas em reconhecer a importância da tópica para o raciocínio, sem que se prescindia da lógica (ATIENZA, 2003, p. 53).

Podemos citar também que, embora enfatize o papel da tópica no raciocínio jurídico, Viehweg não discorre sobre o papel que a lei e a Constituição têm no desenvolvimento do direito no contexto do Estado Moderno pós Revolução francesa de 1789 - alteração contextual muito significativa em relação ao Direito romano e medieval que influi decisivamente no pensamento do jurista em relação ao seu objeto de estudo.

Esta oposição entre tópica e sistemática é a principal razão pela qual não se pode considerar que a obra de Viehweg se constitua em uma metodologia retórica. O autor constrói um método tópico, não demonstrativo, o qual se baseia em “premissas entimemáticas que vão estruturando, mediante uma trama sutil, um sistema de significações latentes que determinam um efeito de coerência lógica para um raciocínio, na verdade, indemonstrável” (WARAT, 1995, p. 96). A retórica de Viehweg enfatiza que a busca das premissas de decisão – *inventio* – seria o momento mais importante da

metodologia jurídica (PARINI, 2015, p. 93) e também o único possível de sistematização e estudo.

A metódica retórica, por seu lado, não exclui a possibilidade de construção de um sistema lógico e, embora valorize a busca das premissas, seu foco está voltado para o modo como opera a reflexividade da justificação jurídica (PARINI, 2015, p. 93).

Apesar das críticas que podem ser feitas, e da sua insuficiência como metodologia retórica, a obra de Viehweg abriu um novo caminho de pensar o direito. Nos dizeres de Atienza (2003, p. 57): “o mérito fundamental de Viehweg não é ter construído uma teoria, e sim ter descoberto um campo para a investigação. Algo, ao fim e ao cabo, que parece se encaixar perfeitamente no ‘espírito’ da tópica”.

Portanto, Viehweg é importante porque retoma a tradição retórica e lança as bases para a construção da metodologia da retórica analítica na “Escola de Mainz”, a qual passamos a expor.

2.3 Uma epistemologia retórica: Ballweg e seus discípulos

2.3.1 A retórica material: o mundo como o conhecemos

Na Alemanha, Ottmar Ballweg deu continuidade à obra de Viehweg e foi além de seu mestre, porque desenvolveu a retórica não mais como uma "arte da invenção" ou uma atividade voltada primordialmente à busca das premissas decisórias. Ballweg alçou a retórica a método de estudo do direito, ou seja: a retórica não mais se atém somente a descobrir e aplicar o que é ou não é persuasivo; ele também desenvolve pesquisas sobre o discurso jurídico, para descobrir padrões e usos de estratégias de convencimento, sem compromisso com a persuasão. Em sua teoria, Ballweg (1991), com base nas ideias que Nietzsche desenvolve a partir de Aristóteles (PARINI, 2017, p. 122), apresenta três diferentes níveis para a retórica: o nível material, o prático e o analítico.

Além disso, a teoria deste assume pressupostos mais “radicais” em relação a Viehweg e Perelman. O primeiro deles é excluir a possibilidade de um mundo fora da linguagem, isto é, a linguagem não é apenas um meio de transmitir conhecimento, verdade, sensações e outras ontologias: ela constitui todas as realidades, e o mundo do ser humano é necessariamente fabricado pelas suas interações comunicacionais. Esta é a dimensão da “retórica material”, da qual é impossível escapar (BALLWEG, 1991, p. 177-178).

Enquanto os outros dois autores assumem uma dicotomia entre ciências naturais e ciências humanas, as primeiras estudáveis a partir do método cartesiano e as segundas a partir da retórica, Ballweg assume que não há essa diferença, porque todo conhecimento parte da manipulação linguística para transmitir como verdades o que são apenas opiniões.

Esta premissa denuncia a influência de Nietzsche sobre a teoria de Ballweg. Aquele, em seu Curso de Retórica (1874/1999), afirmava que a linguagem não repousa naquilo que é verdadeiro ou ontológico: ela não pretende instruir, mas transmitir ao outro uma impressão e excitação subjetiva (NIETZSCHE, 1999, p. 37). Nietzsche dizia que a retórica é somente o aperfeiçoamento dos mecanismos que já estão latentes na linguagem, porque esta sequer consegue transmitir verdades: ela é um meio para que um indivíduo transmita aos demais impressões subjetivas (NIETZSCHE, 1999, p. 37).

Nietzsche (1999, p. 37-38) observou que os artifícios retóricos (como metáforas, ironias e metonímias) não são floreios que embelezam o discurso, porque o próprio discurso serve apenas para veicular sensações (sonoras, imagéticas, gustativas, olfativas e táteis) que temos acerca dos objetos. Dessa maneira, a palavra “chuva” não é uma descrição neutra de um evento igual em todos os lugares: ela é a “tradução” que se fez, de um evento do mundo, para a forma escrita ou falada na língua portuguesa, e é em si mesma uma metonímia do som que a água faz quando entra em contato com o solo.

É próprio da teoria de Ballweg, na esteira de Nietzsche, assumir que não haveria uma ontologia no mundo, porque a comunicação pela linguagem é, por definição, contingente e dependente dos utentes da língua. A partir deste pressuposto, faz-se uma mudança terminológica para vários conceitos caros à ciência moderna: “verdade” é “ordem”; “racionalidade” é “regularidade”; “direitos” são “posicionamentos”. As linguagens, neste ponto de vista, são meios de controle social – o dinheiro, o poder, a religião, a ciência – e todas elas o fazem por meio da manipulação linguística (BALLWEG, 1991, p. 176-177).

Esta atitude faz parte de um movimento maior, fruto da “virada linguística”, a qual trouxe as preocupações com a linguagem para o centro do debate científico.

Jerome Bruner (1991), por exemplo, afirma que o iluminismo deixou como marca a crença de que a natureza é um dado externo aos indivíduos, capaz de ser descoberta e descrita através do método certo. Essa visão, segundo o autor, moldou a forma de fazer ciência nos séculos seguintes. Desde a infância as crianças são ensinadas a entender o mundo de um viés matemático, físico. Porém, essa abordagem não é suficiente para captar os processos culturais, éticos e emocionais da comunidade em que vivemos.

Bruner, a partir dessa base, fala de uma construção “narrativa” da realidade, embasada na verossimilhança, não sendo possível submetê-la a um teste de “verdade ou falsidade”. Assim, as narrativas são versões da realidade cuja aceitabilidade se funda em convenções e “necessidades narrativas”, e não sobre verificação empírica e testes lógicos.

Richard Sherwin (2009) transpõe o conceito de “narrativa” para o direito, teorizando sobre a “construção narrativa do direito” e criticando a “retórica da supressão da retórica” no meio científico (SHERWIN, 2009, p. 92). Este autor discorre sobre o papel que os gêneros literários exercem na percepção da realidade. Deste modo, a realidade do direito pode ser modificada e significada a partir da forma como falamos sobre ela e do uso de elementos literários e de histórias particulares (SHERWIN, 2009, p. 94).

A visão de uma “retórica constituinte da realidade” pode seguir vários caminhos, como se vê, e nosso foco se fixará nas teses de Ballweg e daqueles que estudaram sua obra.

Para Ballweg, a atividade judicial consiste em resolver problemas, os quais surgem através da linguagem enquanto objeto e só podem ser resolvidos com ferramentas fornecidas pela própria linguagem (BALLWEG, 1987, p. 26). Para ele, haveria cinco constrangimentos essenciais a que a atividade judicial é submetida: decidir, interpretar, justificar, estabelecer normas e agir com profissionalismo (BALLWEG, 1987, p. 27), e o direito só conseguiria satisfazer essas exigências quando se expressasse por meio de uma linguagem retórica que veicula opiniões (doxa), para isso lançando mão de ferramentas linguísticas como conceitualismos, ontologizações e reificação de conceitos (BALLWEG, 1987, p. 27).

No âmbito da retórica material está a própria comunicação humana enquanto conjunto de inúmeros fenômenos de variadas formas e diferentes

graus de importância na constituição daquilo que chamamos ordinariamente de realidade; ela é a forma pela qual acontece a comunicação (ADEODATO, 2010, p. 68). A retórica material constitui a própria realidade linguística que existe para nós enquanto seres que se comunicam inexoravelmente e que se encontram em uma posição de imanência em relação à linguagem que empregamos ao tentar nos expressar, compreender e ser compreendidos. No direito, a retórica material se revela através de textos legais e decisões judiciais, os quais são os meios encontrados pela sociedade para prescrever normas de conduta a serem observadas por destinatários determinados (decisão) ou indeterminados (legislação lato sensu) (ADEODATO, 2012, p. 195-196) e cumprir a função primordial do direito, que é a resolução de conflitos, mais no sentido de neutralização do dissenso do que de solução efetiva de problemas. Diante da impossibilidade de se estabelecerem consensos em sociedades altamente complexas como as contemporâneas, o papel retórico da dogmática jurídica se limita a inibir a proliferação de desacordos capazes de provocar inúmeros tipos de conflitos.

A retórica material do direito, como dito, são as sentenças judiciais, a legislação, os precedentes, os atos administrativos; enfim, todos os instrumentos e recursos de que se lança mão para chamar à existência o direito e que constituem a “realidade jurídica”.

2.3.2 A retórica estratégica: as melhores técnicas para transformar onde vivemos

A atividade jurídica é eminentemente voltada ao resultado: aquele que trabalha com o direito não o faz apenas “por prazer” ou “hobby”: é necessário convencer, influenciar, fazer valer uma opinião. Mesmo os trabalhos jurídicos menos voltados à dogmática visam um desfecho dogmático. Esta dissertação, por exemplo, pretende mostrar a seus destinatários se é possível utilizar a metódica retórica para analisar decisões judiciais.

A retórica prática ou estratégica é uma forma de reflexão sobre a retórica material que serve às finalidades dos operadores jurídicos. Ela observa como funciona a retórica material e verifica que fórmulas dão certo, construindo uma pragmática finalística e normativa da comunicação (ADEODATO, 2010, p. 73). É neste nível retórico que estão situados os métodos de interpretação e as estratégias prescritas pelas teorias da argumentação jurídica (BALLWEG,

1991, p. 178), enquanto as formas “certas” de determinar o sentido e o alcance dos dogmas jurídicos (retórica material). É a “metodologia” da “ciência” do direito (ADEODATO, 2012, p. 197-198), ou mais propriamente da dogmática jurídica, com a qual o julgador se desvencilha dos constrangimentos a que está submetido.

É importante perceber que a reflexão sobre a retórica estratégica se faz a partir do nível da retórica material, mas destacando nela padrões efetivos de persuasão. Savigny, por exemplo, observou que tipo de mecanismos os intérpretes da Bíblia aplicavam em seus estudos, os incorporou ao direito e conseguiu fazê-los relevantes (MEDINA, 2011, p. 156). Neste ponto, podemos notar que a retórica estratégica é construída socialmente, a partir do momento em que um grupo (ou mesmo a sociedade) incorpora modos específicos de lidar com as informações, textos e eventos com que interagem. A percepção e difusão do padrão é o que traz a lume a retórica estratégica.

Neste sentido, Warat (1995, p. 93 ss.), ao debater sobre a argumentação jurídica, relaciona o uso de padrões argumentativos às ideologias sociais e às ideologias particulares dos juristas. Ele percebe que aquilo que chamamos aqui de retórica estratégica – mecanismos eficazes de manipulação do direito positivo – é fruto de acordos sociais sobre o que deve influenciar as decisões do juiz, e pode variar de acordo com o tempo e o lugar.

É importante observar que, quando a ideologia ou concepção social mudam, a retórica estratégica tende a mudar, porque ela está atrelada a uma aceitação difusa. Como exemplo (que será aprofundado no capítulo 4) podemos citar a querela em torno da metodologia interpretativa adequada para a Constituição, com métodos mais antigos disputando espaço com métodos mais novos.

Os métodos interpretativos, enquanto retórica estratégica, além de guiarem o intérprete a um resultado decisório – ou, ao contrário, justificar o resultado decisório anteriormente tomado pelo intérprete – também cumprem a importante função de “vestir” o julgador de um manto de neutralidade, extremamente necessário para a legitimidade da decisão.

Conforme Alec Stone Sweet e Jud Mathews (2008, p. 6), duas partes, ao chamarem um terceiro para decidir, atribuem a este uma legitimidade. No entanto, esta pode vir a erodir, caso uma parte se sinta perdedora, gerando a

situação do “2 contra 1”, semelhante a uma “Lei do mais forte”. Por isso, torna-se interesse do julgador não declarar um vencedor; no entanto, se tiver que fazê-lo, precisa justificar-se com base em normas pré-existentes cujo sentido é “achado” e não “construído”. Conforme os autores:

Ao invocar normas, a figura do terceiro está, na verdade, dizendo ao perdedor, 'você não perdeu porque eu prefiro seu oponente; você perdeu porque é minha responsabilidade manter o que é correto em nossa comunidade, em razão do dano que ocorreu.' Sua legitimidade agora está, em parte, na legitimidade atribuída a um terceiro interesse trazido sobre as partes – o interesse social incorporado na aplicação das normas. (STONE SWEET; MATHEWS; 2008, p. 6)⁵

Os tipos de argumentos que se utiliza, a forma como são enunciados e estruturados também é um modo de agir sobre a retórica material do direito, com vistas à persuasão e convencimento de que se tomou “a melhor decisão”, a “mais justa” ou “mais adequada” àquele caso específico.

2.3.3 A retórica analítica e suas três dimensões: fonética, holística e semiótica

A retórica analítica é o nível retórico último, o qual busca observar os usos das retóricas materiais por meio das estratégias das retóricas práticas, sem emitir juízos axiológicos (ADEODATO, 2010, p. 74). Nesse sentido, a retórica analítica é uma metalinguagem tanto em relação à retórica material quanto em relação à retórica prática.

A construção de mais um nível retórico de observação surgiu, em Ballweg, também pela necessidade de diferenciar a retórica da semiótica⁶. Segundo ele (BALLWEG, 1987, p. 28), os estudos de pragmática morrisianos eram insuficientes para dar conta das possibilidades de análise linguística – insuficiência assumida pelo próprio Morris – e a retórica poderia englobar a semiótica e satisfazer essas possibilidades.

A discussão sobre a existência de um “método retórico” precisa ser aclarada aqui. Quando se fala em método para o direito, não estamos pensando em um procedimento neutro que traga objetividade e previsibilidade aos resultados. Assume-se que tal não é possível na seara jurídica. Pensamos

⁵ Tradução livre de “ In invoking norms, the triadic figure is, in effect, saying to the loser, “you have not lost because I prefer your opponent to you; you have lost because it is my responsibility to uphold what is right in our community, given the harm that has occurred.” Her legitimacy now rests, in part, on the perceived legitimacy of a third interest being brought to bear on the parties—the social interest embodied in the norms being applied.”

⁶ O autor cita expressamente Charles William Morris, para quem a retórica é uma parte da semiótica (BALLWEG, 1987, p. 28). No Brasil, podemos lembrar que Luis Alberto Warat (1995, p. 84 ss.) também coloca a retórica como uma componente do que ele chama de semiologia.

em método na forma como Parini (2015, p. 111) descreve, isto é, “algo que vislumbresse o ser humano como um ser que se comunica e que depende da linguagem, empregando-a como um instrumento para se guiar no mundo”. Assim, o método retórico não é indiferente à imanência da linguagem e nem às intervenções humanas sobre as realidades, diferente dos métodos que se pretendem objetivos e neutros.

Na definição deste autor, a retórica como método é a melhor maneira para o estudo do direito, porque ao mesmo tempo em que estuda os meios de persuasão e convencimento, não prescreve ideais de racionalidade apriorísticos e vinculantes – como fazem as teorias da argumentação jurídica e as metodologias interpretativas.

Ballweg (1991, p. 180-182) destaca as relações entre sujeitos (ou utentes da língua), signos (linguísticos) e objetos (eventos não linguísticos do mundo físico e espiritual) sob três perspectivas, a partir da importância que cada um dos elementos adquire sobre os demais no âmbito específico de cada parte da análise. A retórica, em Ballweg, absorve a semiótica e acrescenta mais duas dimensões: a fronética e a holotática (ou holística). A seguir, discorreremos sobre as três dimensões da retórica analítica, de acordo com as ideias e ilações de Parini (2017) sobre o tema, já que o próprio Ballweg nunca detalhou sua teoria ou desenvolveu-a.

A fronética parte do sujeito (S) para observar as relações entre Sujeitos ($S \rightarrow S$), entre Sujeito e Objeto ($S \rightarrow O$) e entre Sujeito e Sinal ($S \rightarrow Z$), chamadas respectivamente de agônica, ergônica e pitanêutica.

O foco de uma análise fronética é observar o sujeito em suas interações com os outros elementos do discurso: os outros sujeitos participantes, estejam eles em polos iguais ou distintos, em posição de igualdade, superioridade ou inferioridade; os objetos que constituem a “realidade” com que se está lidando: podem ser físicos (um terreno, um lago, uma praça), conceituais (imunidade parlamentar, prescrição, decadência) ou “factuais” (um carro atropelou uma pessoa; Fulano atirou em Cicrana); e, por fim, os textos e diversos sinais com que se trabalha, como a lei, uma súmula vinculante, um precedente.

Na agônica, a análise recai sobre o inter-relacionamento entre os sujeitos, a definição de papéis, reconhecimento, status jurídico, enfim, “sobre as posições que ocupam os sujeitos dentro desses vários mundos a que

chamamos real, ideal, imaginário etc.” (PARINI 2017, p. 126). Aqui interessam as maneiras pelas quais interagem as figuras do juiz, do réu, do acusado, do assistente de acusação, do advogado de defesa, de pareceristas, de testemunhas e assim por diante. Cada um desses sujeitos ocupa uma posição diferenciada no discurso em relação a seus papéis institucionais. Interessam também as outras dimensões sociais que se projetam no discurso jurídico.

Esta dimensão tenta, ao máximo, deixar os próprios sinais da comunicação em segundo plano e focaliza a conduta dos utentes da língua. O que importa é determinar, abstraindo-se ao máximo os sinais, como as relações entre os sujeitos vão da cooperação ao conflito (ADEODATO, 2010, p. 79).

A análise ergôntica, por seu turno, é aplicada sobre tudo aquilo que é considerado objeto em relação a um sujeito (PARINI, 2017, p. 127); aqui, o objeto será compreendido a partir do sujeito, tendo este a primazia sobre aquele. A ergôntica é a dimensão na qual observamos a construção das definições nos vários saberes que se ocupam das relações com as “coisas”: a economia, a política, o direito, etc. (ADEODATO, 2010, p. 79).

É neste nível de análise que os sujeitos determinam o que é o “mundo real” do direito, quais são as “coisas” do direito, aquilo que pode ser reificado como algo material ou substancialmente válido (PARINI, 2017, p. 127-128). Neste estrato, é desmascarada a “despersonificação do direito”, artifício por meio do qual a dogmática jurídica desvincula os conceitos de seus criadores e idealizadores – com suas ideologias e idiosincrasias.

Por fim, a pitanêutica serve ao exame da forma pela qual os sujeitos manipulam os sinais que devem empregar nos vários domínios específicos de um sistema linguístico (PARINI, 2017, p. 128). Aqui, os juristas determinam qual seria a “palavra certa” em cada uma das diversas situações enfrentadas pelo direito; deste modo, por exemplo, “prescrição” e “decadência” têm um significado e um uso estabelecido no direito civil, mas no direito tributário seu uso é diferente (PARINI, 2017, p. 128-129). Estes usos são o fruto de manipulação e determinação dos sinais pelos sujeitos.

Também é neste aspecto que observamos como os textos jurídicos são trabalhados pelos sujeitos dos discursos, os quais lidam com este material a todo o tempo – seja ele um texto constitucional, legal ou mesmo um

precedente.

A holotática (ou holística) parte do Objeto (O) para analisar as relações entre Objetos ($O \rightarrow O$), entre Objeto e Sinal ($O \rightarrow Z$) e entre Objeto e Sujeito ($O \rightarrow S$), nomeadas respectivamente de ontotática, axiotática e teleotática.

À primeira vista, parece estranho dizer que o objeto prepondera sobre alguma coisa. Porém, como pretendemos expor nos próximos capítulos, os objetos e “realidades” dos discursos são muito utilizados para influenciar os outros objetos, para determinar a qualificação das pessoas envolvidas na comunicação e modificar os sentidos dos textos jurídicos.

A ontotática estuda a “ontologização” dos significados e sua ação sobre os objetos, ou seja, quando um objeto adquire status de realidade independentemente do contexto e dos sujeitos que o circundam e passa a determinar a realidade que, por seu turno, passa a constituir outros objetos (PARINI, 2017, p. 130). Deste modo, neste aspecto da análise nos debruçamos sobre a maneira como os diversos objetos de uma decisão – os quais em geral são estabelecidos pelo sujeito – passam a agir sobre outros objetos.

Na relação axiotática, o objeto passa a dominar o sinal, e o nome deixa de ser uma atribuição arbitrária e passa a depender do “ser” da coisa, como se apenas expressasse este ser (PARINI, 2017, p. 130). Os diversos nomes (por exemplo, “prisão domiciliar” e “recolhimento domiciliar noturno”) determinam como um texto será interpretado – se o réu pode sofrer uma destas medidas e a outra não.

Na relação teleotática o indivíduo perde sua subjetividade e individualidade, tornando-se uma figura objetiva – como “réu”, “contratante”, “apelante” etc. (PARINI, 2017, p. 130-131). Neste aspecto da holotática, o objeto – seja ele um conceito ou uma posição na relação processual – define os sujeitos a que se dirige. Os fatos estabelecidos no processo, neste ponto, são essenciais para qualificar o sujeito – que pode passar de “réu” a “vítima” dependendo de quais fatos se reconhece na decisão.

A semiótica, por seu turno, parte do Sinal (Z) para analisar as relações entre Sinais ($Z \rightarrow Z$), entre Sinal e Objeto ($Z \rightarrow O$) e entre Sinal e Sujeito ($Z \rightarrow S$), conhecidas respectivamente como sintaxe, semântica e pragmática.

No plano da sintaxe estão os problemas relativos à lógica jurídica, às lacunas normativas e às antinomias, por exemplo. Para que a sintaxe se

constitua uma preocupação pertinente para a retórica jurídica, é preciso pressupor a univocidade da língua (PARINI, 2017, p. 131).

Na semântica, o interesse é definir qual objeto é referido por um determinado sinal. É onde está situada a discussão sobre o alcance e limite de um conceito (PARINI, 2017, p. 131).

Por fim, a pragmática estuda as questões relativas ao uso da língua pelos sujeitos; contudo, ao contrário da pitagórica, aqui o sinal predomina sobre o sujeito e prepondera no momento do uso (PARINI, 2017, p. 131-132).

2.3.4 Uso prático da retórica analítica: algumas barreiras a serem superadas e nossa proposta de análise

Apresentados os três âmbitos da retórica analítica, pretendemos restringir nossa análise à fronética e à holotática, primeiro porque a semiótica é velha conhecida da teoria do direito, não faltando autores que estudam o tema, como é o caso de Peirce e de Morris, por exemplo.

O segundo motivo, decorrente do primeiro, é verificar se as dimensões acrescentadas por Ballweg (fronética e holística) auxiliam o processo de observação das retóricas estratégica e material, ou se apenas a semiótica seria suficiente para uma análise retórica.

Cumprido, antes de finalizar este capítulo sobre a nossa metodologia, fazer alguns apontamentos relevantes para o desenrolar da dissertação.

O primeiro deles é indicar que o uso da retórica como método de estudo do direito já vem sendo aplicado há algum tempo, mas de maneira diferente da que nos propomos neste trabalho. Os três meios de prova aristotélicos (ethos, pathos e logos) tem sido objeto de estudo em diversos autores brasileiros e em decisões judiciais, em diversos trabalhos e coletâneas orientados e organizadas pelo professor João Maurício Adeodato⁷.

Porém, nossa proposta é tomar como molde a divisão da retórica analítica esquematizada por Ottmar Ballweg; deste modo, usaremos a fronética e a holística – com as respectivas subdimensões – como o “telescópio” a partir

⁷ Como exemplos, podemos mencionar os seguintes:

Continuidade e originalidade no pensamento jurídico brasileiro: análises retóricas. 1. ed. Curitiba: CRV/CAPES/FDV, 2015;

A retórica de Aristóteles e o direito - bases clássicas para um grupo de pesquisa em retórica jurídica. 1. ed. Brasília/Curitiba: CAPES/CRV, 2014.

O direito dogmático periférico e sua retórica. consolidação de um grupo de pesquisa em filosofia e teoria do direito. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

do qual amplificaremos as decisões escolhidas e observaremos mais de perto a retórica estratégica que influi e produz a retórica material.

A forma como nos propomos a analisar é a seguinte: tomaremos o voto de cada ministro – são seis votos no total, cinco proferidos na AC 4327 e um na AC 4039 – e aplicaremos as seis categorias, uma de cada vez, procurando destrinchar as estratégias usadas no modo como o sujeito prepondera sobre os outros elementos da comunicação (objeto, sujeito e sinal) – análise fonética – e como o objeto prepondera sobre estes elementos – análise holotática.

A nossa forma de análise, portanto, pressupõe que encontraremos no discurso a preponderância do sujeito ou do objeto sobre os outros elementos, o que já se constitui uma assunção arriscada – porque é possível que não encontremos esse tipo de situação. Também pressupõe que essas relações de preponderância, caso existam, são distinguíveis entre si; e é a partir de agora que começamos a listar os possíveis obstáculos que encontraremos para aplicar a teoria de Ballweg.

Como primeiro percalço, destacamos que o próprio Ballweg nunca desenvolveu adequadamente a teoria. O que temos são alguns escritos seus nos quais ele lança sua tripartição, mas sem explicações mais detalhadas. Como consequência, os conceitos sobre os quais discorreremos acima foram trabalhados por autores posteriores a ele – como Adeodato, Sobota e Parini. Fruto dessa ausência de desenvolvimento, as definições de “objeto”, “sujeito” e “signo” são nebulosas na teoria do alemão, o que dificulta a sua aplicação.

Outra barreira consiste na ausência de uso prático, até o presente momento, desta teoria. Como dissemos, embora tenha sido elaborada nos anos 80, o autor nunca se preocupou em aplicar essa metodologia a situações do cotidiano jurídico – como uma decisão judicial, por exemplo. Por isso, não há grandes avanços práticos na diferenciação das nove subdimensões da retórica analítica, e é muito válido questionarmos qual seria a diferença de análise da subdimensão ergônica ($S \rightarrow O$) em relação à subdimensão teleotática ($O \rightarrow S$). Também por este motivo, não temos um critério difundido para sabermos quando a análise deve utilizar uma ou outra categoria.

Assim, consequência da observação acima, a nossa escolha por uma determinada subdimensão será justificada caso a caso, no capítulo de análise, na expectativa de, talvez, encontrarmos algum tipo de padrão que possa ser

aplicável em utilizações posteriores desta teoria. Como dito várias vezes, estamos em um trabalho experimental.

Além disso, embora estejam divididas, é importante destacar que as dimensões da retórica analítica se interpenetram e influem uma sobre a outra. Assim, o objeto que o sujeito constroi influi no signo que o sujeito analisa; e o objeto também define o sujeito, o qual é influenciado pelo signo, etc. Deste modo, embora a análise seja feita em separado, o discurso persuasivo deve sempre ser compreendido em sua totalidade, como um construto que se vale de diversos elementos dogmáticos (e não dogmáticos) disponíveis.

Portanto, é possível que, ao final da dissertação, nossa conclusão seja pela dificuldade de aplicação da teoria, ou que ela precisa de modificações para ser relevante nos estudos jurídicos; ou podemos defender, por outro lado, que os resultados foram muito positivos e a retórica analítica é de grande ajuda para o estudante de direito. Enfim, vários resultados são possíveis, e por isso nosso maior compromisso é justificar de modo satisfatório as conclusões a que chegarmos.

Feitas as considerações sobre nosso marco teórico, passamos no próximo capítulo a discorrer sobre as imunidades parlamentares.

3 AS IMUNIDADES PARLAMENTARES: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

3.1 A inviolabilidade e a irresponsabilidade como formas de diminuir a ingerência do Rei sobre o Parlamento

Para uma dissertação que toma como marco teórico angular a retórica analítica, as concepções relativas às imunidades parlamentares podem ser submetidas a um exame crítico, a fim de expor como são fruto de manipulação doutrinária e mesmo Legislativa, já que é a este Poder que elas servem. Desta maneira, pretendemos revelar neste capítulo o contexto histórico em que são desenvolvidas, e como elas são mudadas ao longo do tempo para acomodar novos interesses insurgentes. Especificamente em relação ao Brasil, dedicamos um tópico para discorrer sobre sua evolução histórica em nosso país, sempre sofrendo alterações para atender as novas necessidades que apareciam no horizonte.

As garantias destinadas ao Parlamento recebem várias denominações, a depender do país que se observe, como privilégios, prerrogativas ou imunidades (FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, 1977, p. 207). O que as caracteriza é sua natureza jurídica derogatória do direito comum, porque a incidência dessas previsões afasta a legislação aplicável aos demais cidadãos.

A ideia difundida por trás das prerrogativas é assegurar a independência do Legislativo frente aos outros Poderes da República e o exercício do mandato sem entraves. Durante o Antigo Regime, além da soberania atribuída ao rei, o Poder Judiciário agia como *longa manus* deste, sendo costumeiro que inimigos políticos e opositores fossem processados e presos como forma de silenciamento. Com a Revolução Francesa, a Assembleia Nacional declara a inviolabilidade (*inviolabilité*) e a irresponsabilidade (*irresponsabilité*) como garantias da Separação dos Poderes e da independência do Legislativo, em constante conflito com o Executivo e o Judiciário (FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, 1977, p. 209).

Outro pressuposto para sua criação é a assunção, pelo Parlamento, da função de representante exclusivo da nação soberana (FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, 1977, p. 209). Se antes o Estado era o rei, agora o Estado é o Parlamento, e a vontade do povo não pode ser suprimida pelo uso do aparato governamental ou judicial.

Tradicionalmente, temos duas espécies de imunidades parlamentares: a “imunidade formal”, chamada em francês de *inviolabilité* e em inglês de *freedom from arrest*; e a “imunidade material”, em francês *irresponsabilité* e em inglês *freedom of speech*. Neste trabalho, chamaremos a imunidade material de irresponsabilidade, e a imunidade formal de inviolabilidade.

O consenso doutrinário é de que a imunidade material garante que o parlamentar não será processado, perseguido ou molestado, no exercício de seu mandato, por suas opiniões, palavras e votos (VELOSO, 1986, p. 148). Seu suposto objetivo é proteger a liberdade de expressão da função parlamentar, como modo de fortalecer o Poder Legislativo; além disso, ela decorreria diretamente do exercício do mandato parlamentar (VELOSO, 1986, P. 148; 151). A proteção não se estenderia às palavras, opiniões e votos emitidos fora do exercício do mandato.

O alcance e efeitos dessa modalidade de garantia são descritos por Rosah Russomano (1984, p. 244-245) nos seguintes termos:

A imunidade de direito constitucional material enlaça todos os atos peculiares à função legislativa, desde que praticados no exercício da mesma. Estende-se no tempo. Sem solução de continuidade. Persiste, mesmo quando o mandato finda. Em síntese - é perpétua. Daí fluem efeitos jurídicos relevantes. O parlamentar torna-se intocável a qualquer processo. Apresenta-se inviolável, tanto na dimensão civil quanto na penal. Há, trancando o mesmo, barreira de ordem pública.

Por outro lado, a imunidade formal se caracteriza, na sua origem francesa, pela impossibilidade de o parlamentar sofrer processo ou prisão penal sem autorização da Casa Legislativa da qual é membro. A exceção é para o caso de flagrante delito, sendo que a prisão deve ser imediatamente submetida ao crivo do Parlamento.

Para descrever parte de suas características, mais uma vez citamos Russomano (1984, p. 245):

A imunidade de direito constitucional processual ou formal, a seu turno, é mais restrita, no sentido de que apenas retarda uma variante de processo: o penal – a exemplo do que se passa em França e em nosso país –, o civil – de acordo com o que sucede na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Consequentemente, acha-se sublinhada pela temporariedade. Extinto o mandato, há condições de dinamizar-se o processo.

Há muitas diferenças entre esta prerrogativa e a anterior. Começa que, enquanto a imunidade material é irrenunciável e irrevogável, a imunidade formal pode ser retirada a critério da Casa Legislativa. A inviolabilidade é

temporária e está adstrita ao mandato. Findo este, o processo volta a seguir seu curso natural, sem quaisquer resquícios de amarras de ordem processual devido à condição do réu de ex-deputado ou ex-senador. Já a irresponsabilidade é permanente e se perpetua para além do mandato, porque os atos por ela protegidos não poderão se tornar objeto de persecução penal posterior.

