



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



IGOR BELTRÃO CASTRO DE ASSIS

**RETÓRICA DA OBJETIVIDADE: UMA ANÁLISE DISCURSIVA DOS
JULGAMENTOS DOS *HABEAS CORPUS* 84.078/MG E 126.292/SP PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação de Mestrado

Recife
2019

IGOR BELTRÃO CASTRO DE ASSIS

**RETÓRICA DA OBJETIVIDADE: UMA ANÁLISE DISCURSIVA DOS
JULGAMENTOS DOS *HABEAS CORPUS* 84.078/MG E 126.292/SP PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

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

Área de Concentração: Teoria Geral do Direito Contemporânea.

Linha de pesquisa: Teoria da Decisão Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Torquato Castro Jr.

Co-orientador: Prof. Dr. Gustavo Just da Costa e Silva

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira CRB4-1736

A848r Assis, Igor Beltrão Castro de.
Retórica da objetividade: uma análise discursiva dos julgamentos dos Habeas Corpus 84.078/MG e 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal / Igor Beltrão Castro de Assis. – 2019.
148 f

Orientador: Torquato Castro Júnior.
Co-orientador: Gustavo Just da Costa e Silva.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2019.
Inclui referências.

1. Decisão Judicial. 2. Hermenêutica Jurídica. 3. Habeas Corpus. 4. Direito – Brasil. I. Castro Júnior, Torquato (Orientador). II. Costa e Silva, Gustavo Just da (Co-orientador). III. Título.

340.1 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2019-24)

IGOR BELTRÃO CASTRO DE ASSIS

**RETÓRICA DA OBJETIVIDADE: UMA ANÁLISE DISCURSIVA DOS
JULGAMENTOS DOS *HABEAS CORPUS* 84.078/MG E 126.292/SP PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

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

Aprovado em: 21/01/2019

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Junior (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Gustavo Just da Costa e Silva (1º Examinador externo)
Universidade Federal de Pernambuco

Profa. Dra. Flávia Danielle Santiago Lima (2ª Examinadora externa)
Universidade Católica de Pernambuco

Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias (3º Examinador interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Para a minha mãe.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, pelo apoio incondicional e por investir tanto afeto e cuidado na minha construção como pessoa, profissional e estudante, isto que serei até o fim.

Ao Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Junior, pela orientação dedicada e inspiração constante a fugir das perguntas e afirmações óbvias e buscar no inusitado os melhores pontos de salto da imaginação.

Ao Prof. Dr. Gustavo Just da Costa e Silva, pela orientação cuidadosa, pelas críticas, sugestões e observações sempre meticolosas ao trabalho e, principalmente, pela confiança em me deixar estar mais intimamente com suas ideias, razão e motivação constante deste estudo e de muitos outros, sem dúvida.

À Prof. Dra. Flávia Danielle Santiago Lima, pelas críticas e sugestões, quase sempre regadas a bom café, e por me incentivar a ser criativo nas minhas leituras, assenhoreando-me do meu próprio trabalho.

A todos os professores, servidores e demais funcionários do PPGD, na pessoa do Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias, pelo ensino, amizade e estímulo à pesquisa em direito.

Aos colegas de pós-graduação, na pessoa de Pedro de Oliveira Alves, pela amizade, companheirismo e pelos debates sempre inteligentes e excitantes.

À equipe do escritório Lima e Falcão Advogados, na pessoa de Tiago Carneiro Lima, pelo estímulo constante ao aperfeiçoamento intelectual e à conjugação do saber teórico com as preocupações eminentemente práticas da advocacia.

A todos, minha sincera gratidão.

“O propósito da mente aberta, assim como da boca aberta, é fechar-se sobre algo sólido”.

(G. K. Chesterton)

“Ao contemplar essas paisagens essenciais, Kublai refletia sobre a ordem invisível que governava a cidade, sobre as regras a que respondiam o seu surgir e formar-se e prosperar e adaptar-se às estações e definhando e cair em decadência. Às vezes, parecia-lhe estar prestes a descobrir um sistema coerente e harmônico que estava por trás das infinitas deformidades e desarmonias, mas nenhum modelo resistia à comparação com o jogo de xadrez. Pode ser que, em vez de insistir em evocar com o magro auxílio de peças de marfim visões de qualquer modo destinadas ao esquecimento, bastasse jogar uma partida segundo as regras e contemplar cada um dos estados sucessivos do tabuleiro como uma das inúmeras formas em que o sistema de formas se organiza e se destrói”.

(Italo Calvino - As cidades invisíveis)

RESUMO

O presente trabalho examina, de uma perspectiva observacional, o raciocínio estratégico e a argumentação em torno das escolhas interpretativas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que julgaram, de maneiras opostas – respectivamente, pela concessão e pela denegação da ordem –, os *habeas corpus* de nº 84.078 e nº 126.292, enfrentando a questão da possibilidade de cumprimento antecipado da pena privativa de liberdade após a confirmação da condenação em segunda instância julgadora e, portanto, antes do trânsito em julgado da sentença, apesar da proibição do art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, que estabelece o princípio da presunção de inocência entre nós. Partimos da premissa, formulada por Gustavo Just, de que as decisões interpretativas são discursos orientados à objetividade, os quais têm a pretensão de se apresentarem, justificarem-se e perceberem-se como o resultado de critérios neutros e impessoais, e não como a expressão da arbitrariedade ou das preferências subjetivas do julgador. Investigamos a hipótese de que toda escolha interpretativa tem um impacto na persuasão e na objetividade da decisão que está sendo proferida e, também, um reflexo potencial sobre o poder do intérprete na prolação de futuras decisões; em consequência, um dos fatores de influência das escolhas interpretativas é o raciocínio estratégico que pondera os benefícios e sacrifícios (institucionais) de determinada decisão. A análise das decisões concentra-se em dois níveis de recursos discursivos empregados pelos juristas com o fito de se desincumbirem de seu compromisso para com a retórica da objetividade: a justificação da decisão interpretativa, mediante o emprego de formas argumentativas aceitas na comunidade jurídica como aptas a fundamentar escolhas interpretativas; e a invocação de argumentos não “codificados” pela cultura jurídica, como aqueles encontrados na literatura filosófica, política ou econômica. O caráter irregular (e em grande medida caótico) das estruturas argumentativas concretamente empregadas indica que o discurso judicial brasileiro é marcado pela pessoalidade e por uma estrutura de agregação de opiniões, e não por uma racionalidade institucional; entretanto, essa constatação é insuficiente para se concluir pela inexistência do direito brasileiro como um campo social diferenciado e autônomo, pois esse arranjo institucional apresenta relativa funcionalidade e os discursos jurídicos nele produzidos mantêm o compromisso com a retórica da objetividade, ainda que não atendam às exigências de modelos normativos pensados em tradições estrangeiras. Constata-se nas decisões coletadas que esse raciocínio estratégico orientado à objetividade se expressa (1) no relativo prestígio que possuem os métodos clássicos de interpretação (especialmente o gramatical e o sistemático), a despeito das fortes críticas que lhe são feitas no plano teórico; (2) na utilização fluida dos princípios jurídicos, sem apego aos esforços metodologizantes das teorias pós-positivistas, e; (3) no emprego, por vezes, comedido (e com função meramente ornamental) da argumentação não juridicamente codificada, mas por outras, ao revés, incisivo, persuasivo e com vistas a reforçar uma argumentação consequentialista.

Palavras-chave: Teoria da decisão judicial. Hermenêutica jurídica. Razão jurídica. Retórica da objetividade.

ABSTRACT

The present work examines, from an observational perspective, the strategic reasoning and the argumentation about the interpretative choices in the decisions pronounced by the Supremo Tribunal Federal, which judged, in opposite ways – respectively, by the concession and the denial of the order –, *habeas corpus* number 84.078 and 126.292, facing the question of the possibility of early execution of the custodial sentence after confirmation of the conviction in the second court and, therefore, before the sentence of *res judicata*, despite the prohibition of art. 5, LVII, of the Federal Constitution of 1988, which establishes the principle of presumption of innocence among us. We start from the premise formulated by Gustavo Just that interpretative decisions are objectivity-oriented discourses, which are intended to present themselves, to justify themselves and to perceive themselves as the result of neutral and impersonal criteria, and not as the expression of arbitrariness or subjective preferences of the judge. We investigate the hypothesis that all interpretive choices have an impact on the persuasion and objectivity of the decision being made and also a potential reflection on the power of the interpreter in the rendering of future decisions; consequently, one of the influencing factors of the interpretive choices is the strategic reasoning that weighs the benefits and sacrifices (institutional) of a given decision. The analysis of decisions focuses on two levels of discursive resources used by jurists in order to disclose their commitment to the rhetoric of objectivity: justification of the interpretative decision, using argumentative forms accepted in the legal community as apt to support interpretive choices; and the invocation of arguments not "codified" by legal culture, such as those found in philosophical, political or economic literature. The irregular (and largely chaotic) character of the argumentative structures concretely employed indicates that the Brazilian judicial discourse is marked by personalities and by a structure of aggregation of opinions, not by an institutional rationality; however, this finding is insufficient to conclude that Brazilian law does not exist as a differentiated and autonomous social field, since this institutional arrangement presents relative functionality and the legal discourses produced in it maintain the commitment to the rhetoric of objectivity, even though they do not meet the requirements of normative models thought of in foreign traditions. It can be seen from the collected decisions that this strategic reasoning oriented to objectivity is expressed (1) in the relative prestige of the classical methods of interpretation (especially grammatical and systematic), despite the strong criticisms made on the theoretical plane; (2) in the fluid use of legal principles, without attachment to the methodological efforts of post-positivist theories; (3) in the employment, at times, of a restraint (and with a merely ornamental function) of non-juridically codified argumentation, but by others, on the contrary, incisive, persuasive and with a view to reinforcing consequentialist argumentation.

Keywords: Legal decision theory. Legal interpretation. Legal reasoning. Rhetorical objectivity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 ANÁLISE DE DISCURSO E DISCURSO JURÍDICO INTERPRETATIVO ORIENTADO À OBJETIVIDADE	18
2.1 A ANÁLISE DE DISCURSO COMO ABORDAGEM DE UMA PRÁTICA SOCIAL ..	19
2.1.1 Uma análise contextual do discurso	19
2.1.2 O que é o “contexto”? Um sentido informal	19
2.1.3 Estudos de Discurso (ED).....	20
2.1.4 Estudos do Discurso como resultante da união entre teoria do discurso e análise do discurso	21
2.2 ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO E DISCURSO DO DIREITO COMO PRÁTICA SOCIAL SUJEITA A CONDIÇÕES ESPECIFICAMENTE JURÍDICAS	22
2.2.1 A Análise de Discurso Crítica (ACD).....	22
2.2.2 Alguns elementos de um quadro para um conceito (agora) teórico de “contexto” e do contexto da atividade do direito	25
2.2.3 Os conceitos de crítica, ideologia e poder na Análise Crítica do Discurso (ACD)...	28
2.3 RETÓRICA DA OBJETIVIDADE NO DISCURSO DO DIREITO E UM SEU MODELO DE ANÁLISE.....	33
2.3.1 Análise Crítica do Discurso como “método” em pesquisa social científica	33
2.3.2 Direito e objetividade no discurso jurídico: entre Max Weber e Bourdieu	37
2.3.3 Variações em um discurso jurídico interpretativo orientado à objetividade: um modelo de análise	44
3 IDEOLOGIA, RETÓRICA DA OBJETIVIDADE E ALGUNS ARGUMENTOS JURÍDICO-INTERPRETATIVOS LEGADOS PELA TRADIÇÃO	49
3.1 RACIONALIDADE E RIGOR METODOLÓGICO	51
3.1.1 O desafio de Menelau e a determinação da verdade jurídica como um “jogo de prova”	51
3.1.2 O <i>logos</i> ordenador.....	53
3.1.3 A crise das transcendências fundantes, o advento do formalismo e a centralidade do método	54

3.1.4 Como se joga o “jogo de prova” foucaultiano? O lugar da retórica e o discurso solipsista da validade das decisões jurídicas	56
3.2 FORMALISMO, POSITIVISMO E SUA CONTRIBUIÇÃO NA FORMAÇÃO IDEOLÓGICA DO “CORPO DE DOUTORES”	58
3.2.1 Formalismo, positivismo jurídico e a visão de equivalência entre direito e lei positiva: o mito do dado adaptado ao direito.....	58
3.2.2 A norma como fachada racional do irracional no direito.....	61
3.2.3 A ideologia do “corpo de doutores”	63
3.2.4 Racionalização e domínio político	65
3.2.5 A ação dos constrangimentos do raciocínio jurídico e a opção estratégica pela retórica da objetividade	68
3.3 DISCURSO JURÍDICO E DISSIMULAÇÃO DO PODER.....	73
3.3.1 Mais uma metáfora de jogos.....	73
3.3.2 Uma performance de dissimulação do poder	76
3.3.3 Alusão aos métodos ou elementos clássicos de interpretação	80
3.3.4 Algumas críticas comuns ao emprego dos elementos clássicos de interpretação na decisão jurídica	90
3.3.5 Alusão ao pós-positivismo	92
4 A ESCRITA DA ANÁLISE: DESCRIÇÃO E INTERPRETAÇÃO DOS TEXTOS QUE COMPÕEM O <i>CORPUS</i> E AFIRMAÇÃO DO FUNCIONAMENTO DA RETÓRICA DA OBJETIVIDADE	98
4.1 ASPECTOS GERAIS: O <i>CORPUS</i>.....	98
4.2 AS FORMAS DE JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES INTERPRETATIVAS	105
4.2.1 O uso dos brocardos interpretativos	106
4.2.2 O uso dos métodos clássicos	109
4.2.2.1 Interpretação gramatical	110
4.2.2.2 Interpretação histórica	114
4.2.2.3 Interpretação sistemática	117
4.2.2.4 Interpretação teleológica.....	118
4.2.3 As metodologias pós-positivistas	121
4.2.3.1 Alguns aspectos conceituais	121

4.2.3.2 Usos das teorias da argumentação jurídica e da ponderação de princípios	122
4.3 OS ARGUMENTOS NÃO JURIDICAMENTE CODIFICADOS	130
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	138
REFERÊNCIAS	141

1 INTRODUÇÃO

Na busca do significado de qualquer coisa, o fenômeno interpretativo cumpre sempre um papel relevante. Representa a pré-condição de quaisquer práxis e de qualquer juízo individual e social (ZACCARIA, 2010, p. 283). A prática interpretativa específica que tem lugar no campo do direito é plenamente partícipe dessa condição geral de relevância da interpretação. Mas, para além disso, a interpretação é, certamente, mais crucial no campo do direito porque constitui o pressuposto necessário de toda decisão e de toda aplicação do direito e, desde este ponto de vista, forma parte constitutiva dessa “coisa” que chamamos direito.

Poderíamos, então, caracterizar o direito como uma rede de fluxos interpretativos e decisórios que requer a trama do tecido de materiais jurídicos que seja capaz de individualizar suas relações significativas. Isto porque, no cenário que temos diante de nós, caracterizado por mudanças profundas nos processos de produção do direito (a vontade do legislador não é mais assumida como um dogma, mas multiplicam-se as delegações do poder normativo e se redesenha o panorama do ordenamento; aumenta – não sem contradições – o papel criativo e dinâmico da jurisprudência, por exemplo) e por uma modificação estrutural do sistema de fontes (o Estado não é mais a fonte exclusiva da soberania) (ZACCARIA, 2010, p. 282), o eixo que sustenta o ordenamento se inclina cada vez mais claramente do momento potestativo e autoritário do mandado ao momento hermenêutico e pretensamente cognoscitivo de sua concretização.

E um dos aspectos mais significativos da teoria jurídica contemporânea é o deslocamento do seu centro de gravidade do momento legislativo para o da aplicação, da tomada da decisão jurídica e, também, da sua justificação. Essa guinada “interpretativista” (JUST, 2014, p. 54), reflete a perplexidade em que vive o jurista de hoje: a crise de indeterminação do direito¹ o conduz a uma percepção mais sutil da pluralidade de interpretações e das práticas interpretativas, impelindo-o a concentrar suas reflexões na atividade decisória; ao mesmo tempo, a influência da filosofia da linguagem e da hermenêutica filosófica sobre a teoria do direito tendem a torná-lo mais cético no tocante à possibilidade de controle racional da atividade do julgador.

¹ Para um cenário da crise de indeterminação do direito, ver JUST, 2014, p. 54.

Devido ao seu compromisso radical com a tomada de uma decisão que ponha fim ao conflito de interesses em consideração (promovendo, assim, a “segurança jurídica” ou a “paz social”, como se julgue), a primeira tentação do jurista parece ser formular “teorias” da interpretação, da decisão ou da argumentação que prescrevam algum método pelo qual se possa chegar, se não à única solução correta – esperança que a crise de indeterminação do direito vem suplantando –, a uma solução “racional”, muito embora em geral se confira uma ideia deflacionada de racionalidade e/ou cientificidade a essas teorias. Roy Wagner (2017, p. 2-3), a propósito, já comparou o símbolos (a linguagem é essencialmente simbólica; os fundamentos e funcionamentos do sentido e da cultura humana estão de alguma forma envolvidos com símbolos) a uma unidade monetária acadêmica, uma moeda cunhada por indústrias de conhecimento pós-coloniais para que, fazendo uso do imenso capital acumulado de literaturas, filosofias e “fatos” estabelecidos, pudéssemos comprar a produção semântica dos não tão coincidentemente chamados “objetos” de pesquisa, advertindo, porém, que novas cunhagens, denominações reavaliadas e reemitidas, a criação de uma moeda inflacionária, enfim, não ajudará a moeda dos símbolos, pois gerar novas denominações de funcionamento semiótico servirá apenas para compor o interesse da dívida, transformando a denominação do problema em uma função do problema da denominação. Mas isso é outro assunto.

Por outro lado, saindo dessa digressão, uma concepção mais voluntarista (ou realista) da atividade decisória, em vez de prescrever os passos metódicos para uma decisão “justa”, “correta” ou “racional”, tentará descrever precisamente aquilo que escapa ao método – as ideologias do julgador, seus preconceitos, seus vieses, sua pré-compreensão, as premissas ocultas do entimema (forma por excelência do raciocínio jurídico). Na preciosa síntese de Luis Alberto Warat (1994, p. 57), o pensamento realista em relação ao pensamento formalista (aquele anterior) é um pensamento iconoclasta. Não deixa, entretanto, de construir ídolos substitutivos.

De toda forma, quaisquer que sejam as reais motivações para se decidir (e já em um esforço por transcender a querela entre cognitivistas e céticos), e sejam quais forem os processos mentais que levem à tomada dessa decisão, ela não será tida por “jurídica” a menos que apresente uma justificação. Efetuar decisões jurídicas justificadas constitui uma parte do discurso jurídico. A exigência de justificação significa que as decisões em questão não são nem evidentes, nem arbitrárias. Referimo-nos, com “discurso jurídico”, de uma forma ainda muito geral, a qualquer raciocínio verbalizado (ou escrito) conectado com problemas jurídicos que, em nossa cultura jurídica, espera-se sejam tratados de uma maneira racional

(WRÓBLEWSKI, 2013, p. 45). E, embora não seja preciso assumir qualquer modelo de racionalidade disponível no mercado das ideias filosóficas, é certo que o agente que atua no campo do direito não tem liberdade irrestrita para justificar-se como queira; ele deve se utilizar de um (ou vários) dos modelos disponíveis e que, naquela sua determinada situação histórico-cultural, sejam considerados aceitáveis, aptos a apresentarem a sua conclusão como o resultado da adoção de critérios neutros e impessoais que a tornem objetivamente conforme ao direito, e não como expressão de arbitrariedade ou das suas preferências subjetivas. Assim, a decisão é um exercício de poder – poder este que reside na validade da interpretação que ela produz –, mas um poder limitado por constrangimentos decorrentes do controle público da linguagem e que se revelam com maior força no momento da justificação.

É mais complexo do que parece. Nada na língua é aleatório. O uso de palavras e frases não é resultado de liberdade do falante, já dissemos. Esse uso é determinado ainda pelas possibilidades de dizer, que, por sua vez, são determinadas pelas condições sócio-históricas subjacentes. Embora o sujeito possa dizer tudo na língua – enquanto falante de um idioma –, ele não pode dizer tudo na língua – enquanto sujeito do discurso (FREIRE, 2014, p. 116). Não é tudo que é permitido dizer a qualquer momento e para qualquer pessoa. Há limites jurídicos, éticos, morais, políticos, econômicos afetivos, etc. que constroem o sujeito na sua liberdade de enunciar. Portanto, o dizer é contingenciado.

Na modernidade secularizada, marcada pela legitimação racional-legal, segundo a tricotomia weberiana, o controle público da justificação decisória assume uma forma qualificada, na medida em que o exercício da autoridade se acata não pela tradição ou pelo carisma do líder, mas porque também ele está (ou se apresenta) submetido à autoridade de uma lei. Ao desenvolver suas ideias sobre a formação do campo jurídico, a sociologia de Bourdieu descreveu um processo contínuo de racionalização do direito por meio do qual tanto os que impõem a sua aplicação como os que a ela se submetem passam a ver o sistema jurídico como totalmente independente do sistema de forças que lhe dão origem e o qual ele mesmo mantém. Esse trabalho de racionalização constitui uma retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade e se expressa por um *habitus* de *lector*: o agente que atua no campo do direito (sobretudo o juiz) age como mero intérprete ou “boca-da-lei” e tenta dissimular todo o seu papel criativo na aplicação do direito.

Embora o caráter criador da interpretação jurídica seja amplamente reconhecido no âmbito da filosofia do direito, sobretudo pelos influxos da filosofia hermenêutica (se bem que Kelsen [1984, p. 470] já descrevera a interpretação como um ato de vontade, em vez de um

ato de conhecimento); e conquanto a criação judicial do direito seja aceita no plano da dogmática jurídica (variando-se essa aceitabilidade de acordo com o ramo do direito do qual se cuide: fala-se em cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, ilícitos atípicos, normas abertas, discricionariedade, etc.); o compromisso do agente que atua no campo do direito com essa retórica da objetividade parece impeli-lo ao uso de formas argumentativas e estratégias linguísticas que encubram e dissimulem a sua atividade criadora e apresentem a decisão como o resultado do emprego técnico, rigoroso, talvez asséptico, do conhecimento jurídico à sua disposição.

O objeto conceitual deste trabalho é a decisão jurídica enquanto discurso orientado à objetividade. Não pretendemos propor qualquer modelo de controle racional da atividade decisória, mas também não rejeitamos aprioristicamente a possibilidade de um controle desse tipo; ao contrário, independentemente da querela entre cognitivismo e ceticismo, propomos uma investigação das práticas argumentativas concretamente adotadas pelos operadores do direito com o objetivo de identificar e compreender as estratégias, técnicas e ferramentas que lhes possibilitam desincumbirem-se desse compromisso com a retórica da objetividade.

Seguindo a proposta de Gustavo Just (2016), podemos distinguir quatro níveis de recursos discursivos empregados pelos agentes que atuam no campo do direito com esse fim: a *decisão interpretativa* (atitude de atribuir, ao texto normativo tido por relevante, uma interpretação que se presume ter validade geral); a *justificação* (pela qual se expõem as razões para a escolha de uma interpretação possível, em detrimento de outras que pudessem ser defendidas naquele caso concreto, mediante recurso a formas de raciocínio ou argumentação geralmente aceitas por aquela comunidade jurídica particularizada no tempo e no espaço como aptas a fundamentar escolhas interpretativas); a *invocação de argumentos não codificados* (por exemplo, extraídos da literatura filosófica, política ou econômica), e; por fim, a própria *estrutura argumentativa do discurso* (manejo de um complexo conjunto de mecanismos linguísticos destinados a comunicar a pretendida certeza, neutralidade e objetividade).

Cada um desses componentes do discurso orientado à objetividade pode ser abordado a partir de duas perspectivas distintas. A primeira, observacional, visa mapear detalhadamente o conjunto de ferramentas hermenêuticas, linguísticas e retóricas disponível ao intérprete. Isso incluiria, por exemplo, o estudo das variações dos padrões interpretativos e, talvez, de forma mais ampla, das estratégias e procedimentos linguísticos e retóricos, de acordo com os fatores a serem considerados relevantes pelo pesquisador. A segunda abordagem, mais especulativa,

consiste na análise das práticas identificadas na etapa anterior (cartográfica): o que tais práticas revelam acerca do comportamento argumentativo do agente que atua no campo jurídico? Que fatores explicam as suas escolhas interpretativas e argumentativas? Que consequências essas escolhas acarretam?