Enquanto a irresponsabilidade abrange atos decorrentes do exercício parlamentar, a inviolabilidade incide em atos externos ao exercício do mandato; ela impede a *persecutio criminis* decorrente de fatos estranhos ao mandato, porque as condutas decorrentes do exercício do mandato (injúria, difamação, calúnia) sequer se caracterizam como crime.

Em razão da característica acima, Fernández-Miranda y Campoamor (1977, p. 210) chega a afirmar que a imunidade processual seria acessória à imunidade material, porque “se esta pretende proteger diretamente a livre formação da vontade do Parlamento, aquela intenta que a pretensão não seja frustrada por detenções arbitrárias de alguns dos seus membros”⁸. Eis a suposta razão de ser da imunidade processual, amplamente difundida em parte da doutrina nacional e internacional: impedir que a coação indireta, exercida por meio de prisão e persecução criminal de membros do Congresso, influa na composição e votações deste. Por esse motivo, dá-se à Casa Legislativa o poder de retirar a imunidade do membro, para que o mandato não se transforme em proteção ao crime.

Porém, esta concepção clássica da inviolabilidade tem sofrido pesadas críticas e, como toda categoria jurídica, pode ser questionada. Nesse sentido, Cécile Guérin-Bargues (2011) constroi a tese de que esta modalidade de garantia não é necessária para a manutenção do regime representativo, e que ela não tem mais razão de existir nos países em que o Judiciário é independente e autônomo, pois os parlamentares poderiam – da mesma maneira que os demais cidadãos – utilizar os meios processuais disponíveis para se defender.

Embora a discussão perdure e haja outros autores que defendam a

8 livre tradução do trecho: “Si ésta pretende proteger directamente la libre formación de la voluntad del Parlamento, aquélla intenta que la pretensión no se frustre por detenciones arbitrarias de alguno de sus miembros.”

manutenção da inviolabilidade e a necessidade de prévia autorização da Casa Legislativa⁹, o importante é perceber que há um significado difundido deste conceito e que ele sofre críticas, a fim de situarmos a discussão dos processos que analisaremos e compreendermos melhor a análise retórica que será feita.

3.2 A luta entre o Executivo e o Legislativo como a difundida causa histórica de nascimento, e como chegamos aos modelos inglês e francês destas categorias

As imunidades parlamentares, com o alcance atual, são uma criação recente, resultante na Europa da perda de poder das monarquias e ascensão dos parlamentos à condição de casas representantes do povo. Nos Estados Unidos, decorre da independência das colônias frente a um Poder Executivo que representava os interesses da Metrópole e fortalecimento das Câmaras Legislativas que já existiam quando o país ainda era um conjunto de colônias; nessas câmaras – sempre consideradas inferiores ao Executivo – os colonos deliberavam sobre assuntos de interesse local. Nos parágrafos seguintes, observaremos como elas são paulatinamente modificadas para atender às transformações sociais pelas quais passavam cada país.

No Reino Unido, o parlamento medieval se encontrava no ápice da hierarquia judicial¹⁰, e por esta razão seus atos não podiam ser revistos pelas instâncias hierarquicamente inferiores. Além disso, desde o Século XIII (antes da separação entre as Câmaras do Parlamento), estendiam-se aos parlamentares os privilégios concedidos aos conselheiros do rei, incluindo-se a proteção contra ações promovidas por particulares. Desta forma, os membros do parlamento respondiam por suas ações perante o rei, e suas imunidades eram consideradas uma extensão da imunidade real e uma concessão deste (GUÉRIN-BARGUES, 2011, p. 35-36).

No Século XVI, a Câmara dos Comuns inicia uma luta contra a realeza para aumentar sua independência, principalmente no que concerne à iniciativa legislativa e à liberdade de debates (GUÉRIN-BARGUES, 2011, p. 36-37). No

9 Simon WIGLEY (2003), ciente das críticas dirigidas às imunidades parlamentares, dentre as quais que elas servem primordialmente para proteger o detentor do mandato e que incentivam a corrupção (WIGLEY, 2003, p. 23-24), ainda assim defende sua existência e diz que elas são a melhor forma de resguardar o regime representativo e permitir que a população seja adequadamente representada.

10 Até 2005, a Câmara dos Lordes exercia a função de Corte Suprema do Reino Unido; já a Câmara dos Comuns, naquela época, era responsável por analisar petições de particulares, assumindo originariamente a responsabilidade por um “processo informal” (GUÉRIN-BARGUES, 2011, p. 34-35).

período que vai do início daquele Século até a proclamação do Bill of Rights (1689), há o registro de perseguições contra parlamentares e mesmo a dissolução do Parlamento (GUÉRIN-BARGUES, 2011, p. 36-39). A consagração expressa da freedom of speech (liberdade de discurso parlamentar) e da freedom from arrest (prerrogativa do parlamentar de não ser preso, durante o mandato, por dívidas e questões civis) no Bill of Rights atesta a transformação da natureza do Parlamento na Inglaterra: de um órgão jurisdicional decorrente do poder real e a este submisso, ele se torna o lugar de debates legislativos e de controle do Poder Executivo, cujas prerrogativas não mais decorrem do Rei, mas existem para proteger o parlamento frente ao Rei (GUÉRIN-BARGUES, 2011, p. 40).

Na França, temos uma situação semelhante à inglesa no que concerne à relação entre o que seria o futuro parlamento e o rei – embora a experiência francesa de empoderamento parlamentar tenha sido muito mais acentuada e célere que a inglesa. Os Estados Gerais (États Généraux) era a assembleia convocada pelo rei com representantes de diversos grupos sociais, a qual tinha atribuições consultivas e cujos membros eram considerados conselheiros reais, gozando de proteção física e processual limitada, sempre decorrente das prerrogativas da realeza.

Os representantes dos Estados Gerais (Nobreza, Clero e Terceiro Estado, composto de camponeses e artesãos) eram eleitos pela população que representavam¹¹, embora coubesse ao rei convocá-la e dissolvê-la quando achasse conveniente, e seus membros respondiam por seus atos diante do soberano (GUÉRIN-BARGUES, 2011, p. 24-25).

Convocados em 1789 pelo rei Luís XVI, em razão da crise financeira, econômica e social pela qual passava a França, os representantes do Terceiro Estado, em Junho de 1789, afirmando representar 96% da população francesa, junto com alguns membros da classe clerical, declaram-se Assembleia Nacional e decidem elaborar uma Constituição que limitasse os poderes do rei,

11 Nesse sentido, Sascha Hardt (2013, p. 136) afirma que as eleições para os Estados Gerais de 1789 eram, até certo ponto, razoavelmente democráticas. Conforme o autor, podiam votar homens ou mulheres com mais de 25 anos de idade, que estivessem inscritos nos registros de pagamento de impostos e com domicílio em algum dos distritos onde haveria votação. Obviamente, o requisito de pagar impostos excluía grande parte da população, mas ainda assim percebemos que os representantes convocados em 1789 possuíam algum grau de ligação com seus representados, o que fortaleceu o discurso de que ali estava o povo reunido e desembocou nos eventos da Revolução Francesa.

em nome do povo que ali estava reunido por meio de seus representantes eleitos¹².

Diante da contínua desobediência dos constituintes às ordens reais e das retaliações monárquicas às declarações da Assembleia, incluindo o envio de tropas para frente do palácio onde estavam reunidos, os constituintes votam que a pessoa dos Deputados, nos Estados Gerais, é inviolável, e não pode ser objeto de qualquer censura ou processo em razão de suas opiniões, palavras ou votos, podendo a Assembleia julgar e punir qualquer pessoa que atentasse contra estas imunidades (HARDT, 2013, p. 139-141). Aqui, temos a consagração da irresponsabilidade na França, dentro de uma circunstância extrema de perseguição e prisões.

Em 1790, a Assembleia decreta que os Deputados só podem ser presos em flagrante delito, que é possível receber queixas e acusações contra eles, mas que não pode o processo continuar antes que o corpo legislativo tenha decidido sobre as acusações (GUÉRIN-BARGUES, 2011, p. 98). É a formalização da inviolabilidade nos termos que foram incorporados no Brasil e que vigoraram na França até 1995.

O que podemos notar, nos dois casos acima, é que o parlamento, para poder aumentar seus poderes, precisava se afastar de qualquer subordinação ou associação que houvesse com o Poder Executivo, e para isso criou, em favor próprio e com apoio popular, imunidades que lhe protegiam principalmente da ação daquele Poder. Contudo, especialmente no que concerne a freedom from arrest, o precedente inglês é muito diferente do que o instituto representa hoje, porque só vedava as prisões civis, decorrentes de dívidas, não existindo proibição contra as prisões penais – decorrentes de crimes. Por esse motivo podemos afirmar, na esteira de Veronese (2006, p. 35), que, embora os franceses tenham sido inspirados pelas experiências parlamentares inglesa e dos Estados Unidos – cuja imunidade às prisões foi consagrada no art. 1º, Cláusula 1, Seção 6 da Constituição de 1787 –, as atuais garantias do Parlamento no contexto da Separação dos Poderes, e principalmente a atual abrangência da imunidade formal, são fruto da Constituição Francesa pós-revolucionária.

12 Disponível em: <<http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/histoire/histoire-de-l-assemblee-nationale>>. Acessado em: 14 nov. 2018

Já em relação à Constituição dos Estados Unidos, a freedom from arrest impede somente a prisão do Deputado ou Senador quando estiver em sessão numa das Casas ou quando estiver indo ou retornando da sessão – a não ser nos casos de traição, felony e atentado contra a paz¹³. Ou seja, é uma garantia infinitamente mais restrita do que a prevista na Constituição francesa.

Portanto, podemos dizer que na França ocorre a gênese das prerrogativas parlamentares como as conhecemos hoje. Elas nascem do embate de forças entre o Parlamento revolucionário – que se proclamava o representante do Povo e, por isso, o legítimo detentor do Poder – e o rei Luís XVI, que no espírito do absolutismo não admitia perder ou transferir poder para quem quer que fosse. A Assembleia Nacional saiu vencedora do embate, provocando um "deslocamento jurídico da soberania (só o sujeito soberano pode gozar de inviolabilidade absoluta, consequência de sua posição no sistema institucional), do absolutismo régio à Assembleia Nacional" (VERONESE, 2006, p. 37).

Porém, a gênese revolucionária e disruptiva destas categorias não aconteceu no Brasil. Assim como o nosso modelo federativo, as “prerrogativas parlamentares” foram importadas e “abrasileiradas” para servir a outros objetivos, conforme explicaremos no próximo tópico.

3.3 As imunidades na história constitucional brasileira: constantes transformações para atender os anseios do Poder Executivo

Após as considerações acima, referentes ao nascimento das garantias parlamentares, julgamos necessário dar uma breve notícia histórica sobre como estes institutos foram incorporados no Brasil, para que o leitor saiba como o texto constitucional e estas garantias foram modificados ao longo do tempo e chegaram ao formato atual. Este conhecimento servirá como amostra de que as imunidades parlamentares são mais uma dentre várias criações dogmáticas que existem para cumprir um propósito específico, e, quando as circunstâncias mudam, elas são retoricamente modificadas para atender às

13 Tradução livre do art. 1º, seção 6, §1º, da Constituição dos Estados Unidos da América: "The Senators and Representatives shall receive a Compensation for their Services, to be ascertained by Law, and paid out of the Treasury of the United States. They shall in all Cases, except Treason, Felony and Breach of the Peace, be privileged from Arrest during their Attendance at the Session of their respective Houses, and in going to and returning from the same; and for any Speech or Debate in either House, they shall not be questioned in any other Place."

novas exigências.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 consagrou as duas prerrogativas nos artigos 26 a 28¹⁴, seguindo a fórmula constitucional francesa. Porém, essas garantias chegavam a ser cômicas, já que se tratava de uma Constituição outorgada, na qual o Imperador detinha o Poder Moderador e podia nomear senadores, suspender magistrados e dissolver a Câmara dos Deputados; além disso, o voto era censitário, tornando virtualmente impossível aos opositores chegarem ao Poder Legislativo (VERONESE, 2006, p. 44). As imunidades brasileiras, no período imperial, estavam muito mais assemelhadas ao que representavam no período absolutista francês, porque tinham um caráter de concessão real e não de afirmação da independência do Poder Legislativo. As Constituições de 1891 e 1934, já no período republicano, mantiveram incólumes as garantias do Parlamento, embora na prática tenham sido violadas, com casos de prisões de parlamentares no recinto do Congresso Nacional (VERONESE, 2006, p. 45). Novamente, temos períodos da história brasileira de autoritarismo e hipertrofia do Executivo, e as garantias previstas na Constituição exercem uma função mais simbólica que efetiva no cotidiano do Parlamento.

A Constituição de 1937, resultante do golpe do Estado Novo, nos artigos 42 e 43¹⁵, modificou substancialmente os textos das Constituições anteriores no que concerne à imunidade material e, na prática, retirou qualquer proteção que poderiam ter os parlamentares. Ela traz no texto que as acusações por

14 Art. 26. Os Membros de cada uma das Câmaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funções.

Art. 27. Nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Câmara, menos em flagrante delicto de pena capital.

Art. 28. Se algum Senador, ou Deputado for pronunciado, o Juiz, suspendendo todo o ulterior procedimento, dará conta á sua respectiva Câmara, a qual decidirá, se o processo deva continuar, e o Membro ser, ou não suspenso no exercício das suas funções.

15 Art. 42 - Durante o prazo em que estiver funcionando o Parlamento, nenhum dos seus membros poderá ser preso ou processado criminalmente, sem licença da respectiva Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável.

Art. 43 - Só perante a sua respectiva Câmara responderão os membros do Parlamento nacional pelas opiniões e votos que, emitirem no exercício de suas funções; não estarão, porém, isentos da responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.

Parágrafo único - Em caso de manifestação contrária à existência ou independência da Nação ou incitamento à subversão violenta da ordem política ou social, pode qualquer das Câmaras, por maioria de votos, declarar vago o lugar do Deputado ou membro do Conselho Federal, autor da manifestação ou incitamento.

calúnia, infâmia e injúria são passíveis de investigação por conta de pronunciamentos dos parlamentares, o que significa esvaziar o conteúdo clássico da irresponsabilidade. Além disso, há o uso de termos excessivamente amplos – como “manifestação contrária à existência ou independência da Nação” – o que já demonstra a ausência completa de independência dos parlamentares. As Constituições de 1946 e 1967 voltaram à redação de 1934, garantindo as imunidades material e formal dos congressistas, até que sobreveio a Emenda Constitucional nº 1, de outubro de 1969, na prática outorgando uma nova Constituição e reduzindo as prerrogativas do Congresso Nacional no seu art. 32¹⁶.

Com o fim do regime militar e a abertura democrática, a Constituição Federal de 1988 voltou a ampliar as prerrogativas do Congresso Nacional, e o artigo 53 consagrou a imunidade material e a imunidade formal, além de trazer regras sobre o processamento de Deputados e Senadores:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente sem prévia licença de sua Casa.

§ 2º O indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato.

§ 3º No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

§ 4º Os Deputados e Senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

A previsão constitucional seguiu a tradição das outras constituições democráticas brasileiras e a tradição constitucional francesa, a qual só permitia o prosseguimento de processos penais contra parlamentares com a prévia licença da casa respectiva.

No entanto, o Congresso Nacional brasileiro raramente concedia as autorizações, e muitas vezes sequer colocava em pauta a solicitação de abertura de processo. Também por isso, e após várias discussões a respeito do alcance das imunidades e críticas à abrangência da imunidade processual,

16 Art. 32. Os deputados e senadores são invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional.

§ 1º Durante as sessões, e quando para elas se dirigirem ou delas regressarem, os deputados e senadores não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime comum ou perturbação da ordem pública.

foi publicada em 21/12/2001 a Emenda Constitucional nº 35/01, que modificou o regime das prerrogativas parlamentares. Eis a nova redação do art. 53 da CF:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

O novo texto constitucional trouxe diversas novidades, como expressar que a imunidade material abrange as esferas civil e criminal; retirar a necessidade de prévia licença da Casa para que fosse iniciado processo criminal contra congressista; e retirar a expressão "voto secreto" quanto à deliberação da Casa Legislativa sobre prisão em flagrante de parlamentar.

Com a mudança, o STF ganhou mais autonomia na condução dos processos, podendo dar prosseguimento às denúncias e persecuções penais contra membros do Congresso Nacional, com o dever de remeter à Casa Legislativa pertinente os autos do processo dentro de vinte e quatro horas. O Congresso, por seu turno, recebeu poderes para realizar um controle posterior sobre a persecução penal. Dessa forma, somente após a manifestação do STF é que o Legislativo pode suspender ou não o processo.

Os relatos acima denotam como o significado da "imunidade parlamentar" e seu alcance foram modificados ao longo do tempo, de acordo com os ventos da política brasileira. Em especial, destacamos que nos momentos de hipertrofia do Executivo – que são a esmagadora maioria do nosso período

republicano – estes institutos não possuíam eficácia prática, consistindo em previsões inócuas que não garantiam a “liberdade parlamentar” que supostamente deveriam proteger.

Por outro lado, em virtude do regramento constitucional vigente até 2001, não temos um corpo volumoso de decisões judiciais a respeito da inviolabilidade, e apenas recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se manifestado sobre o alcance e aplicação do Estatuto dos Congressistas. Nesse novo cenário, os processos que nos propomos a estudar se constituem importantes fontes para sabermos como a Corte Suprema encara a inviolabilidade e qual alcance lhe atribui.

Contudo, antes de prosseguirmos ao capítulo três, é forçoso discutir um pouco a respeito das medidas cautelares penais e a inviolabilidade.

3.4 As medidas cautelares penais e sua aplicabilidade: um debate ainda incipiente

Como vimos acima, a inviolabilidade é um instituto que remonta à Revolução Francesa, em fins do Século XVIII. Naquele momento histórico, sequer se cogitava em penas que não fossem a prisão, a morte ou o banimento.

No Brasil, as medidas cautelares penais diversas da prisão estão positivadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, e foram introduzidas por meio da Lei nº 12.403/11. Conforme Tourinho Filho (2012, p. 577), esta alteração legislativa foi inspirada nos ordenamentos francês, italiano e português; e muitas das medidas cautelares introduzidas já eram aplicadas nas hipóteses de suspensão condicional da pena ou do processo; algumas eram previstas no artigo 47 do Código Penal como penas restritivas de direitos.

Em virtude de sua recente introdução no direito brasileiro, a discussão de sua aplicabilidade contra congressistas (e parlamentares em geral) nunca foi um tema de amplo debate jurisprudencial, mormente porque, como dito alhures, até 2001 um processo penal contra membro do congresso necessitava de licença prévia da Casa respectiva – licença que nunca era concedida.

Deste modo, os ministros, nos dois processos a seguir, tiveram que argumentar sobre institutos recentemente introduzidos na legislação brasileira, sem muitos casos anteriores para guiá-los.

Após esse panorama sobre as garantias parlamentares, discorreremos

sobre os métodos interpretativos como as estratégias retóricas de persuasão e apresentação da decisão judicial.

4 OS MÉTODOS INTERPRETATIVOS COMO ESTRATÉGIAS RETÓRICAS

4.1 O papel estratégico e persuasivo da hermenêutica jurídica para o direito codificado da modernidade

Definir “hermenêutica” e “interpretação” não é uma tarefa simples. Contudo, é necessário discutir algo destas palavras, para que possamos delimitar o que entendemos neste trabalho por “métodos interpretativos” e “interpretação constitucional”.

Richard Palmer (1969, p. 7) distingue “objeto” e “obra”¹⁷ a partir de sua origem. Em uma obra, sempre haveria um elemento humano envolvido, uma criação humana; já o objeto pode ser algo “natural”, ou seja, que não foi produzido ou modificado pelo ser humano – embora a palavra “objeto” possa também significar “obra”. A partir dessa distinção, Palmer (1969, p. 7-8) atribui à hermenêutica a tarefa de “compreender”, “decifrar”, o sentido de uma obra. A hermenêutica seria então o estudo da compreensão, especialmente a compreensão de textos escritos¹⁸.

Indo às raízes da palavra – os termos gregos *hermeios*, *hermeneuein* e *hermeneia* – há uma relação direta com o mensageiro dos deuses, o deus Hermes, o qual tinha a tarefa de transmitir aos seres humanos mensagens que inicialmente estão fora de seu alcance (PALMER, 1969, p. 13). A atividade de “interpretar”, na antiguidade, pode ser tomada em três sentidos distintos: o primeiro como a atividade de falar, declamar ou, num sentido dramatúrgico e musical, de executar uma música ou dar vida a uma personagem; o segundo, como explicar (revelar o sentido); e o terceiro, como traduzir - tomar o texto escrito em um idioma e transmutá-lo a outro idioma (PALMER, 1969, p. 13). Em comum, todas estas acepções pretendem trazer ao alcance de outrem aquilo que inicialmente não lhe é acessível.

Na modernidade, a palavra tem ao menos seis definições diferentes, a partir da ênfase histórica que se proponha (PALMER, 1969, p. 33): 1. teoria da exegese bíblica; 2. metodologia filológica geral; 3. ciência relativa à compreensão linguística; 4. fundamento metodológico das “ciências do espírito”; 5. fenomenologia da existência e da compreensão existencial; 6.

17 “Object” e “work”, no original.

18 Hermeneutics is the study of understanding, specially the task of understanding texts (PALMER, 1969, P. 8).

sistemas de interpretação usados pelo homem para encontrar o sentido por trás dos mitos e símbolos. Nestas definições, temos em comum que todas se relacionam a fenômenos culturais ou sociais, produzidos pelo ser humano, o que demonstra a clássica distinção entre explicar – função que seria das ciências da natureza – e compreender – papel que caberia às ciências do espírito.

No direito, a preponderância do texto escrito é estreme de dúvidas. O jurista lida com textos, e a hermenêutica, entendida como o estudo do que está envolvido na exegese de um texto escrito – o “problema hermenêutico” (PALMER, 1969, p. 67) – é fundamental para o trabalho jurídico.

Porém, a discussão sobre a atribuição de um significado envolve a experiência do intérprete com a linguagem e os signos que interpreta. Toda cultura e sociedade têm seus códigos, e a hermenêutica tem a tarefa de decifrá-los (SALDANHA, 2003, p. 220). A partir do possível papel delimitador de sentidos da linguagem normativa, podemos citar três correntes de pensamento acerca do papel que a interpretação exerce para o conhecimento de um texto: as teorias cognitivistas; as teorias céticas; e as teorias intermediárias.

Conforme Just (2014, p. 64), as teorias cognitivistas consideram que os predicados “verdadeiro” e “falso” são aplicáveis à interpretação, ou seja, haveria interpretações “certas” e “erradas”. Linguisticamente, pressupõe-se que as palavras podem delimitar os sentidos possíveis ao intérprete, que tem o dever de achar o sentido correto para as normas jurídicas.

Já as teorias céticas não admitem que haja interpretações “certas” e “erradas”, porque a linguagem natural não permite esse tipo de certeza. Para os teóricos que adotam este viés, pressupõe-se um “pessimismo linguístico”, caracterizado pela descrença nas capacidades vinculatórias da linguagem. Por isso, o intérprete seria livre para dar ao texto o sentido que quisesse.

Por fim, há ainda correntes intermediárias, que advogam pela controlabilidade racional das decisões para determinados casos (os casos fáceis) e a abertura de possibilidades para os casos difíceis. Linguisticamente, aqueles que aderem a este pensamento não são nem pessimistas e nem otimistas quanto à linguagem; ficam num meio-termo entre as duas concepções.

No entanto, para uma dissertação que toma a retórica analítica como pedra angular, a prescrição de métodos “certos” para se chegar à interpretação “correta” não passa de mais uma estratégia de convencimento, a qual lança mão de uma linguagem metafórica para tentar descrever a realidade (PARINI, 2013, p. 84). Neste sentido, os métodos interpretativos se constituem importantes ferramentas de justificação para a interpretação dada a um texto legal. András Jakab (2013, p. 1227), citando Wróblewski, chega a afirmar que “os métodos interpretativos são normas: normas sobre como as normas devem ser interpretadas.”

Neste trabalho, adotaremos uma visão funcional da hermenêutica jurídica, nos moldes descritos por Ferraz Jr. (2003, p. 308-309). Para este autor, a hermenêutica jurídica é uma ferramenta de que se utiliza a dogmática jurídica para resolver os conflitos da maneira menos perturbadora possível para a sociedade. Ela se transforma numa estratégia para controle das consequências futuras que advirão da decisão, não se constituindo sua preocupação primordial a “correção” dos resultados a que chega.

Nesse sentido, o uso dos métodos interpretativos é mais uma dentre as estratégias possíveis para convencimento acerca da aceitabilidade da decisão jurídica, operando como modo de neutralizar os conflitos e tensões sociais. Neste trabalho, pretendemos encarar os métodos interpretativos como uma estratégia de persuasão, não nos atendo ao (importante) debate sobre a natureza da interpretação e se os julgadores, nos casos em análise, fizeram “boas” ou “más” interpretações.

Também precisamos lembrar que nesta dissertação, como dito em outro momento, não traçamos diferença entre “teorias da argumentação” e “teorias da interpretação”, visto que ambas são estratégias retóricas de convencimento e persuasão. Conforme Parini (2013, p. 88), de um ponto de vista retórico estes dois modelos de racionalidade jurídica seriam próximos à forma de produção de metáforas, com uma “crença” que se coloca entre “conhecimento” e “ilusão”. Assim, não há uma diferença substancial entre estas duas tradições de teorias jurídicas, mas muitos pontos de convergência, os quais ficarão mais evidentes quando falarmos sobre os métodos interpretativos pós-positivistas.

Como meio de facilitar o estudo, adotaremos como marco a proposta de

Gustavo Just (2016) de dividir os métodos interpretativos em três grandes grupos: 1. brocardos jurídicos; 2. métodos clássicos; 3. métodos pós-positivistas. Esta divisão é útil porque coloca em destaque as condições históricas específicas e os pressupostos jurídicos e epistemológicos que desembocaram nos diversos métodos de interpretação.

4.2 Brocardos jurídicos: a incorporação dos topoi no direito

Se pudéssemos definir os brocardos em uma palavra, ela seria “tradição”. Um brocardo jurídico é uma expressão ou frase – geralmente em latim – que serve para fundamentar um argumento. Eles não expressam raciocínios complexos, e podem ter uso para duas partes antagônicas numa discussão.

Os brocardos jurídicos são as formas de interpretar mais antigas. A origem do nome se deu no início do Século XI, quando Bucardo, o Bispo de Worms, organizou uma coleção de cânones que adquiriram grande autoridade e foram impressos em Colônia, em 1548, e em Paris, em 1550 (MAXIMILIANO, 2006, p. 195). Eram conhecidos como *decretum burchardi*, sendo chamados, na prática, como bucardos.

Com o passar do tempo, bucardos tornou-se brocardos, e passou a significar as máximas, preceitos gerais e aforismos extraídos de escritos de intérpretes e da jurisprudência. Os brocardos, na asserção de Maximiliano (2006, p. 197), podem ser entendidos da seguinte maneira:

Assim como os provérbios resumem a sabedoria popular, são os brocardos um elemento importante da tradição jurídica. Não têm força obrigatória; porém guiam, orientam o hermeneuta.

Ou seja: os brocardos seriam “sabedoria jurídica”, adquirida ao longo do tempo, e particularmente do direito romano, expressa de forma sucinta e didática. Como dissemos no capítulo 2, o direito romano era essencialmente indutivo, com regras gerais sendo extraídas de casos particulares, e não o oposto, como acontece nos países que adotam codificações.

Ao contrário dos métodos clássicos e pós-positivistas, não há uma lista taxativa de quais os brocardos jurídicos existentes, e nem seu idealizador ou criador. Podemos citar alguns, bastante conhecidos, como *in claris cessat interpretatio*¹⁹; *ubi eadem ratio, ibe eadem jus*²⁰; *nemo potest venire contra*

19 Na clareza cessa a interpretação.

20 Onde a mesma razão, o mesmo direito.

*factum proprium*²¹, dentre outros.

Os brocardos podem ser identificados, inclusive, como tópicos – ou seja, premissas pontuais de raciocínios casuísticos. Os brocardos podem ser considerados a aplicação da tópica no Direito.

A retomada dos brocardos/tópicos como raciocínios interpretativos válidos surge no contexto pós Segunda Guerra Mundial. As consequências nefastas do conflito fizeram com que houvesse uma reação anti-formalista na teoria jurídica, mas dessa vez organizada em torno de uma concepção axiológica da práxis jurisdicional – isto é, o intérprete deve introduzir valorações na sua decisão e pode criar o direito (JUST, 2014, p. 78). Se antes a decisão justa era aquela que aplicava a lei - ou o pensamento do legislador - agora os juristas afirmavam que os magistrados não deveriam se ater somente à letra; é preciso pensar a solução justa para cada problema, ainda que não necessariamente decorrente da legislação.

Na Alemanha, surge neste contexto a teoria tópico-retórica de Viehweg, com uma epistemologia de orientação anti-formalista, que se traduz no abandono da pretensão de se fundar uma ciência jurídica conforme ao paradigma lógico-empírico (JUST, 2014, p. 78).

Conforme explica Perelman (1998, p. 119), a utilização dos brocardos surge nessa situação como máximas representativas do ponto-de-vista da tradição que fornecem argumentos para a nova metodologia, possibilitando agregar valores sem retirar a fidelidade ao sistema.

O uso dos brocardos (ou tópicos) sofre críticas daqueles que defendem uma sistematicidade maior do Direito, porque numa argumentação sempre seria possível às partes invocar um brocardo a seu favor (PERELMAN, 1998, p. 129-130). Contudo, a essa objeção o autor belga responde que os tópicos jurídicos permitem elaborar uma metodologia jurídica inspirada na prática, possibilitando ao juiz conciliar os valores da razão e da justiça.

Os brocardos jurídicos são as técnicas interpretativas que mais assumem o seu caráter retórico, porque não se pretendem sistemáticos e ressurgem com a retomada do pensamento problemático no Direito. As críticas que lhes são dirigidas tem como base sua falta de sistematicidade – o que só é negativo

21 Ninguém pode comportar-se contra seus próprios atos.

quando se pretende que o direito é uma ciência nos moldes cartesianos, o que não é o pressuposto da abordagem retórica do direito.

4.3 Métodos clássicos: os meios adequados para se chegar à pretensa vontade da lei ou do legislador

Os métodos clássicos da interpretação são aqueles inicialmente catalogados por Savigny, conforme expõe Karl Larenz (1997, p. 16), o qual colocava como os quatro elementos da interpretação o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático. A metodologia clássica da interpretação é decorrente principalmente das experiências jurídicas francesa e alemã, as quais nos delegaram formas de abordar os textos legais que são muito presentes em nosso raciocínio interpretativo.

A tradição jurídica alemã, da qual faz parte Savigny, trabalhava com o direito romano, ou seja, um conjunto de textos antigos e em um idioma diferente, os quais exigiam um trabalho árduo de filologia para que pudessem regular o cotidiano alemão do Século XIX. Portanto, para o jurista alemão a aplicação da lei nunca foi um trabalho simples, e nunca houve a pretensão de que estes textos fossem claros e perfeitamente compreensíveis para qualquer pessoa. Daí que são incorporados os métodos interpretativos referentes à interpretação bíblica e à interpretação dos textos clássicos (MEDINA, 2011, p. 156).

A experiência jurídica alemã é muito diversa da francesa. Na França, os operadores do direito trabalhavam com uma legislação nova, no próprio vernáculo e editada sob o novo regime. À teoria jurídica francesa subjaz um otimismo linguístico que afirma a linguagem da lei como clara, simples e perfeitamente compreensível (MEDINA, 2011, p. 156). É daí que nasce a famosa “Escola da Exegese”, cujo um dos axiomas é que a lei não necessita de interpretação, e aos juízes cumpre a função de somente aplicá-la. Além disso, pressupõe-se que os códigos abarcam todas as situações relevantes, e por isso o aplicador sequer necessitaria suprir lacunas legais.

Estas duas tradições permanecem muito fortes no pensamento jurídico ocidental, e embora haja autores que propõem a existência de cinco e até seis métodos clássicos (KRELL, 2014, p. 303), e outros, como Luis Alberto Warat (1994, p. 65 e ss.), que associam vários métodos interpretativos a diversas

escolas jurídicas surgidas em sua maioria na Europa²², é ponto pacífico que as interpretações gramatical, sistemática, teleológica e histórica são as componentes dos métodos interpretativos clássicos.

Os métodos clássicos têm em comum considerar que a interpretação é ato de conhecimento do juiz, o qual apenas vai expor a vontade da lei ou do legislador naquele caso concreto. Eles figuram no “senso comum teórico dos juristas” como técnicas rigorosas que permitem alcançar o conhecimento científico do direito positivo (WARAT, 1994, p. 65). Seu pressuposto é que a norma jurídica está contida no texto legislativo; ela só precisa ser descoberta. Conforme expõe Larenz (1997, p. 10-11), Savigny deixou claro que os métodos por ele propostos serviam para reconduzir o intérprete à vontade do legislador; reconstruir o pensamento que é expresso na lei, nunca para criar uma nova regra.