A fim de “testar” as premissas teóricas adotadas por Just (primeira: a interpretação é uma forma de poder; segunda: o poder da interpretação é inseparável do compromisso do agente que atua no campo jurídico com a retórica da objetividade) e explorar o potencial compreensivo do modelo de análise discursiva proposto por Just (2016), sendo este o objetivo da pesquisa, escolhemos como *corpus* as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) acerca da execução antecipada da pena. Com mais acuidade: analisamos, no trabalho que se tem em mãos, a argumentação empregada pelo STF com vistas a justificar duas decisões opostas em torno de um mesmo debate. Referimo-nos às decisões nos *habeas corpus* de nº 84.078 e nº 126.292, prolatadas em 05 de fevereiro de 2009 e 17 de fevereiro de 2016, respectivamente, e que trataram, em concreto, da possibilidade de execução de pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a saber, a partir da condenação do réu em segunda instância, apesar da proibição inscrita no inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição da República, que estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Importa deixar claro, desde logo, que o tópico de nossa análise, que segue as diretrizes do projeto proposto por Just (2016), não são as decisões em si mesmas, tampouco as leis que elas examinaram. Não iremos comentar o mérito das decisões, debatendo se elas estavam corretas ou incorretas, se adotaram uma boa ou má interpretação do dispositivo constitucional acima referido. Nem enveredar na discussão das complexas questões políticas, sociológicas ou mesmo filosóficas em torno dos casos concretos submetidos ao crivo do nosso judiciário. O assunto em questão é o discurso jurídico ou, mais especificamente, o discurso jurídico orientado à objetividade, definido, em sentido amplo, como a atividade (argumentativa) realizada por um tribunal com vistas a apresentar sua decisão como aquela que cumpre (objetivamente) a lei.

A escolha desse conflito específico, motivada pela notícia da decisão no *habeas corpus* de nº 126.292, deve-se ao fato de que, por se tratar, esta última, de uma decisão amplamente considerada “criativa” ou “ativista”, vislumbramos nela, em contraste com a decisão tomada no *habeas corpus* nº 84.078, em prol de uma análise das variações (era necessário matizar o *corpus* textual, afinal) no discurso jurídico interpretativo orientado à objetividade, o potencial de compreender se (e em que medida) os julgadores assumem o

caráter criador da sua atividade, ou se o dissimulam mediante o emprego dos recursos discursivos já referidos, que lhes possibilitam desincumbirem-se do seu compromisso com a retórica da objetividade.

Organizamos o trabalho em três capítulos. No primeiro, apresentamos a análise de discurso crítica como uma forma de abordagem do discurso interpretativo orientado à objetividade. A abordagem crítica procura mostrar como o discurso é moldado por relações de poder e ideologias, bem como os efeitos construtivos que o discurso exerce sobre as identidades sociais, as relações sociais e os sistemas de conhecimento e crença. Ela é parte do desenvolvimento (teórico) de um quadro analítico.

No segundo capítulo, procuramos compreender um pouco do que dirige a prática discursiva dos agentes que atuam no campo do direito, identificando a determinação da verdade jurídica com uma espécie de “jogo”, onde o que está em disputa é a capacidade de fornecer o melhor argumento – o mais racional, o mais razoável – para o que se quer defender e que precisa estar fundado em uma metodologia. Em seguida, refletiremos acerca do papel do formalismo e do positivismo na construção de uma como que ideologia profissional dos agentes que atuam no campo do direito, ideologia esta da independência do direito e do corpo judicial, reforçada pela lógica específica de funcionamento desse campo, cuja interpretação estará baseada na teoria dos constrangimentos jurídicos de Michel Troper. Então, interpretaremos a prática judicial como uma performance de dissimulação do poder dos juízes a partir da retórica da objetividade lastreada em recursos discursivos que exercem funções específicas.

No terceiro capítulo, mostraremos com textos o discurso orientado à objetividade funcionando a partir da análise das variações no discurso interpretativo dos Ministros do Supremo segundo o modelo proposto por Gustavo Just. A análise abrangerá, contudo, não todos os níveis de recursos discursivos destinados a conferir objetividade à interpretação manejados pelos julgadores, mas apenas se cingirá ao exame da decisão interpretativa e de sua justificação, bem como da invocação, pelos Ministros, de argumentos não “codificados”.

2 ANÁLISE DE DISCURSO E DISCURSO JURÍDICO INTERPRETATIVO ORIENTADO À OBJETIVIDADE

Atualmente, os indivíduos que trabalham em uma variedade de disciplinas começam a reconhecer os modos como as mudanças no uso linguístico estão ligadas a processos sociais e culturais mais amplos e, conseqüentemente, a considerar a importância do uso da análise linguística como um método para estudar a mudança social. Não pretendemos ir tão longe, aqui, mas apenas sugerir que uma abordagem de análise linguística que reúna métodos para analisar a linguagem desenvolvidos na linguística e nos estudos de linguagem e um pensamento social e político relevante, um método de análise linguística que seja tanto teoricamente adequado como viável na prática, portanto – o que os próprios analistas do discurso reconhecem que ainda não existe –, pode ser útil para traçar um panorama do estado atual dessa prática social (o próprio “discurso”) no campo do direito, a partir da análise do discurso jurídico interpretativo qualificado como “orientado à objetividade”.

Para tanto, neste primeiro capítulo, em primeiro lugar, apresentaremos, muito sucintamente, a análise de discurso – ou os estudos de discurso –, não como método, mas como (uma das formas de) abordagem para analisar as diversas práticas discursivas. Em segundo lugar, diferenciaremos dessa abordagem, a princípio, “não crítica”, as abordagens críticas, dentre estas últimas destacando a análise crítica do discurso, abordagem que pretende mostrar como o discurso é moldado por relações de poder e ideologias e os efeitos construtivos que o discurso exerce sobre as identidades sociais, as relações sociais e os sistemas de conhecimento e crença, sugerindo, a partir da noção de contexto, como podemos qualificar o discurso do direito nessas condições. Em terceiro lugar, examinaremos o conceito de discurso jurídico interpretativo orientado à objetividade, apresentando, em seguida, o modelo de análise proposto por Gustavo Just para examinar quais as diferentes técnicas, ferramentas e estratégias utilizadas pelos agentes que atuam no campo do direito (juízes, advogados, promotores, etc.) na tentativa de produzir um discurso jurídico interpretativo orientado à objetividade que será testado.

2.1 A ANÁLISE DE DISCURSO COMO ABORDAGEM DE UMA PRÁTICA SOCIAL

2.1.1 Uma análise contextual do discurso

Produzir e compreender o texto e a conversação envolve aquilo que, tradicional e informalmente, costuma-se chamar de “contexto” dessas falas, abrangendo categorias tais como as identidades e os papéis dos participantes, o lugar, o tempo, a instituição, as ações políticas e o conhecimento político, entre outros componentes.

Com efeito, a análise “contextual” do discurso ultrapassa as análises e entendimentos gramaticais, “textuais” ou interacionais. Analogamente, essa análise ultrapassa as análises “cognitivas” comuns. Não basta que tornemos explícito o conhecimento do mundo que apoia a compreensão semântica do texto (falado ou escrito)². Também precisamos do conhecimento técnico mais específico exigido para construir um contexto relevante para esse texto ou fragmento de texto e, portanto, para compreender seu significado em um determinado *lugar* de análise.

Em outras palavras, compreender o discurso significa compreender texto/conversação-em-contexto (VAN DIJK, 2012, p. 18). Por conseguinte, a análise do discurso e a análise da conversação precisam explicitar o que são os contextos e como exatamente precisam ser analisados, de modo a explicar como os usuários da língua chegam a esse tipo de compreensão.

2.1.2 O que é o “contexto”? Um sentido informal

Usamos a noção de “contexto”, com van Dijk (2012, p. 19), sempre que queremos indicar que algum fenômeno, evento, ação ou discurso tem que ser estudado em relação com seu ambiente, isto é, com as condições e consequências que constituem seu entorno. Portanto, não só *descrevemos*, mas também, e especialmente, *explicamos* a ocorrência de propriedades de algum fenômeno focal em termos de alguns aspectos de seu contexto.

² Para Pêcheux, os semanticistas parecem estar envolvidos, no limite, na tarefa de construir uma *história natural do universo* e, para tal, “se utilizam de bom grado (...), de classificações dicotômicas do tipo abstrato/concreto, animado/não-animado, humano/não-humano, etc.”. Essas classificações, fossem-no aplicadas exaustivamente até o seu limite máximo, segundo ele, constituiriam uma espécie de história natural do universo que autorizaria “uma ‘tirada’ à La Palice (...) que faz com que, se alguém não é casado, é porque é solteiro” (PÊCHEUX, 2014, p. 29-30).

Os contextos surgem em diferentes *tamanhos* ou *escopos* e podem ser mais ou menos *micro* ou *macro*; metaforicamente, “parecem ser *círculos concêntricos* de *influência* ou *efeito* de certos estados de coisas, eventos ou discursos” (VAN DIJK, 2012, p. 19).

Além disso, parece haver uma relação mútua de influência condicional entre os eventos e seus contextos. “Texto e fala não são apenas *constituintes* (ou mesmo produtos) de seus contextos, mas também resultam ser *constitutivos* de seus contextos” (VAN DIJK, 2012, p. 19).

Percebemos, então, que a noção de “contexto” é frequentemente usada para localizar ou explicar coisas. Colocamos ou procuramos ver as coisas em seu “contexto próprio”, e somos frequentemente cobrados no sentido de não interpretar ou descrever as coisas “fora de contexto”. É por isso que nos esquemas das reportagens do noticiário há tipicamente uma categoria especial de contexto, que situa os acontecimentos presentes em seu contexto político, social ou histórico.

Dessa caracterização informal da noção de “contexto”, podemos concluir que não compreendemos corretamente os fenômenos complexos sem compreender seu contexto.

Aparentemente, os contextos também controlam o *estilo* do discurso, como os usos da retórica e a escolha dos itens lexicais, o que envolve o conhecimento das *restrições contextuais específicas* e de como formular o conteúdo e o estilo do discurso de acordo com tais restrições.

2.1.3 Estudos de Discurso (ED)

Nos anos 1960 um novo campo de pesquisas despontou em torno do conceito de *discurso*, ficando conhecido como Análise do Discurso (*Discourse Analysis*, DA ou, em português, AD) ou – mais recentemente – Estudos do Discurso (*Discourse Studies*, DS ou ED).

Não é possível traçar um caminho de retorno a um seu fundador, uma escola ou área específica. Os Estudos do Discurso são vistos como o resultado da convergência de diversas correntes teóricas e metodológicas originadas em vários países (sobretudo na Europa e na América do Norte) e em diferentes disciplinas das ciências sociais e humanidades (linguística, sociologia, filosofia, crítica literária, antropologia, história...). Costuma-se dizer que a filosofia, a história e as ciências sociais presenciaram uma “virada linguística” a partir da

segunda metade do século XX. Da mesma forma, pode-se falar de uma “virada discursiva” (ANGERMULLER; MAINGUENEAU; WODAK, 2014, p. 1) que vai de mãos dadas com viradas culturais, visuais e argumentativas nas ciências sociais e nas humanidades.

Os ED são um campo de pesquisas extremamente heterogêneo que envolve estudantes de uma imensa gama de disciplinas. Muitos, inclusive, contestam a ideia de que ele deriva da linguística, mesmo em seu mais *lato sensu*. Nesse sentido, os ED podem ser considerados não apenas como um projeto transdisciplinar ou mesmo pós-disciplinar, mas antes como um projeto que se lança contra a divisão do conhecimento em disciplinas e subdisciplinas especializadas (ANGERMULLER; MAINGUENEAU; WODAK, 2014, p. 1).

Em oposição às análises de conteúdo ou a algumas abordagens hermenêuticas, os ED não consideram o significado como um dado que pode ser lido na superfície dos textos e reconstruído em atos espontâneos de compreensão. Ao contrário dos sociolinguistas, que costumam manter o foco na linguagem, no vernáculo e nos códigos usados por indivíduos para sinalizar adesão a determinados grupos, os analistas do discurso estudam a forma como a ordem social é construída na prática discursiva (ANGERMULLER; MAINGUENEAU; WODAK, 2014, p. 3). Eles estão interessados nas práticas, regras e mecanismos que podem explicar como o significado é negociado entre os membros de uma comunidade discursiva.

2.1.4 Estudos do Discurso como resultante da união entre teoria do discurso e análise do discurso

Os ED existem como um campo onde teoria do discurso e análise do discurso estão integrados na prática de pesquisa do discurso. Enquanto a teoria do discurso é por vezes equiparada ao pós-estruturalismo, por exemplo, na linha de Foucault, Lacan e Althusser, a pragmática é frequentemente considerada como um *background* para análises de discurso mais empiristas.

A clivagem, todavia, é problemática. Teóricos do discurso têm se fiado, essencialmente, à análise do discurso e feito referências, por exemplo, à pragmática, como é o caso de Foucault, cuja teoria do discurso é inspirada, de forma capital, pela pragmática enunciativa. Da mesma forma, alguns analistas do discurso com uma abordagem etnometodológica ou de antecedentes pragmáticos têm edificado pontes com a teoria do discurso pós-estruturalista (ANGERMULLER; MAINGUENEAU; WODAK, 2014, p. 5).

“Discurso” é uma noção polimórfica capaz de mobilizar um grande número de opiniões teóricas. Teoreticamente, “discurso” pode ser percebido como tendo combinado pressupostos tomados emprestados da psicanálise, marxismo e pós-estruturalismo, da filosofia analítica, teoria dos atos de fala e pragmática, da etnometodologia e do interacionismo simbólico. A teoria do discurso costuma girar em torno do nexos entre poder, conhecimento e subjetividade.

Metodologicamente, em termos de análise do discurso, é comum entre os pesquisadores a noção de que discurso é um objeto complexo que pode ser estudado a partir de vários ângulos. A análise do discurso, então, precisaria lidar com ao menos três “componentes”: uma linguagem, uma prática e um componente contextual (ANGERMULLER; MAINGUENEAU; WODAK, 2014, p. 6). Em sentido oposto às disciplinas tradicionais, que tendem a lidar com objetos “puros”, os Estudos do Discurso priorizam o trabalho cooperativo e integrativo, indo além das disciplinas “individuais”.

O propósito heurístico do triângulo do discurso precisa ser enfatizado: “linguagem” designa o material semiótico (padrões formais, convenções, recursos), no mais amplo sentido. Pode consistir de textos escritos ou orais, que são necessários para se construir o conhecimento acerca do contexto mais geral. “Prática” se refere aos modos específicos de apropriação e processamento da linguagem e se estende a tudo quanto possa “ter lugar” entre os participantes na interação, incluindo as várias reivindicações de *expertise* e exclusão. “Contexto” diz com o cenário, situação ou conhecimento disponível no processo de contextualização pelos participantes.

2.2 ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO E DISCURSO DO DIREITO COMO PRÁTICA SOCIAL SUJEITA A CONDIÇÕES ESPECIFICAMENTE JURÍDICAS

2.2.1 A Análise de Discurso Crítica (ACD)

Aquelas primeiras análises do discurso deram um passo adiante na direção de um tratamento do contexto, mas em geral limitaram esse contexto ao contexto verbal, ou *contexto* (VAN DIJK, 2012, p. 23) para unidades linguísticas ou para o uso da língua – muitas das suas primeiras contribuições foram bastante estruturalistas e formais, em que pesem algumas tentativas para incorporar um tratamento formal do contexto como parte de um componente

pragmático. Muitos estudos do “contexto”, tanto em linguística como em outras abordagens mais formais, ainda limitam essa noção ao “contexto verbal” das palavras, sentenças, proposições, enunciados ou turnos conversacionais que precedem (e, algumas vezes, que seguem) (VAN DIJK, 2012, p. 23).

Foi preciso esperar até o final dos anos 1970 e começo dos anos 1980 para que as estruturas do discurso fossem estudadas mais sistematicamente em seu contexto social, histórico e cultural.

Uma abordagem mais crítica e sociopolítica do uso da língua, do discurso e do poder foi lançada no final dos anos 1970 por uma equipe de pesquisadores encabeçada por Roger Fowler, a qual defendia o estudo da “Linguística Crítica” (LC). Durante os anos 1980 e 1990, essa abordagem “crítica” cresceu rapidamente, a ponto de tornar-se um movimento internacional de Análise de Discurso Crítica (ADC) (Critical Discourse Analysis [CDA]), influenciado inicialmente por estudiosos europeus.

Mais do que a sociolinguística, a etnografia da comunicação ou outras abordagens dos aspectos sociais e culturais do uso da língua, esse movimento interessou-se especificamente pela reprodução discursiva do poder, pelo estudo crítico do discurso político e pelo estudo de problemas sociais fundamentais, a exemplo do racismo. Esse movimento crítico se desenvolveu paralelamente ao movimento feminista e ao estudo crítico do gênero social, da língua e do discurso, sofrendo as influências desses outros movimentos (VAN DIJK, 2012, p. 24).

A heterogeneidade de abordagens teóricas e metodológicas também se vê representada nesse campo da linguística, o que tende a confirmar opiniões no sentido de que a ACD e a LC “são, quando muito, uma perspectiva compartilhada sobre como fazer análise linguística, semiótica e do discurso” (WODAK, 2001, p. 2)³.

De acordo com Ruth Wodak, essa perspectiva compartilhada está relacionada ao termo “crítica” que, no trabalho de alguns linguistas críticos, pode ser inicialmente ligado à Escola de Frankfurt ou de Habermas. Atualmente, entretanto, segundo a autora, o termo “crítica” está sendo usado, de modo convencional, num sentido mais amplo, denotando a combinação prática do engajamento social e político com uma construção de sociedade sociologicamente embasada, e ao mesmo tempo reconhecendo, que, em questões humanas, as interconexões e as redes de causa e efeito podem ser distorcidas a ponto de saírem do campo de visão. Assim,

³ No original: “are at most a shared perspective on doing linguistic, semiotic or discourse analysis”.

a atividade crítica consiste, essencialmente, em tornar visível a natureza interligada das coisas (WODAK, 2001, p. 2).

Dessa forma, a LC e a ACD podem ser definidas como campos fundamentalmente interessados em analisar relações estruturais, transparentes ou veladas, de discriminação, poder e controle manifestas na linguagem. Em outras palavras, a ACD almeja investigar criticamente como a desigualdade social é expressa, sinalizada, constituída, legitimada, e assim por diante, por meio do uso da linguagem (ou no discurso). Dessa forma, a maioria dos analistas críticos do discurso endossaria a afirmação de Habermas de que “a linguagem também é um meio de dominação e força social. Ela serve para legitimar relações de poder organizado. Na medida em que as legitimações das relações de poder, (...) não são articuladas, (...) a linguagem é também ideológica” (WODAK, 2001, p. 2)⁴.

Em contraste com outros paradigmas da análise do discurso e da linguística textual, a LC e a ACD focalizam não só os textos, falados ou escritos, como objetos de investigação. Uma abordagem realmente crítica do discurso exigiria uma teorização e descrição, tanto dos processos e estruturas sociais que levam à produção de um texto, quanto das estruturas e processos sociais no seio dos quais indivíduos ou grupos, como sujeitos sócio-históricos, criam significados em suas interações com os textos. Consequentemente, três conceitos são indispensáveis para a ACD: o conceito de poder, o conceito de história e o conceito de ideologia.

Levando em conta as premissas de que o discurso é estruturado pela dominação; que cada discurso é historicamente produzido e interpretado, isto é, está situado no tempo e no espaço; e que as estruturas de dominação são legitimadas pelas ideologias dos grupos que detém o poder (WODAK, 2001, p. 3), a abordagem complexa defendida pelos proponentes da LC e da ACD possibilita a análise das pressões verticalizadas, e das possibilidades de resistência às relações desiguais de poder, que figuram como convenções sociais. A partir dessa perspectiva, as estruturas dominantes estabilizam as convenções e as naturalizam, isto é, os efeitos da ideologia e do poder na produção dos significados são mascarados, e assumem formas estáveis e naturais: eles são tomados como “dados”. A resistência é vista, então, como quebra de convenções, de práticas discursivas estáveis, por meio de atos de “criatividade” (WODAK, 2001, p. 3).

⁴ No original: “Thus, CL and CDA may be defined as fundamentally concerned with analysing opaque as well as transparent structural relationships of dominance, discrimination, power and control as manifested in language. In other words, CDA aims to investigate critically social inequality as it is expressed, signalled, constituted, legitimized and so on by language use (or in discourse). Most critical discourse analysts would thus endorse Habermas's claim that ‘language is also a medium of domination and social force. It serves to legitimize relations of organized power. In so far as the legitimations of power relations, (...) are not articulated, (...) language is also ideological’”.

É importante reiterar, antes de avançarmos, que temos tratado até agora de “abordagens”, não de métodos. “Ainda não existe um método de análise linguística que seja tanto teoricamente adequado como viável na prática” (FAIRCLOUGH, 2001a, p. 19).

A ACD atual estabelece uma relação de continuidade com a LC, desenvolvida nos anos 1970 e 1980, principalmente na University of East Anglia com Roger Fowler, Tony Trew e Gunther Kress. Essa continuidade é visível principalmente na afirmação de que os discursos são ideológicos, e que os signos são arbitrários (WODAK, 2001, p. 3). A linguística sistêmica funcional mostrou-se extremamente importante para a análise textual realizada por essa escola.

Podemos encontrar outras raízes da LC e da ACD na retórica clássica, na linguística textual e na sociolinguística, assim como na linguística aplicada e na pragmática. Os conceitos de ideologia, poder, hierarquia e gênero social, bem como variáveis sociológicas estáticas, foram considerados relevantes para a interpretação ou explicação do texto (WODAK, 2001, p. 3). Os temas investigados variam de acordo com os vários departamentos e estudiosos que aplicam a ACD. As metodologias também diferem consideravelmente: podemos encontrar pequenos estudos de caso qualitativos, assim como grandes *corpora* de dados, provenientes de trabalhos de campo e pesquisas etnográficas.

2.2.2 Alguns elementos de um quadro para um conceito (agora) teórico de “contexto” e do contexto da atividade do direito

Teun A. van Dijk (2012), no seu livro *Discurso e contexto – uma abordagem sociocognitiva*, procura afastar-se dos usos informais da palavra “contexto” para traçar os elementos de um quadro para um conceito teórico de “contexto” que possa ser usado nas teorias da língua, do discurso, da cognição, da interação, da sociedade, da política e da cultura, para o que elenca alguns dos principais pressupostos dessa definição, logo no primeiro capítulo, passando a detalhá-los ao longo da obra.

Dentre esses pressupostos, estão que *os contextos são construtos subjetivos dos participantes*. Contrariamente à maioria das abordagens, que conceituam os contextos como propriedades objetivas das situações sociais, políticas e culturais, van Dijk entende que os contextos são construtos dos participantes, ou “definições subjetivas das situações interacionais ou comunicativas” (VAN DIJK, 2012, p. 34). Isso não significa que as estruturas sociais e políticas não possam ter dimensões objetivas (por exemplo, de tempo e espaço), ou

que elas não sejam vividas como “reais” pelos membros da sociedade. O que conta fundamentalmente para o autor é realçar que essas situações sociais só conseguem influenciar o discurso por meio das interpretações (inter)subjetivas de delas fazem os participantes.

Além disso, *os contextos são modelos mentais*. Teoricamente, os construtos subjetivos dos participantes serão explicados em termos de modelos mentais de um tipo especial, a saber, os *modelos de contextos*. “Esses modelos representam as propriedades relevantes do entorno comunicativo na memória episódica (autobiográfica) e vão controlando passo a passo os processos de produção e compreensão do discurso” (VAN DIJK, 2012, p. 35).