No entanto, conforme o próprio Savigny, no que é seguido por juristas posteriores, não há uma precedência lógica ou valorativa de um dos métodos sobre os demais. Nenhum deles é uma fórmula infalível para estabelecer o sentido das leis, e daí decorre que o preponderante é a vontade do intérprete, é a escolha metodológica que ele faz (BONAVIDES, 2009, p. 457-458). Desta maneira, podemos vislumbrar que, apesar da intenção de criar amarras à atividade interpretativa, os métodos clássicos já nasceram com um espaço discricionário considerável.

A interpretação gramatical parte do sentido comum das palavras, o significado de um termo ou uma cadeia de palavras no uso linguístico geral (LARENZ, 1997, p. 450-451). Karl Larenz (1997, p. 451) afirma que a interpretação literal possui arrimo na ideia de que “aquele que quer dizer algo usa as palavras no sentido em que geralmente são compreendidas”. Deste modo, “a letra da lei (interpretação literal ou gramatical) é, necessariamente, o ponto de partida do trabalho jurídico, justamente porque o texto legal transporta as prescrições vinculantes para o seu aplicador” (KRELL, 2014, p. 303).

22 Este autor elenca alguns métodos que não são corriqueiros na literatura sobre o tema, como o “método científico” associado à “Escola da Livre Investigação Científica” de François Gény; o “método sociológico” associado ao sociologismo jurídico de Léon Duguit; o método da “Escola do Direito Livre” de Kantorowicz e Erlich; há ainda o método da “escola egológica”, associada ao argentino Carlos Cossio. É interessante perceber que Warat chama de “métodos interpretativos” ao que nós percebemos como autores e escolas de pensamento sobre o direito – os quais não estavam primordialmente interessados em criar metodologias interpretativas, mas em explicar o fenômeno jurídico e descobrir formas de estudá-lo.

A interpretação gramatical se apega a critérios sintáticos e lógicos da linguagem, buscando o significado dos textos por meio de sinonímias e da etimologia, isto é, utilizando os sinônimos e origens das palavras que estão escritas para chegar ao sentido delas, a exemplo do modo como os glosadores interpretavam a Bíblia (WARAT, 1994, p. 66-67). Com a progressiva especialização da linguagem científica, a interpretação gramatical supõe também qual o uso acadêmico das palavras, qual o seu sentido dentro de uma área do conhecimento (WARAT, 1994, p. 67).

As críticas a este método interpretativo partem de diversos pressupostos. O primeiro deles, de cunho axiológico, é que aplicar o que está escrito na lei pode ser uma carta branca para a maioria esmagar as minorias através de meios “democráticos”. Nesse sentido, Dimoulis (2011, p. 214) hiperbolicamente chega a dizer que a alcunha de “formalista” é dada ao aplicador do direito que se preocupa com as formalidades e não dá atenção à verdade, à justiça e aos demais valores que deveriam nortear a aplicação do direito.

Outra crítica, esta de caráter linguístico, pressupõe a dificuldade de encontrar um sentido “literal” indiscutível e infenso a dúvidas, porque os significados estão em constante transformação e mutação; como consequência, quanto mais antigo o texto, mais difícil será interpretá-lo literalmente.

Na interpretação sistemática, o jurista, ao interpretar determinado dispositivo, deve fazê-lo de modo harmônico com as demais regras do sistema. Como expressa Carlos Maximiliano (2006, p. 38): “o jurisconsulto serve-se do conjunto das disposições no sentido de construir, com os materiais esparsos em centenas de artigos, um todo orgânico, metódico.” Portanto, é a procura pela consistência (ausência de contradições) e coerência (estrutura interna de referência) no ordenamento, a fim de satisfazer o ideal de racionalidade da Modernidade (KRELL, 2014, p. 305).

Luís Roberto Barroso (2001, p. 135), diz que não é possível compreender integralmente uma coisa sem entender suas partes. Do mesmo modo, a interpretação - legal ou constitucional - será incompleta, se não levar em conta o contexto, no sistema jurídico, em que aquela regra está inserida.

Como crítica, podemos dizer que o ordenamento jurídico (brasileiro, ao menos) é composto de milhares de regras, distribuídas em dezenas de códigos

e centenas de legislações. Deste modo, a própria seleção do que seria o “sistema jurídico” a ser considerado numa interpretação sistemática já não é racionalmente controlável; além disso, harmonizar uma regra jurídica com uma quantidade tão grande de regras – às vezes contraditórias entre si – é uma tarefa possível apenas retoricamente.

O método histórico, como sugere o nome, preconiza uma busca, por parte do intérprete, da gênese histórica de determinada regra, conceito ou instituto. Esse esforço, nos dizeres de Barroso (2001, p. 131), pode incluir não só a revelação das intenções do legislador histórico como também qual seria a sua vontade se ele estivesse ciente dos fatos e ideias contemporâneos. O hermeneuta irá inquirir quais as ideias dominantes, os princípios diretores, o estado do Direito, os usos e costumes em voga, enfim, o espírito jurídico reinante na época em que foi elaborada a norma (MAXIMILIANO, 2006, p. 113).

A este método subjaz a ideia de que os costumes e a história de um povo devem ser usados para se interpretar os textos jurídicos. Cumpre lembrar, na esteira de Warat (1994, p. 70-71), que a Alemanha na qual Savigny viveu não possuía uma codificação unificada – a exemplo da França – e sequer era uma nação unificada; as fontes do direito eram os textos do direito romano e os costumes germânicos, aqueles muito antigos e em latim e estes dispersos e sem fontes escritas. Daí porque se criar um método baseado na história e no “espírito” do povo.

Ao ser transplantado para outras culturas, cujos textos legais estavam codificados e não são antigos (caso da França com seu Código Civil, por exemplo), a vontade do legislador histórico pode ser aferida recorrendo-se aos precedentes legislativos, aos trabalhos preparatórios (BARROSO, 2001, p. 131), aos projetos de lei e respectivas exposições de motivos, mensagens enviadas do Executivo para o Legislativo (MAXIMILIANO, 2006, p. 115), enfim, todos os trâmites que envolveram a elaboração e aprovação do diploma legal.

“Interpretação teleológica quer dizer interpretação de acordo com os fins cognoscíveis e as ideias fundamentais de uma regulação” (LARENZ, 1997, p. 468). Aqui, o intérprete busca o fim “desejado” pela norma - uma metáfora para ver outros sentidos à linguagem expressa no texto.

A busca por uma finalidade das normas jurídicas foi uma maneira de

introduzir a avaliação das consequências sociais da decisão, rompendo com o formalismo e a logicidade dominantes na teoria da interpretação do direito. A ideia por trás desta metodologia, nos dizeres de Warat (1994, p. 82), é que “no campo do direito o conceito de fim substitui o de valor. Aspira, assim, a captar o direito em sua atividade funcional. A regra jurídica não é causal, mas cumpre uma finalidade, que justifica seu nascimento e sua existência.” Porém, o fim da norma jurídica não é constante, porque o sistema de hermenêutica corresponde às ideias vitoriosas a respeito da concepção do próprio Direito (MAXIMILIANO, 2006, p. 125).

Apresentados os quatro principais métodos clássicos da interpretação, é possível constatar inúmeros espaços em que o intérprete decide da maneira que deseja, não havendo amarras apertadas à sua atividade criativa. Embora estes métodos tenham sido criados com o intuito de colocar o julgador “na rédea curta”, este objetivo não é faticamente possível, embora se mantenha até hoje o discurso da vinculação do juiz às normas.

Seguindo a exposição, passaremos a debater sobre os métodos pós-positivistas da interpretação.

4.4 Métodos pós-positivistas: a retórica da supremacia constitucional

4.4.1 A readmissão da discricionariedade à atividade decisória como força motriz dessas metodologias

Os métodos pós-positivistas da interpretação estão alicerçados em dois fundamentos: a tentativa de controlar a “recém-descoberta” (ou recém-admitida) discricionariedade do juiz e a elevação da Constituição ao patamar de norma principal e fundamental de todo o ordenamento jurídico, da qual decorre o surgimento da “jurisdição constitucional”.

Um dado importante para compreender os métodos pós-positivistas da interpretação é a mudança de perspectiva, na teoria e prática do direito, acerca da linguagem e seu papel. Se, no início da modernidade, apregoava-se que o código abarcaria todo o direito e que qualquer um, ao lê-lo, poderia interpretá-lo, Kelsen, no Século XX, em sua Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1998, p. 246), vai nos dizer:

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução

que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer.

Como se vê, o jurista do Século XX percebeu que o direito é indeterminado, e que o aplicador possui espaço discricionário para impor sua vontade. No entanto, a forma como se lida com este poder discricionário é, conforme Alexandre Travessoni (2011, p. 322-323), a marca distintiva do Pós-Positivismo em relação ao Positivismo jurídico. Afirma este autor que a discricionariedade já havia sido constatada pelos positivistas (como Kelsen e Hart), mas seu controle não foi estudado a fundo por eles. Dessa forma, o pós-positivismo, por meio de suas diversas correntes, procura trazer os princípios para o centro da teoria da interpretação, com o fim de resolver o problema do poder discricionário do juiz.

Por outro lado, ainda em relação às transformações profundas que o direito passou em meados do Século XX, o progressivo aumento da rigidez constitucional, a fim de confirmar a supremacia formal da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, correspondeu às expectativas de tornar tal documento um instrumento de limitação jurídica do exercício do Poder, de transformação da realidade social e de contrapeso à instabilidade da atividade de produção normativa, legal e regulamentar, da sociedade industrial. Concomitantemente, houve uma ampliação do conteúdo da Constituição, que passou a abarcar matérias outrora reservadas a outros ramos do direito (JUST, 2014, p. 43).

A “jurisdição constitucional”, podemos dizer, surge então a partir da necessidade de atribuir a algum órgão a responsabilidade de otimizar o controle de constitucionalidade das leis, corolário da rigidez e da nova dimensão que a Constituição adquire no Pós-Guerras do Século XX. O crescimento do papel da Constituição, com o respectivo desenvolvimento do controle de constitucionalidade das normas, expôs a necessidade de novas reflexões sobre metodologia e interpretação (JUST, 2014, p. 43-44). É neste contexto que surgem propostas de metodologias específicas para a interpretação constitucional, havendo uma diferença entre os “princípios da interpretação constitucional” e os “métodos de interpretação constitucional”.

Além disso, cabe destacar que os cânones clássicos da interpretação

foram concebidos sob forte influência da tradição jurídica romana, a qual associava o “direito” ao “direito civil”, com algumas poucas referências a noções políticas como *imperium* e *auctoritas* (SALDANHA, 2005, p. 46-47). O constitucionalismo coloca a política no centro do debate jurídico prático e acadêmico, mudança profunda e estrutural que provoca a necessidade de repensar a metodologia interpretativa empregada no direito.

A seguir, faremos uma exposição dos princípios da interpretação constitucional e teceremos algumas críticas a eles, na esteira de Virgílio Afonso da Silva (2005); logo em seguida, voltaremos nossa atenção aos métodos de interpretação constitucional, em especial a teoria dos princípios.

4.4.2 Os princípios da interpretação constitucional: uma novidade ou uma releitura dos cânones clássicos da interpretação?

Paulo Gonet Branco e Gilmar Mendes (2012, p. 106) explicam que Konrad Hesse, juiz do Tribunal Constitucional Alemão, propôs alguns princípios que deveriam nortear a interpretação constitucional, quais sejam: a) unidade da Constituição; b) concordância prática; c) correção funcional; d) eficácia integradora; e e) força normativa da Constituição. Inocêncio Mártires Coelho (2012, p. 361), na esteira de Canotilho, acrescenta ainda o princípio da Máxima Efetividade da Constituição.

Aqui, seguindo a crítica de Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 118-121), podemos destacar que estes princípios são uma importação brasileira de uma teoria que sequer é difundida na Alemanha. Os princípios da interpretação constitucional de Hesse não são aplicados corriqueiramente no seu país de origem, porém foram incorporados no Brasil de maneira ampla e até mesmo acrítica. Contudo, como eles são usados no Judiciário brasileiro, devemos levá-los em consideração e debatê-los, além de formular críticas e apontamentos.

Segundo o princípio da unidade da Constituição, as normas constitucionais não podem ser compreendidas isoladamente, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, instituído pela própria Constituição (COELHO, 2012, p. 364). Deste modo, ao atribuir sentido a um dispositivo constitucional, o intérprete deve levar em conta o arcabouço principiológico e normativo da Constituição. Nas palavras de Gonet Branco (2012, p. 106): “Esse princípio concita o intérprete a encontrar soluções que harmonizem tensões existentes entre as várias normas constitucionais,

considerando a Constituição como um todo unitário.”

Após ler a definição deste princípio, é natural que surja a seguinte pergunta: qual a diferença entre ele e o método sistemático de interpretação das leis? A resposta é que não existe diferença. A interpretação sistemática prevê que o intérprete leve em conta todo o sistema de leis em que está inserido o dispositivo; o princípio da Unidade da Constituição determina o mesmo procedimento, só que dirigido às regras constitucionais.

Essa “glamourização terminológica” pode ser atribuída à necessidade que o constitucionalismo brasileiro tinha (ou tem) de afirmar a interpretação constitucional como uma atividade “diferenciada” em relação à interpretação da lei. Deste modo, ainda que o procedimento seja o mesmo, o nome precisa ser diferente.

Quanto à máxima efetividade da Constituição, Canotilho (1993, p. 227) o formula da seguinte maneira: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o significado que maior eficácia lhe dê”. Este princípio, na ótica de Gonet Branco (2012, p. 201), veio positivado no art. 5º, § 1º, da Constituição, que assim dispõe:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Conforme este princípio, as normas constitucionais não podem ser apenas promessas inconsequentes: elas precisam ser aplicadas, e da forma que lhes dê a maior efetividade possível.

Além de ser muito difícil definir o que seria “um significado que dê a maior eficácia”, este princípio foi pensado primeiramente para as normas programáticas da Constituição, e depois foi estendido para as demais disposições (SILVA, 2005, p. 131), o que traz problemas práticos, porque as normas programáticas exigem que o Estado aja; porém, diversas regras constitucionais são “negativas”, ou seja, determinam que o Estado “não se intrometa”. Então, exigir “máxima efetividade” de uma e de outra não é tarefa idêntica. Também é de se estranhar que exista um princípio constitucional que afirme a necessidade de dar eficácia à Constituição: tal necessidade parece uma obviedade.

A força normativa da Constituição propõe que se dê prevalência aos pontos de vista que tornem a norma constitucional mais próxima do momento

histórico em que é aplicada, garantindo-lhe interesse atual (BRANCO, 2012, p. 201). Esta medida garantiria a máxima eficácia da Constituição frente a determinado caso concreto.

Este princípio é muito semelhante ao da “máxima efetividade”, porque tem como alvo destacar a Constituição sobre as demais regras do sistema. Por outro lado, estabelecer que a Constituição deve ser interpretada de uma maneira que lhe aproxime do momento histórico em que é aplicada soa desnecessário, porque a aplicação de uma disposição (legal ou constitucional) sempre está situada no tempo e no espaço.

O princípio da correção funcional prescreve que não se deturpe, por meio da interpretação, o sistema de repartição de funções entre os órgãos e pessoas designados pela Constituição. Mártires Coelho (2012, p. 668) entende que este princípio tem relevo no controle de constitucionalidade das leis, porque nesses casos há uma tensão entre o Poder Legislativo e o Judiciário, e é necessário que sejam respeitadas as competências constitucionais de cada um; da mesma forma, este critério se mostra muito útil nos conflitos entre Judiciário e Executivo.

Virgílio Afonso da Silva, no seu artigo publicado em 2005 (p. 128-130), teceu duras críticas a este princípio, afirmando que era um instrumento de manutenção de uma Separação de Poderes arcaica, remontante à Revolução Francesa, e que impedia uma atuação mais ativa do Judiciário, principalmente em questões políticas. Segundo este autor, este princípio foi pensado para conter o chamado “ativismo judicial”.

Entendemos que esta crítica, no contexto brasileiro atual, não mais possui lastro de sustentação. O STF assumiu um papel de protagonismo nas questões políticas do país, podendo até surgir uma crítica em sentido contrário, de que absolutamente tudo passa pelo Supremo – desde decidir quando começa a vida até como é composta a base de cálculo do ICMS. Assim, o princípio da correção funcional perdeu sua força de vetor interpretativo da Constituição, ao menos hodiernamente no contexto do Judiciário brasileiro.

O princípio da concordância prática recomenda que, quando a interpretação de duas normas constitucionais se entrechocar, haja um entendimento que leve a um ponto de ajuste entre ambas (BRANCO, 2012, p. 107). No entanto, é interessante a observação que faz Mártires Coelho (2012, p.

665):

essa conciliação, no entanto, é puramente formal ou principiológica, pois nas demandas reais só um dos contendores terá acolhida, por inteiro ou em grande parte, a sua pretensão, restando ao outro conformar-se com a decisão que lhe for adversa, porque esse é o desfecho de qualquer disputa em que - diferentemente do que acontece nas demandas que admitem transação - os desavindos não conseguem construir soluções negociadas.

Além da crítica acima, o princípio da concordância prática não prevê um modo de operacionalizar sua exigência, isto é, não traz um mecanismo procedimental de ajuste entre normas constitucionais; nesse sentido, embora seja semelhante ao sopesamento proposto por Alexy, a teoria deste é mais detalhada na maneira como os fins que almeja serão alcançados (SILVA, 2005, p. 127-128).

O princípio da eficácia integradora, por sua vez, orienta o aplicador a dar preferência às interpretações que provoquem maior integração social e unidade política, sob a tese de que a Constituição precisa produzir e manter a coesão sociopolítica, como condição de viabilidade do sistema jurídico (COELHO, 2012, p. 670).

Como crítica, pode-se dizer que este princípio já está contido no da “unidade da Constituição” e da “força normativa da Constituição”, visto que ambos enfatizam que se empreste força às disposições constitucionais e que a Constituição seja tratada como um todo unitário (SILVA, 2005, p. 130).

Como vimos acima, os princípios da interpretação constitucional podem ser objeto de muitas críticas, mas não é possível ignorá-los, mormente pela importância prática que possuem no constitucionalismo brasileiro.

A seguir, daremos ênfase aos chamados “métodos de interpretação constitucional”, também muito relevantes na jurisdição constitucional brasileira, com destaque para a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, e teceremos algumas críticas a seu uso no Brasil.

4.4.3 Os métodos de interpretação constitucional: da Alemanha para o Brasil

A teoria dos princípios desenvolvida por Dworkin e Alexy (embora estejamos cientes de que não são a mesma teoria, aqui estamos admitindo a tese de que, no Brasil, essas propostas são tratadas como um todo unitário) ganhou relevância extraordinária no Brasil. Como é uma metodologia de aplicação recorrente nos tribunais brasileiros, compete-nos tratar sobre ela.

A teoria dos princípios de Dworkin começa, conforme seu próprio autor, onde Hart parou, isto é, analisando os casos difíceis, em que o raciocínio jurídico não recorre a regras, mas a “princípios, políticas e outros tipos de padrões” (DWORKIN, 2002, p. 35-36). Dworkin (2002, p. 71) afirma que os princípios são padrões jurídicos que limitam a discricionariedade do juiz.

Segundo ele, a diferença entre esses dois tipos de preceitos jurídicos é de natureza lógica. As regras são aplicadas no padrão “tudo ou nada”; já os princípios teriam as seguintes características: 1. não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas; eles são vetores que direcionam o argumento em determinado sentido, mas ainda necessitam de uma decisão particular para serem completos; 2. têm uma dimensão de peso ou importância. Quando mais de um princípio é invocado para o caso, e eles apontam para direções opostas, é necessário que o julgador leve em conta o peso relativo de cada um (DWORKIN, 2002, p. 39-43).

Alexy, por seu turno, define princípios como mandamentos de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (ALEXY, 2008, p. 90). Já as regras são mandamentos definitivos que são completamente satisfeitos no caso concreto ou deixam de ser aplicados; as regras contêm determinações daquilo que é fática e juridicamente possível (ALEXY, 2008, p. 91).

Para resolver um conflito entre regras, Alexy entende que somente duas soluções são possíveis:

1. Introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras. Exemplo: "REGRA 1": as mulheres não podem usar o banheiro masculino; "REGRA 2": neste prédio, apenas o banheiro masculino está disponível. Para conciliar essas situações, a solução é incluir uma exceção na "regra 1": quando o banheiro feminino não estiver disponível, as mulheres poderão utilizar o banheiro masculino.

A outra solução é declarar uma das regras inválida, visto que a validade jurídica, conforme Alexy, não é graduável. Os critérios para decidir sobre a validade jurídica variam de acordo com o Ordenamento Jurídico, mas há alguns critérios como: direito especial derroga direito geral; direito novo derroga direito antigo.

Por outro lado, os conflitos entre princípios não se dão no plano da validade. Quando dois (ou mais) princípios levam a consequências jurídicas opostas entre si, o julgador precisa avaliar o peso de cada um deles no caso concreto (ALEXY, 2008, p. 94).

No caso de colisão de princípios, o Tribunal precisa definir quais as consequências jurídicas que eles acarretam; após, é preciso declarar o peso que cada princípio possui; esse peso pode ser relativo ao caso concreto, ou pode ser absoluto, ou seja, em qualquer situação o princípio “x” prevalecerá sobre o princípio “y”.

Alexy explica que, para declaração do peso do princípio, o Tribunal alemão esclarece as premissas fáticas em que o princípio “x” prevalecerá sobre o “y”, criando assim uma regra de colisão, a qual deverá ser aplicada em casos semelhantes. A definição da preferência de um princípio sobre outro constitui uma regra (ALEXY, 2008, p. 98-99).

A máxima da proporcionalidade e suas componentes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), segundo Alexy (2008, p. 117), são aplicáveis aos princípios por sua própria natureza, em razão desses serem mandados de otimização.

A proporcionalidade em sentido estrito decorre da relativização dos princípios em face das possibilidades jurídicas. Quando um princípio colide com outro, a possibilidade jurídica para consecução daquele depende das limitações que este impõe. A proporcionalidade em sentido estrito exigirá um sopesamento nos termos da lei de colisão.

A necessidade e a adequação decorrem das possibilidades fáticas de consecução do princípio (ALEXY, 2008, p. 118).

A necessidade determina que, diante de várias possibilidades fáticas para consecução de um princípio, deve ser escolhida aquela que afete menos (ou não afete) outros princípios ou direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 119).

A adequação exige que se avalie se aquela possibilidade realiza o mandamento determinado pelo princípio; se ela não o realiza, então não é adequada (ALEXY, 2008, p. 120).

Nas descrições acima, podemos perceber que o intuito inicial da introdução de princípios como bases para decisões judiciais era coibir o

voluntarismo e o personalismo na decisão.

Além disso, o modelo de Alexy pressupõe que o sopesamento de princípios seja realizado por meio da criação de uma regra de colisão, com minúcias dos motivos para, naquele determinado caso, o princípio “x” se sobrepor ao princípio “y”.

A aplicação da teoria dos princípios no Brasil não se assemelha à sua origem alemã e inglesa, e vem sendo alvo de muitas críticas doutrinárias. Cláudio Michelon (2011, p. 261-262), por exemplo, diz o seguinte:

a expressão 'princípio jurídico' tem tido uma presença frequente em decisões judiciais e na doutrina brasileira. [...] Ironicamente, um conceito que foi originalmente elaborado como uma forma de estabelecer critérios de racionalidade que limitam a discricionariedade judicial é mais comumente associado no Brasil a um instrumento que permite ao juiz mais liberdade em relação à lei e ao direito posto. [...]

O que se coloca em questão a partir do modo como os princípios jurídicos vêm sendo utilizados tanto na doutrina como na prática do direito brasileiro é a própria noção de que o direito é algo criado dinamicamente pela comunidade política e não algo derivado de um conjunto abstrato e vago de bens ou valores por especialistas que têm um insight privilegiado sobre como esses bens e valores fundamentais devem conformar nossas instituições e decisões políticas.

Como se vê, o autor destaca que em nosso país os princípios, em vez de limitarem a discricionariedade e nortearem os julgadores, na verdade se constituem em alibis para a tomada de quaisquer decisões, sem a criação de uma cultura de precedentes ou de construção dos conceitos de cada princípio. Haveria uma forma “correta” de uso dos princípios, que seria como foi formulada a teoria em seu berço europeu.

Carlos Ari Sundfeld (2011, p. 287), em sentido semelhante, afirma que “vive-se hoje um ambiente de geleia geral no Direito Público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”. Ele sugere que o órgão jurídico, ao pretender utilizar os princípios para dar solução aos casos difíceis, deve suportar dois ônus argumentativos: o ônus da competência, que seriam “os elementos especiais de ordem institucional que justifiquem sua intervenção em cada caso” (SUNDFELD, 2011, p. 287) e o ônus do regulador, que é a formulação “de modo explícito, da regra geral que se vai aplicar, justificando-a com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e ainda de seus possíveis efeitos positivos e negativos” (SUNDFELD, 2011, p. 288).

As considerações acima são bons indícios de que no Brasil a teoria dos

princípios cumpre uma função de estratégia retórica de persuasão. As duas críticas partem do pressuposto de que é ruim (ou errado) que o juiz decida qualquer coisa em face de qualquer texto, e que a teoria dos princípios, ao ser “importada”, não cumpre um papel limitador da discricionariedade. Ela assumiu um papel justificador da discricionariedade – decide-se qualquer coisa e, depois, utiliza-se um princípio para justificar.

Contudo, para uma abordagem retórica do direito, não é possível haver uma racionalidade que guie a interpretações mais justas ou certas; o que existiria, nos dizeres de Ballweg (1991, p. 176-177), são regularidades – ou seja, comportamentos padronizados que se espera que permaneçam – as quais podem ser trocadas por outras regularidades, e a função da hermenêutica judicial é persuadir e convencer de que aquela é a melhor decisão em face daquele(s) texto(s).

Findo este capítulo, no qual fizemos um panorama das principais estratégias interpretativas que o direito brasileiro incorporou e aplica, passamos para o capítulo da análise, no qual observaremos o uso dessas estratégias para manipular os elementos processuais, em especial o conceito de “imunidade parlamentar”.

5 A ANÁLISE RETÓRICA DAS DECISÕES JUDICIAIS

5.1 Caso concreto: a Ação Cautelar nº 4039/DF

5.1.1 Análise fonética

5.1.1.1 *Agôntica: as formas do julgador lidar com os outros sujeitos processuais*

Após explicar nosso marco teórico, cumpre discorrer sobre um dos casos escolhidos, a Ação Cautelar (AC) nº 4039/DF.

Os fatos narrados pelo Ministério Público Federal (MPF), copiados na decisão pelo julgador, relatam que Delcídio do Amaral prometera a Nestor Cerveró – delator da Operação Lava-Jato – benefícios financeiros e uso de seu prestígio político para convencer ministros do STF a concederem habeas corpus ao delator; em troca, exigia que não celebrasse acordo de colaboração premiada com o MPF; ou que Cerveró ocultasse a participação do senador no esquema de corrupção delatado. Também prometera a Cerveró, concedido ou não o habeas corpus, elaborar plano de fuga deste à Espanha, visto que Cerveró tem nacionalidade espanhola e lá estaria a salvo da jurisdição penal brasileira.

Diante dos fatos, a conduta do senador é enquadrada pela acusação no Art. 2º, § 1º e § 4º, II, da Lei nº 12.850/12²³, e foi requerida sua prisão cautelar, com fundamento nos arts. 312, caput, e 313, I, ambos do Código de Processo Penal (CPP), sob a alegação de que esta seria a única medida possível para impedir que Amaral continuasse a interferir nas investigações do parquet.

Nosso intuito, a partir de agora, é aplicar a metodologia de análise retórica para examinar os argumentos usados no caso pelo julgador, levando em consideração a subdivisão da retórica analítica proposta por Ballweg. Dessa forma, separamos as estruturas de argumentos a partir dos aspectos fonético e holístico.

O ponto de partida da análise fonética serão as falas do sujeito emissor do discurso – no caso, o ministro Teori Zavascki.

No que concerne ao aspecto agôntico da análise retórica, que leva em

23 Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços): II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

consideração as relações de interação entre os sujeitos do discurso, podemos entender que o auditório imediato do ministro eram os outros membros da 2ª Turma do STF – porque eles iriam referendar sua decisão. Podemos inferir que a outra audiência a que se dirigem as falas são os interessados imediatos: o Ministério Público Federal – que pediu a prisão – e o senador, enquanto réu.

Quanto à relação agônica com os outros ministros, a estratégia do relator, enquanto sujeito ativo na produção de seu discurso, é utilizar o argumento de autoridade – a autoridade, no caso, advém do próprio peso institucional do STF – e a regra de justiça – porque os casos iguais devem ser tratados de maneira igual; ambas as estratégias se mostram no uso de precedentes do próprio Supremo para sedimentar as premissas da decisão. Em alguns desses outros casos, o relator era o próprio Zavascki.

O argumento de autoridade é a espécie mais destacada dos argumentos baseados no prestígio. Esse argumento consiste em afirmar (ou infirmar) uma tese porque outras pessoas (ou obras) o fazem, invocando somente a autoridade que estes últimos têm (PERELMAN, 2005, p. 348).

O positivismo científico se colocou totalmente contrário a esse tipo de argumento, porque um dos pressupostos do racionalismo moderno é a "verificabilidade empírica" das hipóteses, rejeitando-se aquilo que não pode ser submetido ao teste do método. No direito, contudo, o intérprete está condicionado (no sentido da hermenêutica filosófica gadameriana) pela tradição, pela jurisprudência e pela doutrina, de forma que o argumento de autoridade é essencial para a resolução de conflitos.

A regra de justiça, por seu turno, é uma das mais importantes e persuasivas estruturas de argumento. Sua aplicação determina que, a situações idênticas, sejam aplicadas as mesmas regras e princípios. É ela quem está na base dos argumentos que invocam a aplicação dos precedentes (PERELMAN, 2005, p. 248).

Para sua utilização, requer a demonstração rigorosa de que os elementos aos quais se aplica são idênticos. Contudo, a adaptação desta regra lógica ao plano da realidade necessita que se mostre a identidade entre as situações apreciadas, o que é um requisito problemático, porque nunca, no mundo fático, dois eventos serão realmente iguais, apenas semelhantes (PERELMAN, 2005, p. 248).

A rejeição desse tipo de argumento passa por demonstrar que não há identidade entre as situações, expor as características que as tornam diferentes entre si e impedem a aplicação da mesma regra a elas.

Como dissemos alhures, o voto de Zavascki é largamente baseado em decisões anteriores do Supremo e enunciados deste Tribunal, apelando simultaneamente à autoridade e à aplicação destes precedentes ao caso que analisa. Temos exemplo desses argumentos quando ele discorre sobre a natureza e os requisitos da prisão preventiva (STF, 2015, p. 15-17), referindo-se a dois Habeas Corpus julgados pela Segunda Turma em que ele próprio fora o relator; quando confirma a licitude das provas colhidas pelo MPF (STF, 2015, p. 26); quando ressalta que os fatos narrados se enquadram nas hipóteses de decretação de custódia cautelar – por representarem risco à instrução criminal por interferência no depoimento de testemunhas e na produção de provas (STF, 2015, p. 31); e porque as constantes tentativas de acobertar crimes constituem atentados contra a ordem pública (STF, 2015, p. 31-32).

Quando analisa a possibilidade de prisão preventiva especificamente decretada contra senador da República, ele propõe um argumento de reciprocidade junto ao argumento de autoridade, ao evocar voto proferido pela ministra Cármen Lúcia (STF, 2015, p. 37-39) no HC 89.417-8, julgado no STF, em que fora autorizada a prisão preventiva de parlamentares do Estado de Rondônia.

No argumento de reciprocidade, o que se deseja é a aplicação da mesma regra para duas situações consideradas correspondentes. No entanto, a correspondência entre os casos é indireta e exige a intervenção da noção de simetria para sua aplicação (PERELMAN, 2005, p. 250).

A simetria, em lógica, caracteriza-se quando a relação entre a e b é a mesma que existe entre b e a. A ordem do antecedente e do conseqüente pode ser invertida. A introdução da simetria em linguagem natural faz com que, em duas ou mais situações, sejam destacados os elos que as aproximam e que parecem se impor em função da semelhança colocada em evidência.

Vemos o uso da simetria na argumentação de Zavascki, porque ele toma uma decisão proferida contra parlamentares estaduais e a aplica ao caso de um senador (membro do Parlamento nacional); assim, ele destaca o elo que

liga estes dois cargos (ambos são membros do Poder Legislativo) e despreza que são de entes federativos diferentes e com atribuições institucionais distintas – já que os senadores são eleitos para representar os Estados da Federação, enquanto os deputados estaduais são eleitos para representar a população do Estado no âmbito estadual.