Os contextos são um tipo específico de modelo da experiência. Se os contextos são modelos mentais que representam situações comunicativas, eles são também um tipo especial dos modelos mentais que as pessoas constroem passo a passo das situações e entornos de suas vidas diárias, modelos esses que van Dijk chama de “modelos da experiência” (VAN DIJK, 2012, p. 35). Esses modelos dinâmicos controlam toda a percepção e interação em progresso e consistem em categorias básicas como o ambiente espaço-temporal, os participantes e suas variadas identidades, os eventos ou ações em curso, bem como os objetivos válidos no momento. É esse modelo da experiência que “não só representa a própria pessoa e o entorno dos seres humanos conscientes, mas também controla as ações que vão realizando, de modo que elas sejam relevantes na situação corrente” (VAN DIJK, 2012, p. 35).

Os modelos de contexto são esquemáticos. Enquanto modelos mentais, os contextos consistem em esquemas de categorias compartilhadas, convencionais e dotadas de uma base cultural, que facultam uma interpretação rápida de eventos comunicativos únicos em curso. Seguindo o raciocínio elaborado por van Dijk, sem esses esquemas e categorias culturais, os participantes não conseguiriam entender, representar e atualizar situações sociais às vezes altamente complexas em tempo real, isto é, em (frações de) segundos. Essas categorias são, por exemplo, o tempo, lugar, os participantes (e suas diferentes identidades ou papéis), a ação, os propósitos e o conhecimento. “Esses contextos esquemáticos precisarão, contudo, ser desenvolvidos e refinados por teorias empíricas. Cada (fragmento de uma) situação comunicativa pode dar origem a uma combinação, configuração ou hierarquia diferente dessas categorias” (VAN DIJK, 2012, p. 35).

Os contextos controlam a produção e compreensão do discurso. É acima de tudo crucial admitir que os contextos, definidos como modelos mentais, controlam o processo de produção e compreensão do discurso e, portanto, as estruturas discursivas e as interpretações do discurso resultantes. Essa é a base cognitiva e a explicação daquilo que é tradicionalmente

chamado, segundo van Dijk, de influência da sociedade sobre o texto ou a fala, e o processo que garante que os usuários da língua consigam moldar seu discurso *apropriadamente* em relação às propriedades da situação comunicativa (que para eles são) relevantes (VAN DIJK, 2012, p. 36). Embora esse processamento cognitivo seja fundamental, esses processos dos usuários da língua estão inseridos em condições sociais e culturais mais amplas, compartilhadas pelos usuários da língua enquanto membros de grupos e comunidades.

Os contextos têm bases sociais. Embora os contextos sejam definições únicas e subjetivas das situações comunicativas, sua estrutura e sua construção têm uma base social, por exemplo, em termos das *cognições sociais* compartilhadas (conhecimentos, atitudes, ideologias, gramática, regras, normas e valores) de uma comunidade discursiva, o mesmo acontecendo com as categorias esquemáticas que definem as estruturas possíveis dos contextos. Isso significa que os contextos, para van Dijk, “também têm uma importante dimensão intersubjetiva, que é condição primeira para a comunicação e a interação” (VAN DIJK, 2012, p. 36). Em outras palavras, os contextos são ao mesmo tempo pessoais e sociais – como é também o caso dos discursos que eles controlam.

Os contextos são dinâmicos. Modelos mentais, os contextos não são estáticos, e sim dinâmicos. Eles são construídos para cada situação comunicativa nova e, em seguida, *atualizados* e *adaptados* tendo em vista (a interpretação subjetiva das) restrições presentes da situação, incluindo o discurso e a interação imediatamente precedentes. Em outros termos, os contextos se desenvolvem “à medida” e “on-line” (VAN DIJK, 2012, p. 37), isto é, em paralelo com a interação e (outros) pensamentos.

Com frequência, os contextos são amplamente planejados. Por diversas razões sociais e cognitivas, os contextos, mesmo sendo únicos, não são evidentemente construídos a partir do zero no momento da interação. À semelhança do que acontece em todas as experiências de interação, os participantes conhecem previamente e planejam prospectivamente muitas das propriedades prováveis da situação comunicativa (VAN DIJK, 2012, p. 37). Assim, além de sua própria identidade, eles saberão ou planejarão com quem se irão comunicar, quando, onde e com que objetivos. Ademais, os eventos comunicativos encontram-se frequentemente encaixados em eventos sociais mais amplos, que os participantes representam (ou experienciam) como algo em andamento. Planejar e antecipar o conhecimento de contextos são duas coisas possíveis, porque a partir de esquemas e categorias gerais de contextos (compartilhados culturalmente) constroem-se contextos específicos e porque as pessoas têm lembranças acumuladas de eventos comunicativos semelhantes ocorridos no passado.

Portanto, da mesma forma que é possível “aprender” os gêneros discursivos, também é possível “aprender” tipos de contextos.

Por fim, dentre aqueles pressupostos que julgamos relevante referir para os propósitos do trabalho, *os modelos de contextos exercem funções pragmáticas*. A função fundamental dos modelos de contexto é garantir que os participantes possam produzir textos ou falas *adequados* na situação comunicativa presente e que possam compreender a adequação dos textos ou falas dos outros. Nesse sentido, “uma *teoria do contexto* vem a ser um dos objetivos de uma abordagem *pragmática* do discurso. Ela explica como os usuários adaptam sua interação discursiva aos ‘entornos’ socioculturais e cognitivos do momento” (VAN DIJK, 2012, p. 37). Uma teoria com essas características, de acordo com van Dijk, também torna explícitas as “condições de felicidade” usuais dos atos ilocucionários e as condições de adequação, a polidez e outras dimensões da interação.

O direito pode ser e aqui é interpretado como uma atividade textual institucionalizada (VOGEL, 2017, p. 287) em um contexto de restrições jurídicas das quais participam as representações que aqueles que atuam no interior de um sistema jurídico em particular têm desse mesmo sistema (BRUNET; CHAMPEIL-DESPLATS, 2012, p. 12).

2.2.3 Os conceitos de crítica, ideologia e poder na Análise Crítica do Discurso (ACD)

O conceito de “crítica”, que é inerente ao programa da ACD, é definido de formas bastante diferentes. Alguns aderem à Escola de Frankfurt, outros a uma noção de crítica literária, outros ainda a noções marxistas. Basicamente, a noção de “crítica” significa, de acordo com Ruth Wodak, distanciar-se dos dados, situar os dados no social, adotar uma posição política de forma explícita, e focalizar a autorreflexão (WODAK, 2001, p. 9). Para todos os que estão envolvidos com a ACD, a aplicação dos resultados é extremamente importante, seja em seminários práticos para professores, médicos ou funcionários públicos, ou na produção de pareceres técnicos, ou no desenvolvimento de livros didáticos.

A referência à contribuição da teoria crítica para a compreensão da ACD, assim como os conceitos de “crítica” e “ideologia”, é importante. Ruth Wodak leciona que o conceito de ideologia foi usado pela primeira vez no final do século XVIII, na França, e que, portanto, vem sendo usado por volta de dois séculos (WODAK, 2001, p. 10). O termo tem recebido diferentes funções e significados ao longo do tempo e se refere às formas e processos sociais dentro dos quais, e por meio dos quais, formas simbólicas circulam no mundo social.

Para a ACD, a ideologia é vista como um importante aspecto da criação e manutenção das relações desiguais de poder. A LC tem um interesse particular em como a linguagem media a ideologia numa variedade de instituições sociais (WODAK, 2001, p. 10).

Seguindo a análise de van Dijk, a influência decisiva sobre a “mente” das pessoas dá-se por meio de um controle antes simbólico que econômico. Para ele, de forma semelhante, ao reconhecer o controle exercido sobre os mais fracos no domínio socioeconômico (dinheiro, empregos, serviços de assistência social), um componente importante do exercício e da manutenção do poder é ideológico e “baseia-se em vários tipos de aceitação, negociação, contestação e consenso. Torna-se crucial, desse modo, analisar o papel estratégico do discurso e de seus agentes (falantes, escritores, editores e assim por diante) na reprodução dessa forma de hegemonia sociocultural” (VAN DIJK, 2015, p. 46-47). Dado que as elites simbólicas, como o autor as chama, detêm um grande controle sobre o modo de influência exercida por meio dos gêneros, dos tópicos, das argumentações, dos estilos, da retórica ou da apresentação da escrita e da fala públicas, o poder delas é considerável, embora exercido dentro de um conjunto de limitações – nós vamos falar em constrições.

O estudo da ideologia é, portanto, o estudo de como o significado é construído e transmitido por meio de formas simbólicas de vários tipos. Esse tipo de estudo investiga também os contextos sociais nos quais as formas simbólicas são empregadas e organizadas. O pesquisador está interessado em determinar se tais formas estabelecem ou sustentam relações de dominação. O estudo da ideologia tem que levar em conta a variedade de teorias e teóricos que têm examinado a relação entre o pensamento e a realidade social. Todas essas teorias segundo Ruth Wodak, partem do princípio de que “existem razões históricas específicas para que as pessoas passem a sentir, raciocinar, desejar e imaginar como o fazem” (WODAK, 2001, p. 10) ⁵.

Apesar da variedade de posturas em relação ao conceito de ideologia, de acordo com van Dijk:

o termo se refere à “consciência” de um grupo ou classe, explicitamente elaborada ou não em um sistema ideológico, que subjaz às práticas socioeconômicas, políticas e culturais dos membros do grupo, de forma tal que seus interesses (do grupo ou da classe) materializam-se (em princípio da melhor maneira possível) tanto a ideologia em si quanto as práticas ideológicas derivadas dela são frequentemente adquiridas, exercidas ou organizadas por meio de várias instituições, como o Estado, os meios de comunicação, o aparato educacional, a Igreja, bem como por meio de instituições informais, como a família. As análises marxistas clássicas sugerem, de forma mais

⁵ No original: “*that there are specific historical reasons why people come to feel, reason, desire and imagine as they do*”.

específica, que a ideologia dominante de um determinado período costuma ser a ideologia dos que controlam os meios de reprodução ideológica, especificamente, a classe dominante. Isso pode implicar que certos grupos ou classes dominados desenvolveriam concepções distorcidas sobre sua situação socioeconômica (“falsa consciência”), o que, por sua vez, poderia levá-los a agir contra seus interesses básicos. De forma reversa, os grupos ou classes dominantes tendem a esconder sua ideologia (e, portanto, seus interesses) e terão por meta fazer que esta seja, em geral, aceita como um sistema de valores, normas e objetivos “geral” ou “natural”. Nesse caso, a reprodução ideológica incorpora a natureza da formação de consenso, e o poder derivado dela toma uma forma hegemônica (VAN DIJK, 2015, p. 47-48).

Teun A. van Dijk toma como ponto de partida o fato de a ideologia ser uma forma de cognição social. Esse pressuposto, segundo ele, não significa que a ideologia compõe-se simplesmente de um conjunto de crenças ou atitudes. Sua natureza sociocognitiva é mais elementar. Segundo sua análise, uma ideologia é uma estrutura cognitiva complexa que controla a formação, transformação e aplicação de outros tipos de cognição social, tais como o conhecimento, as opiniões e as posturas, e de representações sociais, como os preconceitos sociais. Essa estrutura ideológica em si consiste em normas, valores, metas e princípios socialmente relevantes que são selecionados, combinados e aplicados de forma tal a favorecer a percepção, interpretação e ação nas práticas sociais que beneficiam os interesses do grupo tomado como um todo (VAN DIJK, 2015, p. 48). Dessa forma, uma ideologia proporciona coerência às atitudes sociais, que, por sua vez, codeterminam as práticas sociais. Deve-se sublinhar que as cognições sociais ideológicas, em van Dijk, não são sistemas de crenças ou opiniões individuais, mas essencialmente as cognições sociais de membros de formações ou instituições sociais. De forma semelhante, segundo essa análise, não se deve usar termos como “falso” a fim de denotar ideologias especificamente “tendenciosas”. “Todas as ideologias (incluindo as científicas) englobam uma (re)construção da realidade social dependente de interesses” (VAN DIJK, 2015, p. 48).

A aquisição de uma ideologia, no entanto, não se guia pelos “interesses objetivos” de cada grupo ou classe, apesar de em muitas ocasiões, e historicamente, esses interesses poderem eventualmente suplantar outras condições de (re)produção ideológica. Então, o discurso e a comunicação, segundo sugere van Dijk, desempenham um papel central na (trans)formação da ideologia, sendo, portanto, crucial, dessa perspectiva, examinar quem, e por meio de quais processos, controla os meios e as instituições da (re)produção ideológica. Apesar de a formação da estrutura sociocognitiva fundamental da ideologia ser um processo bastante complexo, ela precisa ao menos de uma base de crenças (verdadeiras ou falsas) (VAN DIJK, 2015, p. 49). O trabalho de van Dijk tenta mostrar que o discurso e em especial o discurso de instituições e de grupos poderosos, é a prática social essencial capaz de mediar a

administrar essas crenças. As constrações jurídicas inspiradas na teoria de Troper são constrações ou *constrangimentos institucionais* por tratarem da forma de controle que não se preocupa diretamente com a maneira pela qual o juiz constrói ou justifica sua sentença, mas sim com o efeito do desenho institucional sobre os julgamentos realizados pelo judiciário (RODRIGUEZ, 2013, p. 151).

As teorias críticas, portanto, também a LC e a ACD, ocupam uma posição especial como guias para a ação humana (WODAK, 2001, p. 10). Elas objetivam a produção de conscientização e da emancipação. Tais teorias buscam não apenas descrever e explicar, mas também expor um tipo particular de engano. Ainda que adotem conceitos diferentes de ideologia, as teorias críticas pretendem despertar nos agentes a consciência de que, com frequência, eles são enganados a respeito de suas próprias necessidades e interesses. Um dos objetivos da ACD é “desmistificar” os discursos decifrando as ideologias.

Para a ACD, a linguagem não é poderosa em si mesma – ela adquire poder pelo uso que os agentes que detêm poder fazem dela. Isso explica porque a LC com frequência adota a perspectiva dos que sofrem, e analisa criticamente a linguagem daqueles que estão no poder, que são responsáveis pela existência de desigualdades e que também dispõem dos meios e oportunidades para melhorar as condições gerais (WODAK, 2001, p. 10).

Em conformidade com seus predecessores na teoria crítica, a ACD enfatiza a necessidade de um trabalho interdisciplinar de forma a alcançar uma compreensão mais completa de como a linguagem funciona, por exemplo, na constituição e transmissão do conhecimento, na organização das instituições sociais, e no exercício do poder.

No item destinado à análise do poder e do discurso, em seu *Discurso e poder*, Teun A. van Dijk discute as dimensões do poder que podem ter algum impacto sobre o discurso e sobre suas estruturas: as várias instituições de poder, as estruturas internas de poder dessas instituições, as relações de poder entre os diferentes grupos sociais e a abrangência ou o domínio do exercício do poder por (membros de) essas instituições ou grupos. O autor argumenta que essas estruturas e dimensões do poder também se manifestam nas várias estruturas de escritas e falas “poderosas” (VAN DIJK, 2015, p. 54), associando-se cada uma das grandes instituições de poder – ele cita como exemplo o judiciário –, com seus gêneros de discursos específicos, eventos comunicativos, tópicos, estilos e retóricas. Em segundo lugar, há a hierarquia tradicional de posição, posto ou *status* dentro dessas instituições e estas implicam diferentes atos de fala, gêneros ou estilos, por exemplo, os que sinalizam autoridade ou comando.

Em terceiro lugar, de forma paralela ou algumas vezes combinada com essas instituições, encontramos relações de poder entre grupos e, em termos gerais, as relações de poder entre *Nós* e *Eles*. O efeito sobre o discurso, nesses casos, mostrar-se-á particularmente óbvio no controle desigual do diálogo, da troca de turnos, dos atos de fala, da escolha de tópico ou de estilo (VAN DIJK, 2015, p. 55).

Em quarto lugar, é possível analisar o exercício do poder, para van Dijk, quanto ao seu domínio ou abrangência de ação e tipo de influência.

Finalmente, podemos distinguir entre os vários tipos de legitimidade para essas formas de controle social:

os que têm um controle total imposto ou mantido pela força, como em uma ditadura e, em alguns domínios, também num sistema democrático de governo; e os que exercem um controle parcial, sancionado ou por uma elite, uma maioria, ou por um consenso mais ou menos geral. Essas diferenças (graduais) refletem as possibilidades de sanção dos poderosos, bem como a aceitação ou a resistência dos que se sujeitam ao exercício do poder (VAN DIJK, 2015, p. 55).

Essas diferenças nos modos de legitimação, ainda segundo van Dijk, também se manifestam em diferentes gêneros, assuntos, estilos de discurso. Pode-se prever que cada sistema político, considerado como uma institucionalização do poder, por exemplo, por meio do Estado, está ligado a seus próprios e característicos arranjos ou modos de discurso. Já que os princípios (normas, regras, valores, metas) de legitimidade encontram-se mergulhados em uma ideologia, os processos de legitimação também vão surgir como processos discursivos (VAN DIJK, 2015, p. 56).

Uma importante perspectiva da ACD é que, muito raramente, um texto é resultado do trabalho de apenas uma pessoa. As diferenças discursivas são negociadas nos textos; elas são regidas por diferenças de poder que são, elas mesmas, em parte codificadas e determinadas pelo discurso e pelo gênero. Consequentemente, os textos costumam ser espaços de luta, uma vez que guardam traços de diferentes discursos e ideologias em disputa pelo controle. Uma característica marcante da ACD é, segundo afirma Ruth Wodak, sua preocupação com o poder como condição central da vida social, e seus esforços para desenvolver uma teoria linguística que incorpore essa visão como uma de suas premissas fundamentais (WODAK, 2001, p. 11). A ACD se volta não só para as lutas pelo poder e pelo controle, mas também para a intertextualidade e a recontextualização de discursos que competem entre si.

Para a linguista austríaca, o poder envolve relações de diferença, particularmente os efeitos dessas diferenças nas estruturas sociais:

a unidade permanente entre a linguagem e outras questões sociais garante que a linguagem esteja entrelaçada com o poder social de várias maneiras: a linguagem classifica o poder, expressa poder, e está presente onde há disputa e desafio ao poder. O poder não surge da linguagem, mas a linguagem pode ser usada para desafiar o poder, subvertê-lo e alterar sua distribuição a curto e longo prazo. A linguagem constitui um meio articulado com precisão para construir diferenças de poder nas estruturas sociais hierárquicas. Pouquíssimas estruturas linguísticas não foram colocadas, em algum momento, a serviço da expressão do poder por meio de um processo de metáfora sintática ou textual. A ACD está interessada em como as formas linguísticas são usadas em várias expressões e manipulações do poder. O poder é sinalizado não somente pelas formas gramaticais presentes em um texto, mas também pelo controle que uma pessoa exerce sobre uma ocasião social por meio do gênero textual. Com frequência, é justamente dentro dos gêneros associados a certas ocasiões sociais que o poder é exercido ou desafiado (WODAK, 2001, p. 11) ⁶.

2.3 RETÓRICA DA OBJETIVIDADE NO DISCURSO DO DIREITO E UM SEU MODELO DE ANÁLISE

2.3.1 Análise Crítica do Discurso como “método” em pesquisa social científica

Norman Fairclough, em capítulo seu na obra coletiva *Methods of Critical Discourse Analysis*, procura descrever a Análise Crítica do Discurso como um método que possa ser empregado na pesquisa social científica, nada obstante se atenha, especificamente, a aspectos selecionados de um objeto de pesquisa particular: o papel diferenciado da linguagem no novo capitalismo. Muito embora não seja este o nosso tema, alguns pressupostos para o desenvolvimento de um método no contexto da pesquisa do professor da Universidade de Lancaster podem ser úteis para pensar caminhos possíveis para uma pesquisa científica a partir da ACD em outros contextos.

Como já antecipado quando enfatizamos que não há ainda um método de pesquisa em linguagem propriamente dito, mas diversas abordagens ou “modos de ver” os objetos de pesquisa, Fairclough, dentre muitos outros pesquisadores na área, guarda reservas quanto ao conceito de método. De acordo com ele, não é difícil pensar em método como uma espécie de

⁶ No original: “*language indexes power, expresses power, is involved where there is contention over and a challenge to power. Power does not derive from language, but language can be used to challenge power, to subvert it, to alter distributions of power in the short and long term. Language provides a finely articulated means for differences in power in social hierarchical structures. Very few linguistic forms have not at some stage been pressed into the service of the expression of power by a process of syntactic or textual metaphor. CDA takes an interest in the ways in which linguistic forms are used in various expressions and manipulations of power. Power is signalled not only by grammatical forms within a text, but also by a person's control of a social occasion by means of the genre of a text. It is often exactly within the genres associated with given social occasions that power is exercised or challenged*”.

habilidade transferível se considerarmos a definição do termo como uma técnica, uma ferramenta em uma caixa, da qual se pode lançar mão quando necessário e depois devolvê-la. A ACD, na sua visão, é muito mais uma teoria que um método, ou melhor, uma perspectiva teórica sobre a língua e, de uma maneira mais geral, sobre a semiose (que inclui a linguagem visual, linguagem corporal e assim por diante) como um elemento ou momento do processo social material (FAIRCLOUGH, 2001b, p. 121), que dá margens a análises linguísticas ou semióticas inseridas em reflexões mais amplas sobre o processo social. Além do mais, para o autor, esta perspectiva tem uma relação dialógica com outras teorias e métodos sociais, com eles se engajando não apenas de maneira interdisciplinar, mas transdisciplinar, entendendo que coengajamentos particulares sobre determinados aspectos do processo social devem suscitar avanços teóricos e metodológicos que perpassem as fronteiras das várias teorias e métodos (FAIRCLOUGH, 2001b, p. 122). Dito de outra maneira, todos deveríamos estar abertos a diferentes lógicas teóricas, a sua “interiorização”, tornando possível transformar as relações que existem entre elas.

Fairclough se insere em uma vertente da ACD que se baseia na visão de semiose como a parte irreduzível dos processos sociais materiais, por isso aborda um modelo de ACD que tenta incorporar a visão da língua como um elemento integrante do processo social material. Acerca da semiose, ele escreve:

a semiose inclui todas as formas de construção de sentidos – imagens, linguagem corporal e a própria língua. Vemos a vida social como uma rede interconectada de práticas sociais de diversos tipos (econômicas, políticas, culturais, entre outros), todas com um elemento semiótico. A concepção de práticas sociais nos permite combinar as perspectivas de estrutura e de ação – uma prática é, por um lado, uma maneira relativamente permanente de agir na sociedade, determinada por sua posição dentro da rede de práticas estruturada; e, por outro lado, um domínio de ação social e interação que reproduz estruturas, podendo transformá-las. Todas são práticas de produção, arenas dentro das quais a vida social é produzida, seja ela econômica, política, cultural ou cotidiana (FAIRCLOUGH, 2001b, p. 122) ⁷.

O autor entende que toda prática inclui os elementos: atividade produtiva, meios de produção, relações sociais, identidades sociais, valores culturais, consciência e semiose. Todos eles, dialeticamente relacionados. Dito de outra forma, são elementos diferentes, mas

⁷ No original: “*Semiosis includes all forms of meaning making – visual images, body language, as well as language. We can see social life as interconnected networks of social practices of diverse sorts (economic, political, cultural, and so on). And every practice has a semiotic element. The motivation for focusing on social practices is that it allows one to combine the perspective of structure and the perspective of action – a practice is on the one hand a relatively permanent way of acting socially which is defined by its position within a structured network of practices, and a domain of social action and interaction which both reproduces structures and has the potential to transform them. All practices are practices of production – they are the arenas within which social life is produced, be it economic, political, cultural, or everyday life*”.

não totalmente separados e distintos. Há um sentido no qual cada um internaliza os outros sem se confundirem entre si (FAIRCLOUGH, 2001b, p. 123). Dessa perspectiva, as relações e identidades sociais, os valores sociais e a consciência são em parte semióticos, o que não permite inferir que as relações sociais, por exemplo, sejam teorizadas do modo como se faz nos estudos da linguagem – essas duas matérias, segundo Fairclough, têm propriedades distintas e pesquisá-las dá margem a disciplinas distintas (FAIRCLOUGH, 2001b, p. 123).

A ACD é a análise das relações dialéticas entre semioses (inclusive a língua) e outros elementos das práticas sociais (FAIRCLOUGH, 2001b, p. 123). Essa disciplina preocupa-se particularmente com as mudanças radicais na vida social contemporânea, no papel que a semiose tem dentro dos processos de mudança e nas relações entre semiose e outros elementos sociais dentro da rede de práticas. O papel da semiose nas práticas sociais, por sua vez, deve ser estabelecido por meio de análise. A semiose pode ser mais importante e aparente em determinada ou determinadas práticas do que em outras, e sua importância pode variar com o passar do tempo.