Ainda do ponto de vista agônico, no que concerne à relação ministro-MPF e ministro-réu, é interessante perceber que a primeira parte do decisum (páginas 1 a 15) é uma cópia de trechos da petição ministerial, na qual o MPF apresenta transcrições de gravações telefônicas e depoimentos que denotam várias possíveis condutas criminosas praticadas pelo então senador Delcídio do Amaral em conjunto com outras pessoas, com o objetivo de impedir que Amaral fosse implicado no esquema de corrupção da Petrobras e que a Operação Lava-Jato o investigasse; também há os argumentos jurídicos para a decretação da prisão preventiva.

No momento dedicado à fundamentação, Zavascki copia diversos trechos da inicial do MPF, nos quais são detalhados mais fatos que corroboram a tese de que o senador estava trabalhando para impedir o prosseguimento do processo penal contra si (STF, 2015, p. 17-34).

Nas duas situações descritas nos parágrafos anteriores, é usado o argumento de ligação ato-pessoa para demonstrar a probabilidade de evasão da justiça penal, mas a estratégia do ministro é usar duas falas diferentes para reforçar a conclusão: a do MPF, transcrita literalmente, e a dele próprio – na qual sempre se diz que “em tese” há cometimento de fato criminoso.

Ao argumentar com base na ligação ato-pessoa, agrupa-se a ela qualidades, atos, defeitos, imagens e expectativas para fazê-la o centro de um feixe de relações e fenômenos aos quais dá significado. É como se o indivíduo fosse “congelado” a partir dos eventos externos que a ele estão relacionados (PERELMAN, 2005, p. 334-335).

Essa imagem da pessoa contribui no momento de lançar argumentos contra ou a favor dela, e é por isso que Zavascki se preocupa, no voto, em destacar características negativas do réu, a fim de fazer um elo entre o que Amaral fez e o que ele fará, caso não seja preso. É possível perceber que, então, que a maior parte do voto não é destinada a “argumentar juridicamente”, isto é, interpretando textos e conceitos jurídicos; o ministro está mais

preocupado em reforçar a periculosidade que o réu representa. Contudo, ele o faz por meio das falas do Ministério Público, e não das suas próprias – as quais são mais moderadas no linguajar direcionado ao senador. Com isso, em relação a Amaral e aos outros ministros, Zavascki constrói uma postura de neutralidade do julgamento, já que não é ele, mas o Ministério Público, quem afirma que são impróprias as condutas do réu; o ministro, por isso mesmo, sempre se vale de uma linguagem neutra, usando expressões como “em tese” e “possivelmente”. E reforça sua equidistância ao “demonstrar” que os pressupostos jurídicos tomados para decidir não são criação dele, mas interpretações e conclusões sedimentadas no próprio Supremo.

Em relação ao parquet, o ministro prestigia o órgão da acusação, já que “acredita” na narração ministerial e nos elementos de prova colhidos, e a partir deles concede o pedido de prisão.

5.1.1.2 Ergôntica: harmonizando discursivamente a prisão preventiva com a inviolabilidade

Este âmbito da análise fonética tem como finalidade expor e examinar o modo pelo qual o sujeito autor do discurso manipula o objeto de seu logos, isto é, a tradicional relação sujeito-objeto. Levando em consideração as inúmeras teses construtivistas da epistemologia contemporânea, é possível afirmar que os argumentos produzidos em um discurso são fundamentais na constituição disso que o senso comum chama de realidade e que de nosso ponto de vista teórico chamamos de retórica material. O papel institucional que uma entidade como o STF representa na determinação do sentido que as expressões textuais irão assumir por meio de suas interpretações diante de casos concretos que devem ser decididos é fundamental no processo de constituição da própria realidade do direito. Ou seja, a jurisprudência de um órgão como o STF enquanto titular do exercício de violência simbólica é responsável por boa parte do processo de concretização dos institutos jurídicos.

O primeiro objeto de que trata Zavascki em sua decisão é o instituto da “prisão preventiva”. Para caracterizá-la, sua base de argumentos será constituída pela regra de justiça aplicada em conjunto com o argumento de autoridade, a partir de precedentes do STF (mencionados quando da análise agôntica); e o método de interpretação literal dos arts. 312, 319 e 282, § 6º, todos do Código de Processo Penal.

O relator define que a prisão preventiva, por atentar contra a presunção de inocência e por se constituir na medida cautelar mais extrema, só é legítima quando “for o único meio eficiente para preservar os valores jurídicos que a lei penal visa proteger, segundo o art. 312 do Código de Processo Penal” (STF, 2015, p. 15-16).

Temos, já neste argumento, um exemplo de como a decisão de um magistrado depende, em grande parte, de sua vontade: o que seria um “meio eficiente” para preservar coisas que são criações dogmáticas, como os “valores jurídicos que a lei penal visa proteger”? Determinar os valores protegidos pelo direito penal já implica um árduo trabalho de argumentação e escolhas do intérprete; e determinar a eficiência dos “meios protetivos” é algo ainda mais subjetivo. Porém, ao utilizar a palavra “eficiência”, Zavascki tenta transmitir cientificidade ao voto, como se sua decisão fosse resultado de um cálculo baseado em experimentações rigorosas e em comparações entre opções possíveis para determinar a mais adequada ao caso.

Sua segunda premissa é que não basta apenas provar a existência do delito e os indícios de autoria. É necessário que se demonstre a presença de um dos quatro requisitos autorizadores previstos no artigo 312 do CPP: a) a garantia da ordem pública; b) a garantia da ordem econômica; c) a conveniência da instrução criminal; d) a segurança da aplicação da lei penal (STF, 2015, p. 16).

Percebe-se como os requisitos do art. 312 do CPP são elásticos do ponto de vista semântico, permitindo justamente a manobra mais fundamental da produção dogmática do direito que é o jogo de esticar-e-encolher dos métodos de interpretação extensiva e restritiva. A dogmática hermenêutica tornou-se contemporaneamente a parte mais visível dos métodos que compõem o processo de produção do direito. A concretização do sentido destas figuras próprias da dogmática jurídica: “ordem pública”, “ordem econômica”, “conveniência” e “segurança”, depende inexoravelmente do trabalho de atribuição de significados pelo juiz ou pelos juízes da causa a essas expressões textuais. O sentido representa a própria efetividade destas entidades dogmáticas que obviamente não existem no mundo físico enquanto “dados” da realidade. São construções que dependem dos argumentos que as fundamentam.

O terceiro requisito para decretação da preventiva é que não haja outro meio menos grave de preservar os bens jurídicos penais (STF, 2015, p. 16). Aqui, temos a aplicação da estrutura argumentativa das diferenças de “grau” entre os diversos meios de “preservar os bens jurídicos penais”.

As diferenças de grau são as que utilizam hierarquias quantitativas, e pressupõe que os itens em comparação possuem uma mesma natureza, e o que os distingue é apenas a intensidade ou quantidade dessa característica. Seu oposto são as diferenças de ordem, as quais se utilizam de hierarquias qualitativas e partem do pressuposto de que os dois (ou mais) itens em comparação possuem naturezas distintas, são elementos distantes entre si (PERELMAN, 2005, p. 393).

Transformar uma diferença de ordem em diferença de grau tende a aproximar termos que pareciam distantes entre si e ressalta as diferenças existentes entre os graus. Por outro lado, transformar uma diferença de grau em diferença de ordem tende a igualar os termos cuja distinção entre si é apenas de grau; e distancia-os dos termos que pertencem a outra ordem (PERELMAN, 2005, p. 393).

A avaliação da gravidade parece ser passível de quantificação como se a atribuição de pesos a cada uma das medidas cautelares fosse algo possível. É a típica transformação do qualitativo em quantitativo. Além disso, a ambiguidade da expressão “bem jurídico”, própria do direito penal, é um material rico para o desenvolvimento das mais diversas formas de argumentação.

Para corroborar suas premissas, cita o relator que os três requisitos têm sido reiteradamente afirmados na jurisprudência do Supremo, e colaciona ementa do acórdão proferido no HC nº 95.290 (STF, 2015, p. 16-17) – novamente uso do argumento de autoridade juntamente com a regra de justiça. Como dissemos na análise agôntica, a repetição de que só está seguindo a jurisprudência do próprio STF é uma constante no voto de Zavascki.

O outro objeto a ser manejado no julgamento é o conceito de “imunidade processual parlamentar”, previsto no art. 53, § 2º, da Constituição²⁴.

24 Art. 53. [...] § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de

Inicialmente, ele utiliza um argumento quase lógico de incompatibilidade de asserções para dar suporte a uma interpretação sistemática deste texto, pois afirma que a regra não pode ser vista isoladamente, mas deve ser interpretada dentro do Ordenamento Constitucional brasileiro (STF, 2015, p. 36-37).

Na linguagem formal, a contradição acontece quando o sujeito afirma e nega algo simultaneamente ($P \wedge \sim P$). Na linguagem comum, o sentido de uma proposição em geral não é unívoco, o que acarreta tentativas de conciliar duas afirmações que aparentemente se chocam; deste modo, Perelman (2005, p. 222) diz que se deve falar em incompatibilidade na linguagem natural.

É importante destacar essa distinção de Perelman: as incompatibilidades só existem dentro de uma situação que envolva linguagem natural, porque esta pode ter vários sentidos e é empregada dentro de um contexto de comunicação. A contradição só existe em sistemas formais de linguagem, nos quais os símbolos possuem sentido unívoco e não dependem de situação e contexto para serem compreendidos.

Portanto, Zavascki utiliza um argumento de incompatibilidade, e aduz a necessidade de ser compatibilizados o “Ordenamento Constitucional Brasileiro” e a “Imunidade Processual Parlamentar” por meio de uma interpretação sistemática de normas, método dogmático de interpretação muito importante para o contexto do direito moderno. Contudo, conforme crítica que fizemos neste trabalho (cf. cap. 4), é virtualmente impossível que alguém consiga “compatibilizar” um sistema tão complexo como o “ordenamento constitucional brasileiro” com uma regra específica; daí que esta metodologia interpretativa implica escolhas do intérprete quanto às regras e princípios que servirão de parâmetro para adequar a regra constitucional relativa à imunidade parlamentar. Nada impede que outro intérprete escolha outros princípios e regras como parâmetro e, a partir destes, chegue a uma conclusão diferente quanto ao sentido das imunidades parlamentares.

Para fixar qual o significado adequado para o instituto da imunidade, o relator propõe um argumento de simetria, ao evocar voto proferido pela ministra Cármen Lúcia (STF, 2015, p. 37-39) no HC 89.417-8, julgado no STF, em que

seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

fora autorizada a prisão preventiva de parlamentares do Estado de Rondônia; o ministro não argumenta sobre os pontos em comum e a aplicabilidade do precedente ao caso – novamente utilizando o entimema em sua argumentação e se valendo do precedente como uma autoridade que dá suporte às conclusões, e não como um parâmetro de análise para o caso presente. Zavascki se limita a repetir trecho do voto, o qual analisaremos para entender a estrutura argumentativa aplicada.

O voto copiado inicia dizendo que aplicar isoladamente o art. 52, §§ 2º e 3º, da Constituição, sem levar em conta o sistema constitucional em sua inteireza, conduziria ao oposto do que se tem enquanto princípios e fins do ordenamento jurídico. É o uso da incompatibilidade de asserções, junto a uma interpretação sistemática, que se aproveita da completa ausência de um sentido unívoco ou de um acordo sobre quais seriam os fins do ordenamento jurídico. Com esta estratégia, o argumento ganha força sem que a ministra tenha que fazer afirmações mais precisas e, por consequência, comprometedoras e reveladoras de suas ideologias.

Contudo, Cármen Lúcia usará esse tipo de argumento com uma atitude lógica, porque discorre longamente sobre os motivos de, no caso que ela analisa, haver incompatibilidade entre a imunidade parlamentar e os princípios da cidadania e republicano. Ou seja, vemos a estrutura da incompatibilidade de asserções ser aplicada para uso de uma interpretação principiológica do texto constitucional, com uma explicação mais aprofundada dos princípios que ela elegeu como importantes para o caso.

Explica a ministra que o princípio da imunidade parlamentar (tratado no art. 53, §§ 2º e 3º, CF) continua íntegro e obrigatório, como forma de garantir a autonomia das instituições e daqueles que ocupam os cargos destas; contudo, na hipótese, há situação de anormalidade institucional²⁵, porque 23 dos 24 parlamentares do estado de Rondônia estavam sendo processados e havia fortes indícios de que uma organização criminosa tomara as rédeas do

25 O HC 89.417-8 tinha como paciente o então Presidente da Assembleia Legislativa de Rondônia, cuja prisão havia sido decretada pelo Superior Tribunal de Justiça. O parlamentar alegava que não subsistiam motivos para continuar preso, porque não houvera flagrante de crime inafiançável e porque a Casa Legislativa de que fazia parte não tinha sido comunicada para que resolvesse sobre a prisão (o art. 27, § 1º, CF, determina que as regras sobre imunidades e inviolabilidades se estendem aos parlamentares estaduais). É, em linhas gerais, o caso de que está tratando a ministra Cármen Lúcia.

Legislativo daquele Estado. Desta forma, numa situação de anormalidade institucional não se poderiam aplicar regras que foram concebidas para situações de normalidade. Afirmar a ministra que “à excepcionalidade do quadro há de corresponder a excepcionalidade da forma de interpretar e aplicar os princípios e regras do sistema constitucional” (STF, 2015, p. 38). Como se percebe, há o uso de um topos (ou brocardo) para justificar a decisão.

O trecho copiado termina com um argumento consequencialista, porque a ministra alega que aplicar uma regra protetiva a alguém que não respeita suas prerrogativas “seria um alibi permanente e intocável dado pelo sistema àquele que pode sequer não estar sendo mais titular daquela condição, a não ser formalmente” (STF, 2015, p. 39). O vínculo de “causa e efeito” é muito forte, mormente por conta da influência que as ciências naturais possuem sobre as demais ciências, e até pela predisposição natural que temos de ligar um antecedente a um conseqüente e criar vínculos de causalidade entre eventos. Por este motivo, percebemos a necessidade que a ministra teve de criar um vínculo deste tipo sobre uma situação imaginária, para reforçar seu ponto de vista.

A análise ergônica deste voto nos fornece indícios de como a atribuição de significados no direito é uma tarefa que escapa ao controle racional e é cheia de argumentos ocultos: Zavascki baseou suas conclusões em decisões anteriores do STF, sem qualquer análise sobre sua pertinência ao caso específico que ele julga, e desenvolveu os conceitos jurídicos a partir de interpretações amplíssimas, como a compatibilização do “ordenamento constitucional” com a “imunidade parlamentar”, por exemplo.

5.1.1.3 Pitanêutica: o texto constitucional e os precedentes interpretados para dar suporte ao querer do magistrado

Talvez o signo mais importante que o julgador precisava trabalhar era o art. 53, §2º, da Constituição. Para fazê-lo de modo eficaz, seria necessário interpretar criativamente o dispositivo constitucional. É necessário destacar que tentamos fazer uma separação do que seria Zavascki trabalhando o “conceito” de imunidade parlamentar e o “texto” dessa imunidade, para analisarmos o acórdão sob o viés ergônico e sob o viés pitanêutico; contudo, os argumentos se misturam, e é possível que repitamos algo dito na análise acima.

O modo como esse signo linguístico é trabalhado pelo utente da língua

constitui o enfoque da pitanêutica. No caso em tela, para afastar a interpretação literal do dispositivo, o argumento do ministro é de que “a própria realidade, porém, vem demonstrando que também o sentido dessa norma constitucional não pode decorrer de interpretação isolada” (STF, 2015, p. 36). Perceba-se que, na fala de Zavascki, “a realidade” é quem determina que se faça uma interpretação sistemática – embora ele não explique que realidade é esta – como se houvesse uma dependência da linguagem em relação aos dados reais do mundo físico e espiritual.

Como forma de exemplificar que esse tipo de interpretação já fora feita, é usado trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia no HC nº 89417. O objetivo é mostrar que o texto constitucional deve ser lido de uma maneira “que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo” (STF, 2015, p. 36), ou seja, deve ser interpretado sistematicamente.

Aqui, o precedente do STF não é a fonte de autoridade da decisão. Ele é só um exemplo de como deve ser interpretado o texto constitucional; a autoridade que determina essa interpretação é “a realidade”. É o uso de uma argumentação pelo exemplo – ou, em outros termos, é o uso do paradigma.

O exemplo, ou paradigma, é uma forma de argumentar que passa de um caso particular para outro caso particular, ou de um caso particular para uma regra. Para o uso do exemplo, é necessário que os casos sejam suficientemente semelhantes, a ponto de se poder desprezar possíveis diferenças entre eles (PERELMAN, 1998, p. 174-175). Esta estratégia é muito importante no direito, principalmente quando não há uma jurisprudência consolidada sobre um tema, como era o caso da prisão preventiva de parlamentares.

Ao observarmos a construção acima, notamos que a palavra “realidade” é “objetivizada” como forma de esconder a subjetividade do julgador, de não expor que é o próprio Zavascki quem acha que aquela é a melhor interpretação – ou seja, há o uso do argumento de autoridade, mas a autoridade aqui é o próprio ministro.

O segundo objeto que o julgador manipula é são os conceitos veiculados na lei nº 12.850/13. Ele sedimenta que o crime constante do art. 1º, §1º, desta

lei²⁶ é crime permanente, e por isso pode haver flagrante a qualquer tempo. O fundamento para as conclusões é a regra de justiça junto com o argumento de autoridade, já que há decisões do Supremo sobre a matéria (STF, 2015, p. 35). Neste caso, é interessante explicar que Zavascki apenas cita o número do processo e o relator no Supremo, sem mencionar ementa ou trecho que corrobore a tese da permanência do crime acima. Aqui, podemos perceber um entimema, mas cuja premissa maior são acórdãos do Supremo Tribunal Federal.

Zavascki também afirma que o crime é inafiançável, conforme o art. 324, IV, do CPP²⁷. Uma vez mais, o ministro se contenta em citar a suposta premissa de seu silogismo, só que desta vez a premissa é um texto legal.

Em razão de sua importância para o estudo da retórica, o entimema merece destaque dentre as estruturas argumentativas em geral. O entimema como figura demonstrativa de raciocínio surge a partir da distinção aristotélica entre raciocínios apodícticos e raciocínios dialéticos, conforme explicamos no capítulo 2.

A partir de Aristóteles e de suas definições, Katharina Sobota (1991) constroi a teoria de que o raciocínio judicial é entimemático – caracterizado pela ocultação de premissas e elaboração de raciocínios com premissas ocultas. O entimema seria o meio de apresentar a decisão legal que se vale de um aparente uso do silogismo, mas que esconde algumas premissas, a fim de evitar a repetição de normas auto evidentes ou, até mesmo, porque seria embaraçoso e disfuncional citá-las e correr o risco de expor as incoerências e contradições da cadeia de raciocínio que conduziu à decisão judicial (SOBOTA, 1991, p. 49; 52-53).

Adeodato (2002, p. 276-283), aprofundando as ideias da autora alemã, sustenta a tese de que o direito dogmático característico da modernidade só consegue se sustentar porque oculta as premissas verdadeiras da decisão – as quais não seriam baseadas primordialmente no sistema jurídico, mesmo

26 Art. 1o [...] § 1o Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

27 Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: [...] IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva

porque as regras gerais sempre necessitam de especificação de sentido para os casos concretos, o que já requer a escolha de metodologias interpretativas e padrões argumentativos que fogem a qualquer controle racional.

Na argumentação acima, Zavascki não se preocupa em citar trechos ou a ementa dos acórdãos que invoca para dar base às suas conclusões. Com isso, ele não precisa se desfazer do ônus de explicar como chegou à definição de “permanência” para um crime previsto na lei nº 12.850/13, o que poderia acontecer caso ele se dedicasse a minudenciar as premissas.

Observando o voto, percebemos que é no trabalho com os signos linguísticos – em especial textos legais e jurisprudenciais – que mais aparecem as metodologias interpretativas, mesmo porque elas foram elaboradas para lidar com textos. No entanto, é perceptível que não apenas de interpretação é feita uma decisão jurídica, mas há a incorporação de elementos sutis, como premissas ocultas e estruturas de argumentos comuns no cotidiano – o uso de exemplos e consequencialismos – que não são abertamente explicitadas pelo julgador mas influem no resultado da decisão.

Após discorrer sobre o modo como os textos e conceitos foram trabalhados, além das relações entre os sujeitos, passa à próxima esfera da análise retórica, na qual os objetos e sentidos fixados pelo julgador ganham primazia na argumentação.

5.1.2 Análise holotática

5.1.2.1 *Ontotática: os requisitos da prisão preventiva qualificam os eventos*

A estratégia de apontar a realidade como algo independente dos sujeitos e válido em si mesmo é justamente o que se analisa no âmbito da ontotática, que faz parte da análise holotática.

A holotática se concentra no exame das relações retóricas a partir dos objetos que formam a retórica material enquanto a própria realidade dos sentidos reificados por meio de argumentos. No caso em tela, podemos distinguir dois tipos de objetos do discurso: aqueles que o relator fixou, conforme mostrado na análise ergônica; e os fatos atribuídos ao réu. A partir dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, o relator lança seu olhar sobre as condutas atribuídas ao réu, afirmando que “à luz de tais premissas é que se examina o presente requerimento” (STF, 2015, p. 17). A partir de então, o ministro Zavascki elenca várias condutas (nas páginas 17-34) que

preencheriam os três requisitos por ele fixados.

Ontotaticamente, temos que um objeto (os requisitos autorizadores da prisão preventiva) define o outro objeto – ações atribuídas ao acusado – porque estas passam a ser condutas materialmente delitivas e potencialmente prejudiciais à aplicação da lei penal e à ordem pública, as quais autorizam a concessão do pedido de encarceramento.

Exemplo nítido desta influência dos objetos sobre os outros objetos se encontra nas páginas 21 a 24 do acórdão, porque nelas há cópia de trechos de gravações em que Amaral, o advogado Edson Ribeiro e Bernardo Cerveró – filho de Nestor Cerveró – conversam sobre possíveis anulações de delações premiadas firmadas no âmbito do STF, além de falarem sobre o Habeas Corpus impetrado em favor de Nestor Cerveró. A conversa gira em torno de falar com ministros do Supremo sobre estes processos; nominalmente, são citados o próprio ministro Zavascki, o ministro Edson Fachin, o ministro Dias Toffoli e o ministro Gilmar Mendes. O conteúdo dos diálogos é muito comum na área jurídica, em que advogados e pessoas interessadas nos processos vão aos gabinetes dos juízes para “despachar” e tentar explicar aos magistrados suas teses, tentar convencê-los a decidir de uma determinada maneira.

Contudo, estas conversas são analisadas à luz de outras acusações contra Amaral, e então deixam de ser diálogos do cotidiano jurídico para ser classificadas como tentativa de fraudar investigações em curso no Supremo Tribunal Federal. Zavascki exprime que “Delcídio do Amaral se coloca, ainda, como avalista do mecanismo, postando-se como capaz de obter decisões judiciais favoráveis a Nestor Cerveró, influenciando junto a Ministros da Suprema Corte” (STF, 2015, p. 24). A partir desta narrativa, Zavascki conclui que

“nesse contexto, quanto à existência do ilícito (materialidade) e dos indícios suficientes de autoria, o requerimento de prisão preventiva demonstra de maneira robusta, com base no material indiciário colhido até o momento e indicando, com margem suficiente, a possível existência de graves crimes contra a Administração da Justiça, contra a Administração Pública, organização criminosa e mesmo lavagem de dinheiro, para a consecução dos quais teria havido supostamente importante participação dos requeridos” (STF, 2015, p. 25)

Ao confrontar os outros dois objetos (o conceito de imunidade parlamentar e os significados extraídos da lei nº 12.850/13) com os fatos que tem diante de si (também objetos), o relator opta primeiro por uma

interpretação literal do art. 53, §2º, CF, e sustenta a flagrância e inafiançabilidade do crime.

Para caracterizar a flagrância, o ministro apela para a regra de justiça, visto que o próprio Supremo havia declarado que o crime previsto no art. 2º da Lei 12.850/13 é caracterizado como permanente; dessa forma, sendo crime permanente, ele possui execução continuada e o réu o estava praticando no momento em que foi pego (STF, 2015, p. 35); para caracterizar a inafiançabilidade, ele afirma que esta decorre do art. 324, IV, do Código de Processo Penal²⁸ (STF, 2015, p. 35).

Neste ponto, a argumentação entimemática adquire importância extrema: Zavascki não se dá ao trabalho de ao menos indicar como o artigo acima do CPP incide sobre o caso concreto, contentando-se em indicar o dispositivo legal como se este fosse estreme de dúvidas e possibilidades interpretativas.

5.1.2.2 Teleotática: o reforço da ligação ato-pessoa em desfavor do acusado

No plano teleotático, há um uso recorrente da ligação ato-pessoa para definir o caráter do réu (sujeito) a partir das condutas que lhe são atribuídas (objeto). Podemos citar, como ilustração, trecho contido na página 26 do acórdão, em que Zavascki afirma que há “atos concretos e específicos atribuídos aos requeridos que demonstram a efetiva intenção de empreender meios para furtar investigados à aplicação da lei penal caso em liberdade estejam”. Esta caracterização reforça que Amaral é alguém que intencionalmente planejou a fuga de um investigado para se beneficiar, o que lhe transforma é um réu perigoso.

E se acresce ainda um argumento do tipo grupo-membro, ao afirmar que o crime em tela assume muito maior gravidade, porque atentaria contra o Tribunal competente para julgamento (STF) – relação objeto-sujeito. Ou seja, ele diz que esse crime específico vai além, no que tange à periculosidade, do grupo dos crimes comuns (STF, 2015, p. 37), porque o sujeito atingido pelo crime passa a ser a própria autoridade julgadora.

Os membros são vistos como uma parte essencial do grupo; não se confundem com este, mas representam-no e caracterizam-no (PERELMAN,

28 Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

2005, p. 366-367). A caracterização de um grupo depende tanto daqueles que o compõem possuírem algum tipo de afinidade e atitudes similares, quanto de observadores externos atribuírem àquele ajuntamento alguma característica comum que os torna um grupo específico (PERELMAN, 2005, p. 367-368). Como podemos ver, o conceito de "grupo" é deveras controverso e pode ser objeto de intenso debate. Além disso, é aplicável a conjuntos compostos por seres humanos ou criações humanas – como os crimes previstos no Código Penal.

O argumento acima ressalta como as ações delituosas afetam a possibilidade de administração da justiça e prejudicam o Supremo enquanto único sujeito constitucionalmente designado para julgar o caso. Este é um dos suportes principais para que o ministro entenda por afastar a interpretação literal do art. 53, §2º, da Constituição, e opte por interpretá-lo sistematicamente e autorizar a prisão preventiva do senador.

5.1.2.3 Axiotática: a “realidade” determina o significado do texto

No que diz respeito às relações entre objetos e sinais, o relator irá tomar a realidade (objeto) como preponderante para determinar o sentido do art. 53, § 2º, da CF (signo), pois afirma que a interpretação dessa regra constitucional não ocorre isoladamente, e que os fatos são muito graves e exigem uma interpretação mais condizente com a realidade que se está encarando (STF, 2015, p. 36-37), e a partir daí invoca a decisão do Supremo no HC nº 89.417-8 para dar novo sentido ao texto constitucional, utilizando o argumento de simetria junto com o de autoridade.

Como dito mais acima, a axiotática está focada nas relações entre os objetos e os sinais, com a prevalência daqueles sobre estes. É importante perceber que um elemento tão amplo como a “realidade” é coisificado e materializado a tal ponto que ele pode guiar a interpretação da Constituição.

Neste caminho, o ministro também ressalta que a “realidade” foi o elemento determinante para que, no HC acima, a interpretação literal dos textos constitucionais fosse relativizada em nome de uma “justiça do caso concreto”. Este é um exemplo que reforça o tradicional questionamento da teoria do direito sobre a dicotomia entre a generalidade dos textos legislativos e a especificidade dos casos concretos que o Judiciário tem que enfrentar com base nesses textos.

Após aplicarmos a teoria de Ballweg ao caso acima, passaremos a seguir a aplicá-la à Ação Cautelar nº 4327/DF. No capítulo “6”, retomaremos nossa análise para elaborar algumas conclusões e questionamentos sobre os resultados a que chegamos com nosso estudo.

5.2 Caso concreto: Ação Cautelar nº 4327/DF

5.2.1 Fronética

5.2.1.1 *Agôntica: construindo discursivamente a relação entre Poder Judiciário e Poder Legislativo*

O acórdão que vamos analisar trata do pedido de prisão preventiva formulado pelo MPF em desfavor do senador Aécio Neves (STF, 2017, p. 4-6), sob a alegação de que ele estava cometendo os crimes de corrupção passiva²⁹, constituição de organização criminosa e de embaraço à investigação de organização criminosa³⁰. Além disso, o senador era acusado de utilizar o cargo para atrapalhar as investigações da Operação Lava-Jato contra si, porque havia gravação de diálogos em que ele articulava a aprovação da chamada “anistia ao crime de caixa-dois” e a escolha de delegados para conduzir a investigação. O órgão da acusação pedia, caso não determinada a prisão preventiva, a imposição das seguintes medidas cautelares diversas da prisão: afastamento do mandato e de qualquer função pública; uso de dispositivo pessoal de monitoramento eletrônico; proibição de contato com investigado ou réu em processo alusivo à “Operação Lava Jato” ou desmembrados; vedação de ingresso em quaisquer repartições públicas, em especial o Congresso Nacional, salvo como usuário de serviço certo e determinado, para o exercício de direito individual, desde que comunicado previamente ao Supremo; e proibição de deixar o País, com entrega de passaportes.

Aécio Neves, em sua defesa (STF, 2017, p. 6-7), alegava inviável a prisão preventiva, de acordo com o art. 53, § 2º, da Constituição Federal, porque os delitos de que é acusado não são inafiançáveis. Também suscitava que a suspensão do exercício da função pública, medida cautelar prevista no

29 Código Penal:

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

30 Lei nº 12.850/13:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1o Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

art. 319, VI, do Código de Processo Penal³¹, não se aplica às funções decorrentes de investidura popular. Por fim, afirmava que não cometera nenhum ilícito.

O processo foi iniciado a partir de investigações da Procuradoria Geral da República e protocolado em 17/05/2017 no Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o ministro Edson Fachin, o qual decretou de pronto medidas diversas da prisão contra Aécio Neves, dentre as quais o afastamento do mandato parlamentar e a proibição de contatar outros investigados da Operação Lava-Jato. Em 30/06/2017, já sob a relatoria do ministro Marco Aurélio Mello, as medidas foram revogadas e a situação parlamentar de Neves foi restabelecida. Foi contra esta decisão que a PGR protocolou agravo regimental, solicitando a prisão preventiva do senador e, subsidiariamente, o restabelecimento das medidas cautelares diversas da prisão.

Este pedido foi julgado no âmbito da 1ª Turma do STF, e o resultado foi o seguinte: os cinco ministros negaram o pedido de prisão; dois ministros votaram contra a imposição de qualquer cautelar; três ministros determinaram a imposição das seguintes medidas cautelares: 1. suspensão do exercício da função parlamentar e de qualquer outra função pública; 2. proibição de contatar qualquer outro investigado ou réu da operação lava-jato; 3. proibição de se ausentar do país, devendo entregar o passaporte; e 4. recolhimento domiciliar noturno.

As medidas foram impostas em 26 de setembro de 2017; porém, em 17 de outubro do mesmo ano, o Senado Federal rejeitou as medidas cautelares impostas a Neves, por 44 votos a 26, e o senador retomou o exercício do mandato³².

Este caso traz uma peculiaridade que é mais evidente do que na decisão da AC nº 4039: embora o réu do processo também seja um senador da República, a decisão sobre os limites da inviolabilidade foi muito ligada à relação entre Poder Judiciário e Poder Legislativo como um todo, e por isso consideramos na análise – principalmente agônica – que o Poder Legislativo e

31 Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:[...]

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

32 Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/17/senado-devolve-mandato-a-aecio-neves>>. Acessado em: 17 nov. 2018

o Poder Judiciário são sujeitos desse caso.

Nossa apresentação dos votos seguirá a divisão proposta pela metódica da retórica analítica, semelhantemente à análise do acórdão anterior; porém, como temos cinco ministros votantes, em cada subdivisão da retórica analítica nós individualizaremos os votos dos ministros e os apresentaremos na ordem em que estão compilados no Acórdão disponibilizado na página do Supremo Tribunal Federal.

MARCO AURÉLIO

O ministro inicia seu voto enaltecendo o papel do Supremo Tribunal Federal, chamando-o de “última trincheira da cidadania”, e reafirma a necessidade de fidelidade aos ditames constitucionais e legais, para que não impere o descontrole institucional e haja risco para a democracia (STF, 2017, p. 10).