Nas lições de Fairclough, são três as maneiras de atuação da semiose. Primeiramente, ela atua como parte da atividade social inserida em uma prática. É parte do trabalho de um vendedor de loja, por exemplo, usar a língua de uma forma particular, e o mesmo acontece quando se governa um país. Em segundo lugar, a semiose atua nas representações. Os atores sociais, no curso de sua atividade, produzem não só representações das práticas em que estão inseridos (representações reflexivas) como de outras, recontextualizando-as e incorporando-as às suas próprias (FAIRCLOUGH, 2001b, p. 123). Além disso, os atores sociais irão produzir representações de modo distinto, dependendo da posição que eles ocupam dentro de suas práticas. A representação é um processo de construção social das práticas – incluindo a autoconstrução reflexiva, as representações adentram e modelam os processos e práticas sociais. Em terceiro lugar, a semiose atua no desempenho de posições particulares. As identidades de pessoas que operam em certas posições são apenas parcialmente determinadas pela prática em si. As pessoas de diferentes classes sociais, sexos, nacionalidades, etnias ou culturas, com experiências de vida diversas, produzem desempenhos distintos (FAIRCLOUGH, 2001b, p. 123).

A semiose como parte da atividade social constitui gêneros discursivos. Os gêneros são as maneiras diversas de agir, de produzir a vida social semioticamente (FAIRCLOUGH, 2001b, p. 123). São exemplos: a conversação cotidiana, as reuniões dos diversos tipos de organização, as entrevistas políticas e de outros tipos e as críticas de livros. A semiose na

representação e autorrepresentação de práticas sociais constitui os discursos, que são as várias representações da vida social. Os atores sociais posicionados diferentemente veem e representam a vida social de modo distinto, com discursos distintos e os diferentes discursos, inseridos nessas práticas, correspondem às diversas posições dos atores sociais (FAIRCLOUGH, 2001b, p. 123-124).

A semiose no desempenho das posições constitui os estilos. Os médicos, professores ou ministros de governo, por exemplo, não têm simplesmente estilos semióticos em razão de sua posição nas práticas. Cada posição é desempenhada com estilos diferentes, dependendo de aspectos de identidade que excedem a construção das diversas posições (FAIRCLOUGH, 2001b, p. 124). Os estilos são maneiras de ser, identidades, em seu aspecto semiótico.

As práticas sociais inter-relacionadas de maneira particular constituem a ordem social. O aspecto semiótico de uma ordem social é o que podemos chamar de ordem de discurso. É a maneira de os diversos gêneros e discursos estarem inter-relacionados entre si. Uma ordem de discurso, em Fairclough, é uma estruturação social da diferença semiótica, uma ordenação social particular das relações entre os vários modos de construir sentido, isto é, os diversos discursos e gêneros (FAIRCLOUGH, 2001b, p. 124). Um aspecto dessa ordenação é a dominância: algumas maneiras de construir sentidos são dominantes ou estão em voga para certas ordens de discurso; outras são marginais, subversivas, alternativas. Nesse sentido, o conceito político de hegemonia pode ser útil quando aplicado à análise de ordens de discurso, pois uma determinada estruturação social da diversidade semiótica pode ser hegemônica, tornar-se parte do senso comum legitimador que sustenta as relações de dominação (FAIRCLOUGH, 2001b, p. 124).

A ACD oscila entre a ênfase na estrutura – nas mudanças na estruturação da diversidade semiótica (ordens de discurso) – e a ênfase na ação – no trabalho semiótico produtivo que acontece nos textos e interações. Nas duas perspectivas, o que importa são as articulações em mudanças entre gêneros, discursos e estilos, a mudança da estruturação social entre esses elementos na estabilidade e permanência nas ordens de discurso e uma continuidade no trabalho das relações entre eles em textos e interações (FAIRCLOUGH, 2001b, p. 124).

Nossos objetivos, neste trabalho, aproximam-se de uma análise de estrutura, especificamente no tocante à identificação de uma rede de práticas discursivas, das relações de semiose com outros elementos discursivos e do discurso mesmo analisado.

2.3.2 Direito e objetividade no discurso jurídico: entre Max Weber e Bourdieu

Nas sociedades modernas, trabalhar com o direito é trabalhar no interior de textos e da linguagem. Quando um agente que atua no campo do direito trabalha com “normas”, ele, na verdade, trabalha com vários textos diferentes (ADEODATO, 2010). Ele conecta um texto com outros textos, por exemplo, precedentes dos tribunais, textos da comunidade acadêmica jurídica, comentários à legislação e, claro, textos descrevendo os controversos “fatos” subjacentes ao litígio. Em outras palavras: o Estado constitucional moderno estabelece uma estrutura intertextual. Este não é apenas um atributo entre outros. O Estado constitucional é, de fato, uma estrutura de texto em si. A jurisprudência⁸ é uma ciência da decisão baseada em textos. Essa relação entre sistema jurídico e texto resulta de duas funções: a linguagem é o meio mais importante para compartilhar e negociar normas jurídicas como expectativas de comportamento sob ameaça de sanções (FERRAZ JR., 2003, p. 105). Além disso, a democracia constitucional transforma a força bruta dos conflitos sociais no devido processo e na luta semântica para encontrar os melhores argumentos.

O juiz, em sua atividade específica de criador de sentidos (ou de atualizador do sentido dos textos), tem por função conter a profusão de significados para conformar o sentido dos textos jurídicos aos esquadros do Estado de Direito. A situação comunicativa discursiva jurídica é qualificada como triádica (FERRAZ JR., 2015, p. 84), precisamente por ampliar a situação comunicativa social acrescentando-a de mais um comunicador: o árbitro, o juiz, o legislador, mais genericamente, a norma. Isto porque, dentre outras coisas, as questões conflitivas jurídicas manifestam uma situação comunicativa insegura e instável em vista do engajamento pessoal das partes em conflito, envolvidas em uma discussão-contra tão garantida sob determinadas regras quanto a possibilidade de uma decisão, as quais justificam o aparecimento do terceiro comunicador.

A função do juiz é, pois, controlar a profusão de sentidos. Na concepção corrente das teorias sobre a interpretação jurídica, ele deve fazê-lo por meio de uma atividade interpretativa que reprima sua subjetividade (RODRIGUEZ, 2002, p. 279). É preciso excluir, se possível, todo e qualquer subjetivismo na apreciação dos casos concretos que se lhe apresentam. A função jurisdicional é vista como um espaço recortado pelas normas jurídicas (RODRIGUEZ, 2002, p. 279), delimitado de modo estrito, que será ocupado por um sujeito

⁸ Utilizamos o termo “jurisprudência”, com Just (2014, p. 72), em seu sentido, de certa forma envelhecido, de “saber dos juristas” ou “ciência do direito”, como em “jurisprudência dos conceitos” ou “jurisprudência dos interesses”. O uso que ele faz é pontual.

que precisa livrar-se de sua singularidade para desenvolver sua atividade conforme uma rígida metodologia. Ao contrário da interpretação de obras de arte, filmes, livros, etc., da interpretação, enfim, que ocorre em outros domínios do sentido, como os da arte e da filosofia, a interpretação jurídica se dá em um ambiente institucional especializado. A interpretação de um texto jurídico pretende gerar obrigatoriedade, o que restringe as práticas nesse campo de ação; não “vale qualquer coisa” (*anything goes*). A propósito, “leituras muito subjetivas, surpreendentes e alternativas, que na literatura ou música podem despertar elogios, no Direito devem ser evitadas para preservar a previsibilidade das decisões e a segurança das expectativas” (KRELL, 2014, p. 297). Essa é, em parte, uma configuração do sistema que, representada pelo juiz, torna-se parte constituinte e constitutiva do seu discurso.

Neste ponto, centrando-nos na atividade desse que já foi denominado o “terceiro comunicador”, é importante distinguir a “forma-texto” de uma norma (por exemplo, os dispositivos de lei) e a norma como um conceito. Normas não podem estar dentro de um texto, prontas para o uso e prontas para qualquer subsunção (TROPER, 2006, p. 285)⁹. A lei não é um “pote”¹⁰. Os juízes precisam construir a norma ativamente seguindo um caminho hermenêutico aceito na comunidade de juízes por meio de argumentos em prol da sua interpretação, visando a garantir a sua “sustentabilidade” racional (KRELL, 2004, p. 200). Eles têm de contextualizar e concretizar as expressões de um dispositivo com a ajuda de outros textos; eles precisam atribuir uma norma a um texto de lei. Como resultado, podemos observar três níveis analíticos: o mundo das normas, o mundo das coisas e o mundo dos textos. Ambos o mundo das normas e o mundo das coisas devem ser constituídos pelo mundo dos textos (SHERWIN, 2009). Cabe, em parte, à jurisprudência, desenvolver métodos para conduzir esses três mundos juntamente e em uma ordem constitucional (hierárquica), o que envolve questões de transparência da interpretação jurídica e de como tornar as conexões implícitas dos textos e as inferências legais mais explícitas.

De fato, a jurisprudência desenvolveu e utilizou um conjunto complexo de métodos de interpretação institucionalizados. Por exemplo, os cânones de Savigny (2004) são argumentos para expandir e reduzir os sentidos dos textos normativos; eles visam a colocar uma expressão em seu contexto particular de fala. Também teorias da ponderação se propõem a completar as

⁹ De acordo com Troper, se o significado não preexiste à interpretação e se ele é dela apenas o produto, então, contrariamente ao que pensam numerosos autores e mesmo Kelsen, o objeto da interpretação não pode ser uma norma jurídica, mas apenas textos.

¹⁰ Faz-se referência à metáfora de trabalho da diferença “forma”/“conteúdo” na análise da pragmática das nulidades na obra de Castro Jr. (2009a, p. 10-11) e a “quebra do miolo do pote”.

técnicas clássicas oferecendo ao direito uma mais-valia para que ele seja capaz de decidir em conflitos específicos que são impassíveis de serem solucionados adequadamente pelo sistema clássico (AUGSBERG, 2016, p. 21) mediante, para alguns autores, o procedimento próprio de um discurso jurídico racional (ALEXY, 2003, p. 165), que exige fundamentação passível de avaliação pelos pares, para ficar neste exemplo.

Com efeito, de acordo com Weber (2016, p. 543-544), o exercício do poder ou da “dominação” se legitima nas sociedades por meio de três “tipos puros” ou “ideais”¹¹: o carismático, o tradicional e o legal. A dominação carismática é aquela em que a obediência ocorre “em virtude da devoção afetiva à pessoa do senhor e a seus dotes sobrenaturais (carisma) e, particularmente, a faculdades mágicas, revelações ou heroísmo, poder intelectual ou de oratória” (WEBER, 2016, p. 550-551); ao passo que, na tradicional, a submissão se dá a partir da “crença na santidade das ordenações e dos poderes senhoriais de há muito tempo existentes” (WEBER, 2016, p. 546).

Na dominação legal, por sua vez, a legitimidade de quem exerce o poder não reside na própria pessoa, mas numa regra posta, “que estabelece ao mesmo tempo quem e em que medida se deve obedecer” (WEBER, 2016, p. 544). É da natureza da dominação legal que a obediência não se dá em relação à pessoa que exerce a autoridade, mas se estabelece em torno de propósitos impessoais ou “funcionais”. Outrossim, aquele que domina se apresenta também como dominado; quem exige obediência também professa obedecer aos ditames da ordem normativa que alegadamente o constituiu; o ocupante do mais alto cargo do governo civil se afirma o “primeiro servo” do Estado (WEBER, 1946, p. 198-199). Portanto, o próprio discurso que legitima o poder “legal” ou burocrático¹² pressupõe que o seu exercício pode se dar de maneira impessoal, neutra, objetiva e racional. Segundo Weber (2016, p. 545),

o seu ideal é o seguinte: proceder *sine ira et studio* [sem ódio nem preconceito], ou seja, sem a menor influência possível de motivos pessoais e sem a influência de sentimentos de qualquer espécie que sejam, portanto, livres de arbítrio e capricho, e, particularmente, “sem consideração à pessoa”; portanto, de maneira estritamente formal segundo regras racionais ou, no caso em que elas falham, segundo pontos de vista de conveniência “objetiva”.

¹¹ Segundo Adeodato (2012, p. 153), a metodologia weberiana dos tipos ideais consiste em empregar, na descrição de fenômenos sociais, formas generalizadas e que não existem na realidade, “mas parecem inevitáveis ao funcionamento do pensar humano”.

¹² Para Weber (2016), a dominação burocrática não é a única forma de dominação legal; porém, sendo o seu “tipo mais puro” (p. 544), e não havendo relevância em minudenciar as diversas formas de legitimidade legal neste trabalho, os adjetivos “legal” e “burocrático” serão tratados como sinônimos.

Essa objetividade significa que o ofício burocrático é desempenhado “sem consideração à pessoa”, mas, também, que a burocracia se pode exercer mediante “regras calculáveis”. Para o autor, a possibilidade de calcular (prever) resultados é uma peculiaridade da cultura moderna, especificamente de sua base econômica e tecnicista; e a crescente “desumanização” da organização burocrática tem como alegada virtude eliminar da atividade oficial “o amor, o ódio e todos os elementos puramente pessoais, irracionais e emocionais que escapam à mensuração”¹³ (WEBER, 1946, p. 216).

Dáí porque, embora reconhecendo haver outros exemplos de dominação legal, Weber (2016, p. 545, 546), afirma que “as associações políticas modernas constituem os representantes mais conspícuos do tipo” e que “toda a história do desenvolvimento do Estado moderno, particularmente, identifica-se com a da moderna burocracia e da empresa burocrática”. Noutro lugar, o autor afirma que a burocracia “está plenamente desenvolvida nas comunidades políticas e eclesiásticas apenas no estado moderno”¹⁴ (WEBER, 1946, p. 196). Esse paralelo entre modernidade e legitimação legal se explica pela crescente complexidade e especialização da cultura moderna, que torna necessária a figura do *expert* neutro e subjetivamente distanciado.

Ao aplicar sua sociologia da dominação à sociologia do direito (e que, de certo modo, contém elementos de uma sociologia da decisão jurídica), Weber (1946, p. 216) oferece três tipos ideais. Primeiro, há a “justiça *kadi*”, na qual a decisão é tomada a partir da tradição ou, na ausência de uma resposta tradicional clara, por meio de revelação (oráculos ou ordálias) ou de um “julgamento informal” a partir de valorações éticas e de ordem prática. Segundo, há a “justiça empírica”, pela qual a decisão é tomada pela construção de analogias com casos concretos anteriores (precedentes). Em nenhum dos dois tipos, para o autor, a decisão é tomada a partir de fundamentos que pudessem ser considerados racionais. O terceiro tipo ideal de decisão é a interpretação jurídica racional, obtida pela subsunção a conceitos estritamente formais. Esse modelo decisório emergiu nas culturas modernas, sobretudo, pela necessidade de atribuir a um corpo de *experts*, treinados na “razão” (formados em universidades e doutos no direito romano), a função judicante. Segundo Weber (1946, p. 218),

esse treinamento era necessário porque a crescente complexidade dos casos jurídicos concretos e a economia crescentemente racionalizada exigiam um procedimento

¹³ No original: “love, hatred, and all purely personal, irrational, and emotional elements which escape calculation”.

¹⁴ No original: “[Bureaucracy] is fully developed in political and ecclesiastical communities only in the modern state”.

racional de produção de provas, em vez da determinação da veracidade dos fatos por meio da revelação concreta ou da afirmação sacerdotal, que eram, obviamente, os meios de prova mais comuns e primitivos¹⁵.

Embora fatores econômicos próprios ao surgimento do capitalismo tenham sua influência sobre a formação desse modelo racional de decisão jurídica, para Weber, o aspecto econômico é insuficiente para explicar, por exemplo, as notórias diferenças entre a “justiça empírica” prevalente na Inglaterra e a racionalidade do modelo de decisão germânico em seu tempo. Essas diferenças se explicam melhor, segundo o autor, pelo desenvolvimento distinto das estruturas de dominação em cada uma dessas culturas. O que caracteriza esse tipo de decisão jurídica racional, que emerge do desenvolvimento de um corpo técnico de experts (burocracia), é a formação de um sistema de “razões passíveis de debate racional” (*rationally debatable reasons*) por trás de todo ato burocrático, seja o ato administrativo (no qual prevalece o raciocínio pela ponderação de meios e fins), seja a judicatura (em que se raciocina por subsunção de fatos a normas) (WEBER, 1946, p. 220).

Para Weber, o direito moderno (europeu) se configurava como uma atividade altamente diferenciada, separada de outros aspectos da vida social e com pretensão à autonomia, generalidade e universalidade. Esses três caracteres correspondem à conjugação de dois elementos, a formalidade e a racionalidade. A primeira confere ao direito à sua autonomia e se refere à capacidade do sistema jurídico de empregar critérios de decisão que lhe são intrínsecos. Já a racionalidade identifica a medida com que um determinado sistema jurídico está apto a formular, promulgar e aplicar regras universais, o que lhe confere os atributos de generalidade e universalidade. Como apenas no direito moderno se verifica a racionalidade lógico-formal, somente nele as decisões concretas eram baseadas na aplicação de regras universais e a tomada de decisão não estava sujeita à constante intervenção política. O pensamento jurídico é racional, pois remete a alguma justificativa que transcende o caso concreto e se baseia em regras existentes e claramente definidas; é formal, pois os critérios de decisão são intrínsecos ao sistema de direito; e lógico, pois as regras e os princípios são deliberadamente construídos por formas especializadas de pensamento jurídico, baseados em uma classificação altamente lógica; também porque as decisões de casos específicos são tomadas por meio de processos lógico-dedutivos especializados que partem de princípios ou regras previamente estabelecidos.

¹⁵ No original: “*this training was necessary because the increasing complexity of practical legal cases and the increasingly rationalized economy demanded a rational procedure of evidence rather than the ascertainment of true facts by concrete revelation or sacerdotal guarantee, which, of course, are the ubiquitous and primeval means of proof*”.

Weber se mostra ciente de que essa objetividade do direito racional, embora esteja intimamente associada à legitimação legal, não é uma propriedade intrínseca da legitimidade burocrática; tampouco a enxerga como uma virtude que a torne superior às demais espécies de dominação. Numa observação parentética, mas de grande importância para a compreensão de sua doutrina da dominação legítima, Weber (2016, p. 553) afirma que a confiança na legitimidade formal é uma crença tão “inveterada” quanto a fidelidade à tradição ou a devoção ao líder carismático. Porém, essa ideia não é tomada à maneira de Marx, como que para justificar a mistificação do poder nas ideologias; ao contrário, Weber rejeita o determinismo econômico marxista e sustenta que, ao lado de fatores econômicos, são as “necessidades internas da profissão jurídica” e “as necessidades de organização política” que justificam a formação do direito moderno em sua acepção europeia. E, o que é mais importante, essa confiança na legitimidade formal do direito torna-se o princípio de sua diferenciação. Quando o “direito”, de maneira genérica, torna-se direito racional, ele também se torna seu próprio princípio de legitimação e a base de toda dominação legítima. Esta é a natureza característica do direito “moderno” e, portanto, do “Estado moderno”.

É, todavia, na sociologia do campo jurídico de Bourdieu, e não na teoria weberiana, que a racionalidade do direito é mais claramente descrita como uma retórica atrelada ao exercício de um poder simbólico, como veremos mais detalhadamente no próximo capítulo da dissertação. Novamente, como em Weber, aqui não nos referimos a “poder” na conotação economicista de Marx, mas sim no sentido das relações de força específicas que conferem ao direito a sua estrutura enquanto sistema simbólico.

Para Bourdieu (1989, p. 211), A “lógica específica” do campo jurídico se determina de duas formas. A um, pelas relações de força específicas que dão estrutura e orientam os “conflitos de competência” (ou “lutas de concorrência”) no seu seio. A dois, pela lógica interna das obras jurídicas, que em cada situação histórica circunscreve o “universo das soluções propriamente jurídicas” ou o “espaço dos possíveis” (BOURDIEU, 1989, p. 211).

A racionalização, portanto, consiste em dissimular o que há de arbitrário no direito e apresentar como um puro “saber” aquilo que, ao menos em parte, consiste em um “querer”. Segundo Bourdieu (2003, p. 4), o jurista apresenta como se houvesse fundamentado *a priori*, por dedução, uma decisão (em sentido amplo) que na verdade foi tomada *a posteriori*, empiricamente e sempre à luz de um caso específico, historicamente situado no tempo e no espaço. Pelo modo como se organiza o campo jurídico, o seu sistema de normas e práticas se apresenta como alicerçado, ao mesmo tempo, na “lógica positiva da ciência” e na “lógica

normativa da moral” e, com isso, o direito pretende “impôr-se [*sic*] universalmente ao reconhecimento por uma necessidade simultaneamente lógica e ética” (BOURDIEU, 1989, p. 213).

Esse efeito de apriorização, que caracteriza a racionalidade do direito, é alcançado por meio de construções linguísticas comuns à comunicação dos juristas, como a combinação da linguagem comum com “elementos estranhos ao seu sistema”. Esse uso peculiar da linguagem produz dois outros efeitos: o de neutralização e o de universalização, que não vamos elucidar aqui, mas mais seguido. Importa adiantar que, com a neutralização, o enunciador transmuda-se em sujeito universal, “imparcial e objetivo”, e, com a universalização, o direito se apresenta em sua pretensa generalidade e “omnitemporalidade” (BOURDIEU, 1989, p. 215-216).

Bourdieu recusa tachar essa retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade de um mero simulacro ideológico. Ao contrário, para o autor se trata da própria expressão do campo jurídico enquanto espaço relativamente autônomo da vida social e, também, do “trabalho de racionalização” no sentido weberiano e freudiano. Essa “postura universalizante” seria o próprio direito de entrada no campo jurídico e, também, o elemento de convergência entre os juristas praticantes, já que toda a variedade de profissões jurídicas, apesar das muitas diferenças, tem em comum uma forma específica de raciocínio (“juízo”), “que se baseia na dedução consequente a partir de um corpo de regras sustentado pela sua coerência interna” (BOURDIEU, 1989, p. 216). Os diversos prestadores de serviços jurídicos (juízes, promotores, advogados etc.), embora concorrentes e adversários sob diversos aspectos, são cooperadores numa sutil divisão do trabalho e comungam dum mesmo *habitus*, uma postura de *lector*, “de intérprete que se refugia na aparência ao menos de uma simples aplicação da lei e que, quando faz obra de criação jurídica, tende a dissimulá-la” (BOURDIEU, 1989, p. 219).

Todavia, dizer que há tal dissimulação não é afirmar que o jurista esteja sempre cômico dessa “piedosa hipocrisia” (BOURDIEU, 2003, p. 4), tampouco que aja ele sempre com dolo ou má-fé. Em Bourdieu (1989, p. 212), o efeito primeiro da racionalização é uma espécie de autoengano, que faz “com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõem e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como totalmente independente das relações de força que ele sanciona e consagra”. A fé do jurista na racionalidade e na coerência do direito são, assim, fundamentais à sua própria existência enquanto campo.

2.3.3 Variações em um discurso jurídico interpretativo orientado à objetividade: um modelo de análise

Conforme introduzimos o trabalho, na busca do significado de qualquer coisa, o fenômeno interpretativo cumpre sempre um papel relevante. Representa a pré-condição de quaisquer práxis e de qualquer juízo individual e social, escreveu Zaccaria (2010, p. 283). A prática interpretativa específica que tem lugar no âmbito jurídico é plenamente partícipe dessa condição geral de relevância da interpretação, constituindo o pressuposto necessário de toda decisão e de toda aplicação da lei e, desde este ponto de vista, forma parte constitutiva disso que chamamos direito.

Em parte disso decorre a importância da jurisdição, sobretudo a constitucional, pois o poder judiciário a constitui, ao dirimir lides que se originam de divergências sobre o próprio texto constitucional. O último plano para fixar o conteúdo específico de um texto constitucional e, por extensão, de qualquer outro texto normativo, transformando-os em norma jurídica, afinal, é do tribunal, dos juízes, pois são eles que eliminam a discutibilidade do conflito ao fazerem a coisa julgada (ADEODATO, 2009, p. 141). É claro que, na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Häberle, todos constituem as normas jurídicas, mesmo ao se conduzirem licitamente, sem necessidade de tribunais (ADEODATO, 2009, p. 141); mas é a partir dos conflitos a eles submetidos que o Estado interfere, proibindo o *non liquet*, e aí são primordiais os juízes. Em especial a cúpula do judiciário.

É o que Wróblewski (1988) irá chamar interpretação operativa, que é aquela que se realiza na aplicação do direito quando existem dúvidas referentes ao significado das regras a aplicar relevantes para se tomar uma decisão (situação de interpretação).

Nessa situação, o órgão que aplica o direito tem que *determinar* o significado em questão de maneira suficientemente precisa para os fins da tomada de decisão.

A decisão interpretativa se justifica por fazer referência às diretrizes interpretativas que hajam sido concebidas como regras para determinar o significado do texto interpretado. A escolha das diretrizes em questão, e frequentemente seu uso, dependem de valorações e, portanto, a justificação da decisão em questão teria que explicitar as valorações (ou valores) aceitas por quem toma a decisão.

Um modelo de interpretação operativa, em uma primeira aproximação, tem que individualizar, nas lições do professor da Universidade de Łódź (WRÓBLEWSKI, 1988, p. 36): a) as dúvidas, como ponto de partida da interpretação; b) uso de diretrizes interpretativas

que implicam valorações, e; c) tomada de uma decisão interpretativa que, eventualmente, é ou há de ser justificada.

A necessidade de justificação depende ou da lei, se especifica quando se deve efetuar uma justificação explícita e que argumentos são necessários, e/ou dos usos aceitos na prática jurídica e/ou na doutrina jurídica. Mas a expectativa de justificabilidade depende de caracteres básicos de nossa cultura jurídica ou, mais comumente, de nossa cultura geral (moderna) que apela à racionalidade (HABERMAS, 2014, p. 55).

A justificação da decisão jurídica versa sobre os argumentos que sustentam essa decisão e, portanto, é uma questão de raciocínios justificativos e de seu controle. Outro problema, diferente, é o do processo de tomada de decisão. Esse processo é caracterizado como uma sequência de fenômenos psicológicos que acontecem em uma decisão jurídica. Esse processo é descrito por meio da psicologia se nos interessam os processos de uma tomada de decisão individual, ou da psicologia social e das ciências humanas se nos interessamos pela tomada de decisão coletiva e por seus fatores determinantes. Em qualquer caso, a descrição em questão versa sobre o material empírico do processo de tomada de decisão, identifica os valores que o determinam, busca regularidades e, por último, ainda que não menos importante, pode predizer tendências de decisão e/ou decisões individuais.

Tendo isso em conta, Wróblewski (1988, p. 60) chama a atenção, em sua obra, para o fato de que não se deve confundir a justificação de uma decisão com uma descrição do processo no qual se tomou essa decisão. Não se exclui que a justificação de uma decisão corresponda ao processo de sua formação. Mas isto não ocorre sempre nem necessariamente assim.

E pretendendo não nos arriscarmos a cair nos dois erros comuns que derivam de não se estabelecer com clareza a diferença entre a justificação de uma decisão e a descrição do processo de tomada de decisão, quais sejam o de se afirmar que todo processo de tomada de decisão é intuitivo, irracional, puramente valorativo, etc., e de que, portanto, toda justificação é pura racionalização ou “mistificação” feita com fins ideológicos, ou, por outro lado, o de se sustentar que a decisão jurídica é o resultado de um raciocínio dedutivo que se corresponde com alguma das formas típicas de justificação, porquanto essas duas afirmações não separam clara e consistentemente a descrição do processo, a descrição dos argumentos justificativos, as funções e/ou postulados da decisão justificada, interessamo-nos tão somente pela justificação das decisões a serem examinadas, mas apenas pelo componente interpretativo dessa

justificação, a elucidar as diferenças (variações) de estratégia e estilo que tornam possível produzir um discurso jurídico interpretativo orientado à objetividade.

E é nesse sentido que se justifica a análise do discurso jurídico interpretativo empregado pelos tribunais, notadamente, para os fins da nossa pesquisa, do tribunal que realiza a jurisdição constitucional a qual, por sua vez, é também composta de textos decisórios, os quais vêm somar-se aos textos do livro constitucional (ADEODATO, 2009, p. 140) e servir de partida para novas interpretações, argumentações e decisões, daí a sua relevância.

O trabalho, então, corresponde a um empreendimento na interseção entre as ciências social e filosófica do direito. Isso porque “investiga através de métodos e técnicas de pesquisa empírica (isto é, pesquisa baseada na observação controlada dos fatos) o fenômeno social jurídico em correlação com a realidade social” (SOUTO, 1992, p. 11) – o que é próprio da ciência social do direito; porém, como seu escopo final, busca “aprofundar a explicação do jurídico” a partir desse conhecimento científico-empírico – o que corresponde, segundo Souto (1992, p. 12), à tarefa da ciência filosófica do direito, cujas reflexões alçariam “vãos mais largos, soltos, vãos nem comprovados, nem comprováveis, por métodos e técnicas de ciência empírica”.

Há, implicitamente, na obra de Souto (1992, p. 12-13) um reconhecimento do caráter circular do conhecimento, pois, se a filosofia do direito se vale da pesquisa empírica como ponto de partida para seu trabalho especulativo, o trabalho do pesquisador empírico não prescinde de certas pressuposições filosóficas ou “postulados metacientíficos”. Essa circularidade é reconhecida e aproveitada no presente trabalho, uma vez que as ponderações teóricas de cunho mais geral servem de ponto de partida tanto para a elaboração da metodologia como para a interpretação dos resultados dos estudos empíricos envidados; ao mesmo tempo, os dados coletados servem de base para as reflexões mais especulativas sobre a atividade decisória, a interpretação jurídica e a racionalidade estratégica do agente que atua no campo do direito.

Essa circularidade, além de consistente com uma postura hermenêutica, favorece uma perspectiva de análise que reconheça a existência de uma racionalidade própria ao direito (conquanto compreendida como “retórica” nos moldes de Weber e Bourdieu), a qual não pode ser inteiramente capturada por propostas analíticas inteiramente externalistas.

Há, na teoria do direito, diversos modelos de racionalidade, isto é, uma variedade de explorações normativas (prescritivas) sobre qual a melhor forma de organizar o raciocínio

jurídico para solucionar casos concretos ou, ainda, sobre como avaliar justificativas concretamente adotadas pelos juízes e tribunais em suas decisões. Porém, não existe consenso teórico a respeito de qual seja (ou deva ser) esse padrão. A pesquisa empírica que se debruce sobre os modelos de racionalidade jurídica pode adotar, basicamente, duas abordagens: pode simplesmente observar e descrever como o judiciário de fato argumenta ao decidir casos; ou pode comparar um ou alguns dos modelos teóricos de racionalidade em disputa com dados empíricos sobre como os juízes de fato decidem (RODRIGUEZ, 2013, p. 65-67).

O que propomos neste trabalho é, basicamente, uma exploração do segundo tipo. Buscamos observar como o Supremo Tribunal Federal (STF), ao decidir dois casos acerca da possibilidade jurídica de cumprimento antecipado da pena privativa de liberdade, justificou suas decisões. Porém, como já aduzimos, o que temos em vista é especificamente a decisão interpretativa, entendida como a atitude de atribuir, ao texto normativo tido por relevante (“aplicável”), uma interpretação que se presume ter validade geral (JUST, 2016, p. 579). A justificação¹⁶ que interessa, pois, é aquela que diz respeito a essa escolha de uma interpretação possível, em detrimento de outras que tenham sido (ou pudessem ser) defendidas naquele caso, com o recurso a formas de raciocínio ou argumentação geralmente aceitas como aptas a fundamentar escolhas interpretativas. Ao mesmo tempo, conjecturamos que uma parcela relevante do discurso jurídico orientado à objetividade consiste na invocação de argumentos não codificados, como aqueles encontrados na literatura filosófica, política ou econômica e que não foram explicitamente absorvidos pela cultura jurídica; esses argumentos, de certo modo, integram a “justificação” em sentido *lato*, mas aqui são discernidos porque, a respeito deles, interessa-nos indagar em que medida são eles reveladores de tipo peculiar de secularização da cultura jurídica.

Antes, contudo, vale explicitar com maior vagar o contexto no qual o tipo de discurso analisado ocorre e as restrições às quais está submetido o discurso jurídico interpretativo, bem como a maneira como o poder, o conhecimento e a subjetividade do intérprete se

¹⁶ Rodriguez (2013, p. 62, nota 6) distingue “fundamentação” de “justificação”; enquanto aquela se refere a qualquer forma de argumentação que pretenda expor as razões de decidir, esta diz respeito apenas à fundamentação que segue “padrões sistemáticos”. No que interessa a este trabalho, a distinção é irrelevante, dado que a sistematicidade no uso de modelos de racionalidade não é objeto da pesquisa. Ao contrário, o que interessa são justamente as variações no discurso judicial; e o uso assistemático, ou até mesmo contraditório, dos argumentos é um dado relevante a ser capturado. Assim, onde as duas palavras aparecerem, pode-se presumir que possuem o mesmo sentido, a não ser que se indique o contrário. Em todo caso, o uso do termo “justificação” será preferido, uma vez que o conceito de “fundamentação” tem sentido próprio na dogmática processual civil, com o qual não se quer confundir o leitor.

interseccionam nesse discurso, justificando a aproximação com a abordagem crítica anteriormente elucidada.

3 IDEOLOGIA, RETÓRICA DA OBJETIVIDADE E ALGUNS ARGUMENTOS JURÍDICO-INTERPRETATIVOS LEGADOS PELA TRADIÇÃO

Para fazer análise de discurso é preciso conhecer como se dá o processo de produção da linguagem.

A Análise de Discurso (AD) ou os Estudos de Discurso (ED) pressupõem que todo sujeito de linguagem é ideológico porque não existe língua sem ideologia. Os sentidos nascem das formações ideológicas, e “nascer” é uma metáfora porque os sentidos – criados sócio-historicamente – circulam nas formações ideológicas, fazem-se e se refazem em função da nossa história e dos pensamentos que praticamos na nossa trajetória de sujeitos.

A formação ideológica é um conjunto de complexo de atitudes e de representações que se relacionam às posições no mundo em conflito umas com as outras. As formações ideológicas são os sentidos em estado bruto (FREIRE, 2014, p. 239). Sua matéria-prima é a ideologia. Como a ideologia não é acessível diretamente, ela precisa tomar forma de algo que lhe dê vazão. É a língua que funciona como esse elemento condutor da ideologia. Em outras palavras: a ideologia se organiza na língua em formações discursivas.

As formações discursivas são manifestações das formações ideológicas no discurso em uma situação de enunciação específica. A formação discursiva é a fonte de sentidos que regula o que o sujeito pode ou não pode, deve ou não deve dizer (FREIRE, 2014, p. 250). A noção de formação ideológica é tributária a Michel Foucault (2008).

Foucault afirma que sempre que se puder definir uma regularidade entre certo número de enunciados se está diante de uma formação discursiva. Entre formações discursivas distintas podem ser estabelecidas tanto relações de conflito quanto de aliança, dependendo das contingências. Daí se conclui que as formações discursivas são abertas, estão sempre em movimento e em relações umas com as outras, determinando-se mutuamente.

Ao se organizar em formações discursivas, a formação ideológica determina quais os sentidos são possíveis e quais não são (FREIRE, 2014, p. 250). Esse processo de seleção se chama processo discursivo. Alguns sentidos são possibilidades de enunciado e outros sentidos são descartados.

Uma vez determinado o enunciado possível, o sujeito enuncia. Ao enunciar, o texto produzido se torna a superfície linguística do discurso (FREIRE, 2014, p. 261). A superfície

linguística é a parte visível, tangível da linguagem. É o que se fala e o que se escreve. É o que se ouve e o que se vê. A superfície linguística é “a ponta do *iceberg*” do sentido.

Como a produção dos sentidos na linguagem é inconsciente, o sujeito não tem controle e nem tem ciência desse processo. O sujeito até esquece que o processo acontece. Mas o processo acontece e acontece da seguinte forma: o sentido é produzido pela ideologia, a ideologia se organiza em discursos, os discursos determinam as palavras que serão ditas. Por esquecer do processo, o sujeito tem a “ilusão de que o texto nasce no momento exato em que fala, quando, na verdade, os sentidos já existem bem antes do interdiscurso esperando para ser convocados na FI [formação ideológica]” (FREIRE, 2014, p. 261).

A primeira função da ideologia é fazer o sujeito esquecer que ele é sujeito ideológico. Em ED, esse esquecimento do assujeitamento ideológico é conhecido como Esquecimento Número 1.

Instado pelo discurso, depois que seleciona o que vai dizer e o que vai deixar de dizer, o sujeito também esquece que fez essa seleção no nível do enunciado. Esse esquecimento no nível da formulação se dá no nível do intradiscurso e recebe o nome de Esquecimento Número 2. Identificar o que foi esquecido é função do analista e quando ele o faz diz-se que está trabalhando com o objeto discursivo.

Neste segundo capítulo, pretendemos compreender um pouco do que dirige a prática discursiva no direito, especialmente no âmbito do judiciário, em primeiro lugar, identificando a determinação da verdade jurídica com uma espécie de “jogo de prova”, onde o que está em disputa, mormente após a crise das transcendências fundantes, é a capacidade de fornecer o melhor argumento – o mais racional, o mais razoável – para o que se quer defender e que precisa estar fundado em uma metodologia; em segundo lugar, refletindo acerca do papel do formalismo e do positivismo na construção de uma como que ideologia profissional do “corpo dos doutores”, ideologia esta da independência do direito e do corpo judicial, reforçada pela lógica específica de funcionamento desse campo, cuja perspectiva de interpretação será baseada na teoria dos constrangimentos jurídicos (ou institucionais) de Michel Troper, e; em terceiro lugar, interpretando a prática judicial como uma performance de dissimulação do poder dos juízes a partir de uma retórica da objetividade apoiada em recursos discursivos com funções específicas.

3.1 RACIONALIDADE E RIGOR METODOLÓGICO

3.1.1 O desafio de Menelau e a determinação da verdade jurídica como um “jogo de prova”

Lemos em Foucault que o que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso (FOUCAULT, 2007, p. 8).

Nesse sentido, ele é entendido como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que como uma instância repressiva. Fá-lo como técnica.

Essa técnica de “produtividade do poder”, em franco desenvolvimento especialmente a partir dos séculos XVII e XVIII, passaria não apenas pelo desenvolvimento de grandes aparelhos de Estado pelas monarquias clássicas – exército, polícia, administração local –, mas também pela instauração do que Foucault chama uma nova “economia” do poder, isto é, “procedimentos que permitem fazer circular os efeitos de poder de forma ao mesmo tempo contínua, ininterrupta, adaptada e ‘individualizada’ em todo o corpo social” (FOUCAULT, 2007, p. 8), o que diz com uma “economia” da “verdade”.

Isto porque, segundo sua análise, a “verdade” está circularmente ligada a sistemas de poder (a verdade não existe fora do poder ou sem poder), que a produzem e apoiam e a efeitos de poder que ela induz e que a reproduzem: “regime” da verdade (FOUCAULT, 2007, p. 10-11), que é (também) ideológico.

A “verdade”, nesse contexto, é compreendida como um conjunto de procedimentos regulados para a produção, a lei, a repartição, a circulação e o funcionamento de enunciados e, portanto, tem essa natureza discursiva. É (a verdade) não o conjunto das coisas verdadeiras a descobrir ou a fazer aceitar, mas “o conjunto das regras segundo as quais se distingue o verdadeiro do falso e se atribui ao verdadeiro efeitos específicos de poder” (FOUCAULT, 2007, p. 11).

O autor de *A verdade e as formas jurídicas* remonta à *Ilíada* para relatar o primeiro testemunho que temos da “pesquisa” da verdade no procedimento judiciário grego e que traduz, na realidade, uma maneira singular de produzir a verdade, de estabelecer a verdade jurídica.

Trata-se da história da contestação entre Antíloco e Menelau durante os jogos que se realizaram na ocasião da morte de Pátroclo. Entre esses jogos houve uma corrida de carros, que, como de costume, desenrolava-se em um circuito de ida e volta, passando por um marco que era preciso contornar o mais próximo possível. Os organizadores dos jogos haviam colocado nesse lugar alguém que deveria ser o responsável pela regularidade da corrida que Homero, sem o nomear pessoalmente, diz ser uma testemunha, aquele que está lá para ver.

A corrida se desenrola e os dois primeiros que estão na frente no momento da curva são Antíloco e Menelau. Ocorre uma irregularidade e quando Antíloco chega primeiro, Menelau introduz uma contestação e diz ao juiz ou júri que deve dar o prêmio, que Antíloco cometeu uma irregularidade. Contestação, litígio, como estabelecer a verdade? Seguindo a narrativa de Foucault:

curiosamente, nesse texto de Homero, não se faz apelo àquele que viu, à famosa testemunha que estava junto ao marco e que deveria atestar o que aconteceu. Não se convoca o seu testemunho e nenhuma pergunta lhe é feita. Há somente contestação entre os adversários Menelau e Antíloco. Esta se desenvolve da seguinte maneira: depois da acusação de Menelau – “tu cometeste uma irregularidade” – e da defesa de Antíloco – “eu não cometi irregularidade” – Menelau lança um desafio: “Põe a tua mão direita na testa do teu cavalo; segura com a mão esquerda teu chicote e jura diante de Zeus que não cometeste irregularidade”. Nesse momento, Antíloco, diante deste desafio que é uma prova (*épreuve*), renuncia à prova, renuncia a jurar e reconhece assim que cometeu irregularidade (FOUCAULT, 2002, p. 32).

Perceba-se: não se passa por uma testemunha, mas por uma espécie de jogo, de prova, de desafio lançado por um adversário ao outro. Um lança um desafio, o outro deve aceitar o risco ou a ele renunciar. Se por acaso tivesse aceito o risco, se tivesse realmente jurado, imediatamente a responsabilidade do que iria acontecer, a descoberta final da verdade seria transferida aos deuses. E seria Zeus, punindo o falso juramento, se fosse o caso, que teria com seu raio manifestado a verdade.

Eis a velha e bastante arcaica prática da prova da verdade em que esta é estabelecida judiciariamente não por uma constatação, uma testemunha, um inquérito ou uma inquisição, mas por um “jogo de prova” (FOUCAULT, 2002, p. 33). A prova é característica da sociedade grega arcaica, mas também é encontrada na Alta Idade Média. Sua prática, entretanto, a prática da prova da verdade antiga, da narrativa, não se constitui em um simples *evento* histórico isolado *ex post* da infinidade dos acontecimentos, mas deve ser entendida – em sua temporalidade – como *estrutura* que não se organiza segundo a estrita sucessão de

eventos passados, mas que tem maior duração, maior estabilidade, alterando-se em prazos mais longos¹⁷.

3.1.2 O *logos* ordenador

No fim da era arcaica pré-científica (antes do século VII a.C.), o direito existia simplesmente nas sagas, nos contos, nos ritos, nos hábitos, nos mitos dos homens, e, enquanto tal, era aceite sem mais. É certo que também o homem arcaico procurava explicar o mundo, pois o impulso metafísico, a pergunta sobre o “porquê”, está inextinguivelmente inculcada no homem. Mas as suas respostas não provinham de um penetrar na estrutura do cosmos, não evidenciavam quaisquer regularidades nos acontecimentos. Eram, pelo contrário, muito mais o produto da fantasia, que simplesmente reconduzia os fenômenos da natureza, do mundo, da vida ao domínio livre e sem plano de forças sobrenaturais, concebidas por analogia com o homem (KAUFMANN, 2015, p. 60). Procurava explicar-se tudo recorrendo ao mito e era também nele que se baseava o direito.

Esta visão mitológica do mundo colocava o homem arcaico num estado de desamparo face aos acontecimentos elementares que se passavam à sua volta e nele próprio.

Céu e terra, doença e guerras, vida e morte eram para ele [o homem arcaico] forças míticas, sombrias, cujas ações e relações ele não compreendia. Representavam para ele uma fatalidade (...), eram forças hostis, que ameaçavam constantemente a sua existência. Assim, o homem arcaico sentia-se “atirado” a um mundo que não compreendia, e o medo de existir acompanhava-o constantemente (KAUFMANN, 2015, p. 60).

No fim da era arcaica, brotou desse sentimento de abandono perante o destino – algo edipiano – a primeira busca tateante por um apoio fundado na razão. Passava-se (a *passus*; dando passadas), do mito ao *logos*, na conhecida síntese de Marcic (1971 *apud* KAUFMANN, 2015, p. 61).

Apesar disso, a marca do pensar teológico, que, no caso grego, já que o mencionamos, permeou as primeiras manifestações filosóficas e se expressou de modo peculiar em Platão, com seu conceito absoluto de verdade e sua referência a um mundo de formas superiores, essa vinculação a algo superior, tido como verdade, será percebida “em todo o pensamento ‘dogmático’ (...) e isto se aplica às grandes filosofias ontológicas da antiguidade e do

¹⁷ Ver KOSELLECK, 2006, p. 133 e 135, para a diferenciação evento/estrutura.

medieval, além dos sistemas produzidos pelo racionalismo moderno” (SALDANHA, 2005, p. 20).

O legado clássico trouxe consigo a imagem de uma (ainda) mitologia, que se liga a uma *cosmogonia*, ou que a inclui:

ocorre deste modo uma cosmoteologia, que é sempre uma *gênese*, mas também uma *ordenação*, é algo que envolve um *logos* ordenador, que dá sentido à gênese e que se impõe sobre o mundo dos mortais, desdobrado em *lei* inexorável e entretanto justa. (...) O “*logos* ordenador”, entendido como ordem cósmica, esteve, portanto, presente nas grandes culturas antigas, e no caso grego assumiu um caráter especialmente expressivo. (...) O conceito de *logos*, especificamente grego passou à história da cultura como uma imagem essencial, a um tempo forma e fundamento das coisas, configuração do pensamento e também da realidade (SALDANHA, 2005, p. 22).

A ideia de um *logos ordenador* se erigiu como um dado central do pensar, encontrando lugar na teologia cristã e no racionalismo moderno, pairando sobre as coisas e as ideias, as quais teriam, por assim dizer, *lugares* definidos e poderiam ser postas *em ordem*, com o uso da razão, donde as várias teorias jusnaturalistas, que não cabe aprofundar aqui.

3.1.3 A crise das transcendências fundantes, o advento do formalismo e a centralidade do método

O processo de desencantamento (secularização) ocorrido na Europa (com antecipações que deitam raízes no humanismo renascentista) – e também já na Grécia do século V a.C –, descrito por Max Weber como “racional”, que, ao (supostamente) ¹⁸ destruir as imagens religiosas do mundo, criou uma “cultura profana” (HABERMAS, 2000, p. 3), trouxe novas preocupações (ou resgatou antigas, se considerarmos as argumentações sofisticadas¹⁹). Uma delas, a preocupação com a técnica do pensar. Em outras palavras, o problema do método.

Importa que se diga que, apesar das muitas ideias pré-concebidas a respeito, o signo do método sob o qual nasceu a filosofia ocidental moderna e do qual provieram as grandes linhas do racionalismo dos séculos seguintes (SALDANHA, 2005, p. 74), anunciado no título da obra mais influente de Descartes, germina não da intenção cartesiana de propor um *Tratado do método*, mas de apresentar um *Discurso do método*, um como que *Prefácio* ou *Advertência*

¹⁸ Relembramos que a física dominante, por exemplo, no século XVII, era a da Escolástica, procedente de Aristóteles. Qualitativa, descritiva e classificatória, de intenção contemplativa, ela se baseava na ideia de que o mundo forma uma totalidade finita, ordenada, em que todas as coisas têm um lugar definido, como num imenso organismo.

¹⁹ Cf. SALDANHA, 2005, p. 73.

sobre o método, sem a intenção de ensiná-lo, mas somente de falar sobre ele. A intenção do *Discurso* de Descartes não é didática e sim narrativa. O *Discurso* é uma história destinada a mostrar como Descartes conduziu *sua* razão (DESCARTES, 2001, p. 3), entre outros caminhos possíveis (DESCARTES, 2001, p. 5)²⁰, e isso é deixado claro logo nas primeiras linhas de sua obra.