Este começo denota a construção do *ethos* oratório de Aurélio, o qual coloca que o voto é fruto dos ditames constitucionais e legais e por isso não é ele, mas a Constituição, quem decide a questão. Além disso, ele menciona que imperaria o “descontrole institucional”, mas não explica melhor o que seria este descontrole; e também fala de “risco para a democracia”, sem delongas sobre o tema.

Outra estratégia relativa aos sujeitos é enaltecer o papel do STF e associá-lo a um termo prestigiado como “cidadania”, também sem preocupações maiores em explicar como as duas coisas se relacionam.

Posteriormente, Aurélio afirma que o princípio da Separação dos Poderes encerra impossibilidade absoluta de limitação de um Poder da República sobre o outro. Aduz também que a independência dos membros do Legislativo decorre da diplomação e está vinculada à permanência no cargo, para exercício das respectivas funções (STF, 2017, p. 13). O uso de uma interpretação principiológica é o subsídio para que o ministro exponha que Legislativo e Judiciário (sujeitos indiretos do processo) ocupam a mesma posição na hierarquia da República, e não cabe ao STF limitar as atividades do Congresso Nacional além do permitido na Constituição.

A seguir, ele diz que o afastamento liminar do mandato, sem condenação criminal ou mesmo processo formalizado, implica “empréstimo de pouca importância ao Senado da República, como se os integrantes não fossem

agentes políticos de estatura ímpar, que têm incolumidade resguardada por preceitos maiores” (STF, 2015, p. 13-14). Aqui é aplicada a estrutura de associação entre discurso e orador, porque o ministro deixa explícito que aqueles que votarem a favor do afastamento do mandato não consideram o Senado uma instituição importante; a atitude oposta, de votar contra o afastamento, é que denotaria respeito àquela Casa Legislativa.

O discurso é um caso especial da relação ato-pessoa. Quanto mais neutro e científico for o assunto, menos o caráter do orador lhe influenciará (PERELMAN, 2005, p. 361). Dessa forma, se um assassino cruel ensina a uma classe a fórmula de Bháskara, o discurso matemático tende a sofrer pouco (ou nenhum) descrédito por parte dos ouvintes, tendo em vista que se trata de uma fala eminentemente demonstrativa.

Contudo, se esse mesmo assassino passa a divagar sobre o valor da vida humana, a probabilidade de sua rejeição aumenta em virtude de seu caráter, porque começa a existir associação entre discurso e orador.

Esse é o tipo de argumento baseado no caráter do orador – o chamado *ethos* oratório, o qual Aristóteles (2005, p. 96) aponta como um dos aspectos do discurso persuasivo. O autor grego define esta modalidade de discurso da seguinte maneira: “persuade-se pelo carácter [sic] quando o discurso é proferido de tal maneira que deixa a impressão de o orador ser digno de fé. [...] Pois não se deve considerar sem importância para a persuasão a probidade do que fala [...]” (ARISTÓTELES, 2005, p. 96).

É por conta dessa associação – até involuntária – entre discurso e orador que os juristas, quando argumentam, passam boa parte do tempo usando expressões eruditas e exaltando a si mesmos ou ao Colegiado a que pertencem. É uma maneira de trazer credibilidade ao que se diz.

Essa relação também afeta o auditório, porque este pode ser avaliado conforme os discursos que aprecia, defende e assimila (PERELMAN, 2005, p. 366). Por isso é que o ministro associa o despreço ao Legislativo com o voto favorável à prisão preventiva de Aécio Neves, enquanto se coloca como defensor da Constituição da Democracia ao votar contra o pedido.

Após fazer as considerações sobre os papéis e relações entre os poderes da República, Marco Aurélio discorre sobre o acusado, senador Aécio Neves, e as condutas a ele imputadas.

Conforme Aurélio, é próprio à atividade de senador realizar articulações políticas para preenchimento de cargos ministeriais; também é esperado que o congressista trabalhe contra ou a favor da aprovação de projetos de lei (STF, 2017, p. 14-16). É um argumento grupo-membro, porque se espera que os membros do Senado Federal ajam dessa forma. Assim, conclui que a articulação para aprovar o projeto de anistia ao caixa-dois e a tentativa de colocar delegados à frente da operação lava-jato não se constituem condutas passíveis de punição, porque esta é uma das atividades essenciais de um senador.

Aurélio também afirma que não há possibilidade do réu fugir do Brasil, porque tem ligações fortes com o país – foi governador de Minas Gerais, é senador por esse Estado e recebeu mais de cinquenta e um milhões de votos nas eleições presidenciais de 2014 (STF, 2017, p. 16-17). Por isso, conclui que não deve ser recolhido o passaporte de Aécio Neves.

Nestes parágrafos, é possível perceber que o voto procura exaltar a figura de Neves, lembrando os pontos altos de sua trajetória política, como uma maneira, baseada na relação ato-pessoa, de melhorar a imagem do sujeito e justificar a ausência de medidas penais contra ele.

Este ministro, em outro momento do voto, utiliza um expediente muito interessante na argumentação. Aurélio suscita “a sociedade” como um sujeito relevante para o caso. Segundo ele, é à sociedade que importa “a higidez das instituições democráticas, a respeitabilidade à Constituição Federal, e não a feitura de justiça a ferro e fogo, a tomada da providência extrema, o justicamento [sic]” (STF, 2017, p. 18). Como modo de reforçar este posicionamento e expor que a sociedade não aceita esse tipo de postura, ele colaciona trecho de reportagem do jornal “O Estado de São Paulo”, cujo título é “em nome da lei, o arbítrio”, na qual são tecidas severas críticas contra a decisão anterior do ministro Edson Fachin que havia determinado o afastamento de Aécio Neves do mandato (STF, 2017, p. 19-20).

Ao tratar a “sociedade” como um sujeito interessado e homogeneizá-la – como se fosse possível aferir os interesses da “sociedade” - cria-se uma figura que tem forte apelo persuasivo, tanto para a imprensa quanto para os outros membros da Turma, e que pode ser facilmente manejada pelo julgador, já que será impossível desmentir suas afirmações sobre os interesses da “sociedade”.

Outra estratégia importante é acusar, de maneira indireta, que aqueles favoráveis ao afastamento liminar deixaram de observar o direito e passaram ao uso do nefasto critério da força (STF, 2017, p. 18). Com isso, tem-se uma acusação severa e de grande peso aos ministros que votaram em sentido oposto a Aurélio.

Como se vê, o voto deste ministro, no que concerne à sua relação com outros sujeitos, é direcionado em grande medida aos outros ministros da Primeira Turma, porque boa parte de seu discurso se dirige a elogiar aqueles que votarem no mesmo sentido que ele e acusar, de maneira indireta, os que votarem em sentido oposto. Topos genéricos e de carga axiológica importante, como “democracia” e “arbítrio” são recorrentes e exaustivamente repetidos, no intuito de fortalecer a ideia de que não se trata apenas do julgamento de um senador, mas de um julgamento que envolve as instituições da República, no qual há somente dois lados: o daqueles que respeitam a Constituição e o Legislativo e o dos que usam a força e arbítrio para fazer “justiçamento”.

ALEXANDRE DE MORAES

O voto deste ministro é o que possui menos referências aos sujeitos do processo e suas relações. Contudo, é possível observar, em alguns trechos, suas estratégias de autolegitimação e de deslegitimação dos pensamentos adversos.

Para demonstrar que sua decisão é fruto de um raciocínio correto, ele afirma que “concordemos ou não, portanto, o texto constitucional é expresso e claro, trazendo tanto a regra, como a exceção” (STF, 2017, p. 29). Dessa forma, Moraes afirma que decide não por preferência pessoal, mas porque é a única possibilidade que o texto constitucional lhe deixa – a partir de uma interpretação literal do dispositivo. Mais do que isso, ele acrescenta que as vontades pessoais dos ministros não têm poder algum para alterar aquilo que já está posto.

Na mesma linha de raciocínio, ele aduz que “não existe espaço interpretativo para relativizar essa norma constitucional, sob pena de subversão do equilíbrio entre os Poderes” (STF, 2017, p. 29). Esta seria uma questão de “respeito absoluto à Constituição” (STF, 2017, p. 29). Portanto, há aqui uma referência implícita à interpretação literal do texto, a qual não possibilita “relativização da garantia”.

É importante perceber a discussão sobre a determinação ou indeterminação do direito. Alexandre de Moraes se filia às correntes objetivistas da interpretação, segundo as quais a linguagem do direito possui algum grau de determinação e por isso vincularia o intérprete. Por isso que este ministro toma como ponto de partida de seus argumentos que o Judiciário não pode afrontar o equilíbrio entre os Poderes previsto na Constituição.

Outro elemento notório é que ele menciona a ausência de “espaço interpretativo”, como se a interpretação fosse possível somente em algumas ocasiões. Há também mensagem de que a decisão não recorre a “manobras interpretativas”, como se a interpretação fosse uma artimanha a que recorrem maus juízes ou que não “aceitam” o sentido evidente do texto.

Mais à frente, ele assume um argumento consequencialista, ao dizer que decidir pela ampliação da aplicabilidade de cautelares contra congressistas cria “perigoso precedente que permitirá, em hipotética situação futura, nova licença interpretativa a afastar, em casos concretos, as garantias dos demais Poderes e Instituições, como, por exemplo, a vitaliciedade dos membros da magistratura ou do Ministério Público” (STF, 2017, p. 29). Como se vê, o ministro aqui apela à possibilidade futura de os próprios magistrados e o parquet serem prejudicados pela decisão, além de reforçar que o caso não permite “interpretar”.

O argumento consequencialista é muito importante para o direito. Tentar controlar o futuro é, de certa maneira, o que as normas jurídicas pretendem. Além do mais, há uma tendência natural de associarmos eventos passados a acontecimentos presentes, e eventos presentes a consequências futuras. Por isso, Moraes é enfático nas consequências ruins que uma “licença interpretativa” pode trazer.

Além disso, percebemos que o ministro apela para um “corporativismo” institucional: hoje são eles (os parlamentares), amanhã poderemos ser nós (Judiciário e Ministério Público). Esta é uma amostra de como a argumentação jurídica toma por base muitos fundamentos que não são “técnicos” ou “racionais”: o ministro apela para que seus pares olhem para o próprio futuro e blindem a si próprios de, no porvir, sofrerem medidas cautelares e prisões preventivas.

LUÍS ROBERTO BARROSO

A maior parte do voto é direcionada aos fatos criminosos discutidos no processo, com pouca ênfase nas pessoas e instituições envolvidas.

No que concerne às relações entre os sujeitos, Barroso dispende o início do seu voto (STF, 2017, p. 37-38) para discorrer sobre sua relação com Aécio Neves, como o conheceu e em que ocasiões se viram pessoalmente, a fim de construir seus *ethos* de julgador imparcial e sem rixas pessoais com o acusado. Ele menciona que, durante sua sabatina para ocupar o cargo de ministro do STF, Aécio Neves cumpriu seu dever com “seriedade” e “fidalguia”; diz que, durante visita ao Senado Federal, o parlamentar o recebeu com “distinção e cortesia”; e que Neves demonstrou “fundadas preocupações republicanas” quando foi ao gabinete de Barroso (STF, 2017, p. 37-38).

Ele arremata sua introdução da seguinte forma: “faço menção a estes fatos para deixar claro que todos os meus sentimentos pessoais são bons. Mas cumpro meu dever independentemente de sentimentos pessoais.” (STF, 2017, P. 38).

A construção da neutralidade do julgador é parte fundamental do direito. Tanto é que temos, na Constituição, o princípio do “juiz natural”³³, cujo objetivo é evitar que alguém seja julgado por um juiz parcial ou tendencioso. Podemos supor que, em razão de impor medidas duras contra o réu, Barroso quer evitar a pecha de parcialidade no julgamento. Esta postura de traçar as relações pessoais com o acusado e fazer-lhe elogios denota que Neves é um dos sujeitos a quem ele dirige o voto.

Nessa mesma linha, para mostrar sua imparcialidade, ele conclui o voto (a favor da imposição de medidas cautelares contra Aécio Neves) da seguinte maneira: “Eu devo dizer que não tenho qualquer gota de alegria em decidir na linha do que estou aqui encaminhando. O que ocorreu entre nós foi a naturalização de coisas erradas. As pessoas foram perdendo a consciência crítica.” (STF, 2017, p. 48). Com esta frase, Barroso expõe que ele é uma pessoa de consciência crítica, alguém que prefere ficar triste desde que esteja fazendo a “coisa certa”. Novamente, é uma forma de afirmar seu caráter e sua

33 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

imparcialidade, acrescentando uma aura de “profissionalismo” e “retidão” às suas palavras.

Em relação ao acusado, o ministro dedica seis páginas de seu voto (STF, 2017, p. 38-44) para narrar todas as condutas supostamente ilícitas que teria praticado Aécio Neves, para concluir que “A narrativa até aqui empreendida revela, para quem quer que tenha olhos de ver, fortíssimos indícios de uso do cargo de Senador para a prática de delitos, que incluíram corrupção passiva, lavagem de dinheiro e obstrução de justiça.” (STF, 2017, p. 44). Essa conclusão, com uso de uma hipérbole (para quem quer que tenha olhos para ver) denota que, para Barroso, o cargo de senador era usado como forma de facilitar a prática de crimes, e que só com muito esforço alguém poderia negar esta afirmação.

É possível perceber como os mesmos eventos podem ser enxergados de maneiras diferentes: enquanto Barroso vê Aécio Neves usando o cargo de maneira ilícita, Marco Aurélio interpreta os mesmos fatos como atividades usuais de um senador da República. E temos aqui, presente nos dois casos, o argumento de estrutura “grupo-membro”, pois a discussão gira em torno do que seria o exercício lícito da função de senador, quais os limites de ação para os ocupantes deste cargo.

Barroso prossegue a caracterização do réu: “Com tudo quanto até aqui visto, entendo que as manobras praticadas pelo Senador demonstram a submissão do interesse público ao interesse privado.” (STF, 2017, p. 45). Toda a narrativa se presta a expor o senador como uma pessoa que continuará a praticar crimes através do uso do cargo, porque ele o faz costumeiramente. Este argumento é o da relação ato-pessoa, tão presente no direito, porque é muito difícil (para não dizer impossível) indissociar o ser humano das ações que ele pratica. O que Barroso se prestou a fazer foi reforçar os atos “errados” de Aécio Neves e colocá-los em destaque, para enfim concluir que aquele é o senador e que sua postura não mudará.

Por outro lado, não há no voto críticas diretas aos que defendem a tese contrária, como fizeram Marco Aurélio e Alexandre de Moraes. Talvez porque Barroso se esforçou em demonstrar neutralidade e imparcialidade, ele preferiu não fazer referências aos colegas e nem utilizar linguagem mais “ácida” contra eles.

ROSA WEBER

Quanto às pessoas envolvidas no processo, Weber dedica boa parte do voto a qualificar o caráter do réu e mencionar as condutas a ele atribuídas.

O acusado é caracterizado como um homem público notório, e que por isso possui capacidade de articulação em vários Poderes e instâncias da sociedade (STF, 2017, p. 72). Ela vai além, e aduz que o senador Aécio Neves é personagem elementar numa possível trama criminosa que envolve diversos crimes, como corrupção passiva, lavagem de dinheiro e participação em organização criminosa (STF, 2017, p. 72). Ela destaca a relação ato-pessoa e foca na gravidade das acusações contra Neves; contudo, há um acréscimo de “periculosidade” no discurso: ela enfatiza as relações de Neves com membros dos outros Poderes e sua influência na sociedade, mas é lacônica neste ponto, porque não descreve com minúcias o tipo de influência que o réu exerceria nestes espaços.

O uso deste tipo de argumento, ressaltando a influência do acusado, é muito forte, ainda mais quando deixa à imaginação de sua audiência calcular o quanto o réu poderia fazer se continuar solto. É uma maneira de criar possibilidades e consequências sem citá-las expressamente.

Por essa causa e pelas acusações e indícios de que ele utilizou dessa influência para obter vantagens pessoais, Weber entende que o afastamento dele é possível e não pode ser considerado “medida judicial ativista, fora do quadro hermenêutico, ou novidadeira”, além de encontrar lastro em decisões recentes do próprio Tribunal (STF, 2017, p. 74). Aqui, a ministra legitima seu ponto de vista e, ao mesmo tempo, afirma que sua decisão não é inovadora; pelo contrário, segue uma linha de raciocínio aceita e sedimentada na Corte Suprema.

É interessante perceber como as circunstâncias definem se “innovar” é bom ou ruim. O Supremo, em processos como o da união civil entre pessoas do mesmo sexo e naqueles relativos à saúde, orgulha-se de ser “ativista”, “inovador”, “adaptado aos novos tempos”. Contudo, no caso em análise estas palavras deixam de ser “positivas” e ganham uma conotação negativa – associada a subjetivismos, ausência de respeito à Constituição e afronta à Separação dos Poderes. Por esse motivo, Weber enfatiza que está seguindo uma linha jurisprudencial já existente, sem invenções ou novidades, para

imunizar seu voto de futuras críticas que pudesse receber.

No voto, temos a ênfase de que a decisão na está fora do “quadro hermenêutico”. Ao contrário de Alexandre de Moraes, Weber parte da concepção de que a atividade interpretativa deixa uma área em que é possível ao julgador escolher o sentido da decisão, evocando (propositalmente ou não) a concepção de Hans Kelsen sobre a interpretação jurídica³⁴.

Mais à frente, ela destaca que outros coimplicados com Neves tiveram prisão domiciliar decretada, e seria transparecer um indesejável timbre de privilégio que o senador não sofresse qualquer medida cautelar (STF, 2017, p. 81). Para ela, impor medidas contra os demais investigados e não as impor contra o senador é retroalimentar a indesejável característica da seletividade do sistema penal brasileiro (STF, 2017, p. 82).

Este é um típico argumento baseado na aplicação da estrutura argumentativa da “regra de justiça”, isto é, aos que estão em situação idêntica devem ser aplicadas as mesmas regras. Na situação, a ministra ressalta que, se os outros réus foram penalizados, seria anti-isonômico tratar Aécio Neves de modo mais benévolo, apenas pela sua condição de senador.

Também está presente um argumento consequencialista, porque ela associa a decisão favorável ao réu com a manutenção e reforço da “seletividade” do sistema penal brasileiro. Por isso, ela conclama seus pares a mudar esta “indesejável” característica.

Ela também se dirige expressamente ao ministro Marco Aurélio, afirmando que o que repudia os valores da Democracia e da Separação de Poderes é a ausência de qualquer controle penal contra o senador (STF, 2017, p. 83). Embora peça vênias para discordar do colega, é expressa a crítica que se faz ao voto dele, demonstrando que os colegas de Turma são uma das audiências a que se volta Rosa Weber.

LUIZ FUX

No âmbito das relações entre os sujeitos, Fux começa afirmando que não lhe acomete o sentimento “mais suave e mais leve” que o ministro Marco Aurélio “procura imprimir”. (STF, 2017, p. 89). Ele continua dizendo que “eu

34 Conforme o autor austríaco (KELSEN, 1998, p. 245-246), a norma de escalão superior nunca conseguirá vincular em todas as direções o ato de sua aplicação, e resta sempre – menor ou maior – um espaço de apreciação e escolha àquele que julga. Ao falar de “quadro hermenêutico”, Rosa Weber, conscientemente ou não, está seguindo a ideia kelseniana.

nunca pensei que fosse ocupar este lugar para apreciar uma questão em torno de uma pessoa querida, com quem eu não tenho intimidade, mas que sempre apreciei.” (STF, 2017, p. 89).

Como se vê, Fux critica a decisão de seu colega ao dizer que aquele incorporou um sentimento “suave e leve”, acusando-o de não agir com o rigor necessário no caso. O uso de uma associação orador-discurso é visível, e este ministro a aplica com o intuito de expressar que seu voto é rígido, sem “passar a mão na cabeça” de quem quer que seja.

Decorrente de sua demonstração de rigor, Fux tenta mostrar que não tem querelas pessoais contra o réu – diz até que o senador Ihe é uma pessoa muito querida. Esta é uma maneira de expressar à sua audiência que a rigidez ao decidir não é resultado de rixas particulares, mas de uma aplicação correta da Constituição ao caso. O uso da expressão “eu nunca pensei que...” se configura num recurso linguístico para reforçar que está decepcionado em ter que proferir a decisão que tomou.

O voto exalta a importância do tema que está para ser decidido, o qual “tangencia um dos aspectos mais sensíveis e nucleares da dinâmica interinstitucional em um Estado Democrático de Direito” (STF, 2017, p. 100). Exaltar o papel institucional é uma maneira de destacar a própria importância dentro dos Poderes da República, principalmente num processo que versa sobre temática que afeta o Poder Legislativo e o coloca em rota de colisão com o Poder Judiciário. Acrescenta ainda que não é um assunto exclusivo aos parlamentares: as outras instituições também são afetadas pela temática, o que conferiria legitimidade maior para que um desses atingidos – o Judiciário – tenha envolvimento direto na conformação do instituto.

No fim do voto, após ter discorrido sobre as imunidades, Fux se debruça sobre a legitimidade do próprio Supremo, e diz que o STF e demais órgãos do Poder Judiciário, enquanto exercentes de parte do poder político-estatal, são também instâncias representativas (STF, 2017, p. 110). Este ministro, novamente, exalta o papel institucional do Supremo, e o eleva à condição de instância representativa, mas o fundamento desta representatividade não é o voto, mas o exercício de uma parte do poder “político-estatal”.

Com isso, percebemos que Fux pretende legitimar uma decisão polêmica e que mexe com o Congresso, que é considerado a instância representativa da

sociedade na teoria política clássica. Alçar o Judiciário ao mesmo patamar do Legislativo é uma forma de mostrar que sua decisão se alinha com o “sentimento popular” e que o Supremo não é um órgão apenas técnico, mas também político e onde o cidadão teria voz.

Ele continua seu raciocínio e diz que deve haver algum grau de alinhamento entre os pronunciamentos judiciais e o sentimento social, sob pena de diminuição da credibilidade do Judiciário (STF, 2017, p. 110-111). Aqui, o apelo ao sentimento social é uma maneira de colocar o povo ao seu lado, sem necessidade de aprofundar o argumento e explicar, por exemplo, de que “sentimento social” ele está falando e, mais do que isso, qual a relação entre “credibilidade do Judiciário” e sentimento social.

É um argumento muito semelhante ao que Marco Aurélio utiliza quando invoca a “sociedade” como o sujeito interessado na higidez das instituições. Tanto em um caso como no outro, os ministros apelam a uma ideia de povo homogêneo, amorfo e cuja vontade é una e facilmente perceptível.

Fux afirma que o STF, ao apreciar controvérsias “desse jaez”, deve criar um “sentimento constitucional” no seio da sociedade. Para o caso concreto, esse sentimento constitucional “significa a não criação de ardis hermenêuticos para impedir a aplicação do regime jurídicos [sic] das cautelares do Código de Processo Penal a Deputados e Senadores sem qualquer lastro constitucional [...]” (STF, 2017, p. 111). Portanto, o ministro está acusando aqueles que se opõem a ele de usar “ardis hermenêuticos” para criar teses “sem qualquer lastro constitucional”. Este é um argumento que promove ataques *ad personam* contra os opositores; além disso, ele afirma que sua tese é aquela que se coaduna com o sentimento social – a “sociedade”, no voto, é um dos auditórios a quem se dirige Fux.

Mais uma vez, notamos uma fala que associa “interpretação” com algo ruim – desta vez, a acusação é de que votar a favor de Aécio Neves só é possível criando-se “ardis hermenêuticos”, como se interpretar fosse uma atividade que pode ser prescindida em certos casos; quando prescindível, interpretar seria uma atividade “má” e “ardilosa”.

5.2.1.2 Ergôntica: Como o conceito de “inviolabilidade parlamentar” pode ter significados diversos

MARCO AURÉLIO

Na análise ergôntica, debruçar-nos-emos sobre os objetos que cada ministro elegeu como relevantes para a controvérsia, e como trabalham com eles, a fim de chegar à decisão que pretendem. A palavra “objeto”, aqui, tem acepção ampla, e inclui também conceitos com que os juristas trabalham.

O objeto que o ministro irá manipular é a “imunidade formal”, instituto que constitui o cerne da discussão travada nos autos. O ministro constroi seu conceito de imunidade afirmando que “a imunidade não inviabiliza a persecução criminal, tampouco impede a prisão, mas sim estabelece limites rígidos a serem observados visando a plena liberdade parlamentar” (STF, 2017, p. 10-11). Portanto, ele estabelece que a “imunidade parlamentar” está diretamente relacionada à “liberdade parlamentar”, sendo aquela um instrumento para a concretização desta. Além disso, ele procura dissociar a imunidade da impunidade, ao dizer que a persecução criminal não está impedida, ela deve apenas observar limites mais rígidos.

Este começo do discurso não tem nenhum argumento retirado de normas jurídicas ou princípios jurídicos. É baseado em uma opinião do ministro, na qual ele tenta afastar possível acusação de promover a impunidade ao colocar a “liberdade parlamentar” como um valor que deve ser protegido e que congressistas podem sofrer persecução penal, com a observância de “limites mais rígidos”. É um indício de que os conceitos jurídicos não possuem uma definição prévia e apriorística de significado, porém são retoricamente trabalhados pelos juristas.

Uma das premissas de Aurélio, com base numa interpretação sistemática da Carta Magna brasileira, é de que o sistema da Constituição de 1988 se direciona a garantir o exercício do mandato e faz prevalecer a tomada de decisão por agentes políticos diretamente escolhidos pelo povo (STF, 2017, p. 10). Deste modo, o ministro associa a “imunidade parlamentar” a dois conceitos-chave: a “liberdade parlamentar” e o “exercício do mandato parlamentar”.

Embora afirme realizar uma interpretação sistemática, é possível apontar que não há uma construção elaborada do possível sentido da norma e nem o desenvolvimento da relação entre o “sistema da Constituição” e a regra constitucional específica: a metodologia expressada serve como álibi para o julgador escolher um sentido que lhe seja mais conveniente, muito distante da

função adstringente com que Savigny a concebera.

A partir dessas premissas, ele entende que o afastamento do exercício do mandato implica esvaziamento irreparável e irreversível da representação democrática conferida pelo voto popular (STF, 2017, p. 13). Para Aurélio, essa medida é incompatível com os parâmetros constitucionais, muito mais quando é implementada por ato individual e no início de investigação destinada a apurar possível ilícito penal (STF, 2017, p. 13). Notemos que os conceitos de “liberdade parlamentar” e “exercício do mandato parlamentar”, “achados” pelo ministro dentro da imunidade parlamentar, irão direcionar a visão dele sobre os pedidos processuais, já indicando um campo para a análise ontotática.

É importante notarmos, outrossim, como o conceito de “democracia” e os papéis institucionais mudam conforme aquele que julga. Luiz Fux (cf. análise agôntica) fundamentou parte de sua decisão na premissa de que o Supremo é um órgão representativo que deve corresponder aos “anseios sociais”; Marco Aurélio, em sentido oposto, afirma que a Constituição privilegia a decisão de agentes políticos diretamente escolhidos pelo povo – o itálico é proposital, para destacar a expressão do ministro, a qual denota que haveria uma legitimidade decisória maior em órgãos compostos por pessoas eleitas em sufrágio popular e universal, em detrimento daquelas que não são eleitas pelo povo – caso dos membros do Judiciário e, em especial, dos componentes do STF.

Ele alega que a incidência do princípio da Separação dos Poderes impede a limitação de um Poder da República sobre o outro. A independência dos membros do Legislativo, por isso, decorreria da diplomação e está vinculada à permanência no cargo.

Aqui, temos a citação de um princípio jurídico – o da “separação dos poderes” – para corroborar as conclusões a que chegou. Notemos que não há desenvolvimento ou elaboração mais específica deste princípio; ele é lançado no voto como um topos, um pensamento curto que legitima a decisão. Aqui, é possível concordar com a crítica de Sundfeld (2011) de que houve “preguiça” no uso do princípio.

ALEXANDRE DE MORAES

O sujeito do discurso já denota, no primeiro parágrafo do voto, o conceito de “imunidade parlamentar” que adota. Ele se vale do argumento de

autoridade, vindo da citação do autor italiano Paolo Biscaretti³⁵, para estatuir que as imunidades não dizem respeito ao parlamentar, mas à função por eles exercida, com o intuito de proteger o mandato de abusos do Executivo e do Judiciário; constituem-se um direito fundamental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários (STF, 2017, p. 21).

Ao usar o argumento de autoridade para firmar o entendimento sobre essas garantias, Moraes não se sente na obrigação de desenvolver melhor tudo o que vem implícito nas definições que copiou. Por exemplo, o que seria uma “prisão arbitrária” ou “processo temerário”, e se os autos se enquadram em uma destas hipóteses. Também não explica a diferença entre as imunidades dizerem respeito “à função exercida” e não ao “parlamentar”. Pressupõe-se que os leitores conseguirão compreender a definição de Biscaretti e que elas não são objeto de controvérsia.

Até pelo argumento de autoridade ser o único que justifica o conceito de “imunidade parlamentar” que Moraes adota, há pouco material para a análise ergôntica.

Por outro lado, o argumento mais extenso e mais destacado do voto é a interpretação histórica dos dispositivos constitucionais relativos à imunidade, os quais serão comentados quando da análise sob a perspectiva pitanêutica, em virtude de estarem voltados ao texto constitucional.

LUÍS ROBERTO BARROSO

O voto de Barroso é sucinto quanto à conceptualização da imunidade parlamentar. Como dito na análise agôntica, há dedicação maior aos sujeitos do processo, principalmente à caracterização do réu e à descrição de suas condutas.

Ao falar sobre a inviolabilidade, ele diz que “o exercício de função pública, em especial o mandato parlamentar, não pode nem deve servir de escudo para práticas de crimes ou de atos tendentes a embaraçar

35 A seguir, segue a transcrição literal do trecho em que Biscaretti é citado (STF, 2017, p. 21): “Essas imunidades não dizem respeito à figura do parlamentar, mas à função por ele exercida, no intuito de resguardá-la da atuação do Executivo ou do Judiciário, consagrando-se como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais (PAOLO BISCARETTI *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1970. p. 303-305).”

investigações” (STF, 2017, p. 47). Segundo Barroso, não há ofensa ao princípio da Separação dos Poderes na decisão judicial de afastamento do mandato, porque a imunidade é uma prerrogativa estabelecida em prol do interesse público, e não um “privilégio odioso” (STF, 2017, p. 47). É possível perceber, neste trecho, o uso de uma estrutura argumentativa relativa ao binômio essência-abuso.

As interações ato-pessoa e pessoa-grupo podem ser encontradas quando se agrupa um conjunto de seres, estilos, objetos e acontecimentos como característicos de uma época, de um instituto ou de um objeto; estas últimas construções visam auxiliar a caracterizar aquele período de tempo, objeto ou instituto. De tudo isso resulta o conceito de "essência": o que se considera essência daquele período, daquela religião, daquela posição política? O recurso ao conceito de essência permite reportar acontecimentos variáveis a uma estrutura estável, que seria a única a ter importância (PERELMAN, 2005, p. 372-373). O conceito de abuso também é fundamental para limitar a essência. Desse modo, o que era intencional é que determina a essência; o que fugir à intenção pode ser reputado como abuso (PERELMAN, 2005, p. 374).

Portanto, Barroso parte do argumento relativo à essência e ao abuso, ou seja, que a imunidade parlamentar não se presta a acobertar abusos cometidos no exercício da função, o que não significa que esta garantia deixa de ter eficácia. Dessa forma, aduz que é possível afastar do mandato os parlamentares que estiverem abusando de seu cargo; quando não houver este abuso, o afastamento não é possível. Uma questão que não se enfrenta é o que caracterizaria o “abuso” e a “atividade regular” de um senador, ou se estas qualidades só podem ser aferidas casuisticamente, sem possibilidade de um regramento genérico mínimo sobre elas.

Percebe-se também o jogo com expressões linguísticas de forte apelo emocional para associar ao conceito com que se opera. O ministro diz que as imunidades parlamentares devem ser vistas como prerrogativas em prol do interesse público, e não podem se tornar um privilégio odioso. O sentido destas expressões não é claro no voto, mas elas são atreladas ao conceito de imunidade parlamentar como se fossem automaticamente compreensíveis por todos, facilitando ao ministro a tarefa de decidir com fundamento no próprio

conceito que se discute no processo, eliminando artificialmente possíveis subjetividades aparentes no voto.

Outra característica aqui é a ausência de argumentos “jurídicos”. Toda a construção conceitual é feita a partir da opinião de Barroso, sem justificativas ou ao menos citação de uma suposta interpretação que dê base às conclusões. Trata-se de um espaço em que a vontade de Barroso não é justificada, e torna-se uma opinião com força institucional.