No que respeita à teoria do direito, a influência do racionalismo moderno se converteu em orientação metodológica. Naquele contexto:

os séculos medievais haviam sido para os juristas um severo disciplinamento conceitual, desenvolvido com poucos contactos com outras áreas do saber, estranhas ao Direito. O humanismo renascentista havia instaurado um valioso movimento de críticas de textos, com discussões sobre cópias e sobre terminologia, apesar de os recursos filológicos da época serem ainda insuficientes. Na França, na Itália e em outros países os eruditos reviram obras clássicas, fizeram a crítica dos intérpretes medievais e interpolações (*emblemata*), colocaram um começo de entendimento histórico dos institutos (SALDANHA, 2005, p. 75).

As ciências empíricas modernas, as artes tornadas autônomas e as teorias morais e jurídicas fundamentadas em princípios formaram esferas culturais de valor que possibilitaram processos de aprendizado de problemas teóricos, estéticos ou prático-morais, segundo suas respectivas legalidades internas (HABERMAS, 2000, p. 3-4).

Essa centralização parece se ligar, no direito – sem exclusão de outros campos –, ao desenvolvimento do formalismo, que prepara, no pensamento filosófico-jurídico contemporâneo, a tendência metodologista (SALDANHA, 2005, p. 75). Referimo-nos ao formalismo em sentido genérico, à crise da ontologia e das transcendências fundantes, com o que o espírito passou a buscar fundamento na própria forma. Referimo-nos, igualmente, ao formalismo em sentido específico, “o formalismo latente na gnosiologia de Descartes e na de Kant, com a formalização do *sujeito* e sua redução a uma abstrata entidade pensante” (SALDANHA, 2005, p. 76).

Com Kant, segundo o professor Nelson Saldanha, operou-se a entronização da epistemologia sobre todas as outras aplicações do pensar. “O que em filósofos anteriores tinha sido dedução de conceitos a partir de alguns dados básicos, passou a ser insistente e impertinente esmiuçamento analítico” (SALDANHA, 2005, p. 76). Apesar do intenso trabalho especulativo, a tendência a omitir temas filosóficos essenciais. A ciência jurídica

²⁰ Maiores esclarecimentos acerca da proposta e do contexto da obra podem ser lidos no Prefácio da edição referenciada.

passa a apreender o direito como um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo a sua dinâmica interna.

No plano jurídico, Saldanha nos recorda que o que principalmente contou como legado “científico” após a revolução francesa e o Código de Napoleão (1804), foram problemas metodológicos e conceituais. O saber jurídico consagrou-se como um saber formado de textos e conceitos, e o juspositivismo legalista da “Escola de Exegese” permaneceu (muito embora a Escola fosse tida depois por “superada”) como padrão para as relações entre o direito positivo e as obras da doutrina. A “Escola Histórica” acabou por se revelar menos preocupada com a história do que com o *Sistema*: “este o sentido maior da obra de Savigny, continuado a seu modo por Ihering e essencial no amplo trabalho dos pandectistas, que levaram ao extremo o rigorismo conceitual e a visão articulada dos institutos” (SALDANHA, 2005, p. 77).

3.1.4 Como se joga o “jogo de prova” foucaultiano? O lugar da retórica e o discurso solipsista da validade das decisões jurídicas

No direito, os “jogos de prova” foucaultianos se dão, ao menos, em duas frentes: no discurso doutrinário, engajado com a solução (ou pelo menos com a sistematização) de todo o tipo de complexos quebra-cabeças instrumentais, conceituais e matemáticos (algo algorítmicos, que lidam com cadeias causais ou com arbitrações entre glosas descritivas alterativas), e no discurso judiciário, de modo aí já operativo (WRÓBLEWSKI, 1988, p. 28).

Em ambas as frentes, a querela se dá em torno do sentido como poder organizador e constitutivo na vida cultural (WAGNER, 2017, IX). E o sentido retoricamente construído constitui o primeiro plano da realidade (ADEODATO, 2009, p. 32), da “verdade” possível. A coisa toda funciona, então, como uma disputa pela verdade, ou, ao menos, em torno da verdade. Não em favor dela, mas em torno do estatuto da verdade e do papel econômico-político que ela desempenha (FOUCAULT, 2007, p. 11).

Mas enquanto a doutrina atua na dimensão do que João Maurício Adeodato chama de *retórica prática*, ou estratégica, qual seja, uma retórica sobre a *retórica material* (os relatos discursivos que constituem o real), reflexiva, que parte dela e a ela retorna para reconstituí-la, isto é, interferir sobre ela a partir de uma doutrina, uma teoria, aquele conjunto de regras construídas a partir da observação da retórica dos métodos (da construção do “real”) que tem por objetivo influir sobre eles e possibilitar sucesso a quem deles se utiliza (ADEODATO,

2009, p. 37), erigindo os “fatos” (os relatos da retórica material) em objetos, isto é, “fatos relativamente fixados, aos quais alguns relatos selecionados aderem, em detrimento de outros” (ADEODATO, 2009, p. 37) e os quais os sujeitos em comunicação determinam, constituem, “transformando relatos de opiniões em objetos, que supostamente constituem as definições da linguagem de controle instituída, os relatos corretos, a verdade” (ADEODATO, 2009, p. 37), a *práxis* judicial, em especial na cúpula do judiciário, parte daquela segunda perspectiva: compõe uma *retórica material*, existencial, com apoio na noção de validade jurídica.

Com efeito, partindo do sentido de “interpretação autêntica” das leis em Kelsen, ou seja, aquela à qual a ordem jurídica faz produzir efeitos (TROPER, 2006, p. 283), temos que o texto de lei interpretado pelo juízo não tem e não pode ter outro sentido que não aquele que lhe deu a autoridade habilitada, ainda que este sentido pareça contrário a todas as interpretações dadas por outras pessoas, mesmo que pareça insensato e vá contra tudo o que se possa saber da intenção do autor do texto. O efeito da interpretação autêntica é que ela se impõe, independentemente do seu conteúdo. A decisão de um tribunal tem uma posição única como algo dotado de autoridade e, no caso dos tribunais superiores, de definitividade. “Um supremo tribunal tem a última palavra a dizer sobre o que é o direito e, quando a tenha dito, a afirmação de que o tribunal estava ‘errado’ não tem consequências dentro do sistema: não são por isso alterados os direitos ou deveres de ninguém”, preconiza Hart (1994, p. 155).

A produção desse discurso deve poder, contudo, ser reconduzida a um procedimento juridicamente organizado ele mesmo válido, subsumível a regras previamente postas, a fim de que se obtenha dos seus destinatários uma aceitação tácita de decisões que ainda não ocorreram e cujo conteúdo específico é – por conseguinte – indeterminado. O que se garante, de fato, são apenas as regras do jogo.

Essa predisposição à aceitação de decisões ainda indeterminadas é o que se denomina, modernamente, “legitimidade”, nas lições de Adeodato (2002, p. 63)²¹. A legitimação, assim, “é obtida ao longo de uma série de interações previamente estruturadas em subsistemas de comunicação específicos, os ‘procedimentos’” (ADEODATO, 2002, p. 64). Segue-se, aqui, o caminho de um antigo Luhmann, para quem:

²¹ Para aprofundar o tema da legitimidade nesses lindes, ler ADEODATO, João Maurício. O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. 2ª ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

do ponto de vista histórico, os procedimentos de decisão resultam da combinação de procedimentos arcaicos de arbitragem, sem decisões obrigatórias, e rituais coatores para obtenção de uma decisão sobrenatural; essa combinação que termina nos procedimentos, começa com francas possibilidades e, apesar disso, leva a decisões obrigatórias dentro do próprio procedimento – uma conquista revolucionária, que marca, simultaneamente, a transição do direito arcaico para o direito das grandes civilizações pré-contemporâneas. Em contraste com o decurso inevitável do ritual, é característico para o processo legal, que a incerteza do resultado e suas conseqüências e a sinceridade das alternativas de comportamento no contexto da atuação e da sua estrutura de motivações, entrem em consideração e sejam aí elaboradas. Mas não são a forma concreta já definida, ou o gesto, ou a palavra exata, que impelem o procedimento para diante, mas sim as decisões seletivas dos participantes, que eliminam as alternativas, reduzem a complexidade, absorvem a incerteza ou transformam a complexidade indeterminada de todas as probabilidades numa problemática determinável e compreensível. É-lhes atribuída a seletividade dum comunicação. Ela empresta-lhes sentido (não como a cópia fiel dum modelo existente), e os participantes reagem com uma escolha de comportamento, não por ação de alavancas pré-estabelecidas, mas antes pela informação sobre as capacidades de seleção dos outros; isto é, reagem não apenas às possibilidades escolhidas, como também às possibilidades eliminadas por esse meio, que se mantêm no horizonte da existência do procedimento como uma possibilidade negada. Assim, o procedimento decorre como uma história da decisão, em que cada decisão parcial dum só participante se torna um fato, para que estabeleça premissas de decisão para os outros participantes e assim estruture a situação geral, que não aciona mecanicamente (LUHMANN, 1980, p. 38-39).

O problema da legitimidade não é mais externo, mas vem de dentro, passa a ser autoconstruído no e pelo discurso do direito.

3.2 FORMALISMO, POSITIVISMO E SUA CONTRIBUIÇÃO NA FORMAÇÃO IDEOLÓGICA DO “CORPO DE DOUTORES”

3.2.1 Formalismo, positivismo jurídico e a visão de equivalência entre direito e lei positiva: o mito do dado adaptado ao direito

Os formalismos surgem sempre, como os positivismos, reagindo contra a “imprecisão” do conhecimento, ou contra a “inverificabilidade” das afirmações próprias da metafísica. Em ambos os casos se encontra uma confusão entre filosofia e ciência, senão uma redução daquela a esta. A filosofia é admitida apenas como um pronunciamento metodológico sobre o trabalho científico, ou então como um complemento eventual (SALDANHA, 2005, p. 68).

Deste modo os formalismos vieram, no direito, a ser um modo especial de positivismo, “desligado do que poderiam ser resíduos da envelhecida ‘filosofia positiva’ do oitocentos e centrado sobre o ‘rigor conceitual’ recomendado pela fenomenologia e pela filosofia analítica.

A ‘objetividade’ se erigiu como valor maior para o conhecimento” (SALDANHA, 2005, p. 68-69).

O positivismo jurídico, doutrina jurídica dominante em razão de sua ausência aparente de pressuposições éticas ou metafísicas, dá sua contribuição essencial, com a ressalva da sistematização das técnicas de explicitação e interpretação dos textos jurídicos, no ter dado crédito à equivalência entre direito e lei positiva (KERVÉGAN, 2006, p. 3-4).

Diversos positivismos se foram forjando desde o século XIX, tendo como base as matrizes teóricas filosóficas que conformam o modo de compreensão do Ocidente desde a aurora da civilização. O juspositivismo clássico, embora cada uma das vertentes contenha suas peculiaridades, apresenta traços definidos em todas elas.

Trata-se de um movimento em que o material jurídico é estabelecido por alguma autoridade humana legitimada. É isto que o positivismo vai chamar de (tese dos) “fatos sociais”, muito embora nesse momento histórico não seja da simples caracterização como “fato social” que derive a legitimidade do direito, mas da sua relação com a autoridade criadora (KELSEN, 1984, p. 25-27). O positivismo jurídico tem em sua genealogia o positivismo científico, para o qual só há fatos (ROSA, 2012, p. 326).

Só há fatos está na origem da questão positivista do “fato social”. Esse fato é construção humana. Ao jurista só cabe descrever esse fato. Com isto, também se evidencia uma busca por certezas, por uma objetividade na aplicação do direito. Este espaço de um conhecimento objetivo, que pode ser verdadeiro ou falso, sempre acompanhou o positivismo jurídico, seja na aplicação e/ou na ciência em suas mais variadas versões.

São reflexos do paradigma da filosofia da consciência, em que a razão humana põe o sentido das coisas. Ou, no plano da nossa discussão, a razão “põe o direito”. Daí a raiz do positivismo jurídico: direito é um fato social posto pela razão humana. Esse fato pode ser uma lei, um julgamento, um conceito (STRECK, 2017, p. 160).

No entanto, em um segundo momento, esse direito posto (positivo) precisa ser conservado/preservado por razões políticas e sociais. Esse segundo momento faz com que o direito não seja criado ou reconhecido com base em critérios exógenos aos fatos originários, isto é, àquilo que essas autoridades determinaram como sendo direito. E por isso a referência dada com a nomenclatura “positivismo”. A interpretação dos juízes está “amarrada” à legislação, aos conceitos da doutrina e aos precedentes. Esse tipo de positivismo jurídico mistura as metafísicas clássica e moderna:

embora [esse tipo de positivismo jurídico] não fundamente a postura rígida e inflexível da interpretação dos juízes em ontologias clássicas, como no paradigma aristotélico-tomista, acaba, na atuação prática destes, agindo de modo muito similar a este paradigma. O juiz conhece o Direito positivado pela autoridade e faz uma dedução ao caso concreto, como uma adequação da coisa ao intelecto, uma verdade correspondencial. Essa questão é fundamental para entendermos a relação do positivismo com os dois paradigmas filosóficos (clássico e moderno): põe-se o Direito (fato social); na sequência, a partir de um olhar externo, este Direito é descrito/aplicado. Uma perfeita mixagem das metafísicas clássica e moderna (STRECK, 2017, p. 160).

Assim, ainda que o positivismo jurídico não seja – *stricto sensu* – herdeiro filosófico da metafísica clássica por não acreditar em essências (ideia, Deus, etc.) e apenas limitar o direito aos meros fatos, a sua manifestação prática acaba se tornando muito próxima do modo como a filosofia compreendia a realidade nesse paradigma: a partir de um olhar externo, em que a realidade está dada – uma espécie de mito do dado adaptado ao direito.

Todas as formas de positivismo jurídico têm um ponto em comum: a pretensão de metodologicamente assumir um caráter descritivo de cunho adequacionista. As proposições descritivas produzidas pelo positivismo, em sua pretensão de negar qualquer tipo de metafísica (no sentido ontoteológico da palavra já referido), tratam a verdade como uma adequação do intelecto ao objeto. Nesse paradigma, o mundo é compreendido como um conjunto de substâncias que possuem determinadas propriedades. A função do intelecto humano consistiria, basicamente, em captar essa realidade e expressá-la usando a linguagem como uma ferramenta (STRECK, 2017, p. 161).

O professor Lênio Streck afirma que esta pretensão ainda é presente em versões contemporâneas do juspositivismo e, tentando compreender as razões de o positivismo jurídico ser dominante entre os filósofos do direito, aponta para a existência de uma argumentação avaliativa baseada na ideia de que as proposições que este descreve seriam verdadeiras e adequadas à “natureza do direito”, sendo esta entendida como o conjunto das propriedades essenciais do fenômeno. No mesmo sentido, afirma que os positivistas pós-hartianos (Herbert Hart é considerado um positivista moderado ou brando também por admitir a possibilidade de a sua “regra de reconhecimento” incluir *standards* morais do direito) (STRECK, 2017, p. 163), representariam um “positivismo essencialista” por causa, dentre outras, da assunção como tarefa principal de sua teoria do direito a de investigar a “natureza do direito”, promovendo uma investigação sobre as propriedades “essenciais” ou “necessárias” do direito, “em termos aristotélicos sobre o conjunto de propriedades que fazem que algo seja Direito e não outra coisa” (STRECK, 2017, p. 162).

De certo modo, valeria dizer que no metodologismo (a crescente importância atribuída ao método e os amplos debates a respeito terminaram por fazer, da “metodologia jurídica” uma disciplina específica) reaparecem, sob traços novos, a teologia, a metafísica e a ideologia, todas, contudo, expressamente repudiadas pelos purismos, pelas “filosofias analíticas” e pelos reducionismos formalizantes.

O *modelo* teológico de pensar, presente no saber jurídico desde os “comentadores”, retorna através de certos traços dentro das destrezas conceituais dos formalistas; a metafísica, que no jusnaturalismo clássico tinha sido aberta e expressamente a base de todo conhecimento jurídico, reaparece na idealização de certos “objetos”, tais como ordenamento e norma (SALDANHA, 2005, p. 85).

Quanto à ideologia, ela se encontra em todas as ciências sociais contemporâneas.

3.2.2 A norma como fachada racional do irracional no direito

O cientificismo, como supervalorização das ciências (ou antes, de um determinado modelo ou tipo de ciência), levou à supervalorização do método, baseando-se sobre o aspecto formal da ciência, isto é, de um determinado conceito de ciência. Com isto se abriu o caminho para novas ortodoxias, rigorismos para-teológicos que despontam dentro da própria armação conceitual das teorias formalizantes, mais preocupada com demarcações e com coerências metodológicas do que com o conteúdo vivo das realidades (SALDANHA, 2005, p. 86). Aí temos o método como um novo *logos* ordenador. Passa-se do *logos* teológico e racional, ao metodologismo que se substitui ao *logos*.

Nessa parte, o trabalho dos puristas e dos logicistas contribui para um sectarismo no campo do direito:

uma hierática consagração de espaços, semelhante ao que ocorria nas religiões antigas. O objeto *Direito* (sempre há muita ênfase nas alusões ao objeto) se delimita como um espaço peculiar, com uma cuidadosa separação de *áreas* epistemológicas, distribuídas e dominadas pelas diferentes “disciplinas”. O método serve para coonestar e comprovar as diferenças de área: somente um tipo de conhecimento tem condições de penetrar no espaço sagrado (quase como um *sanctus sanctorum*) reservado ao objeto (...) com a noção do “estritamente jurídico” se tem algo sem correspondência na teoria social geral, algo que busca prender a ideia do *jurídico* a um dado intransmissível, inapropriável por outro departamento do saber, e este dado segundo o formalismo é a norma (SALDANHA, 2005, p. 86-87).

É em Kelsen que lemos, por exemplo, que um fato externo, processado no espaço e no tempo, e por isso mesmo evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade, simplesmente, este evento, como tal, como

elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico – não é, pura e simplesmente, algo jurídico. A sua entrada no jurídico somente se dá por meio de uma apropriação interpretativa pelo próprio direito, onde a norma figura como esquema de interpretação.

O que transforma este facto num acto jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objectivo que está ligado a esse acto, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o acto em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o acto pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um acto de conduta humana constitui um acto jurídico (ou antijurídico), é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa (KELSEN, 1984, p. 20).

A norma é a porta de entrada da realidade especificamente jurídica, diz Kelsen. E seja por meio das categorias professorais, por exemplo, do “puramente jurídico”, seja, mais especificamente, por meio do exercício da jurisdição constitucional, que, no Brasil, tem os defeitos da reificação racionalista e os do casuísmo irracionalista, em que o judiciário nem vê o texto ontologicamente, como um ícone do objeto, e o vincula a uma interpretação pretensamente fixa, como na exegese francesa da transição do século XVIII para o XIX, nem o concretiza por via de um projeto e de procedimentos hermenêuticos específicos (ADEODATO, 2009, p. 154), o normativismo esquece, ou finge esquecer, que uma norma não sabe produzir, por si própria, as condições de sua efetuação, que a facticidade de uma ordem jurídica concreta não é dedutível da coerência formal de seu fundamento normativo.

Ignorando, ou fingindo ignorar que a ideia do direito não pode efetuar-se por si mesma, o normativismo contorna a questão da decisão (ou da primazia da vontade no direito), ou então a recusa como extrajurídica, quando é esse elemento irreduzível – o direito tem vocação para informar a efetividade social e política – que, segundo Kervégan, provoca a deficiência da ideia de norma, ou de sistema de normas. Tal ideia não diz nada a respeito daquele que deve aplicá-la: “a decisão singular de um juiz nunca é redutível às suas considerações, e o conteúdo de uma lei não pode ser deduzido, enquanto tal, das disposições constitucionais” (KERVÉGAN, 2006, p. 7).

Essa “primazia da vontade” tem por trás de si o fundamento da ordem jurídica e, por conseguinte, da norma, ao qual a crítica de Schmitt ao positivismo e ao normativismo oferece o melhor acesso: “a última condição de validade normativa é o poder de afirmação dessa validade” (KERVÉGAN, 2006, p. 8).

E o convencimento da maioria das pessoas, nas democracias modernas, de que o direito é um sistema constituído de normas explícitas, opinião muito comum em Estados que desde sempre se têm concebido como entidades legais, a exemplo do Brasil, essa “fachada normativa”, é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo e da admiração pelos sucessos da ciência, refletidos no movimento positivista. A ideia subjacente a este movimento era descobrir (ou redescobrir) um sistema razoável que pudesse regular a conduta humana por meio de um ordenamento jurídico unívoco, completo e abrangente, independente da mediação arbitrária dos juízes (SOBOTA, 1991, p. 45).

Em nível teórico, essa mistura de racionalismo e cientificismo que deu origem à crença de que o processo decisório legal consistia em encontrar e aplicar essas normas instrumentais, tidas como capazes de definir e dirigir a esfera do “dever ser” tão exata e logicamente quanto um dia se supôs que as leis da física clássica dirigiam a natureza, tornou-se o nutriente para toda a metodologia positivista e forneceu o pano de fundo ideológico para o movimento codificador que começou no século XVIII, assim como para as escolas “pura”, “lógica” ou “analítica”, que têm sobrevivido até hoje (SOBOTA, 1991, p. 46).

Os positivismos, dentro de sua linha central, são cientificismos, geralmente comprometidos (como o próprio iluminismo) com programas de ação social: são, portanto, sob certo prisma, ideologias (SALDANHA, 2005, p. 9). E as ideologias, voltadas a explicar as coisas em função de um motivo concreto que pode ser mais genérico ou mais específico, e que se articulam como “condenação” e “aprovação” de determinados valores, conservam, portanto, algo do padrão teológico. Desde logo, o exclusivismo: cada ideologia considera as demais como torpes e errôneas, estabelecendo sua explicação como única satisfatória, apta, inclusive, a explicar os erros das outras. Ainda, a tendência escatológica, especialmente em certos casos: a descrição do processo histórico se transforma na anunciação de eventos em que se cumpre o destino dos homens e das coisas. Mas conservam também um tanto do racionalismo, inclusive em sua peculiar pretensão de objetividade, justamente uma pretensão que complementa e avaliza o exclusivismo (SALDANHA, 2005, p. 9-10).

3.2.3 A ideologia do “corpo de doutores”

A ciência jurídica, tal como a concebem os juristas e, sobretudo, os historiadores do direito, que identificam a história do direito com a história do desenvolvimento interno dos

seus conceitos e dos seus métodos²², apreende o direito como um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo a sua “dinâmica interna” (BOURDIEU, 1989, p. 209). A reivindicação da autonomia absoluta do pensamento e da ação jurídicos afirma-se na constituição em teoria de um modo de pensamento específico, totalmente liberto do peso social e, nessa linha:

a tentativa de Kelsen para criar uma “teoria pura do direito” não passa do limite ultra-consequente do esforço de todo o corpo dos juristas para construir um corpo de doutrinas e de regras completamente independentes dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele mesmo o seu próprio fundamento (BOURDIEU, 1989, p. 209).

Esta espécie de ideologia profissional do corpo dos doutores (a expressão é de Bourdieu) constituída em corpo de “doutrina”, qual seja, a ideologia da independência do direito e do corpo judicial, é produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica é determinada, por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções puramente jurídicas (BOURDIEU, 1989, p. 211). As ideologias não são feitas de “ideias”, mas de práticas.

Essas práticas, sugerimos, passam por aquilo que Louis Althusser chamou os aparelhos ideológicos de Estado, dentre os quais listou o aparelho ideológico de Estado jurídico²³ (ALTHUSSER, 1980, p. 44).

Nesse sentido, afirmamos, com Michel Pêcheux, que a ideologia não se reproduz sob a forma geral de um *zeitgeist* (isto é, o espírito do tempo, a “mentalidade” da época, os “costumes de pensamento”, etc.) que se imporia de maneira igual e homogênea à sociedade como um *antes* (PÊCHEUX, 2014, p. 130). Também, que é impossível atribuir a cada classe sua ideologia, como se cada uma delas vivesse previamente à luta de classes em seu próprio campo, com suas próprias condições de existência e suas instituições específicas.

²² O prefácio à edição portuguesa da *Introdução histórica ao direito*, de John Gilissen, escrito por António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros e editado pela Fundação Calouste Gulbenkian, apresenta a obra como uma “síntese única da história interna do direito da Europa ocidental, incluindo referências à evolução histórica dos restantes grandes sistemas jurídicos da antiguidade ou de hoje”, que “se apresenta como uma introdução histórica ao direito –, tocando de uma forma genérica, além da problemática das fontes, os principais ramos e institutos jurídicos, sobretudo no domínio daquilo a que hoje chamamos direito privado” (GILISSEN, 2003).

²³ O direito, em Althusser, pertence simultaneamente ao que ele introduz como aparelho (repressivo) de Estado, indicando que ele (o aparelho de Estado) “funciona pela violência” – pelo menos no limite –, e ao sistema dos AIE.

Consideramos, ainda, que os aparelhos ideológicos de Estado não são a *expressão* da dominação da ideologia dominante, isto é, da ideologia da classe dominante, mas sim que eles são seu lugar e meio de realização: “é pela instalação dos aparelhos ideológicos de Estado, nos quais essa ideologia [a ideologia da classe dominante] é realizada e se realiza, que ela se torna dominante” (PÊCHEUX, 1980, p. 131), muito embora os aparelhos ideológicos de Estado não sejam, apesar disso, puros instrumentos da classe dominante, máquinas ideológicas que reproduzem pura e simplesmente as relações de produção existentes: “...este estabelecimento [dos aparelhos ideológicos de Estado] não se dá por si só, é, ao contrário, o palco de uma dura e ininterrupta luta de classes...” (PÊCHEUX, 1980, p. 131), o que significa que os aparelhos ideológicos de Estado constituem, simultânea e contraditoriamente, o lugar e as condições ideológicas da transformação das relações de produção.

3.2.4 Racionalização e domínio político

Uma das propostas das reflexões aqui desenvolvidas é a de que seria possível, tomando uma direção oposta a essa ideologia “de corpo”, perscrutar no direito e na jurisprudência um reflexo das relações de força existentes, em que se exprime e estrutura um instrumento de dominação. A análise do discurso jurídico interpretativo orientado à objetividade, da retórica da objetividade, enfim, seria uma via adequada para tanto, dados os seus pressupostos.

A via de acesso a essa retórica da objetividade será, no exercício que pretendemos fazer, a dicção judicial, a jurisdição (*jurisdictio*, *-onis*), ou “a determinação daquilo que é *in concreto* juridicamente devido ou permitido” (ENGISCH, 2008, p. 77). Essa determinação é feita de um modo autoritário por meio de órgãos aplicadores do direito pelo direito mesmo instituídos (ENGISCH, 2008, p. 77), na interpretação.

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, ou, no texto de Bourdieu,

quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social (BOURDIEU, 1989, p. 212).

Segundo o autor, é com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, de ignorância, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas.

A concorrência pelo monopólio de acesso aos meios jurídicos herdados do passado contribuiria para fundamentar a cisão social entre os profanos e os profissionais favorecendo um trabalho contínuo de racionalização próprio para aumentar cada vez mais o desvio entre os vereditos armados do direito e as intuições ingênuas da equidade e para fazer com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõem e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como totalmente independente das relações de força que ele sanciona e consagra (BOURDIEU, 1989, p. 212).

Racionalização significa, em primeiro lugar, a ampliação dos âmbitos sociais que ficam submetidos aos critérios da decisão racional. Paralelamente a isto corre, em segundo lugar, no âmbito da atividade econômica capitalista, do tráfego social regido pelo direito privado burguês, e da dominação burocrática, a industrialização do trabalho social, com a consequência de que os critérios da ação instrumental penetram também em outros âmbitos da vida (HABERMAS, 1986, p. 53). Nos dois casos se trata da implantação do tipo de ação que é a racional com respeito a fins. A progressiva racionalização da sociedade depende da institucionalização do progresso científico e técnico. Na medida em que a ciência e a técnica penetram nos âmbitos institucionais da sociedade, transformando deste modo as instituições mesmas, começam a desmoronar as velhas legitimações (secularização e desencantamento das cosmovisões, etc.) e em nome da racionalidade o que se impõe é uma determinada forma de oculto domínio político (HABERMAS, 1986, p. 54), mediante a correta eleição entre estratégias, a adequada utilização de tecnologias e a pertinente instauração de sistemas (em situações dadas para fins dados) profundamente ensimesmadas, de forma que essa racionalidade só se refere às situações de emprego possíveis da técnica e exige, por isso, um tipo de ação que implica domínio, quer sobre a natureza, quer sobre a sociedade. A ação racional com respeito a fins é, por sua estrutura mesma, exercício de controles. Por isso, a “racionalização” da vida segundo critérios desta racionalidade vem a significar a institucionalização de um domínio que se torna já irreconhecível como domínio político (HABERMAS, 1986, p. 55).

O caráter comum das estruturas-funcionamentos designadas, respectivamente, como ideologia e inconsciente é precisamente o de dissimular sua própria existência no interior mesmo do seu funcionamento, produzindo um tecido de evidências “subjetivas”, devendo

estender-se este último adjetivo não como “que afetam o sujeito”, mas “nas quais se constitui o sujeito” (PÊCHEUX, 2014, p. 139). A categoria de sujeito é uma “evidência” primeira (as evidências são sempre primeiras) e essa evidência da existência espontânea do sujeito (como origem ou causa de si é imediatamente aproximada de uma outra evidência, presente em toda a filosofia idealista da linguagem, segundo M. Pêcheux, que é a evidência do sentido (PÊCHEUX, 2014, p. 139) e a questão da constituição de sentido se junta à da constituição do sujeito na figura da interpelação: “o sujeito é desde sempre ‘um indivíduo interpelado [-constituído] em sujeito” (PÊCHEUX, 2014, p. 141), pela ideologia. A interpretação tem um efeito retroativo que faz com que todo indivíduo seja “sempre-já-sujeito” (PÊCHEUX, 2014, p. 141). A ideologia “recruta” sujeitos entre os indivíduos e os indivíduos recrutados recebem como evidente o sentido do que ouvem e dizem, leem ou escrevem (do que eles querem e do que se quer lhes dizer), causa duma representação ideológica da ideologia, como leciona Althusser:

um indivíduo crê em Deus, ou no Dever, ou na Justiça, etc. Esta crença releva (para todos os que vivem numa representação ideológica da ideologia, que reduz a ideologia a ideias dotadas por definição de existência espiritual) das ideias desse mesmo indivíduo, portanto dele, como sujeito possuindo uma consciência na qual estão contidas as ideias da sua crença. Através do dispositivo “conceptual” perfeitamente ideológico assim estabelecido (um sujeito dotado de uma consciência em que forma livremente, ou reconhece livremente, as ideias em que crê), o comportamento (material) do dito sujeito decorre naturalmente (ALTHUSSER, 1980, p. 85-86).

O direito apresenta esta dupla função necessária, por um lado, tornar eficaz as relações de produção, por outro, refletir concretamente e sancionar as ideias que os homens fazem das suas relações sociais (EDELMAN, 1976, p. 17). Karl Engisch, nesse sentido, afirma que o direito e a jurisprudência prática se referem à nossa vida e têm incidência sobre ela na medida em que, dia a dia, hora a hora, momento a momento, determinam os atos e omissões por meio dos quais nós construímos essa nossa vida, podendo nós dizermos sem exagero que as nossas ações estão constantemente sob a égide do direito – se bem que, evidentemente, não estejam subordinadas exclusivamente ao direito, pois que este normalmente se limita a fixar os quadros dentro dos quais, agindo, modelamos a nossa vida (ENGISCH, 2008, p. 76).

As categorias jurídicas nos dizem, sem dizer, a realidade das relações das quais são a expressão e se tornam relativamente autônomas e são pensadas, no seu funcionamento, como totalmente autônomas, à sua maneira, por meio da *ilusão antropológica* do direito, que julga pronunciar um discurso eterno sobre o homem eterno (EDELMAN, 1976, p. 18).

As formas jurídicas não determinam o próprio conteúdo do que elas tornam eficaz. O direito torna eficaz esse conteúdo pelo constrangimento do aparelho de Estado e a relação entre a expressão do conteúdo e a eficácia do conteúdo é ideológica; é esta mesma relação que se torna um poder misterioso, verdadeiro fundamento de todas as relações de propriedade reais (EDELMAN, 1976, p. 19).

Foucault nos lembra que em cada momento da história a dominação se fixa em um ritual; ela impõe obrigações e direitos; ela constitui cuidadosos procedimentos. Ela estabelece marcas, grava lembranças nas coisas e até nos corpos. Universo de regras que não é destinado a adoçar, mas, ao contrário, a satisfazer a violência. “A regra é o prazer calculado da obstinação, é o sangue prometido. Ela permite reativar, sem cessar o jogo da dominação; ela põe em cena uma violência meticulosamente repetida” (FOUCAULT, 2007, p. 17). O desejo da paz, a doçura do compromisso, a aceitação tácita da lei, longe de denotarem a grande conversão moral, ou o útil calculado que deram nascimento à regra, são apenas seu resultado e sua perversão, nada obstante remeta para a *vontade livre*, por exemplo, para a ilusão de que a propriedade privada, ela própria, assenta sobre a simples vontade privada. “Em direito, o ‘eu quero’ é um ‘eu posso’; o contrato é um acto hegeliano: um puro encontro de vontades” (EDELMAN, 1976, p. 19).

3.2.5 A ação dos constrangimentos do raciocínio jurídico e a opção estratégica pela retórica da objetividade

A lógica paradoxal de uma divisão do trabalho que se determina, fora de qualquer concertação consciente, na concorrência estruturalmente regulada entre os agentes e as instituições envolvidas no campo jurídico, para Bourdieu, constitui o verdadeiro princípio de um sistema de normas e de práticas que aparece como fundamento *a priori* na equidade de seus princípios, na coerência das suas formulações e no rigor das suas aplicações, quer dizer, como participando ao mesmo tempo da lógica positiva da ciência e da lógica normativa da moral, portanto, como podendo se impor universalmente ao reconhecimento por uma necessidade simultaneamente lógica e ética (BOURDIEU, 1989, p. 213).

Segundo o autor, diferentemente da hermenêutica literária ou filosófica, a prática teórica de interpretação de textos jurídicos não tem nela própria a sua finalidade; diretamente orientada para fins práticos e adequada à determinação de efeitos práticos, ela mantém a sua eficácia à custa de uma restrição da sua autonomia (BOURDIEU, 1989, p. 213).

Aqui recorreremos à metáfora de José Rodrigo Rodriguez: o juiz, assim como o poeta e o filósofo, é um habitante do mundo das palavras e, como seus companheiros de cidade, precisa aprender a lidar com a profusão de significados que nascem dessa convivência com seus companheiros no processo de comunicação. Mas seu papel nos domínios do sentido, apesar de guardar semelhanças, não se confunde com o dos outros dois, pois enquanto o poeta pode ocupar o papel de criador de sentidos novos, livre dos entraves das leis da associação, sem que isso afete diretamente o funcionamento das outras esferas sociais, e pensar filosoficamente significa pensar sem compromisso com a realização de objetivos práticos, o juiz, que ocupa um lugar *sui generis* nesta paisagem do pensamento, ou a sua atividade de criador de sentidos (ou de atualizador do sentido dos textos) não pode ser livre. “Sua função é conter a profusão de significados para conformar o sentido dos textos jurídicos aos esquadros do Estado de Direito. (...) Ser juiz significa servir ao Estado de Direito” (RODRIGUEZ, 2002, p. 283). Assim as divergências entre os “intérpretes autorizados” são necessariamente limitadas e a coexistência de uma pluralidade de normas jurídicas concorrentes está excluída por definição da ordem jurídica. Como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma forma de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial (BOURDIEU, 1989, p. 213). Mas, por mais que os juristas possam opor-se a respeito de textos cujo sentido nunca se impõe de maneira absolutamente imperativa (a opção por uma das interpretações possíveis é política²⁴), eles permanecem inseridos num corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que estão à altura de resolver os conflitos entre os intérpretes e as interpretações. E a concorrência entre os intérpretes está limitada pelo fato de as decisões judiciais só poderem distinguir-se de simples atos de força políticos na medida em que se apresentem como resultado necessário de uma interpretação regulada de textos unanimemente reconhecidos (BOURDIEU, 1989, p. 214). A justiça organiza segundo uma estrita hierarquia não só as instâncias judiciais e os seus poderes, portanto, as suas decisões e as interpretações em que elas se apoiam, mas também as normas e as fontes que conferem a sua autoridade a essas decisões. É, pois, um campo a que, pelo menos em período de equilíbrio, Bourdieu compara, em seu funcionamento, a um aparelho:

tende a funcionar como um aparelho na medida em que a coesão dos *habitus* espontaneamente orquestrados dos intérpretes é aumentada pela disciplina de um corpo hierarquizado o qual põe em prática procedimentos codificados de resolução

²⁴ Cf. KELSEN, 1984, p. 472-473.

de conflitos entre os profissionais da resolução regulada dos conflitos (BOURDIEU, 1989, p. 214).

O modelo de interrogação das interpretações propostas pela doutrina ou adotadas pelos juízes representado pela teoria realista da interpretação como desenvolvida pela Escola de Nanterre, encabeçada por Michel Troper, examina a noção de constrições (constrangimentos, condicionamentos) especificamente jurídicas as quais limitariam a liberdade do intérprete de textos jurídicos na circunstância de sua *existência institucional*, a partir da convergência de duas ideias principais.

A primeira delas é a da configuração do sistema jurídico, que teria dois componentes essenciais: o conjunto dos órgãos dotados de competências normativas e o conjunto dos conceitos empregados no raciocínio jurídico. A segunda ideia postula que o intérprete tem, por estar inserido nessa configuração do sistema, uma propensão a agir de modo a que sua existência institucional não se veja ameaçada, e que sua posição relativa seja preservada e até mesmo melhorada. Daí resulta que, quando da escolha de uma decisão, particularmente de uma decisão interpretativa, uma autoridade leva em consideração as decisões que os outros órgãos do sistema poderiam vir a tomar, verificando, além disso, “se o seu raciocínio se inscreve num conjunto de conceitos que ela própria já empregou anteriormente ou que são empregados por outros. Pode-se dizer então que sua decisão obedeceu a constrições especificamente jurídicas” (TROPER, 2001a *apud* JUST, 2014, p. 184). E é tanto menos difícil ao corpo de juristas convencer-se de que o direito tem o seu fundamento nele próprio, quer dizer, em uma norma fundamental tal como a Constituição como *norma normarum* de que se deduzem todas as normas de ordem inferior²⁵, quanto a *communis opinio doctorum*, com raízes na coesão social do corpo dos intérpretes tenda a conferir a aparência de um fundamento transcendental às formas históricas da razão jurídica e à crença na visão ordenada da ordem social por eles produzida (BOURDIEU, 1989, p. 214).

Esse *efeito de apriorização* (BOURDIEU, 1989, p. 215), que está inscrito na lógica do funcionamento do campo jurídico, revela-se com toda a clareza na língua jurídica que, combinando elementos diretamente retirados da língua comum e elementos estranhos ao seu

²⁵ Segundo Katharina Sobota, uma fonte de crença na hegemonia de normas explícitas repousa sobre a inquebrantável plausibilidade dos silogismos. “O conceito informal e cotidiano do silogismo, que foi desenvolvido no fim da Antiguidade e na Idade Média, sustenta que a norma é uma atribuição universal unindo dois termos abstratos (todos As são Bs). Uma norma desse tipo é destinada a ser premissa maior de um silogismo (todos As são Bs; este C é um A; logo, este C é um B). Os retóricos mostram-se céticos a respeito desses sistemas intelectuais. Sob sua perspectiva, nem atribuições universais nem regras instrumentais constituem a estrutura principal do discurso jurídico. Elas são apenas um dos vários instrumentos produzidos para construir esta realidade artificial porém eficaz chamada direito (SOBOTA, 1991, p. 46-47).

sistema, acusa todos os sinais de uma “retórica da impersonalidade e da neutralidade” (BOURDIEU, 1989, p. 215). Nas lições de P. Bourdieu, a maior parte dos processos linguísticos característicos da linguagem jurídica concorrem, com efeito, para produzir dois efeitos maiores: o efeito de neutralização e o efeito de universalização.

O efeito de *neutralização* é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impersonalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objectivo. O efeito de *universalização* é obtido por meio de vários processos convergentes: o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego, próprio da retórica da atestação oficial e do auto, de verbos atestivos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado composto que exprimem o aspecto realizado (“aceita”, “confessa”, “compromete-se”, “declarou”, etc.); o uso de indefinidos (“todo o condenado”) e do presente intemporal – ou do futuro jurídico – próprios para exprimirem a generalidade e a omnitemporalidade da regra do direito: a referência a valores transsubjectivos que pressupõem a existência de um consenso ético (por exemplo, “como bom pai de família”); o recurso a fórmulas lapidares e a formas fixas, deixando pouco lugar às variações individuais (BOURDIEU, 1989, p. 215-216).

Esta retórica da autonomia, da neutralidade, da universalidade, da objetividade, enfim, que pode ser o princípio de uma autonomia real dos pensamentos e das práticas, está longe de ser uma simples máscara ideológica. Ela é a própria expressão de todo o funcionamento do campo jurídico e, em especial do trabalho de racionalização a que o sistema das normas jurídicas está continuamente sujeito, e isto desde há séculos.

Com efeito, aquilo a que se chama “o espírito jurídico” ou o “sentido jurídico” e que constitui o verdadeiro direito de entrada no campo (evidentemente, com uma mestria mínima do meios jurídicos acumulados pelas sucessivas gerações, quer dizer, do *corpus* de textos canónicos e do modo de pensamento, de expressão e de acção, em que ele se reproduz e que o reproduz) consiste precisamente nesta *postura universalizante* (BOURDIEU, 1989, p. 216).

Esta pretensão estatutária a uma forma específica de juízo, irreduzível às intuições frequentemente inconstantes do sentido da equidade, pois que se baseia na dedução consequente a partir de um corpo de regras sustentado pela sua coerência interna, é um dos fundamentos da cumplicidade, geradora de convergência e de cumulatividade, que “une, na concorrência pelas coisas em jogo e por meio dessa concorrência, o conjunto, todavia muito diferenciado, dos agentes que vivem da produção e da venda de bens e de serviços jurídicos” (BOURDIEU, 1989, p. 216), cujas respostas Warat compara (a alusão é aparente) a uma esquizofrenia.

É que, em face do discurso da lei, segundo o professor argentino, os juristas desenvolvem práticas interpretativas que forcem o silêncio sobre suas condições políticas, “facilitando respostas gravemente patológicas (esquizofrenia e outros sintomas) e

escandalosos desejos instituídos de alienar, excluir e omitir. Uma intenção de mostrar um estado de certeza, sem possibilidades de dúvida ou questionamento” (WARAT, 1994, p. 20). Mecanismos de idealização, que recaem sobre uma “força alienante”, que fazem dos intérpretes dos discursos jurídicos, simples produtores alienados que reivindicam para si o desejo de alienar outros em nome de crenças e princípios acreditados como uma “boa causa” (WARAT, 1994, p. 20).

A elaboração de um corpo de regras e de procedimentos com pretensão universal, na visão de Bourdieu, é produto de uma divisão do trabalho que resulta da lógica espontânea da concorrência entre diferentes formas de competência ao mesmo tempo antagonistas e complementares que funcionam como outras tantas espécies de capital específico e que estão associadas a posições diferentes do campo (BOURDIEU, 1989, p. 216-217). De um lado, a interpretação voltada para a elaboração puramente teórica da doutrina, monopólio dos professores que estão encarregados de ensinar, em forma normalizada e formalizada, as regras em vigor; do outro lado, a interpretação voltada para a avaliação prática de um caso particular, atributo de magistrados que realizam atos de jurisprudência e que podem, deste modo – pelo menos alguns deles²⁶ –, contribuir também para a construção jurídica (no Brasil, as posições, por não poucas vezes, confundem-se). Elevação da profissão à autonomia em consequência da divisão do trabalho, cada um toma o seu ofício pelo verdadeiro. A propósito da relação da sua profissão com a realidade, fazem necessariamente tantas mais ilusões quanto a natureza do ofício já o exige. Em jurisprudência e, em política, etc. estas relações tornam-se – na consciência –, conceitos; como eles não se elevam acima dessas relações, os conceitos que têm delas são, na sua mente, conceitos fixos: “o juiz, por exemplo, aplica o Código, e eis a razão pela qual ele considera a legislação como o verdadeiro motor activo. Respeito de cada um pela sua mercadoria...” (EDELMAN, 1976, p. 20).

²⁶ O resultado de litígios e decisões no âmbito da jurisdição constitucional passa a fazer parte da Constituição. Daí por que, nas palavras de Adeodato, “tem-se ‘mais Constituição’ hoje do que em 1988, em um sentido bem literal” (ADEODATO, 2009, p. 147).

3.3 DISCURSO JURÍDICO E DISSIMULAÇÃO DO PODER

3.3.1 Mais uma metáfora de jogos

A doutrina, em direito, designa um *corpus* original, constituído simultaneamente pelos comentários das leis e decisões judiciais (anotações, comentários a sentenças) e por obras teóricas acerca do direito. Pode-se dizer, com B. Edelman, que se trata do lugar privilegiado da ideologia jurídica onde se estrutura o discurso ideológico e onde se elabora a defesa e a ilustração do direito. “Digo: lugar privilegiado, porque é também o lugar do *conluio* entre o ensino jurídico e a produção prática jurídica. O estudante de direito faz dela o seu pão quotidiano, o magistrado encontra aí a confirmação da sua jurisprudência, o professor a sua justificação” (EDELMAN, 1976, p. 17).

Já nos campos sancionados pela produção institucional dos sentidos normativos surge inscrito o poder como emblema, como disciplina dos corpos e como palavra culpabilizante (WARAT, 1994, p. 21). Os sentidos normativos estão inscritos em um horizonte discursivo que envolve, como um manto protetor, as opacidades estabelecidas, as relações entre a sociedade, o Estado e o direito, determinando, ao mesmo tempo, um “dado” que constitui institucionalmente os sujeitos do ofício jurídico e o indivíduo como “sujeito de direito” (WARAT, 1994, p. 21).

M. Pêcheux cita como exemplo de produção do sujeito sob a forma do sujeito de direito o futuro do subjuntivo da lei jurídica “aquele que causar um dano...” asseverando que a lei sempre encontra “um jeito de agarrar alguém”, uma “singularidade” à qual aplicar sua “universalidade” (PÊCHEUX, 2014, p. 145) e, quanto ao sujeito ideológico que o reduplica, afirmando que ele é interpelado – constituído sob a evidência da constatação que veicula e mascara a “norma” identificadora. “Para o direito, o direito começa pela pessoa: a personalidade jurídica do homem existe por si mesmo e independentemente da possibilidade para o ser humano considerado de formar uma vontade” (EDELMAN, 1976, p. 28). Chama-se pessoa, na linguagem jurídica, aos seres capazes de terem direitos e obrigações. De forma mais resumida, diz-se que pessoa é todo o sujeito de direito. “A ideia de personalidade, necessária para dar um suporte aos direitos e às obrigações (...) é indispensável na concepção tradicional do direito” (EDELMAN, 1976, p. 28). Portanto, se você é uma pessoa, o que, de fato, você é, então você tem direitos a serem tutelados e obrigações a assumir. Desse modo, é a ideologia que, por meio do “hábito” e do “uso”, está designando, ao mesmo tempo, *o que é*

e o que deve ser, e isso, vez por outra, por meio de “desvios” linguisticamente marcados entre a constatação e a norma e que funcionam como um dispositivo de “retomada do jogo”.

É a ideologia que fornece as evidências pelas quais “todo mundo sabe” o que é um soldado, um operário, um patrão, uma fábrica, uma greve, etc., evidências que fazem com que uma palavra ou um enunciado “queiram dizer o que realmente dizem” e que mascaram, assim, sob a “transparência da linguagem”, aquilo que chamaremos o caráter material do sentido das palavras e dos enunciados (PÊCHEUX, 2014, p. 146).

As práticas interpretativas da lei, nas lições de L. A. Warat, constituem e dependem de vários saberes comuns, que operam socialmente para reforçar a opacidade da dominação político-jurídica e travar qualquer gesto de deciframento do mistério da lei e sua obediência (WARAT, 1994, p. 21).