ROSA WEBER

Ao trabalhar com o conceito de imunidade, a preocupação da ministra é justificar que esta não é um privilégio de ordem pessoal, mas uma garantia que deve ser lida à luz do princípio republicano. Ela afirma que, numa República democrática, não há espaços para privilégios voltados à satisfação pessoal dos seus beneficiários (STF, 2017, p. 69-70). Nessa linha de raciocínio, prossegue dizendo que o objetivo do direito republicano é a preservação da instituição e não o interesse pessoal do indivíduo ocupante do cargo (STF, 2017, p. 70). Por isso, ela entende que o exercício do mandato parlamentar está sujeito “às vicissitudes de investigação ou instrução criminal” (STF, 2017, p. 69), permitindo a aplicação de medidas cautelares previstas na lei processual penal.

Temos, neste voto, o uso automático do princípio republicano, partindo-se do pressuposto de que ele possui significado óbvio e sem necessidade de maiores explicações. Weber cita várias decorrências deste princípio, como a ausência de espaço para privilégios e a necessidade de preservar as instituições, e não o interesse pessoal do ocupante do cargo. Percebemos que, a partir de um princípio constitucional bastante amplo, a ministra tira consequências específicas e pontuais como se realizasse um silogismo. Este tipo de argumentação é a aplicação do entimema, o silogismo retórico, muito eficiente em disputas judiciais.

Há ainda o problema argumentativo de diferenciar quais as situações em que se preserva a “instituição” e quais as situações em que há somente o “interesse pessoal” do ocupante do cargo, que a ministra não discute ou aprofunda.

Segundo Weber, as prerrogativas parlamentares não podem ser encaradas como direitos com a finalidade de proteger os parlamentares; seu objetivo é proteger a representação popular por eles exercida. Por isso, ela diz

que não podem ser interpretadas como um privilégio pessoal ao se perquirir sobre seu sentido e alcance (STF, 2017, p. 71).

É perceptível, neste trecho, o uso de uma interpretação teleológica, já que a ministra se baseia em um suposto “objetivo protetivo” que a imunidade possuiria. Desta forma, ela aduz a “representação popular” como uma coisa que precisa ser protegida, e diz que esta não se confunde com os parlamentares que a exercem, os quais não são o alvo de proteção das imunidades, sob pena delas se tornarem um privilégio pessoal. Mais uma vez, podemos levantar a questão de que não há uma linha clara que permita perceber quando se protege a “representação popular” e quando se protege o “parlamentar”.

Por outro lado, fica explícita a estratégia dos juristas de criar conceitos aos quais atrelar outros conceitos, na tentativa de dar razões aceitáveis para os resultados a que se chega. No caso, a ministra evoca o conceito de “representação popular” como o vetor a partir do qual se deve analisar o conceito de “imunidade parlamentar”, com isso justificando porque conclui que, no caso concreto, é possível aplicar medidas cautelares contra o senador.

Como forma de corroborar sua tese, Weber (STF, 2017, p. 70) utiliza o argumento de autoridade ao colacionar citação de Raul Machado Horta³⁶, a qual é semelhante ao que a ministra expôs sobre a finalidade das imunidades. O objetivo nítido desta citação é somente confirmar, por meio da autoridade, aquilo que já havia sido exposto.

É notável como o argumento de autoridade pode dar sustento a qualquer lado em uma discussão, e como palavras semelhantes podem levar a resultados opostos. Embora Rosa Weber e Alexandre de Moraes diverjam nos votos, ambos fundamentam seus argumentos em doutrina muito semelhante, já que tanto Raul Machado Horta como Paolo Biscaretti escrevem que as imunidades protegem o mandato e não a pessoa do parlamentar; a partir desta doutrina, que trata de maneira semelhante o mesmo conceito, estes dois

36 A seguir, transcrevemos literalmente esta citação (STF, 2017, p. 70):

“A inviolabilidade não pode cobrir o comportamento delituoso: corrupção por meio de voto, agressão que acompanha a manifestação do pensamento (...). A inviolabilidade preserva apenas os atos de exercício das funções parlamentares, ou conexos com elas, e não os outros. É garantia da função e não é privilégio da pessoa (...). A interpretação teleológica da inviolabilidade, como das imunidades em geral, ajustando-se ao fundamento e ao fim primordial dessas prerrogativas parlamentares, deve estar sempre presente no espírito do intérprete ou do aplicador das imunidades aos casos concretos.”

ministros chegam a conclusões totalmente diferentes.

LUIZ FUX

O ministro lança as bases do que seriam as imunidades a partir de seu ponto de vista pessoal, segundo o qual a razão delas existirem é a proteção do exercício regular do mandato, porque um dos pilares da Constituição seria a moralidade de seu exercício (STF, 2017, p. 90). Em seguida, ele afirma que “sob o ângulo republicano, [...] imunidade não é sinônimo de impunidade.” (STF, 2017, p. 90). Fux utiliza um argumento de essência-abuso, ou seja, o que se protege é o mandato exercido regularmente, não o abuso deste. Também se exploram as palavras “republicano” e “moralidade”, cujo sentido é genérico, porém são carregadas de simbolismos. Por isso, embora seja impossível especificar o que seria um “ângulo republicano” de interpretação ou de onde vem a ideia de que a “moralidade do exercício do cargo” é um “ pilar constitucional”, o magistrado apela a estas sentenças para dar suporte à sua opinião de que as imunidades protegem o “exercício regular do mandato”.

Mais do que isso, Fux vincula a existência do Estatuto dos Congressistas – inscrito nos artigos 53 a 56 da Constituição Federal - à necessidade de salvaguardar a independência e a autonomia para o livre exercício das atividades congressuais e assegurar a existência e viabilidade de funcionamento do Poder Legislativo (STF, 2017, p. 101). Por isso, elas não podem ser confundidas com privilégios de ordem pessoal; elas são a antítese da noção de privilégio (STF, 2017, p. 101-102). Aqui, coloca-se o problema de determinar qual a linha que separa a “existência e viabilidade do Poder Legislativo” de um “privilégio de ordem pessoal”.

O ministro relembra que o Supremo já havia determinado anteriormente o afastamento de um parlamentar do mandato e a prisão preventiva de um senador³⁷. O STF o fez porque, segundo o ministro, toda exceção, todo privilégio, é odioso e deve ser interpretado restritivamente (STF, 2017, p. 90-91). Aqui, além de invocar dois precedentes a favor de sua tese, Fux adiciona uma tentativa de argumento por analogia, porque pretende achar uma razão de decidir comum aos casos. Porém, a *ratio decidendi* que ele proclama (que todo

37 No caso, a AC nº 4070, relativa ao afastamento do então Deputado Eduardo Cunha, e a AC nº 4039, referente à prisão preventiva do então senador Delcídio do Amaral, a qual já foi analisada neste trabalho.

privilégio é odioso e deve ser interpretado restritivamente) não está expressa na decisão referente à prisão preventiva de Delcídio do Amaral – para tanto, basta reler a análise que fizemos alhures nesta dissertação.

Em seguida, ele afirma que a aplicação das prerrogativas deve passar necessariamente por três valores eleitos pela Constituição: 1. Moralidade no exercício do mandato; 2. Princípio republicano; 3. Postulado constitucional da isonomia (STF, 2017, p. 91). É válido destacar como se atribui a um ente despersonalizado – no caso, a Constituição – a capacidade de eleger valores que direcionam a aplicação de prerrogativas; ademais, fruto da observação anterior, impressiona o quanto precisa é a “Constituição” ao eleger estes valores, como se fosse um ser pensante e que antevisse o que poderia acontecer.

Após tecer vários elogios à imunidade parlamentar, e afirmar que sua existência é necessária, Fux alega que essas prerrogativas seriam exceções ao princípio republicano (STF, 2017, p. 103), e a partir daí o ministro discorre sobre este princípio. Sob uma perspectiva normativa, o princípio repudia e proscree comportamentos estatais ou particulares destoantes de uma gestão isonômica da coisa pública (STF, 2017, p. 104); e sob um enfoque jurídico ele tem dois desdobramentos: 1. Interdita aos aplicadores do direito “elastérios hermenêuticos quando da aplicação de preceitos que restrinjam seu âmbito de incidência, como sói ocorrer com as disposições atinentes ao regime das imunidades parlamentares” (STF, 2017, p. 104); 2. “Proscree a adoção de interpretações manifestamente ultrajantes ao estado de coisas que a norma fundamental visa a promover, como a instituição de um sistema de privilégios entre os concidadãos nacionais.” (STF, 2017, p. 104-105).

Como se vê, o voto deste ministro se concentra em associar a inviolabilidade ao conceito de privilégio – e que por isso deve ser interpretada e aplicada de forma restrita, porque a existência de privilégios é algo ruim, na visão deste julgador. Ele insiste que numa República deve haver o mínimo de privilégios, e sempre bem justificados em sua existência.

Assim como nos outros votos, o de Fux associa a atividade interpretativa com algo ruim, dizendo que o princípio republicano não permite “elastérios hermenêuticos” ou “interpretações manifestamente ultrajantes ao estado de coisas”. Como comentamos em outros lugares, impressiona o quanto a retórica da “ausência de interpretação” é forte, como se a teoria hermenêutica

dominante em nosso tempo fosse o exegetismo e o juiz é somente uma “boca da Constituição”.

Nosso próximo aspecto de análise é o pitanêutico, cujo foco é a relação entre o sujeito e os sinais com que trabalha, em especial os textos jurídicos com que é defrontado.

5.2.1.3 Pitaneutica: a busca pelo significado do texto constitucional

MARCO AURÉLIO

Neste aspecto da retórica analítica, o foco está na relação de predomínio do sujeito emissor do discurso sobre os sinais linguísticos – no caso deste processo, os textos constitucionais e legais. Desta forma, observaremos como cada ministro lidou com o material que lhe foi proposto, ou se trouxe novos textos como relevantes para sua decisão.

O sinal com que Aurélio trabalha é o artigo 53 (e seus parágrafos) da Constituição Federal, a partir dos quais ele extrai parte das conclusões de seu voto. Há uma relação muito próxima entre o texto constitucional e o conceito de imunidade parlamentar, o que reforça nosso comentário (cf. capítulo 2) de que a divisão de Ballweg não pode ser tomada rígida e estaticamente, porque sujeito, objeto e sinais estão em constante interação.

Este magistrado diz que “o objetivo maior do preceito [o art. 53, § 2º, da CF] é preservar o exercício do mandato parlamentar, cercando-o de segurança jurídica” (STF, 2017, p. 11). Trata-se de uma interpretação teleológica do dispositivo que vai de acordo com o que Marco Aurélio entende como o objetivo da imunidade formal.

Mais uma vez, destacamos como o método interpretativo escolhido não é desenvolvido, e serve como justificativa superficial de uma opinião do magistrado. Note-se que ele não explica como chegou à conclusão de que aquele texto constitucional possui um objetivo claro – no caso, “preservar o exercício do mandato”. É uma escolha pessoal que é transmitida como impessoal.

Logo após, ele aplica o método gramatical de interpretação ao artigo 53, § 3º, da CF, para destacar que mesmo recebida denúncia contra parlamentar, a Casa respectiva pode sustar o andamento da ação (STF, 2017, p. 11-12).

Aurélio relembra que o próprio Supremo, na Ação Penal nº 694³⁸, julgou que um parlamentar condenado criminalmente em sentença transitada em julgado só perde o mandato após declaração da Mesa da Casa Legislativa (STF, 2017, p. 12). Com estes argumentos, o ministro promove interpretação sistemática para demonstrar que a última palavra sobre a continuidade de um mandato é da Casa Legislativa, e não de outro Poder. Conclui que “restringiu-se, a mais não poder, embaraços ao exercício do mandato, vinculados os Poderes da República a premissas inafastáveis” (STF, 2017, p. 12).

Acima, temos o uso da regra de justiça – porque é aplicado um precedente do Supremo – junto com uma interpretação gramatical de dispositivo constitucional, para realizar interpretação sistemática das disposições constitucionais referentes à imunidade parlamentar. O uso de metodologias e argumentos se mistura, porque a argumentação prática não pode ser contida em divisões; separar e classificar é uma tarefa típica da retórica estratégica, que tenta selecionar e reproduzir padrões similares que identifica.

Há ainda aplicação da analogia, porque ele menciona o art. 53, § 8º, da CF³⁹, no qual se regula o afastamento temporário das prerrogativas parlamentares durante o Estado de Sítio. Segundo Aurélio, restringir qualquer garantia parlamentar é algo excepcional, mesmo em situações extremas como o Estado de Sítio, e por isso o Supremo deve ter o máximo de autocontenção ao decidir por uma medida como esta (STF, 2017, p. 12-13).

Aurélio, ao argumentar contra a aplicação da medida cautelar de afastamento do mandato, suscita que o artigo 319 do CPP não prevê expressamente esta modalidade de medida, o que inviabiliza sua decretação (STF, 2017, p. 14). Aqui, ele utiliza o “silêncio do legislador” como uma proibição que não pode ser superada pelo Tribunal.

Como se observa, os argumentos deste ministro se destinam a provar, a

38 Este processo é originário do STF, e se trata de um desmembramento da “Operação Sanguessuga”, na qual se investiga o desvio ilícito de recursos públicos destinados à saúde. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342193>> acessado em: 21 nov. 2018

39 Art. 53. [...] § 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

partir do texto constitucional e legal, que a medida cautelar de afastamento do mandato não é possível. Quanto às outras medidas cautelares, embora o voto seja contrário a sua aplicação, Aurélio não discute se a inviolabilidade autoriza que sejam determinadas. Esta ausência de fundamentação para a decisão demonstra que existe uma “zona de autarquia” neste aspecto do voto, o que pode ser considerado negativo.

José Rodrigo Rodriguez (2013) discute sobre a racionalidade das decisões judiciais, e afirma que, embora não seja desejável controlar o Judiciário e, ao menos teoricamente, sempre exista a possibilidade de decisões diferentes para o mesmo caso, isso não resulta na impossibilidade de exigir justificações adequadas, a partir de modelos de racionalidade que o autor (RODRIGUEZ, 2013, p. 146) define como “conjuntos de regras, cânones, conceitos ou padrões interpretativos, cujo objetivo é formar padrões para a justificação das sentenças por meio da imposição de determinados ônus argumentativos aos órgãos competentes para decidir casos judiciais”.

A função da teoria do direito seria, a partir da premissa acima, descobrir quais os modelos existentes de justificação numa época e lugar específicos; à teoria crítica do direito caberia o papel de discutir os modelos de racionalidade e propor alterações, para que sempre estivesse em discussão qual o modelo de justificação é mais adequado para aquela sociedade específica.

A partir desta premissa, o autor fala sobre a existência de “zonas de autarquia”, as quais seriam espaços no julgamento em que o juiz não fundamenta a decisão; portanto, o único fundamento é a própria autoridade institucional. A zona de autarquia se caracteriza quando não é possível identificar nenhuma justificação racional, nenhum conjunto de regras que justifique a decisão tomada (RODRIGUEZ, 2013, p. 158). É bom destacar que esta teoria não está interessada nos motivos internos ao julgador no momento da decisão; o que importa é a forma como ele exterioriza a escolha. Tampouco subjaz um juízo de valor sobre qual o melhor modelo de justificação, e até mesmo se é ruim ou bom haver zonas de autarquia nos pronunciamentos decisórios.

O voto de Aurélio, quanto à análise do texto da Constituição, é voltado às metodologias interpretativas clássicas; notamos que não houve aplicação de um princípio e tampouco de outros métodos interpretativos pós-positivistas.

Não por acaso, ele valoriza a literalidade dos textos e supostos objetivos que eles possuiriam.

ALEXANDRE DE MORAES

O ministro discorre sobre as origens históricas do instituto e seu tratamento no Brasil (STF, 2017, p. 21-28), com o intuito de promover interpretação histórica do art. 53, § 2º, da CF. Moraes começa comparando a imunidade brasileira com as americana e inglesa, concluindo que no Brasil a abrangência é maior, englobando ilícitos penais – ao contrário das outras duas, que só protegiam os parlamentares de prisões cíveis (STF, 2017, p. 22).

Em seguida, cita esta proteção sob a égide da Constituição de 1891 e menciona Habeas Corpus impetrado por Rui Barbosa no ano de 1914 em causa própria, no qual o STF teria afirmado a importância das imunidades parlamentares e sua necessidade para o equilíbrio do regime político da federação brasileira (STF, 2017, p. 23).

As páginas seguintes continuam o percurso histórico do instituto, o que nós pularemos porque já falamos sobre este tema no capítulo 3. Nosso destaque vai para o final deste esboço histórico. O voto também cita que, durante a Revisão Constitucional de 1994, o constituinte reformador tinha diante de si a possibilidade de modificar a regra referente às imunidades, mas optou por não fazê-lo; fala também que o poder constituinte reformador, em 2001, alterou as disposições constitucionais, mas manteve a possibilidade de prisão cautelar somente para o caso de flagrante de crime inafiançável (STF, 2017, p. 27-28). Com isso, o ministro entende que, se o legislador quisesse ter autorizado medidas cautelares contra congressistas, poderia tê-lo feito por emenda à Constituição. Moraes conclui que não é possível, por ausência de autorização constitucional expressa, determinar afastamento liminar do mandato ou medidas cautelares diversas da prisão contra congressistas (STF, 2017, p. 29).

A interpretação histórica é uma maneira a que os juristas recorrem com frequência para manipular os textos com que trabalham. Dar vida a uma suposta vontade do legislador histórico ou do próprio texto, a partir do passado, é um meio eficiente de decidir com base em um argumento que não é empiricamente verificável – pois é impossível saber o que estava na cabeça de cada legislador ou, ainda, a “vontade” de um conjunto de signos escritos em

papel; essa impossibilidade de refutação empírica faz com que este tipo de interpretação se preste a justificar a decisão pessoal do magistrado para o caso como uma interpretação racional.

Moraes também utiliza trechos de votos do decano da corte – ministro Celso de Mello - para defender sua tese de que a imunidade não impede a persecução criminal, mas é uma importante salvaguarda para o Legislativo (STF, 2017, p. 28). É o uso do argumento de autoridade, mas com o acréscimo de que a autoridade é um componente do Supremo (embora não seja da Turma), o que empresta mais força ao argumento.

Moraes também usa a distinção continente-conteúdo, ao dizer que não se pode anular uma garantia prevista na Constituição por causa de supostos atos ilícitos praticados por parlamentares; para ele, tomar tal decisão significa confundir o continente – Poderes do Estado – com o conteúdo – eventuais membros que pratiquem ilícitos (STF, 2017, p. 29). Assim, vemos que o ministro pretende associar o resultado do processo a um eventual enfraquecimento ou fortalecimento do Poder Legislativo. Acresce um argumento consequencialista ao aduzir que, caso sejam impostas as medidas solicitadas, cria-se “perigoso precedente” que permitiria, em situações futuras, nova “licença interpretativa” para afastar, em casos concretos, as garantias dos demais Poderes e Instituições (STF, 2017, p. 29-30).

Para finalizar o voto, ele lança dois argumentos distintos para justificar porque cautelares penais não se aplicariam a parlamentares.

A primeira justificativa, com base numa interpretação literal do artigo 319 do CPP, é que inexistente previsão expressa de aplicação de medidas cautelares contra parlamentar, em especial o afastamento do mandato (STF, 2017, p. 31). Nesse ponto, destacamos a redação do inciso VI deste artigo:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

[...]

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

O inciso traz a previsão de afastamento “da função pública”. Enquanto uma parte da Turma engloba o mandato parlamentar dentro do conceito de “função pública”, Moraes entende o contrário, que a função parlamentar não seria uma função pública *strictu sensu*, e demandaria uma previsão textual

específica de medida cautelar. É perceptível como os textos e conceitos mudam de abrangência de acordo com o intérprete e a metodologia que ele aplica.

O segundo argumento é natureza lógica, com estrutura de silogismo. Moraes afirma que o descumprimento de uma cautelar, nos termos do art. 282, §4º, CPP⁴⁰, autoriza que o magistrado substitua a medida por outra mais grave; contudo, a medida cautelar mais grave que existe, nos termos do art. 312 do CPP⁴¹, é a prisão preventiva, a qual o ministro afirma não incidir contra parlamentares, por todas as razões que deu no voto. Como consequência, a imposição de cautelares contra parlamentares não possuiria coercibilidade, porque se eles descumprirem uma medida não podem ser presos por isso – o que torna inócuo decretá-las (STF, 2017, p. 31-32).

LUÍS ROBERTO BARROSO

Em relação aos textos relevantes para a controvérsia, o voto de Barroso é curto. Ele afirma que não é possível decretar a prisão preventiva do senador, por não estarem preenchidos os requisitos do art. 53, §2º, CF (STF, 2017, p. 47). Podemos dizer que ele aplica o método da escola da exegese por meio de uma estrutura entimemática, segundo a qual os textos seriam claros e automaticamente compreensíveis, cabendo ao juiz aplicá-los como “boca da lei”. Barroso não destrincha a premissa maior (texto constitucional) e nem explica os meios de seu raciocínio, mas conclui de pronto que os requisitos constitucionais não estão preenchidos.

Embora sempre haja críticas ao excessivo “otimismo linguístico” da Escola da Exegese, é recorrente a atitude dos operadores do direito de não justificarem uma determinada interpretação de um texto legal na suposição

40 Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

[...]

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

41 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

este é claro, e para isso esconderem premissas ou apenas citarem um artigo legal ou constitucional; este modo de agir é importante, inclusive, para a fluidez da argumentação, para que fique mais palatável aos destinatários.

Na conclusão do voto, o ministro cita o artigo 319 do CPP para decretar algumas cautelares contra o senador, mas não se debruça sobre a questão teórica da aplicabilidade deste dispositivo a detentores de mandato legislativo (STF, 2017, p. 47-49). Embora seja importante no processo, não há um enfrentamento interpretativo ou argumentativo da questão, reforçando o que dissemos há pouco, no voto do ministro Marco Aurélio, de que estamos diante de uma zona de autarquia.

Como se vê, o trabalho com os signos linguísticos não ocupa muita relevância no voto de Barroso, enquanto que as falas sobre os sujeitos (réu e outros ministros) e sobre o conceito objeto da controvérsia (alcance e limites das imunidades parlamentares) são os pontos sobre os quais ele mais se debruça.

ROSA WEBER

A ministra enfrenta o tema da possibilidade de aplicação de medidas cautelares contra senador da República manipulando o texto constitucional relativo à imunidade parlamentar – o art. 53, § 2º, da CF – e os textos do Código de Processo Penal referentes às medidas cautelares penais.

Ela descarta a possibilidade de prisão preventiva contra parlamentar, porque seria um elastecimento do texto constitucional com base em posição recente da Corte – ela cita a AC 4039/DF, na qual fora autorizada a prisão preventiva do então senador Delcídio do Amaral (STF, 2017, p. 66-67). Além disso, decretar essa modalidade de prisão seria superar a literalidade do texto constitucional, o que ela reputa possível apenas para o Plenário (STF, 2017, p. 67).

A literalidade do dispositivo constitucional desempenha função importante para a decisão da ministra, e ela reconhece que há um sentido a ser extraído das palavras da Constituição. Contudo, Weber admite a possibilidade de se superar a literalidade do texto, desde que no *locus* adequado – o plenário do Supremo. É perceptível como esta ministra assume que o papel do STF não é somente “descobrir” as normas jurídicas, mas também “criá-las” e “modificá-las”, ainda que contra sua literalidade.

Por outro lado, percebemos que há um diálogo com decisão anterior da própria Corte (a AC nº 4039/DF), mas desta vez para não aplicar a tese daquele acórdão, o que denota uma indefinição do Tribunal, naquele momento⁴², quanto ao regramento definitivo das imunidades parlamentares.

Noutro ponto, Weber diz que a literalidade do artigo acima veda apenas prisões cautelares, e, com a incidência do princípio republicano, não caberia realizar uma interpretação ampliativa do texto para que a proibição se estenda às cautelares diversas da prisão (STF, 2017, p. 71). Esta é uma suposta interpretação principiológica do texto, mas sem desenvolvimento sobre como este princípio restringiria possibilidades interpretativas ao texto.

A juíza prossegue que uma interpretação teleológica e sistêmica do dispositivo leva à conclusão de que não é vedada a imposição das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP. É um argumento que vê o silêncio do legislador como uma autorização implícita, porque se ele quisesse proibir, tê-lo-ia escrito.

Ela também discorre que o art. 312 do CPP fala de “medidas cautelares diversas da prisão”, o que não seria sinônimo de “medida substitutiva da prisão” (STF, 2017, p. 71). Aqui, a sutileza das palavras entra em cena: a ministra justifica que o recolhimento domiciliar noturno não é uma forma de prisão porque, conforme exegese do art. 319, V, CPP, este é um mecanismo alternativo à prisão e, por isso, não é proibido pelo art. 53, §2º, da Constituição (STF, 2017, p. 84-85). Embora na prática seja muito semelhante ficar “preso domiciliarmente” e ficar “recolhido à noite”, o fato das palavras da lei serem diferentes num e noutro caso – a primeira é medida substitutiva à prisão e a segunda é medida alternativa à prisão – leva a uma interpretação gramatical do texto para demonstrar que a decisão se coaduna com o ordenamento jurídico, porque não há “prisão” no caso.

Outro texto relevante para o caso é a Ação Cautela nº 4070, na qual foi determinado o afastamento liminar do mandato do então deputado Eduardo Cunha. Para Weber, a razão de decidir da AC acima é a mesma do caso concreto que está em análise: trata-se de situação excepcionalíssima de desvio

42 Com o julgamento da ADI nº 5526, em 17/10/2017, o plenário do STF decidiu em caráter vinculante sobre o alcance das imunidades parlamentares. Para mais informações, eis a página para acompanhamento do processo: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4982736>>

de finalidade da atuação parlamentar (STF, 2017, p. 71). Diante da semelhança de situações, ela entende possível aplicar-se a mesma razão de decidir nos dois casos. Trata-se o uso da regra de justiça, porque a ministra compara os casos e admite que são semelhantes; por isso, a mesma *ratio* deve ser aplicada em ambos.

LUIZ FUX

Assim como Zavascki faz na AC nº 4039, este ministro cita o HC nº 89.417 para lembrar que o próprio Supremo já havia relativizado as imunidades formais quando não compatíveis com o princípio republicano e o ordenamento constitucional em geral “sem a observância do art. 53, §§ 2º e 3º, da Constituição, inclusive no que preveem a possibilidade de a Casa Legislativa resolver sobre a constrição da liberdade e suspender o andamento da ação penal” (STF, 2017, p. 106).

Fux, ao enfrentar o art. 53, § 2º, CF, promove uma interpretação literal do dispositivo e afirma que a Constituição proíbe apenas a decretação de prisões cautelares contra parlamentares; as demais medidas cautelares não são proibidas, e por isso deve-se concluir pela legalidade e constitucionalidade de sua aplicação, inclusive a prevista no art. 319, VI, CPP⁴³ (STF, 2017, p. 107-108).

Para corroborar a tese, este julgador traz à tona a ementa da Ação Cautelar nº 3957/DF, na qual a 2ª Turma do Supremo havia autorizado a medida cautelar penal de sequestro de bens contra parlamentar. A partir deste precedente, ele usa a analogia para afirmar que o Supremo já entendera que a imunidade parlamentar não abrange todas as cautelares penais, porém apenas as prisões que não sejam decorrentes de flagrante de crime inafiançável (STF, 2017, p. 108-110). Ele conclui da seguinte maneira: “Sendo estreme de dúvidas que o parlamentar se submete à medida cautelar de sequestro, pelos mesmos motivos é forçoso concluir pela plena legitimidade da sua suspensão do exercício do mandato, nos termos do art. 319, VI, do CPP.” (STF, 2017, p. 110).

43 Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Perceba-se que esta analogia parte de um caso particular e tenta extrair uma regra geral. O que Fux está dizendo, em outras palavras, é o seguinte: “se o Supremo disse, em um caso, que a medida cautelar de sequestro de bens se aplica a parlamentar, então devemos entender que todas as medidas cautelares se aplicam contra parlamentares”. A partir da admissão de uma medida específica (sequestro de bens) em um caso específico, este magistrado extrai uma regra geral de que, em todos os casos, qualquer medida cautelar penal pode ser utilizada contra um parlamentar.

Para reforçar a possibilidade de afastamento liminar do mandato, como medida cautelar processual penal, Fux usa o argumento de autoridade duas vezes: colaciona lição de Rodrigo Capez nesse sentido⁴⁴ (STF, 2017, p. 114); e menciona as AC 4070 e AC 4039, nas quais o Supremo havia adotado essa postura (STF, 2017, p. 115). Os precedentes, no caso, não são desenvolvidos e nem trabalhados; eles são manejados como “autoridades” que reforçam o ponto de vista admitido, e por isso podemos dizer que se trata do uso de argumento de autoridade e não de uso da regra de justiça, por exemplo.

5.2.2 Holotática

5.2.2.1 Ontotática: a imunidade reificada dá sentido aos fatos

MARCO AURÉLIO

Depois de observarmos como o sujeito fixou o objeto e manipulou os sinais, é interessante ver o papel que o objeto exerce na argumentação do ministro. O intuito da análise ontotática é expor as maneiras pelas quais os diversos conceitos e objetos do direito ganham “vida própria” e passam a influir sobre a compreensão de outros conceitos e objetos. A seguir, nós observaremos como cada julgador atribui à “imunidade parlamentar” vários efeitos. Não se trata mais de uma relação em que o sujeito escolhe um sentido para palavras ou conceitos; há uma “despersonificação” no voto, e as próprias

44 Eis a transcrição literal da citação (STF, 2017, p. 114):

“Rodrigo Capez, em dissertação dedicada ao tema específico sub examine, considera ser “constitucional a suspensão cautelar de agente político, na esfera processual penal, do exercício de mandato”. O autor assinala que “O Código de Processo Penal não contém dispositivo similar ao art. 289, inc. 3, do Código de Processo Penal italiano ou ao art. 138, inc. 12, do Código de Processo Penal francês, que vedam, de forma expressa, a aplicação dessa medida a titulares de mandato eletivo, por investidura popular direta”, concluindo que “Como os agentes políticos, indistintamente, exercem funções públicas, o art. 319, VI, do Código de Processo Penal, ao prever a ‘suspensão do exercício de função pública’, a todos compreende” (CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas: A Individualização da Medida Cautelar no Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 144/146).”

criações da dogmática jurídica é que limitam outras criações também da dogmática jurídica.

Na relação entre objetos, Marco Aurélio afirma que a imunidade “limita a possibilidade da supressão do direito de ir e vir, viabilizando-a apenas quando verificado flagrante de crime inafiançável” (STF, 2017, p. 11). Dessa forma, ele coloca que a possibilidade de determinar prisões fica limitada pela incidência da imunidade parlamentar. É esta imunidade quem restringe limitações ao direito de ir e vir dos parlamentares, como se ganhasse vida e ditasse os demais institutos jurídicos. Na mesma linha de pensamento, este magistrado diz que as cautelares penais contra parlamentares deverão ser raras e harmônicas com o sistema constitucional (STF, 2017, p. 13). Mais uma vez, a inviolabilidade é que determina o outro objeto (medidas cautelares penais).

O ministro compara os efeitos da liminar de afastamento do cargo com as premissas da imunidade parlamentar que ele fixou, que são: 1. Preservar o exercício do mandato, “cercando-o de segurança jurídica” (STF, 2017, p. 11); 2. Respalda a atuação desinibida, “sem peias de qualquer ordem”, dos parlamentares (STF, 2017, p. 12). Ao fazê-lo, ele conclui que o afastamento precoce “não é compatível com os parâmetros constitucionais que a todos, indistintamente, submetem, inclusive os integrantes do Supremo [...]” (STF, 2017, p. 13). O recurso à despersonificação também está presente quando se diz que os “parâmetros constitucionais” é que proíbem o afastamento precoce, mesmo que estes parâmetros sejam fruto de criação do próprio Aurélio.

Ele também confronta o conceito de “atividade parlamentar” com os atos que Aécio Neves é acusado de praticar. Em relação à tentativa de influenciar a nomeação do ministro da justiça, Aurélio escreve que

“A articulação política relativamente à ocupação de cargo de Ministro de Estado é inerente ao presidencialismo de coalização e não pode ser criminalizada, sob pena de ofensa à imunidade material dos parlamentares. Críticas à atuação do Ministro da Justiça são normais, esperadas e, até mesmo, decorrentes do exercício legítimo da função do Legislativo [...]” (STF, 2017, p. 15)

Como se vê, este ministro coloca que a atividade parlamentar no presidencialismo de coalisão pressupõe a articulação política para ocupação de um cargo de Ministro de Estado. Há o uso de vários termos muito comuns no vocabulário político, mas de difícil precisão semântica: “presidencialismo de coalisão”, “articulação política” e “imunidade material dos parlamentares”.

Neste ponto do voto, percebe-se que os fatos trazidos ao processo, os quais não estão em discussão, recebem significação a partir de um conceito que não havia sido objeto de aprofundamento: o que é a “atividade parlamentar lícita”. Por isso, é mais simples e cômodo para Aurélio associar o conceito de “atividade parlamentar lícita” a estes outros se ele, propositadamente, não minudencia o significado de cada um. Deixar em aberto as possibilidades de sentido é uma forma de se imunizar contra as críticas que vêm ao uso de termos de significação muito precisa.

ALEXANDRE DE MORAES

O objeto principal da discussão é a “imunidade parlamentar” e seus efeitos, cuja definição adotada por Moraes já demonstramos na análise ergôntica. Agora, veremos como este objeto influi e conforma os outros objetos em discussão – como as condutas do acusado e as diversas medidas cautelares penais.

A partir da definição de imunidade parlamentar – que só autoriza prisão por flagrante de crime inafiançável contra parlamentar – Moraes analisa os fatos atribuídos ao réu⁴⁵ à luz dos conceitos de “flagrante próprio, flagrante impróprio, flagrante presumido e quase flagrante”, os quais ele retira de citação do autor Júlio Mirabete⁴⁶. Confrontando fatos e conceitos, ele afirma que nenhuma das acusações se constitui em flagrante – seja ele próprio, impróprio, presumido ou quase flagrante (STF, 2017, p. 30). O uso do argumento de autoridade é essencial para definir, de modo rápido, os diversos tipos de flagrante; e, em seguida, ele presume a suposta clareza dos fatos e das definições, concluindo que os primeiros não se amoldam às segundas.

É importante destacar que é muito comum, na argumentação jurídica, adequar fatos e conceitos de maneira automática, sem uma discussão mais

45 Os quais já foram mencionados em várias partes desta dissertação: tentativa de influenciar a nomeação de ministro da justiça e articulação para aprovar o projeto chamado de “anistia ao caixa-dois”.

46 Eis a transcrição literal da citação (STF, 2017, p. 30-31):

“Vislumbra-se, portanto, a inexistência das hipóteses de flagrante próprio, que ocorre quando o delito está ou acabou de ser cometido; de flagrante impróprio ou quase flagrante, ocorrido quando o autor é perseguido, logo após, pela autoridade, sem que haja na perseguição solução de continuidade; e flagrante presumido, quando o autor é encontrado, logo depois da prática do crime, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (JULIO FABBRINI MIRABETE, *Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 372 e ss.; GUILHERME DE SOUZA NUCCI. *Código de Processo Penal Comentado*. 16. Ed. São Paulo: 2017, p. 760 e ss.; EUGENIO PACELLI. *Curso de Processo Penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 540 e ss.).”

aprofundada da relação entre eles. Esta forma entimemática de expor o raciocínio, além de conferir fluidez, encobre de maneira eficiente diversos pontos em que seria possível ao adversário contrapor as conclusões de seu oponente.

LUÍS ROBERTO BARROSO

Quanto à relação entre os objetos, temos importante argumento quando Barroso confronta o “mandato parlamentar” com os fatos narrados no caso. Para ele, o mandato parlamentar “não pode nem deve servir de escudo para prática de crimes ou de atos tendentes a embaraçar investigações” (STF, 2017, p. 47). Dessa forma, pressupondo que este era o uso que o mandato vinha recebendo pelo acusado, Barroso afirma que o afastamento do mandato não se configura em atentado à Separação de Poderes, mormente porque pensar o contrário seria transformar em “odioso privilégio pessoal” uma garantia pensada em prol do interesse público (STF, 2017, p. 47).

Muito relevante também é observar que, no voto, o ministro faz uma diferenciação entre o que seria “atividade lícita e própria” de um parlamentar em contraponto ao “uso das prerrogativas para interesse próprio”. Tal distinção é importante porque um dos pontos centrais do discurso desse ministro, para determinar a adoção de medidas cautelares, é que o cargo tinha uma utilização ilícita, com vistas a beneficiar o ocupante.

Neste sentido, Barroso comenta a ação do senador em aprovar projeto de lei que anistiaría o chamado “caixa-dois”. O ministro diz que “a atuação no processo legislativo é, como regra, atividade lícita. De todo modo, é impossível deixar de observar as articulações destinadas a embaraçar as investigações” (STF, 2017, p. 41). No voto, a linha que separa a atividade lícita de participar do processo legislativo e a atividade ilícita de embaraçar investigações são gravações de conversas do senador (transcritas nas páginas 41 e 42 do acórdão), nas quais Barroso entende que o objetivo dele é não ser punido. Dessa forma, é com base em uma ligação ato-pessoa e discurso-orador que o ministro afirma que, no caso, defender a anistia do caixa-dois é uma atividade delituosa.

Há a transformação de um fato aparentemente objetivo – votar e propor projetos de lei – em uma atividade que depende do caráter do sujeito e de suas intenções.

ROSA WEBER

Sob a perspectiva ontotática, Weber entende que o texto constitucional, lido sob a ótica do princípio republicano, não autoriza promover interpretação ampliativa da imunidade parlamentar (STF, 2017, p. 71), mormente porque os fatos narrados no caso indicam uma atuação parlamentar desviada da finalidade pública, o que impede a leitura ampliativa do texto constitucional, sob pena de criar-se um privilégio odioso (STF, 2017, p. 72).

A interpretação principiológica do texto constitucional é basilar, na argumentação da ministra, para determinar o sentido dos institutos constitucionais relativos aos parlamentares. Um modo de emprestar mais força ao argumento é afirmar que este princípio proíbe uma “interpretação ampliativa” da imunidade parlamentar, como se fosse um conceito com sentido “pré-pronto” ao qual os opositores de Weber quisessem ampliar o âmbito de incidência ignorando os princípios constitucionais.

No que concerne às relações entre os diversos “objetos” da decisão, a ministra destaca e enfatiza as acusações que sofre o réu – lavagem de dinheiro, corrupção passiva, pagamento de propina e embaraço a investigação (STF, 2017, p. 62-65). Ela afirma que se está diante de uma “atividade parlamentar desviada da finalidade pública”, o que alteraria o significado da imunidade no contexto específico da decisão. Há uma atribuição de influência dos fatos sobre as normas, de certa maneira invertendo o esquema tradicional da subsunção, baseado no silogismo aristotélico.

Em seguida, ela dedica seu voto a interpretar os textos referentes à imunidade parlamentar e a construir este objeto – conforme mencionamos quando da análise fonética.

A partir da fixação do conceito e limites da imunidade parlamentar, a ministra passa a confrontar este instituto com os fatos de que é acusado o senador. Ela diz que “não estamos a tratar, senhor Presidente, de uma investigação criminal comezinha. Os fatos são graves e recomendam cautelas adicionais” (STF, 2017, p. 71). A magistrada diz que se está diante de uma situação excepcionalíssima, caracterizada por desvio de finalidade do mandato parlamentar – e usa um argumento de simetria, porque invoca a decisão

tomada na AC 4070⁴⁷, afirmando que neste processo o Plenário do STF afastou o então deputado Eduardo Cunha pela existência de fortes indícios de uso do cargo para promoção de atividades ilícitas, situação similar à do processo em análise (STF, 2017, p. 71-72).

Embora anuncie a similaridade dos casos, esta juíza não compara os fatos dos dois processos, talvez por acreditar que seus colegas – que haviam participado do julgamento da AC nº 4070 – fariam a associação dos fatos.

Weber, para reforçar, diz que o senador está implicado em uma “situação objetiva de prisão preventiva”, em virtude de cogitadas práticas criminosas que guardam pertinência, “ao menos em tese”, com uma atuação parlamentar desviada do interesse público. Este argumento é cheio de objetivações da realidade: há uma “situação objetiva de prisão preventiva”, há uma “atuação parlamentar desviada do interesse público”, frases que ganham vida própria e denotariam realidades independentes das interpretações dos sujeitos.

Podemos vislumbrar – ainda que implicitamente – uma estrutura de argumento com base nas diferenças de grau: se a situação permitiria a prisão preventiva – a mais extrema das cautelares, que só não será decretada porque o réu é parlamentar – é possível então aplicar-se outras cautelares penais, que necessariamente serão mais brandas e, por isso, desde já autorizadas.

LUIZ FUX

Depois de ter estabelecido o sentido do princípio republicano (objeto), o ministro a partir dele significa a imunidade parlamentar, afirmando que esta se configura em exceção ao princípio republicano e, por isso, deve ser interpretada restritivamente, conforme o brocardo “*Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*”⁴⁸ (STF, 2017, p. 105-106). A partir de um princípio constitucional, este ministro determina o possível sentido e alcance de outro instituto constitucional, promovendo restrições ao alcance da “imunidade parlamentar”.

Portanto, a imunidade não pode ser interpretada para além do que previsto no texto constitucional. O texto, segundo Fux, só resguarda um tipo de medida cautelar penal: a prisão processual não decorrente de flagrante de

47 Esta Ação Cautelar trata do pedido de prisão cautelar e afastamento do mandato do então presidente da Câmara dos Deputados, deputado Eduardo Cunha. Neste processo, o parlamentar foi afastado do mandato, e a cassação foi decretada posteriormente pela Casa.

48 As exceções são interpretadas estritamente.

crime inafiançável (STF, 2017, p. 107). Assim, se a Constituição não proíbe a aplicação das outras cautelares, deve-se concluir pela constitucionalidade e legalidade de sua aplicação (STF, 2017, p. 107-108).

Como dissemos noutra lugar, temos nova evidência de como o trabalho com o direito não pode ser contido em classificações estanques: nos dois parágrafos acima, temos uma mistura de metodologias interpretativas clássicas – a literal e a sistemática – com uma interpretação principiológica, diferenciáveis somente quando tomamos tempo para analisar a fundo o voto.

Além disso, o julgador também trabalha com os “fatos” do processo, que seriam as condutas atribuídas ao senador. Segundo Fux, não se vinculam à imunidade parlamentar, porque se trata de “abuso do mandato democraticamente conferido, para fins não protegidos pela Constituição” (STF, 2017, p. 116-117).

Como nos outros votos, a fundamentação de Fux passa por dois pontos principais: o primeiro, confrontar os fatos narrados no processo com o conceito de “mandato parlamentar” e daí verificar se houve abuso; o segundo, observar se a “imunidade parlamentar” impede a imposição de quaisquer medidas cautelares penais ou somente proíbe as prisões cautelares.

5.2.2.2 Teleotática: os relatos desfavoráveis e incontroversos determinam a condição de réu do acusado

MARCO AURÉLIO

O objetivo da análise teleotática é determinar como os objetos (conceitos e fatos, por exemplo) influem sobre os sujeitos processuais. O termo “influência” aqui possui um sentido forte, que determina a posição processual e os limites de ação dos envolvidos na causa.

No voto de Marco Aurélio, a imunidade parlamentar é um fator que limita a ação do Supremo Tribunal Federal. Para este ministro, a incidência deste instituto impede que a Corte suspenda ou encerre o exercício do mandato parlamentar. Para ele, o afastamento cautelar do mandato já se configura uma “cassação branca”, operada ilegitimamente. Caberia ao próprio Senado a tarefa de suspensão e encerramento, e o STF não poderia substituir-se ao Legislativo (STF, 2017, p. 17). Notemos como as possibilidades de ação de dois sujeitos do processo – Legislativo e Judiciário – são atribuídas a partir de um conceito constitucional específico.

A balança do poder, numa democracia, está em constante mudança, ora pendendo para um lado, ora para outro. A elaboração de uma Constituição tem como objetivo balizar esta luta entre os diversos Poderes através de critérios “neutros” e “impessoais”, gravando-se diversos princípios e regras no texto constitucional. Porém, ao cabo de tudo, caberá a algum órgão determinar o sentido do texto, e por isso percebemos que a expressão “autocontenção” é sempre apontada ao Judiciário: este Poder, em geral encarregado da jurisdição (dizer o direito), é “intimado” a se controlar ao interpretar as disposições legais e constitucionais, mormente aquelas relativas à própria competência. Neste voto, destacamos que Aurélio adota tal postura a partir do sentido que ele próprio designa ao conceito de “imunidade parlamentar”, embora tivesse a opção de conceder ao Tribunal a competência de afastamento dos parlamentares, como seus colegas de Turma fizeram.

Outro objeto de discussão é se os fatos narrados se configuram abuso do cargo, e por consequência se o réu do processo deve ser considerado um delinquente ou não – o que é uma definição do sujeito a partir de conceitos da dogmática penal. Enquanto na análise ontotática nos debruçamos sobre a relação fato-norma e destacamos a “qualificação normativa dos fatos”, aqui nós vamos um passo adiante e expandimos a análise para a relação fatos normativamente qualificados → sujeito.

Para Marco Aurélio, Aécio Neves sequer cometeu fato típico, porque as atividades que empreendeu seriam próprias a um senador da República (STF, 2017, p. 15-16). Deste modo, qualificando-se os fatos como “lícitos” e pertinentes ao cargo ocupado, temos a definição da posição jurídica do sujeito, que na opinião do ministro deixa de ser réu e se torna um parlamentar atuante.

ALEXANDRE DE MORAES

O voto deste ministro é diferente dos demais, neste aspecto, porque ele não analisa a situação pessoal de Aécio Neves e as condutas a ele atribuídas. O voto é direcionado ao deslinde de conceitos como “inviolabilidade”, “flagrante” e “afiançabilidade”, havendo pouca menção aos fatos trazidos na denúncia. Por esta razão, não identificamos situações em que seja possível a análise teleotática no voto deste ministro, o que é um indicativo de que, na visão dele, a questão principal em causa era de cunho eminentemente doutrinário e teórico, com pouca relevância para a situação fática.

LUÍS ROBERTO BARROSO

No aspecto teleotático, o voto de Barroso é fundamentado em duas estratégias. A primeira é o uso de entimemas para enquadrar os fatos da denúncia às prescrições da lei penal; e a segunda é o uso da estrutura de argumentação ato-pessoa.

A estrutura do voto de Barroso é destinada ao uso do entimema, porque ele o divide de acordo com os crimes atribuídos ao senador (pedido de dinheiro, lavagem de dinheiro e interferência em investigações, além de um tópico chamado “habitualidade das práticas ilícitas”). Em cada um dos tópicos, há a descrição dos indícios colhidos pelo Ministério Público como provas irrefutáveis e, no ensejo, é atribuída uma tipificação penal às condutas.

No tópico “O pedido de dinheiro” (STF, 2017, p. 38-40), por exemplo, Barroso inicia com a seguinte frase: “A presença de indícios de materialidade e autoria quanto à prática do crime de corrupção passiva está consubstanciada no seguinte: [...]”, e daí ele transcreve gravações em que Neves teria solicitado dois milhões de reais ao empresário Joesley Batista. Nos outros tópicos, temos estrutura semelhante, com transcrições de conversas acompanhadas por enquadramento do acusado no tipo penal específico.

Por outro lado, vemos que boa parte deste voto é dedicada a elaborar a imagem de Neves (um dos sujeitos) a partir de todas as práticas que lhe são atribuídas. Como “cereja do bolo”, o tópico “necessidade de imposição de medidas cautelares” inicia da seguinte maneira:

“Com tudo quanto até aqui visto, entendo que as manobras praticadas pelo Senador demonstram a submissão do interesse público ao interesse privado. É dizer: o Senador utilizou a atividade parlamentar, que lhe foi conferida pelo voto popular, para promover interesses privados e obstruir investigações realizadas pela Polícia Federal.” (STF, 2017, p. 45)

Barroso conclui de maneira explícita que o uso do mandato era principalmente com vistas a atender interesses privados e obstruir investigações.

Há sentenças que são exemplares do uso da estrutura argumentativa ato-pessoa, com o intuito de mostrar que Aécio Neves era um criminoso contumaz. O ministro diz, por exemplo, que “os elementos probatórios já produzidos indicam, igualmente, que as condutas investigadas não constituíam fatos isolados, inserindo-se em um padrão que vinha de mais longe” (STF,

2017, p. 40). Este trecho faz expressa menção aos “elementos probatórios”, reforçando que constam, no processo, uma série de “elementos” que corroboram as conclusões do voto, e estes objetos é que determinam a posição que o sujeito irá ocupar – no caso, de um réu que deve ser afastado do cargo de senador.

ROSA WEBER

No voto desta ministra, os fatos são essenciais para determinar quem é o sujeito (Aécio Neves). Ela dedica algumas páginas (STF, 2017, p. 62-65) a narrar todas as denúncias contra o acusado⁴⁹, e diz, em momento posterior, que “os fatos são graves e recomendam cautelas adicionais” (STF, 2017, p. 71). Porém, ao contrário de Barroso, esta magistrada não coloca no voto os “elementos probatórios”, como depoimentos e transcrições de gravações telefônicas. Ela os menciona e prossegue suas razões de decidir.

Para Weber, os fatos dão conta de que Aécio Neves estava exercendo “atuação parlamentar desviada”, com práticas criminosas executadas através do mandato (STF, 2017, p. 72). Ela vai além, e justifica as medidas cautelares porque ele é um “proeminente político nacional”, “homem público experiente” e com influência sobre setores dos outros Poderes e com capacidade de articulação “evidente” (STF, 2017, p. 72). O destaque às qualidades pessoais do réu, neste caso, são apenas para ampliar sua “periculosidade”.

Acima, notamos que fato e sujeito se coimplicam: a ministra, por causa das qualidades pessoais e políticas do acusado, o vê como um perigo à instrução criminal; no entanto, estas características são vistas como “negativas” somente por causa das acusações que sofre o senador; em situações “comuns”, é um elogio dizer que alguém é um “proeminente político” e “bom articulador”. Este é um exemplo de que a estrutura argumentativa ato-pessoa pode ser manobrada de tal maneira que mesmo uma virtual qualidade do sujeito pode ser transformada em “defeito”, dependendo de quem profere o discurso.

LUIZ FUX

No voto deste ministro, o “princípio republicano” é o vetor principal sob o

49 Rosa Weber menciona as seguintes acusações: lavagem de dinheiro; corrupção passiva; embaraço a investigação de organização criminosa; uso do mandato para beneficiar o grupo empresarial J&F; além de “corrupções diversas”.

qual ele determina os comportamentos que se esperam dos sujeitos.

Em primeiro lugar, Fux entende que o princípio acima, sob uma perspectiva normativa, proíbe e condena comportamentos de agentes estatais ou particulares destoantes da gestão isonômica da coisa pública (STF, 2017, p. 104). Portanto, a partir de uma interpretação principiológica, ele retira consequências práticas concernentes ao comportamento dos cidadãos em geral. Com base nesta “expectativa comportamental”, Fux entende, na conclusão do voto (STF, 2017, p. 116), que Aécio Neves abusou do mandato e se articulava para cometer delitos e garantir a própria impunidade.

As outras duas consequências que o princípio republicano teria, sob o que Fux chama de “enfoque jurídico”, é, primeiramente, interditar que juízes e cortes “procedam a elastérios hermenêuticos quando da aplicação de preceitos que restrinjam seu âmbito de incidência, como sói acontecer com as imunidades parlamentares [...]” (STF, 2017, p. 104). É muito usual, na argumentação, falar da atividade interpretativa como algo que deva ser evitado; nesta dissertação, temos exemplo desse tipo de expediente no voto de Rosa Weber (cf. análise agôntica), de Alexandre de Moraes (cf. análise axiotática) e de Zavascki; em todos, estes ministros condenam uma suposta atividade interpretativa que levaria a resultados esdrúxulos, ou se defendem da acusação de realizar tais “peripécias hermenêuticas”.

Aqui, cabe lembrar um comentário que fizemos no capítulo 4: embora seja amplamente aceito que a atividade interpretativa é inerente ao trabalho judicial, os diversos operadores do direito insistem em dizer que não interpretam ou, quando o admitem, que sua interpretação está dentro de parâmetros pré-existentes. Além de notarmos a influência da “teoria da moldura” de Hans Kelsen⁵⁰, destacamos a presença, ainda que inadmitida, do exegetismo francês quando os juízes afirmam que a “norma é clara” e que “não há espaço para elastérios hermenêuticos”, como se a interpretação que fizessem não fosse um “elastério hermenêutico” por si só.

50 Kelsen dedicou o último capítulo de sua obra “Teoria Pura do Direito” à interpretação jurídica. Neste capítulo, ele admite que os textos jurídicos nunca trazem um sentido unívoco, mas formariam uma espécie de moldura dentro da qual o intérprete tem a liberdade de escolher o sentido que quiser.

Podemos afirmar que, ao menos no caso que analisamos, os magistrados se valem dessa conceptualização da linguagem jurídica para legitimarem suas interpretações e deslegitimarem as opostas, colocando a si mesmos como “dentro da moldura” e as divergentes “fora da moldura”.

A segunda consequência que um “enfoque jurídico” do “princípio republicano” teria é proscrever “interpretações manifestamente ultrajantes ao estado de coisas que a norma fundamental visa a promover” (STF, 2017, p. 104). Aqui, Fux retira mais uma consequência direcionada aos intérpretes, mas ele utiliza uma linguagem extremamente obscura, cujo sentido necessita de um “elastério hermenêutico”. Qual seria o “estado de coisas” do qual ele fala? A norma fundamental, por si só, tem a intenção de promover o que quer que seja? Se há interpretações “manifestamente ultrajantes” ao estado de coisas, então haveria as “sutilmente ultrajantes”? Como se vê, a consequência que Fux retira de um princípio aberto como o “republicano” é uma maneira de legitimar as conclusões do voto, e não de estatuir um comportamento específico para outros sujeitos, como ele diz.

A linguagem jurídica, como podemos intuir, não é constituída de expressões neutras e objetivas. Em razão da necessidade dos falantes da língua, é usual que os juristas também lancem mão de artifícios linguísticos para conferir aos seus discursos um caráter persuasivo, grandiloquente e culto. No voto de Fux, vemos que ele tenta atribuir objetividade ao dizer que o comportamento dos sujeitos é balizado por um princípio constitucional – o “republicano” – mas ao supostamente destrinchar o princípio, o que percebemos é o uso de figuras de linguagem, especialmente metáforas e hipérboles, com vistas a justificar uma opinião (doxa) em vez de supostamente transmitir um conhecimento (episteme).

5.2.2.3 Axiotática: a maneira pela qual os pretensos fatos dão sentido aos sinais

MARCO AURÉLIO

A análise axiotática está dirigida à forma como os objetos da decisão – conceitos e fatos – são determinantes para a compreensão dos signos – precedentes e diversos textos jurídicos. Outro tipo de situação que com que se preocupa este âmbito é a forma como os nomes são subordinados a significados específicos, como se ontologicamente houvesse uma relação fechada entre significante e significado.

No voto de Marco Aurélio, não encontramos argumentos baseados em uma prevalência dos objetos processuais – em especial os fatos – sobre os sinais. Um dos possíveis motivos é que a fundamentação é amplamente

baseada em definir o alcance da inviolabilidade parlamentar e, a partir daí, analisar as acusações para concluir que não havia suporte fático para a prisão do senador. O papel dos sinais – em especial a Constituição e a legislação penal – não é de mera “subserviência”, inclusive porque o princípio “republicano” ocupa papel relevante como vetor interpretativo.

ALEXANDRE DE MORAES

Os fatos do processo – que também se constituem um objeto – determinam e moldam o sinal quando Moraes afirma que o caso é diferente dos discutidos nos únicos precedentes do STF sobre o tema (AC nº 4039 e HC nº 89.417/RO), de forma que “não existe espaço interpretativo para relativizar essa norma constitucional [art. 53, §2º, CF] sob pena de subversão do equilíbrio entre os Poderes” (STF, 2017, p. 29). Deste modo, ele afasta eventual uso de precedentes (sinais) para corroborar a tese contrária à sua, a partir dos fatos do processo.

É interessante perceber que, embora afirme a não aplicabilidade dos precedentes, o ministro não discorre sobre os motivos para isso. Ele não se debruça sobre os fatos em análise e os fatos referentes aos outros dois processos. Em especial, destacamos que a AC nº 4039/DF (analisada nesta dissertação) trata também de pedido de prisão preventiva contra senador da República, trazendo diversas semelhanças que Moraes poderia explorar, caso quisesse.

Ademais, fica subentendido, na fala deste juiz, que nos casos anteriores o texto constitucional havia sido relativizado, o que não seria mais possível porque “os fatos” eram diferentes agora. Neste argumento, percebemos a adoção de uma tese no sentido de que o texto pode ser moldado a partir dos fatos de cada processo, havendo um sentido inerente que é “relativizado” de acordo com as provas e circunstâncias específicas.

LUÍS ROBERTO BARROSO

O voto de Barroso não utilizou a estratégia de colocar os objetos acima dos signos. Como dissemos na análise agôntica, o interesse deste magistrado é em demonstrar que Aécio Neves é uma pessoa que irá delinquir e atrapalhar as investigações, caso não seja afastado do mandato.

ROSA WEBER

Sob a perspectiva axiotática, destacamos que o voto desta ministra é o

único em que há argumentos direcionados a distinguir “recolhimento domiciliar noturno” e “prisão domiciliar”, com o fim de justificar o motivo de uma poder ser decretada contra parlamentar, enquanto a outra não. É interessante perceber como dois institutos que, na prática, levam a resultados semelhantes, são objeto de intensa explanação doutrinária para justificar a aplicabilidade de um e a inaplicabilidade do outro. Este tipo de argumentação é voltada, principalmente, a estabelecer diferenças entre signos a partir de uma suposta realidade inerente a eles, com estabilização do nome a partir da “coisa” que ele significa.

A prisão domiciliar, nos dizeres de Weber, é destinada àqueles que estão em prisão preventiva, mas por razões pessoais excepcionais não podem continuar no estabelecimento prisional; já o recolhimento domiciliar noturno é um mecanismo alternativo à prisão, conforme expressa disposição legal (STF, 2017, p. 84-85). Há o uso de um argumento quase-lógico de incompatibilidade de asserções, conjugado a uma interpretação literal da lei, porque a ministra fala em “expressa disposição legal” para afirmar que o recolhimento domiciliar noturno é medida alternativa à prisão, além de se alongar nas minúcias dos conceitos.

O outro argumento que Weber utiliza é o de autoridade, porque cita quatro autores diferentes, todos da área do direito penal (STF, 2017, p. 85-87), para confirmar o entendimento dela sobre a diferença desses institutos. Não há um debate de ideias ou, ao menos, um comentário às citações: ela as coloca no voto como autoritativas por si mesmas (cf. análise ontotática do voto desta ministra, na qual aprofundamos esta estratégia e colacionamos as citações). Note-se que esta ministra evita discutir os efeitos práticos do recolhimento domiciliar noturno – os quais seriam semelhantes aos da prisão. Todo o voto, neste aspecto, gira em torno de conceitos e textos legais – o “paraíso dos conceitos jurídicos” - sem adentrar na realidade “obscura e limitadora” da “existência terrena” (JHERING, 2015, p. 278-281).⁵¹

51 Jhering, na sua obra “Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantastiebild. Scherz Und Ernst In Der Jurisprudenz”, publicada originalmente em 1884, criticava a mania dos juristas de trabalhar com os conceitos de maneira idealizada e desvinculada da realidade, como se estivessem em outro plano da existência e não dependessem dos seres humanos para existir. A respeito do céu conceitual de Jhering, cf. ADEODATO, João Maurício. “O sério e o jocoso em Jhering – uma visão retórica da ciência jurídica” in **Ética & Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

Assentadas as diferenças entre “prisão” e “recolhimento domiciliar noturno”, a ministra usa esse conceito de “recolhimento domiciliar noturno” para dizer que, por sua natureza distinta da prisão, o art. 53, § 2º, da CF, não impede que seja decretada contra congressistas (STF, 2017, p. 85). Ou seja, o texto constitucional é interpretado a partir dos conceitos jurídicos e da suposta distinção ontológica que haveria entre eles.

LUIZ FUX

Quanto ao aspecto axiotático da análise, Fux dedica alguns parágrafos a corroborar a tese de que as imunidades não são privilégios, porém prerrogativas, criando uma associação entre o nome e a coisa. A base de seu argumento é uma citação do autor francês Maurice Hauriou e uma incidência do princípio republicano e do postulado da igualdade de todos perante a lei.

Nos dizeres deste magistrado (STF, 2017, p. 101-102), o privilégio é uma “lei privada”, conforme sugere a raiz latina do termo⁵², uma exceção à lei comum derivada da situação de superioridade das pessoas que lhes são titulares, e é anterior à lei; enquanto a prerrogativa é um conjunto de precauções que rodeiam uma função e servem para o exercício desta. Portanto, o privilégio é de ordem pessoal, enquanto a prerrogativa é de natureza institucional.

A partir da distinção entre privilégio e prerrogativa, Fux constroi o voto no sentido de que as imunidades não podem ser lidas como privilégios de ordem pessoal, mas como prerrogativas institucionais. Como dito há pouco, esta parte do voto faz uma associação taxativa entre prerrogativas e imunidades, como se uma e outra não pudessem ter significado diferente em nenhuma circunstância. Nestas definições, permanece ainda o problema semântico que destacamos em algumas partes: qual o limite entre a “proteção do parlamentar” e a “proteção do mandato”, ou como é possível fazer esta distinção?

Aqui, terminamos nosso capítulo de análise, no qual tentamos aplicar a teoria de Ottmar Ballweg ao estudo de duas decisões judiciais. A seguir, faremos as conclusões a respeito desta experiência e considerações finais sobre a tarefa que nos propomos nesta dissertação.

52 Segundo Fux, a palavra privilégio teria como origem a expressão romana “lex privata” - lei privada.

6 CONCLUSÕES

6.1 Resultado do julgamento e estratégias utilizadas: hipóteses e possibilidades

Neste tópico, faremos um apanhado da análise realizada, e compararemos os votos entre si, comentando eventuais semelhanças e diferenças. Para situar os comentários mais adequadamente, dividiremos este capítulo de resultados conforme a divisão da retórica analítica. Para isso, em cada subtópico exporemos as estratégias retóricas usadas em cada voto; com isso, compararemos o resultado do julgamento e a argumentação expendida.

Noutro momento, falaremos sobre a experiência de aplicar a retórica analítica como ferramenta de análise de decisões judiciais, indicando dificuldades e benefícios que encontramos. Por fim, tentaremos propor novas possibilidades para a teoria e suas categorias, com o intuito de aprimorá-la para usos posteriores em estudos de casos concretos.

6.1.1 Agônica: As formas pelas quais os sujeitos cooperam e conflitam

Nesta subdivisão da metódica retórica, que versa sobre as relações entre os sujeitos, há uma clara distinção entre o voto da AC nº 4039 e os cinco votos da AC nº 4327.

O voto de Zavascki não possui nenhum tipo de referência a possíveis pontos-de-vista contrários ao seu; este ministro, tampouco, dirige palavras à relação Legislativo-Judiciário ou procura demonstrar que não há violação ao princípio da Separação dos Poderes. Os fundamentos do julgamento tomam por base argumentos de autoridade, principalmente para definição e conceptualização dos objetos da decisão. Estes argumentos de autoridade são entendimentos do próprio Supremo Tribunal Federal.

Podemos a partir daí supor que um dos motivos para esse uso é a necessidade de mostrar que a decisão “inovadora” – prisão cautelar de senador – era decorrente da jurisprudência do próprio Supremo, sem “ativismo” de Zavascki. Por essa razão, entendemos que tal postura é dirigida aos seus colegas de Segunda Turma, que deveriam referendar a escolha que havia tomado.

Por outro lado, na AC nº 4327, os cinco ministros dedicaram parte de seus votos à relação entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, sempre no intuito de justificar a sentença que tinham tomado e de criticar, ainda que

veladamente, aqueles que decidiam ao contrário. Neste processo, a interpretação principiológica – em especial com base no princípio da Separação de Poderes e no Princípio Republicano – é invocada como razão de decidir.

Os dois ministros vencidos (Marco Aurélio e Alexandre de Moraes) colocam explicitamente que afastar Aécio Neves do mandato ou impor medida que lhe restrinja a atividade parlamentar é uma ofensa ao Senado da República e à Separação de Poderes, porque apenas à Casa Legislativa caberia a iniciativa de encerrar ou suspender o mandato de um de seus membros. Ambos enfatizam a necessidade de “respeitar” o Senado da República, cabendo a este Poder tomar as medidas necessárias contra o senador, caso assim entendesse. O simples afastamento já seria uma medida extrema e arriscada para o equilíbrio institucional. Ambos suscitam que há “risco para a democracia” em tal medida judicial, e lançam mão de um argumento consequencialista ao afirmarem que tal tipo de ação pode gerar efeitos contra o próprio STF e o MP no futuro, com hipotéticos afastamentos liminares e suspensão de garantias de magistrados e procuradores.

Os ministros vencedores, por seu turno, também se valem do princípio da separação dos poderes, mas para afirmar que não há violação e nem desprestígio ao Poder Legislativo, porque o caso dos autos trataria de uma hipótese excepcional. Todos se dedicam a tecer elogios à Democracia e à Separação dos Poderes, sempre reafirmando que estão cumprindo estes princípios.

Um ponto de destaque, quanto à relação entre os próprios ministros, é que a ministra Rosa Weber e o ministro Luiz Fux fazem críticas expressas e nominais ao ministro Marco Aurélio. Fux diz que não lhe acomete um “sentimento mais leve que Vossa Excelência (Marco Aurélio) procura imprimir” e Weber aduz que o afastamento de Aécio Neves do mandato parlamentar não se constitui em afronta à democracia ou à separação de poderes, “com todas as vênias ao eminente ministro Marco Aurélio”.

Como se vê, há um comportamento mais “beligerante” nos votos da AC nº 4327 quando comparados ao voto de Zavascki na AC nº 4039. Entendemos que o motivo é que o julgamento do primeiro processo foi colegiado, com leituras de voto e manifestações orais públicas; esse tipo de exposição, além

da possibilidade de gerar debates, faz com que os julgadores se preocupem mais com uma audiência difusa – a qual engloba a imprensa e a “população” como um todo – e com a imagem que seu voto transmitirá; além disso, há um zelo em diminuir a adesão às teses do adversário, o que explica a postura de Fux em dizer que Aurélio está com um “sentimento leve” no seu voto.

O uso de princípios amplos e de adesão geral, como a Separação dos Poderes e o Democrático, também se constitui numa forma de legitimar perante um público amplo a decisão, assentando em supostas bases jurídicas o voto, tanto o favorável quanto o desfavorável a Aécio Neves. Já Zavascki, cuja decisão não possuiria toda esta exposição midiática – afinal é uma decisão monocrática, sem debates e transmissão televisiva – se volta mais a uma legitimação pela via do argumento de autoridade, manifestado pelo uso constante de precedentes e entendimentos anteriores do próprio Supremo.

Quanto à relação com o réu, todos os votos trabalham com a ligação atópica; o que muda, no entanto, é a qualificação dos fatos de que cada senador é acusado e as falas direcionadas a eles.

No caso da AC nº 4039, Zavascki interpreta as acusações como demonstradoras de uma atuação voltada a obstruir investigações criminais com uso do mandato. Ele classifica o senador como um sujeito que irá delinquir, caso não seja impedido. Como não há contraposição, Zavascki usa a estratégia de copiar parte da petição inicial do Ministério Público e repetir algumas das acusações em “voz própria”, sempre no intuito de evidenciar as práticas ilícitas atribuídas a Delcídio do Amaral. Não há elogios pessoais ao réu.

Na AC nº 4327, os ministros que votam contra Neves fazem questão de expor que não possuem sentimentos pessoais contrários ao senador, para reforçar a imagem de neutralidade do voto. Nesse sentido, Roberto Barroso dedica alguns parágrafos a descrever suas relações com o acusado e dizer que seus sentimentos internos são bons; Fux fala que se trata de uma “pessoa querida”, com quem não tem muita intimidade mas que sempre “apreciou”. Rosa Weber é a única que não faz esse tipo de elogio: ela reconhece a importância política do parlamentar, mas usa tal elemento como reforço para afastá-lo do cargo, porque denotaria a capacidade que ele possui de influenciar no andamento das investigações.

Marco Aurélio e Moraes, de outro lado, portam-se de modo diferente. O primeiro, assim como Weber, menciona a trajetória política de Neves, mas usa este elemento como um fator benéfico, para que não lhe fosse imposta a medida cautelar de recolhimento de passaporte; o voto de Moraes não possui descrição de sentimentos pessoais ou destaque à influência política do acusado: sua justificação é centrada nas acusações e no instituto da inviolabilidade parlamentar.

Nossa hipótese, neste ponto, é que Barroso e Fux sentem-se movidos a afastar possíveis acusações de “subjetivismo” em seus votos, e por esse motivo fazem uma distinção entre supostos lados “pessoal” e “profissional” que estariam presentes, reforçando que o julgamento é feito com base somente no aspecto profissional e sem qualquer desprezo pelo réu.

6.1.2 Ergôntica: os distintos significados que a inviolabilidade pode adquirir

Neste aspecto da análise, percebemos diferenças primordiais entre a AC nº 4039 e a AC nº 4327. Nesta, os votos dos ministros focalizam o instituto da inviolabilidade parlamentar, para especificar seu sentido e alcance. Naquela, Zavascki se dedica às minúcias da “prisão preventiva” e, posteriormente, fala sobre a inviolabilidade.

Em razão de ter decretado prisão preventiva contra um senador da República – decisão *sui generis* e que permanece solitária na jurisprudência brasileira – o ministro tinha, entre seus ônus argumentativos, demonstrar que estavam preenchidos os requisitos da lei penal para esse tipo de medida. Daí não surpreende que ele recorra aos precedentes do Supremo e adote interpretações literais dos artigos 312, 319 e 282, § 6º, todos do CPP, utilizando a estrutura entimemática para concluir que os fatos do processo preenchiam os requisitos legais.

Ao trabalhar com a imunidade formal, a estratégia que utiliza é diferente daquela dos outros ministros na AC nº 4327. Zavascki traz o único precedente sobre o tema – o Habeas Corpus nº 89.417-8 – e cola *ipsis literis* o voto da redatora do acórdão (ministra Cármen Lúcia), não para reconstruir a cadeia de raciocínio ou os argumentos dela, mas para ter uma autoridade em que basear uma anunciada interpretação sistemática entre o “ordenamento constitucional brasileiro” e a “imunidade processual parlamentar”. Embora diga que está operando com uma metodologia interpretativa, Zavascki está se valendo do

argumento de autoridade.

Quanto à AC nº 4327, o foco dos ministros é na inviolabilidade, em especial se ela permite a decretação de medidas cautelares diversas da prisão contra os membros do legislativo. Nenhum dos ministros se dedica à prisão preventiva, mesmo porque nenhum a decreta.

Um ponto comum aos cinco votantes é afirmar que as imunidades são necessárias à democracia, relacionadas ao mandato parlamentar e dissociadas da pessoa do parlamentar. Nesse sentido, todos são unânimes na assertiva que o objetivo é fortalecer o Poder Legislativo. As diferenças iniciam quanto ao alcance delas.

Os ministros vencedores são uníssomos em concordar que se trata de um “privilégio”, que deve ser lido de maneira restritiva. Como fundamento, invocam o princípio republicano, a partir do qual devem ser interpretados os privilégios estabelecidos na Constituição. Segundo este princípio, o alcance das imunidades deve ser mínimo e somente quando necessário ao exercício do mandato.

Os ministros vencidos, por outra senda, utilizam estratégias distintas. Marco Aurélio suscita o princípio da Separação dos Poderes e atrela o conceito de “liberdade parlamentar” ao da “imunidade parlamentar”, tudo para concluir que o Judiciário não poderia decretar quaisquer medidas cautelares penais contra um membro do senado. Já Moraes é mais sucinto e se vale do argumento de autoridade para estabelecer o sentido da inviolabilidade e afirmar que esta dá liberdade de ação ao parlamentar, não adentrando em discussões sobre princípios constitucionais que influiriam sobre o tema.

Outro resultado de destaque é que os acontecimentos não são objeto de controvérsia em nenhum dos dois processos, nem mesmo na AC 4327, na qual o réu tivera a chance de se defender. Essa peculiaridade fez com que os magistrados se preocupassem somente com o enquadramento jurídico das acusações, sem maiores fundamentos sobre as provas fáticas dos autos ou discussões sobre a licitude dos meios pelos quais foram obtidas.

6.1.3 Pitanêutica: a Constituição e os precedentes são direcionados de acordo com cada intérprete

O signo linguístico mais importante com que os ministros deveriam trabalhar era o artigo 53, § 2º, da Constituição Federal. Todos se reportam a

este texto constitucional, tanto os contrários ao pedido do Ministério Público como os favoráveis. No entanto, na AC nº 4327 a discussão sobre se os textos do Código de Processo Penal autorizam medidas cautelares contra parlamentares é aprofundada, enquanto no voto de Zavascki não há argumentos sobre o tema; ele apenas menciona estes dispositivos para dizer quais medidas está tomando. Por outro lado, este julgador aprofunda a temática da prisão preventiva e seus requisitos, postura que não é seguida no outro processo.

Quanto ao tópico da prisão cautelar, todos os julgadores votantes na AC nº 4327 concordaram que não era possível decretá-la, e os votos mencionam a literalidade do artigo 53, § 2º, da Constituição Federal, como razão determinante.

É interessante perceber que, apesar das inúmeras críticas que sofre e até mesmo do “desdém teórico” (KRELL, 2014), o método gramatical da interpretação foi basilar para a decisão da Turma – e nenhum dos ministros invocou a AC 4039 para determinar a prisão preventiva do senador Aécio Neves. Deste modo, no caso concreto, a literalidade do dispositivo teve mais peso que a jurisprudência do próprio STF. Como possibilidade, podemos supor que o Supremo preferiu não se desgastar com o Senado ao determinar a prisão preventiva de um senador. A esse respeito, é interessante noticiar que, após a prisão de Delcídio do Amaral (AC 4039), o STF julgou um caso ainda mais polêmico – o de Eduardo Cunha (AC 4070) – e preferiu não determinar a prisão preventiva deste parlamentar, já seguindo uma linha mais atrelada à interpretação literal do texto constitucional.

O outro tema importante – a imposição de medidas cautelares penais – dividiu a turma, e o afastamento liminar do mandato foi determinado por maioria de votos (3 x 2 no placar). Podemos destacar, em todas as fundamentações, que foi citada a ausência expressa de vedação à imposição de cautelares no texto constitucional; porém, esta ausência foi interpretada de modos diferentes, tanto para justificar como para vedar a aplicação das medidas. Os vencedores apelaram à ideia de que, se não está proibido, logo é permitido; já os vencidos partiram do pressuposto que, se não há autorização expressa, então é proibido.

Marco Aurélio é mais amplo na manipulação dos signos linguísticos. Este

ministro fala sobre várias disposições contidas no Estatuto dos Congressistas⁵³ e interpreta-as literalmente para concluir, a partir de uma interpretação sistemática entre estes diversos signos, que a Constituição outorgou ao próprio Legislativo o poder de decidir sobre a manutenção ou suspensão de suas imunidades e prerrogativas.

Ele também analisa o artigo 319 do CPP, e por meio de uma interpretação literal chega à conclusão de que se o legislador quisesse, poderia ter colocado expressamente o afastamento do mandato como medida cautelar penal. Se não o fez, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Alexandre de Moraes se volta para uma interpretação histórica do art. 53, § 2º, da CF, afirmando que houve Emenda Constitucional em 2001 que alterou significativamente o dispositivo; da mesma forma, a maneira correta para se autorizar cautelares contra parlamentares é pela via da Emenda Constitucional.

Ao analisar o CPP, Moraes também se filia a uma interpretação literal do art. 319 para afirmar que não há previsão expressa de afastamento do mandato, já que este não estaria englobado no conceito de “função pública” trazido pela regra.

As estratégias e conclusões de Marco Aurélio e Moraes são muito similares: ambos aplicam metodologias clássicas da interpretação ao texto constitucional chamado “Estatuto dos Congressistas” e interpretam literalmente o artigo 319 do CPP, para concluir que cabe ao legislador (ordinário ou constitucional) dizer expressamente o que é permitido na seara penal; o intérprete não tem a faculdade de “acrescentar” penalidades e medidas.

6.1.4 Ontotática: os objetos dão sentido aos outros objetos

Nesta perspectiva de análise, foi possível testemunhar a maneira pela qual diversos objetos de uma decisão interagem entre si. A acepção de “objeto” que adotamos foi ampla, abarcando conceitos e fatos presentes nas lides. A partir daí, foi possível diferenciar situações em que se colocava que um objeto formava o entendimento sobre o outro objeto.

Todos os ministros, em algum grau, mencionaram a dicotomia “atividade parlamentar lícita” x “atividade parlamentar ilícita”, sempre a partir dos fatos processuais que tinham diante de si. Os votos a favor das condenações, em

53 Artigos 53 a 56 da Constituição Federal, chamados de “Estatuto dos Congressistas” porque preveem algumas proibições e direitos específicos para os membros do Parlamento.

especial (nos dois processos), desenvolvem uma distinção entre “mau exercício” e “bom exercício” do mandato parlamentar, para dizer que não estão atacando o Senado Federal (ou o Poder Legislativo); mas estão expurgando de seus quadros um membro que “se desvirtuou” e deixou de agir conforme exige a representação popular conferida. Estes juízes expendem longos argumentos e narrações para mostrar que o réu não estava agindo como um bom senador. Em cada voto vencedor há menção expressa a este uso “errado” do cargo, o qual não está protegido pelas garantias constitucionais.

Destacamos os votos de Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki, nos quais duas atividades corriqueiras e lícitas – despachar com juízes e participar do processo legislativo – são transformadas em ações criminosas, tudo por conta da influência dos fatos processuais, os quais indicariam que o fim almejado era ilegal.

Houve uso da estrutura entimemática de apresentação do raciocínio em todos os votos, para enquadrar os fatos processuais no conceito de imunidade parlamentar ou para arrematar que a imunidade não protegia aquele tipo de ação. No caso de Zavascki, esta estrutura foi usada para enquadramento dos fatos nos requisitos autorizadores da prisão preventiva.

O uso de princípios jurídicos também foi presente, em especial na AC nº 4327, na qual Rosa Weber e Luiz Fux alegaram a incidência do princípio republicano tanto sobre os fatos como sobre o conceito de imunidade, e partir disso votaram contra o réu.

6.1.5 Teleotática: a posição de réu é adquirida pela interpretação e aceitação dos fatos

O aspecto teleotático da análise foi mais simples de aplicar, porque num processo penal as acusações definem se o requerido se tornará réu ou se será considerado inocente. Assim, nossa expectativa era encontrar situações nas quais os juízes indicassem que determinados fatos “comprovavam” que o sujeito é um criminoso, ou que estas provas não eram suficientes para condenação.

Identificamos esse tipo de estrutura nos votos de Zavascki, Marco Aurélio, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso. O tipo de estrutura argumentativa foi a ligação ato-pessoa, o que já esperávamos, visto que se trata de um argumento que associa atos a uma pessoa específica. Nos quatro votos que

eram contrários aos réus, a ligação é enfaticamente ressaltada; já no voto de Aurélio, que era benéfico ao réu, não se explora este argumento, mesmo porque não há associação a ser feita, somente dissociação.

O voto de Alexandre de Moraes é o único que não apresenta argumentação baseada numa relação teleotática, o que explicamos pela razão deste ministro concentrar suas teses no alcance dos conceitos jurídicos pertinentes à controvérsia, sem menções ao réu ou aos fatos processuais específicos. É como se a lide, para ele, fosse de cunho somente “jurídico”, sobre o confronto de teses divergentes acerca do alcance da inviolabilidade parlamentar; resolvida esta controvérsia, os fatos seriam facilmente subsumíveis.

Outra conclusão a que chegamos foi a existência de argumentos que, a partir de princípios constitucionais, traçavam limites de ação ao Judiciário, afirmando a necessidade de uma “autocontenção interpretativa”. Os votos de Fux e Marco Aurélio, embora com resultados opostos, partem de princípios jurídicos (Republicano e Separação dos Poderes, respectivamente) para dizer que a atividade do intérprete é limitada pelos princípios constitucionais. Ambos falam, de algum modo, que a atividade de interpretar não é ilimitada, e a partir daí defendem seus pontos de vista. Identificamos, em suas razões, frases como “elastério hermenêutico” e semelhantes para desqualificar uma atividade interpretativa supostamente exagerada ou além das limitações constitucionais e legais.

O nosso destaque, nesse aspecto, é para a existência desse tipo de prevalência dos objetos sobre os sujeitos: lança-se uma fundamentação calcada numa suposta limitação dos Poderes da República pelos conceitos jurídicos. Deste modo, o “princípio da legalidade” limitaria a ação de agentes públicos, por exemplo.

6.1.6 Axiotática: os objetos direcionam seus sinais

Este elemento da análise retórica foi aquele em que identificamos a menor quantidade de argumentos, e em dois votos – Marco Aurélio e Barroso – sequer conseguimos encontrar material para a análise. Outro destaque é que, ao contrário dos outros aspectos da análise retórica, aqui não há um ponto em comum entre as diversas fundamentações dos ministros.

Zavascki, por exemplo, elabora a ideia de que a “realidade” mudou, e por

isso o dispositivo constitucional (art. 53, §2º, da CF) deve interpretado sistematicamente, a partir da incidência dos princípios constitucionais. Para corroborar, ele utiliza o paradigma, pois destaca o voto da ministra Cármen Lúcia no HC nº 89.417-8 como um exemplo a ser seguido. O voto deste ministro é sucinto no trabalho com o texto constitucional, mas notamos que há uma reificação da “realidade”, como se fosse uma entidade com vida própria e que traz sentido ao texto constitucional e ao uso do precedente sobre a temática.

A ministra Rosa Weber, por seu lado, discutiu as diferenças entre a “prisão domiciliar” e o “recolhimento domiciliar noturno”, partindo do pressuposto de que elas são ontologicamente diferentes, para isso adotando interpretação literal do código de processo penal e lições de autores importantes da área. A partir de então, foi atribuída significação ao texto constitucional, no sentido de que o recolhimento domiciliar noturno era possível, porque não seria uma espécie de prisão preventiva.

O ministro Luiz Fux, noutra senda, focou na diferença que haveria entre “privilégios” e “prerrogativas”, como se possuíssem uma natureza própria e anterior que dirigisse a maneira de conceber as imunidades parlamentares e de nortear axiologicamente as criações do direito.

Alexandre de Moraes, por fim, trabalhou com os “fatos” do processo e, lastreado neles, concluiu que as decisões tomadas na AC nº 4039 e no HC nº 89.417-8 não poderiam servir de parâmetro para o caso, porque os fatos seriam divergentes. Porém, ele não realiza o trabalho de comparar os fatos e apontar estas dessemelhanças.

Ao ler o resumo acima, observamos que os ministros Zavascki e Moraes, a partir do mesmo precedente, decidem de modo oposto em relação à possibilidade de prisão preventiva e aplicação de medidas cautelares contra senadores. Enquanto o primeiro copia alguns trechos do voto vencedor, o segundo não adentra nas teses e se contém em afirmar que as circunstâncias daquele processo são diferentes das atuais.

Quanto a Rosa Weber e Luiz Fux, sua linha de raciocínio passa por diferenciar termos que, a princípio, são semelhantes entre si e criar-lhes diferenças estruturais e ontológicas, como se “naturalmente” não fosse possível confundi-los.

Por outro lado, não vimos muitos argumentos que, a partir dos fatos processuais, prevaleciam sobre os textos. Em nosso entender, isso se dá porque em geral a operação que se faz é inversa: primeiro se interpreta o texto, extrai-se seu significado, para só então olhar os fatos.

No entanto, precisamos admitir que em um caso com mais precedentes judiciais, é possível que o julgador olhe os fatos atuais e só então decida se aquele caso anterior pode servir de base ou não, o que já atrairia a análise axiotática. Porém, como se tratava de uma situação rara, com pouquíssimos casos anteriores, o aspecto axiotático da análise foi subutilizado.

6.2 Considerações sobre a teoria de Ballweg como ferramenta para a análise do Direito

A partir do que fizemos, é necessário realizar um balanço sobre o uso da retórica analítica de Ballweg para análise do discurso judicial. Para isso, devemos ter em mente que a quantidade de decisões analisadas aqui é ínfima – apenas um acórdão e uma decisão monocrática. Embora o tema abordado seja raro (conforme explicamos no capítulo 3), não é possível tomarmos conclusões definitivas sobre nada, e nossas afirmações poderão, em trabalhos futuros nossos ou de outros, tanto ser confirmadas como refutadas.

Num primeiro momento, sentimos grande dificuldade em entender as categorias criadas pelo alemão e aplicá-las ao estudo das decisões judiciais. Em razão da inexistência de uso prático anterior, não possuíamos nenhum guia de como se fazer um balanço sobre qual elemento prevalece num determinado argumento; ou que tipo de expressão linguística ou estrutura caracterizaria a predominância de um dos três itens da análise retórica.

Em virtude da dificuldade acima, propusemo-nos a dar primazia ao aspecto fonético da análise, porque era tarefa mais simples identificar o sujeito do discurso e suas relações com os outros elementos. Identificado o sujeito, procuramos perceber a construção dos objetos e, então, partir destes objetos para analisar as outras categorias.

À medida que o estudo foi se aprofundando e que líamos as decisões judiciais sob este enfoque, percebemos que era possível distinguir, de maneira mais nítida, o aspecto agôntico ($S \rightarrow S$), porque se trata de uma relação entre elementos iguais, e por isso não é tão importante a “prevalência” de um sobre o outro.

Desta maneira, conseguimos inicialmente separar os trechos de cada voto em que o orador se dirigia a uma audiência (específica ou difusa) e, a partir do recorte, aplicamos os modelos de estratégias retóricas que descrevemos no capítulo 4 e no capítulo de análise. O resultado foi satisfatório, mormente porque revelou estratégias de persuasão que passam despercebidas aos analistas que estão preocupados apenas com o trabalho textual ou conceitual. Também este aspecto se diferencia de uma análise com base apenas no ethos, porque a agôntica não olha apenas para as estratégias de autolegitimação ou meios de prova da probidade do orador; ela abarca outros componentes, como os meios de deslegitimação de teses contrárias e de adversários e elogios a terceiros que terão algum tipo de influência sobre o resultado do julgamento – como colegas de Tribunal – ou que sejam interessados diretos no assunto, por exemplo, o réu.

Em seguida, trabalhamos para identificar como o sujeito prevalecia sobre os sinais e os objetos. Nesta etapa, houve uma dificuldade em separar o âmbito de análise “pitanêutico” do “ergôntico”, porque os conceitos com que os ministros trabalhavam estavam expressos em textos; daí que diferenciar “sinal” e “objeto” se torna uma tarefa arriscada, porque ambos são derivados do texto constitucional. No entanto, para processos em que se trabalhe com conceitos mais difundidos (prescrição, por exemplo), é possível que esta distinção seja de mais ajuda.

A análise ergôntica foi essencial para viabilizar a análise holotática, porque era necessário descobrir os objetos do voto para, posteriormente, dar-lhes a primazia da análise. Este aspecto da retórica analítica se mostrou útil, em especial, porque revelou as diversas maneiras pelas quais os conceitos jurídicos são trabalhados, a maioria das quais passa longe dos textos legais e das metodologias interpretativas. Nos votos analisados, ela nos auxiliou a perceber o uso massivo do argumento de autoridade, característica da jurisdição brasileira que já foi apontada em outro trabalho⁵⁴.

No que concerne ao aspecto pitanêutico, a relação dos sujeitos com o

54 Segundo José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 7-8), a jurisdição brasileira é formada com base no argumento de autoridade e na opinião dos Tribunais e juízes, expressas por meio das Súmulas e enunciados. Segundo o autor, não há um pensamento sistemático de reconstrução de argumentos, mas uma preocupação com o resultado do julgamento. Embora esta tese seja recente e careça de mais dados para ser confirmada, os resultados obtidos em nossa pesquisa fazem coro às ideias deste autor.

artigo 53, § 2º, da Constituição, foi o que atraiu nossa atenção, e foi nesta subdivisão da retórica analítica que presenciamos um maior uso das metodologias interpretativas, porque é onde nos focamos no uso dos textos. Além dessa regra constitucional, outro sinal importante foi o artigo 319 do CPP, o qual também foi objeto de uso das metodologias interpretativas para descoberta de seu pretense sentido.

Quanto à análise ontotática, nós consideramos como objetos do processo tanto os fatos quanto os conceitos jurídicos, e outrossim descobrimos algumas peculiaridades. A primeira, e talvez mais sobressalente, é que os mesmos fatos geram conclusões opostas quando chega a hora de enquadrá-los nos conceitos da dogmática jurídica. O exemplo é na definição do que seria a “atividade de um parlamentar”. Os ministros, na AC nº 4327, ao confrontarem as mesmas acusações – tentativa de influenciar na escolha do Ministro da Justiça e articulação para aprovar a chamada “anistia ao caixa-dois” - interpretam-nas de maneiras distintas: enquanto uma parte as considera atividades criminosas e desviadas do mandato parlamentar, outros as consideram normais e dentro do esperado para um representante popular.

O trabalho de análise, a partir da perspectiva ontotática, favorece a visualização deste tipo de situação, em razão de focar apenas nos objetos. Para tanto, em alguns momentos foi difícil traçar a linha que divide o conceito de imunidade parlamentar do texto constitucional referente a ela, porque ambos estavam mutuamente implicados no processo.

O aspecto teleotático da análise retórica, pessoalmente, é um dos mais significativos. Dar atenção aos expedientes que se utiliza para qualificar um sujeito – esteja ele no polo ativo ou passivo do processo – é importante para sabermos como foi formada a relação processual, na qual as partes são um dos componentes essenciais.

Noutra senda, é neste âmbito que visualizamos as diversas maneiras pelas quais os conceitos jurídicos são usados para limitar a ação de sujeitos processuais ou de poderes da República, o que outrossim é uma faceta necessária à democracia, na qual um poder (ou uma pessoa) não pode sobressair excessivamente aos demais, sob pena de tornar-se uma ditadura.

A análise axiotática foi a mais difícil de ser levada a termo. Uma dificuldade básica é que os objetos da dogmática jurídica – principalmente os

conceitos jurídicos – são expressos em textos. Portanto, ficava sempre a dúvida se o que prevalece é o sinal ou o objeto, já que a análise semântica ($Z \rightarrow O$) é dirigida a determinar o alcance dos conceitos e institutos jurídicos. Isto nubla ainda mais a distinção entre este aspecto e o axiotático ($O \rightarrow Z$), visto que neste supostamente o “ser” da coisa prevalece sobre seu nome. Na prática e nem mesmo numa ilação teórica conseguimos perceber como essa distinção seria feita, ainda mais em discursos judiciais, que em regra são caóticos e assistemáticos na apresentação de argumentos.

Aqui cabe uma sugestão à teoria de Ballweg: o melhor para a eficiência da análise seria uma fusão entre os níveis axiotático e semântico ($Z \leftrightarrow O$), na qual o pesquisador se preocupasse apenas com a relação entre objetos e sinais, sem procurar uma prevalência que, a nosso ver, é muito difícil de ser identificada.

Como conclusão, podemos dizer que a experiência com a retórica analítica foi satisfatória, permitindo a visualização mais profunda do discurso judicial do que aquela presa exclusivamente à semiótica. Foi possível conhecer que a decisão judicial, além dos entimemas, é formada por opiniões pessoais e argumentos de autoridade, muitos dos quais transmitidos como se decorressem de alguma norma. Embora com dificuldades, foi possível distinguir os elementos entre si e perceber as relações de prevalência – exceto no caso da relação sinal-objeto.

Por fim, nota-se que este é um caminho a ser explorado pela teoria do direito, com potencial para ajudar os operadores do direito a compreender as técnicas persuasivas que levam ao resultado definitivo dos processos.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Ética & Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Retórica analítica da dogmática jurídica existencial e estratégica. **Revista *duc in altum***. Caderno de Direito, v. 4, n. 5, p. 191-210, jan-jun 2012. Disponível em: <<http://www.faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/120/112>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

_____. **Tratados de Lógica (Órganon)**. Trad. Miguel Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1982. Tomo I.

_____. **Tratados de Lógica (Órganon)**. Trad. Miguel Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1995. Tomo II.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2003.

BALLWEG, Ottmar. Analytical rhetoric, semiotic and law. In: KEVELSON, Roberta. **Law and semiotics**. v. 1. New York: Plenum Press, 1987, p. 25-33.

_____. Retórica analítica e direito. Tradução de J. M. Adeodato. **Revista Brasileira de Filosofia**, v. XXXIX, fasc. 163, p. 175-184, jul-ago-set 1991.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARTHES, Roland. L'ancienne rhétorique [Aide-mémoire]. In: **Communications**, 16, p. 172-223. Recherches rhétoriques, 1970.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar nº 4039**. Requerente: Ministério Público Federal. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 24 de Novembro de 2015. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acao_Cautelar_4039>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar nº 4327**. Requerente: Ministério Público Federal. Relator: Marco Aurélio. Redator para Acórdão: Roberto Barroso. 26 de Setembro de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13946959>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências**. Brasília, agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRUNER, Jerome. The narrative construction of reality. **Critical Inquiry**. V. 18, n. 1, p. 1-21, Autumn 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. Hermenêutica Constitucional *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Tratado de Direito Constitucional**. V.1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro Digital.

DIMOULIS, Dimitri. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico *in* MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A. La inmunidad parlamentaria en la actualidad. **Revista de Estudios Políticos**, n. 215, p. 207-249, septiembre-octubre 1977. Disponível em:

<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1427589>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Retórica, argumentación y derecho. **Isegoría**, n. 21, p. 131-147, 1999. Disponível em:

<<http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/80/80>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

GUERIN-BARGUES, Cécile. **Immunités parlementaires et régime représentatif**. L'apport du droit constitutionnel comparé (France, Angleterre, États-Unis). Paris: LGDJ lextenso éditions, 2011.

HARDT, Sascha. **Parliamentary immunity: A comprehensive study of the systems of parliamentary immunity in United Kingdom, France, and the Netherlands in a European context**. 2013, 303 pages. Dissertation to obtain the degree of Doctor at the Maastricht University-Netherlands. Disponível em: <<https://cris.maastrichtuniversity.nl/portal/files/1439730/guid-55b44d63-b482-4e81-b66e-cfc1a4cef467-ASSET1.0>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

HESPANHA, António Manuel. Categorias. História dos conceitos, história das ideias, história dos dogmas jurídicos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. V. 13, n. 1, p. 5-35, 2018. Disponível em:

<<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/86983/49956>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

JAKAB, András. Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective. **German Law Journal**. V. 14, n. 8, 2013.

JHERING, Rudolph von. **Jurisprudencia en broma y en serio**. Trad. Román Riaza. Madrid: Editorial Reus, 2015.

JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Interpretative choices and objectivity-oriented legal discourse: a strategic analysis of the EctHR ruling on the french face veil ban. *in* **International Journal for the semiotics of law – Revue Internationale de sémiotique juridique**. V. 29, n. 3, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os

métodos clássicos da interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, v. 10, n. 1, p. 295-320, Jan-Jun 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEDINA, Diego López. Hermenêutica e linguagem na teoria do direito *in* MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro digital.

MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica *in* MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich. Curso de retórica. Tradução de Thelma Lessa da Fonseca. **Cadernos de Tradução**, n. 4, DF/USP, 1999.

PALMER, Richard E. **Hermeneutics**. Evanston: Northwestern University Press, 1969.

PARINI, Pedro. A análise retórica na teoria do direito. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. V. 12, n. 1, p. 115-135, 2017.

_____. A retórica da metáfora dos modelos na teoria do direito. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 67, p. 81-110, dez. 2013.

_____. **Retórica como método no direito: o entimema e o paradigma como bases de uma retórica judicial analítica**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PLATÃO. **Fedro ou da beleza**. Trad. de Pinharanda Gomes. 2. ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2000.

REIS, Isaac Costa. **Limites à Legitimidade da Jurisdição Constitucional: análise retórica das Cortes Constitucionais do Brasil e da Alemanha**. Tese de Doutorado. Recife: UFPE, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.

262 páginas.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** – para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

RUSSOMANO, Rosah. Imunidades parlamentares. **Revista de informação legislativa**, v. 21, n. 81, p. 243-258, jan/mar 1984. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181510>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. **Ordem e Hermenêutica**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SHERWIN, Richard K. The narrative construction of legal reality. **J. Ass'n Legal Writing Directors**, v. 6, p. 88-120, 2009. Disponível em: <https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=fac_articles_chapters>. Acesso em: 05 abr. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico *in* SILVA, Virgílio Afonso (org.). **Intepretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm. **International Journal for the semiotics of law**, v. 4, Issue 1, p. 45-60, 1991a.

_____. System and flexibility in law. **Argumentation**, v. 5, Issue 3, p. 275–282, August 1991b.

_____. The rhetorical construction of law. **International Journal for semiotics of law**, V. 5, Issue 1, p. 39-54, 1992.

STONE SWEET, Alec; MATHEWS, Jud. "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism" (2008). **Faculty Scholarship Series**, Paper 14. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14>. Acesso em: 03 mar. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça? *in* MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, V. 3**. 34. ed. Rev. e Atual. e de acordo com a lei nº 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRAVESSONI, Alexandre. Pós-positivismo jurídico *in* TRAVESSONI, Alexandre (Org.). **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. Rio de Janeiro: LTR editora, 2011.

VELOSO, Zeno. Imunidades parlamentares dos vereadores. **Revista de**

Informação Legislativa, v. 23, n. 92, p. 147-151, out./dez. 1986. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181735>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

VERONESE, Osmar. **Inviolabilidade Parlamentar**: do senador ao vereador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. **O direito e sua linguagem**, 2ª Versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WIGLEY, Simon. Parliamentary Immunity: Protecting Democracy or Protecting Corruption? **The Journal of Political Philosophy**, v. 11, n. 1, p. 23–40, 2003. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1467-9760.00165>>. Acesso em: 10 out. 2018.