Ainda, segundo o autor:

os sujeitos do ofício jurídico vivem imersos numa temperatura interpretativa que sublima, numa discursividade teológica, variadas práticas de exclusão social. Os ecos solenes da palavra legal sempre falam de uma falta, falam de que o Direito não pode dar segredos que se enunciam numa aparente transparência: no fundo enfeita pretensões conservadoras. Uma galante discursividade que se aproveita dos efeitos performativos das palavras para dissimular as perversões de uma forma social opressiva. A aplicação da lei fica garantida por um “clima” de sentidos que afirmam, no discurso, as práticas do Direito que muitas vezes negam à sociedade. Como no discurso amoroso, os juristas falam do que não têm, para sustentar muitos “desejos” (reivindicações de novos direitos) em sua perda: trata-se de uma representação implementada para dissolver, numa miragem simbólica, carências insustentáveis, faltas que precisam ser faladas para que se possa imaginá-las preenchidas (WARAT, 1994, p. 21).

De fato, soa quase romântico, num sentido poético, ver dizer, por exemplo, no julgamento acerca da constitucionalidade da terceirização de atividades-fim das empresas brasileiras, e na linha da reflexão sobre a eventual precarização do trabalho daí decorrentes, que “se isso acontecer há o Judiciário para impedir esses abusos”²⁷²⁸, e acalenta saber que, para os casos de abusos das decisões condenatórias, haverá sempre remédios “e o bom e forte *habeas corpus* estará à disposição dos eventuais condenados”²⁹.

Torquato Castro Júnior se refere ao discurso jurídico tradicional, objetual e neutro como (*quomodo*) a metáfora “performativa” de um jogo encenado, fazendo referência à cena

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 342/DF. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no DJ de 30/08/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4638174&ext=RTF>. Acessado em 01/09/2018.

²⁸ Acórdão no Recurso Extraordinário nº 958.252/MG. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 30/08/2018 (aguardando a publicação do inteiro teor).

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicado no DJ de 17/05/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>. Acessado em: 01/09/2018.

final do filme *Blow Up*, do cineasta italiano M. Antonioni, onde se assiste a uma pantomima de partida de tênis, sem raquetes ou bola, que é assistida, quando já está resolvida a trama, pelo protagonista (CASTRO JR., 2011). Na figuração, os atores fazer “haver” uma bola que, sob certo e relevante ângulo, “não existe”.

Por essa metáfora “performativa”, procuramos acesso a uma compreensão “anteconceitual” de conceitos construídos na teorização da “norma jurídica” e na prática retórica da “neutralização” da decisão sob sua égide, direcionando a atenção às imagens que ela produz e reproduz, como seus pressupostos metodológicos (...) mais adequado talvez fosse dizer metáfora “hipocrítica” (...) ganhávamos um gancho para a proposição de Bourdieu (...), de que os juristas são os guardiões da hipocrisia coletiva, assertiva com a qual nossa proposta guarda evidentes correspondências (CASTRO JR., 2011, p. 1.076).

O lente da Faculdade de Direito do Recife propõe, no texto, comparar a bola inexistente da cena de Antonioni à presença, como ele chama, “diabola” da norma jurídica, entendida como “metáfora absoluta” – absoluta porque dotada de altíssimo grau de irreduzibilidade –, que também “não existe” (no espaço-tempo), mas que inegavelmente há, nessa interação. Convida, também, a comparar as raquetes inexistentes às metodologias jurídicas.

Os jogadores movem-se como se houvesse raquetes e bola; agem de forma a parecer existirem tais objetos e até parece apropriado dizer-se que “a atuação deles é passível precisamente de ser avaliada em função do grau de sucesso em fazer crível a presença da bola que pretendem existir em jogo” (CASTRO JR., 2011, p. 1.080). Mas, ao final, não podem obliterar de todo a “falsidade” de sua interação, que é flagrante atuação. O direito, por outro lado, para Castro Jr., é uma retórica milagrosa porque consegue exatamente isso.

De acordo com Bourdieu, é completamente vão procurar isolar uma metodologia jurídica perfeitamente racional: a aplicação necessária de uma regra de direito a um caso particular é na realidade uma confrontação de direitos antagônicos entre os quais o tribunal deve escolher; a regra extraída de um caso precedente nunca pode ser pura e simplesmente aplicada a um novo caso, porque não há nunca dois casos perfeitamente idênticos, devendo o juiz determinar se a regra aplicada ao primeiro caso pode ou não ser estendida de maneira a incluir o novo caso. Em resumo, o juiz, ao invés de ser sempre um simples executante que deduzisse da lei as conclusões diretamente aplicáveis ao caso particular, dispõe antes de uma parte de autonomia que constitui sem dúvida a melhor medida da sua posição na estrutura de distribuição do capital específico da autoridade jurídica; “os seus juízos, que se inspiram numa lógica e em valores muito próximos dos que estão nos textos submetidos à sua interpretação, têm uma verdadeira função de *invenção*” (BOURDIEU, 1989, p. 223),

podemos falar de um “milagre”, de algo que vem do “nada”, mas em que se acredita e existe, precisamente por isso, como milagre.

M. Foucault chama a atenção para o que significa, por exemplo, a disposição espacial do tribunal, a disposição das pessoas que estão em um tribunal que, basicamente, é a mesma aqui e acolá, com pequenas adaptações. Isso implica uma ideologia. Qual é essa disposição? Uma mesa; atrás dessa mesa, que os distancia ao mesmo tempo das duas partes, estão terceiros, os juízes; a posição destes indica primeiro que eles são neutros em relação a uma e a outra; segundo, implica que o seu julgamento não é determinado previamente, que vai ser estabelecido depois do inquérito pela audição das duas partes, em função de certa norma de verdade e de certo número de ideias sobre o justo e o injusto; e, terceiro, que a sua decisão terá peso de autoridade (FOUCAULT, 2007, p. 26). Pode-se falar desse elemento litúrgico do poder ³⁰.

Ora, a referência ao componente performativo do processo judicial indica que, para entender a textualidade do direito, é preciso ir além da ideia comum que uma “ciência” dos textos sugere. Uma vez que o componente performativo é levado em conta, a interpretação dos textos legais já não pode ser caracterizada como uma simples “conquista cognitiva” (AUGSBERG, 2013, p. 376) ³¹.

3.3.2 Uma performance de dissimulação do poder

Se a exigência de regras escritas tende a reduzir a variabilidade comportamental, as condutas dos agentes jurídicos podem referir-se e sujeitar-se mais ou menos estritamente às exigências da lei, ficando sempre uma parte de arbitrário, “imputável às variáveis organizacionais como a composição do grupo de decisão ou os atributos dos que estão sujeitos a uma jurisdição, nas decisões judiciais” (BOURDIEU, 1989, p. 223).

Já nos referimos aos constrangimentos do raciocínio jurídico enunciados pela teoria realista da interpretação³². Tratemos agora, brevemente, das três propostas principais da teoria

³⁰ A respeito dessa questão, ver AGAMBEN, Giorgio. O reino e a glória: uma genealogia teleológica da economia e do governo. São Paulo: Boitempo, 2011.

³¹ Certa doutrina entende que, na descoberta e fundamentação jurídica da sentença por meio da lei, inserem-se conclusões puramente “cognitivas”, quer dizer, conclusões sob a forma de puras proposições enunciativas (Cf. ENGISCH, 2008, p. 83).

³² Uma teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico é subproduto da teoria realista da interpretação (Cf. JUST; ASSIS, 2014).

realista apresentadas por M. Troper, por serem relevantes para ajudar a compreender o que se explicou até agora e o que se quer explicar mais adiante: (1) a interpretação é uma função da vontade e não do conhecimento; (2) ela não tem por objeto as normas, mas os enunciados ou os fatos; (3) ela confere àquele que a exerce um poder específico.

Séries de argumentos se seguem a essas premissas (e as reforçam), interessando-nos mais de perto os seguintes, já, em parte, antecipados: (1) sobre ser a interpretação uma função da vontade e não do conhecimento: *não há sentido objetivo, independente das intenções*. Segundo esse argumento, pode-se pensar em descobrir um sentido que seria diferente da intenção eventualmente revelada pelos atos preparatórios (intenção do legislador). Seria o que surge das palavras do texto ou o contexto sistemático no qual ele figura ou, ainda, da função social ou econômica que deve preencher a norma. A razão é que “estes diferentes sentidos podem ser aproximados apenas através do emprego de certos métodos específicos a cada um deles, o sentido literal pela interpretação literal, o sentido funcional pela interpretação funcional, etc.” (TROPER, 2006, p. 285). Ora, estes diversos métodos, segundo Troper, conduzem a resultados diferentes entre os quais somente se pode escolher por meio de uma decisão. Assim, é a decisão do intérprete de fazer valer um método sobre o outro que, sozinha, produz o referido sentido. Não há, portanto, sentido objetivo, nem no intuito do legislador, nem independentemente desta intenção. O único sentido é o que se tira da interpretação e se pode dizer que, antecedendo a interpretação, os textos não têm, ainda, qualquer sentido, mas estão apenas esperando um significado; (2) sobre a interpretação não ter por objeto normas, mas enunciados ou fatos: *se o significado não preexiste à interpretação e se ele é dela apenas o produto, então o objeto da interpretação não pode ser uma norma jurídica*; por fim, (3) sobre a interpretação conferir àquele que a exerce um poder específico: *o fundamento do poder da interpretação reside na validade da interpretação que ele produz*. Esta interpretação, com efeito, não é suscetível de ser verdadeira ou falsa, porquanto qualquer que seja o seu conteúdo, a ordem jurídica lhe confere efeitos. “Ela é a decisão de conferir um sentido a um enunciado ou a um fato e uma decisão não pode ser nem verdadeira, nem falsa, mas apenas válida ou inválida numa dada ordem normativa” (TROPER, 2006, p. 290). A validade da decisão interpretativa é exclusivamente formal, ou seja, ela resulta apenas da competência jurídica da autoridade que a toma e não do seu conteúdo, nem mesmo dos métodos pelos quais é justificada. “O fato de uma autoridade ter recorrido a tal ou tal método de interpretação não tem qualquer incidência na validade (...) na realidade, a decisão pode ter sido tomada por razões muito diferentes das que são invocadas para justificá-la” (TROPER, 2006, p. 291). Assim, a ordem jurídica liga as consequências não ao método invocado ou

realmente empregado, mas apenas ao exercício por uma autoridade habilitada da competência que lhe foi conferida.

Com relação ao primeiro argumento, diríamos, com apoio em Bourdieu, que dada a extraordinária elasticidade dos textos, que vão por vezes até à indeterminação ou ao equívoco, a operação hermenêutica de *declaratio* dispõe de uma imensa liberdade. “Não é raro, decerto, que o direito, instrumento dócil, adaptável, flexível, polimorfo, seja de facto chamado a contribuir para racionalizar *ex post* decisões em que não teve qualquer participação” (BOURDIEU, 1989, p. 223-224). Ainda,

os juristas e os juízes dispõem todos, embora em graus muito diferentes, do poder de explorar a polissemia ou anfibologia das fórmulas jurídicas recorrendo quer à *restrictio*, processo necessário para não se aplicar uma lei que, entendida literalmente, o deveria ser, quer à *extensio*, processo que permite que se aplique uma lei que, tomada à letra, não o deveria ser, quer ainda a todas as técnicas que, como a analogia, tendem a tirar o máximo partido da elasticidade da lei e mesmo das suas contradições, das suas ambiguidades ou das suas lacunas (BOURDIEU, 1989, p. 224).

Todavia, é possível afirmar, no rastro de Troper, que o intérprete é constrangido a legitimar uma decisão interpretativa aos seus destinatários, assim como a persuadir, quando for o caso, os demais membros de um órgão colegiado, por uma constrição objetiva que o obriga a recorrer a argumentos extraídos da verdade do texto, ou, mais genericamente, a *fundamentar a decisão* afirmando que ela decorre de uma norma, consistindo, desse ponto de vista, a melhor fundamentação, na afirmação de que “não se pode agir de outro modo, isto é, numa ‘dissimulação do poder’ de que realmente se dispõe” (JUST, 2014, p. 185) que, portanto, limita o seu livre-arbítrio.

De fato, a interpretação da lei nunca é o ato solitário de um magistrado ocupado em fundamentar na razão jurídica uma decisão mais ou menos estranha, pelo menos na sua gênese, à razão e ao direito. O conteúdo prático da lei que se revela no julgamento é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, muito embora de modo desigual, os meios e recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das “regras possíveis”, e de os utilizar de modo eficaz, como “armas simbólicas” (BOURDIEU, 1989, p. 224), para fazerem triunfar a sua causa; o efeito jurídico da regra, quer dizer, a sua significação real, determina-se na relação de força específica entre os profissionais, podendo-se pensar que essa relação tende a corresponder à relação de força entre os que estão sujeitos à jurisdição respectiva. Não vamos explorar isto aqui. O que queremos sugerir é que uma retórica da objetividade exerce importantes funções de legitimação dentro e fora do corpo de doutores, para insistirmos na

expressão de Bourdieu. Nesse sentido, o emprego de métodos interpretativos ou ao menos a alusão aos métodos que ajudam a compor o “senso comum teórico dos juristas” (WARAT, 1994) contribui para a construção de imagens de objetividade na decisão. A referência a uma racionalidade, seja do legislador, seja do próprio ordenamento, segue pairando no ar como um “objeto evocativo” (WARAT, 1994, p. 24). A exigência de justificação significa que as decisões em questão não são nem evidentes, nem arbitrárias. O discurso jurídico diz com qualquer raciocínio verbalizado conectado com problemas jurídicos que, em nossa cultura jurídica, espera-se sejam tratados de uma maneira racional (WRÓBLEWSKI, 2013, p. 45). O termo “racional” significa, para Wróblewski, que uma proposição, uma norma ou uma valoração é justificável mediante uma argumentação apropriada.

Em geral, uma decisão é racional se se baseia em um determinado conhecimento e em determinadas valorações. Quando perguntamos se uma decisão foi apropriadamente inferida de suas premissas, estamos falando da racionalidade interna; quando perguntamos se as premissas foram aceitas corretamente, estamos falando da racionalidade externa da decisão. Os critérios acerca do que seja uma argumentação apropriada são diferentes, vez que dependem de muitos fatores. A qualificação de um argumento há que se relativizar a um determinado tipo de audiência (ou a uma audiência dada) e a um determinado tipo de situação (ou a uma situação dada) (WRÓBLEWSKI, 2013, p. 46)³³.

Com efeito, o trabalho de racionalização, ao fazer aceder ao estatuto de *vere dictum* uma decisão judicial que deve mais às atitudes éticas dos agentes do que às normas puras do direito, confere-lhe a eficácia simbólica exercida por toda a ação quando, ignorada no que têm de arbitrário, é reconhecida como legítima.

O princípio desta eficácia reside, pelo menos em parte, em que, salvo vigilância especial, a impressão de necessidade lógica sugerida pela forma tende a contaminar o conteúdo. O formalismo racional ou racionalizante do direito racional, que se tende a opor, com Weber, ao formalismo mágico dos rituais e dos procedimentos arcaicos de julgamento (como o juramento individual ou coletivo), participa na eficácia simbólica do direito mais racional. E o ritual destinado a enaltecer a autoridade do acto de interpretação – leitura dos textos, análise e proclamação das conclusões, etc. – ao qual, desde Pascal, a análise se agarra, não faz mais do que acompanhar todo o trabalho colectivo de sublimação destinado a atestar que a decisão exprime não a vontade e a visão do mundo do juiz mas sim a *voluntas legis* ou *legislatoris* (BOURDIEU, 1989, p. 225).

³³ No original: “*En general, una decision es racional si se basa en un determinado conocimiento y en determinadas valoraciones. Cuando preguntamos si una decision ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de la racionalidad interna; cuando preguntamos si las premisas han sido aceptadas correctamente, estamos hablando de la racionalidad externa de la decision. Los criterios acerca de lo que sea una argumentación apropiada son diferentes, ya que dependen de muchos factores. La calificación de un argumento ha de relativizarse a un determinado tipo de audiencia (o a una audiencia dada) ya un determinado tipo de situación (o a una situación dada).*”

É precisamente na forma de um saber “tecnológico” que Ferraz Jr. encontra para o jurista a fórmula de conservar-se, a si e “ao Direito” (CASTRO JR., 2011, p. 1.077)³⁴.

3.3.3 Alusão aos métodos ou elementos clássicos de interpretação

A prática da aplicação do direito pelos órgãos estatais exige uma fundamentação objetiva e socialmente aceita das decisões, que mantenha a retórica da vinculação estrita entre o texto da lei e o resultado de sua aplicação pelo agente público dotado, ainda que este vínculo, no fundo, seja uma ficção (KRELL, 2014, p. 298).

A vinculação legal dos agentes públicos somente pode ser estabelecida racionalmente por meio de uma metódica que garanta, retoricamente, que casos iguais sejam tratados de maneira igual, mantendo-se a isonomia na aplicação do direito.

Os órgãos públicos que aplicam a normas democraticamente postas estariam, assim, vinculados ao “conteúdo” destas, o qual deveriam reproduzir na maior medida possível, sendo preciso, para tanto, recapitular o caminho mental que levou o julgador à decisão concreta, “tornando possível que outros andem na mesma senda” (KRELL, 2014, p. 298).

Os métodos interpretativos aparecem definidos pelo imaginário jurídico, o “senso comum teórico dos juristas”, como técnicas rigorosas que permitem alcançar o conhecimento científico do direito positivo. Luis Alberto Warat, no primeiro volume da sua *Introdução geral ao direito*, enfatiza a sua conexão com a ideologia das distintas escolas que conformam o pensamento jurídico (WARAT, 1994, p. 65).

Em sua análise, Warat se atém à aparição histórica de cada método, a partir da promulgação do Código de Napoleão, que marca também a iniciação da dogmática, caracterizada principalmente pelo culto ao texto legislativo e a identificação do direito com o ordenamento jurídico instituído. Tal concepção, ideológica e politicamente determinada, preside, segundo o professor, a todos os métodos analisados, aceitando, desde logo, distintas diferenciações teóricas e técnicas, aparentemente dirigidas contra a dogmática, mas que, na realidade, somente “tratam de revitalizá-la, sem possibilidade de sua transformação e sem afetar seus dogmas fundamentais” (WARAT, 1994, p. 66).

³⁴ Ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

Não vamos, aqui, refletir acerca de todos os métodos elencados por Warat em seu livro, mas apenas sobre aqueles que ficaram conhecidos historicamente como os métodos clássicos de interpretação, quais sejam, o *método gramatical*, o *método histórico*, o *método teleológico* e o *método sistemático*, bem como a respeito das funções que eles desempenham na justificação das decisões jurídicas.

O método *gramatical* ou *literal* aparece depois de editado o Código Civil francês, causando surpresa em seu mentor (Napoleão Bonaparte), que vê frustrada sua obra prima: a razão escrita que reunia e esgotava todo o direito civil.

É o método mais cauteloso. Usaram-no os glosadores para a interpretação do Evangelho. “Sua aplicação acentuou o culto ao Código Civil, as suas fantasias de perfeição, intangibilidade e racionalidade máxima, que vinha a identificar-se com a justiça: a imperfeição não está no texto legal, mas no intérprete” (WARAT, 1994, p. 66). A ideia central do método gramatical é que as palavras da lei têm um sentido unívoco que o intérprete deve descobrir e sistematizar.

O método gramatical ou literal, em sua versão mais simples e primitiva, seria um procedimento destinado a determinar o sentido juridicamente legitimável para certas passagens obscuras dos textos legais. Para determinar esse sentido o método proclama a utilização de estratégias sintáticas de substituição. Por exemplo: segundo Savigny, na relação com o “dado” no texto, relação que é sempre indireta, intermediada, podem ocorrer falseamentos, leituras (e, no fundo, reescritas) que corrompem o texto “fundamental”, cabendo ao intérprete, por meio de uma “crítica superior”, restituir sentido a um texto corrompido nessa relação encontrando as partes “extraviadas” do texto “original”, assim o recompondo e encontrando o jeito “certo” de ler.

Tudo aquilo que é dado, só é dado indiretamente, e, neste meio, neste ser dado, pode acontecer uma falsificação. Se o dado indiretamente diferir do texto fundamental, este deve ser restabelecido. A crítica superior deve contar com os mesmos elementos de toda interpretação, ou seja, com elementos lógicos, gramaticais e históricos. Também neste caso, o intérprete deve fazer surgir de modo artificial o conteúdo da lei, mas há de se supor que as partes extraviadas do texto original devem ser encontradas. Todas as partes estão em relação com o todo orgânico, querendo ser um todo, nada pode faltar. Se algumas partes forem autênticas e certas, elas servirão de base para concluir como seriam as incorretas (SAVIGNY, 2004, p. 11).

Além disso, o método gramatical ou literal é um método de interpretação por sinonímia: analisa as palavras ou frases dos textos legais, tentando sua substituição por termos equivalentes, com reconhecida univocidade, extraídos de textos aceitos como inquestionáveis, como é o caso dos glosadores, que recorriam habitualmente ao Evangelho.

Modernamente, entende-se que o uso do método gramatical supõe a remissão a usos acadêmicos da linguagem, contidos em repertórios oficiais da língua, o que caracteriza o recurso a certos padrões culturais (WARAT, 1994, p. 67).

Essa interpretação é considerada um ponto de partida. “Toda a interpretação de um texto há-de iniciar-se pelo sentido literal” (LARENZ, 1983, p. 385). Por tal se entende o significado de um termo ou de uma cadeia de palavras no uso linguístico geral ou, no caso de que seja possível constatar um tal uso, no uso linguístico especial do falante concreto, aqui no da lei respectiva. O amparo ao uso linguístico é o mais evidente, porque se pode aceitar que aquele que quer dizer algo usa as palavras no sentido em que comumente são entendidas. O legislador serve-se da linguagem corrente porque e na medida em que se dirige ao cidadão e deseja ser entendido por ele (LARENZ, 1983, p. 385). Para além disso, serve-se em grande escala de uma linguagem técnico-jurídica especial, na qual ele se pode expressar com mais precisão, e cujo uso o dispensa de muitos esclarecimentos circunstanciais. No entanto, também essa linguagem técnica se apoia na linguagem geral, uma vez que “o direito, que a todos se dirige e a todos diz respeito, não pode renunciar a um mínimo de compreensibilidade geral” (LARENZ, 1983, p. 385). Por esse motivo, a linguagem das leis não pode afastar-se tanto do uso linguístico geral como ocorre com a linguagem de algumas ciências.

A linguagem jurídica é um caso especial da linguagem geral, não é uma linguagem simbolizada, completamente desligada dela. Isto tem como consequência (...) que não é capaz de alcançar a exactidão de uma linguagem simbolizada, de maneira que os seus termos continuam a necessitar de interpretação (LARENZ, 1983, p. 386).

As palavras na linguagem natural não têm um só significado. “Unívoca é a linguagem da lógica, porque, como diz Wittgenstein (...), ela nada diz” (CASTRO JR., 2009b, p. 153)³⁵.

A interpretação literal pressupõe certas teses ontológicas sobre a determinação do significado, que aceitam as concepções realistas sobre o sentido dos termos (WARAT, 1994, p. 67). Esta linha, segundo L. A. Warat, deriva de Platão, que sustentava que o significado das palavras devia refletir aquelas características que constituíam a essência das coisas. Segundo esta tese, haveria significados verdadeiros na medida em que com palavras se pudesse expressar corretamente as qualidades essenciais das coisas que se pretendem definir. Daí que o problema central da interpretação jurídica pelo método gramatical consistiria na busca do significado jurídico verdadeiro, muitas vezes oculto pela natureza intrinsecamente imprecisa

³⁵ “Sabe-se, em lógica, que uma proposição *p* é unívoca, mesmo sem se saber que coisa ela se refere. Ela é unívoca mesmo que nada signifique; ou até por isso” (CASTRO JR., 2009b, p. 153).

da linguagem e pelas deficiências gramaticais com as quais as normas são formuladas (WARAT, 1994, p. 67).

Alguns juristas recomendam para a constituição de sua interpretação a substituição do sentido comum das expressões utilizadas nos textos legais pelo sentido técnico produzido por meio das chamadas ciências jurídicas. Uma técnica de substituição circular, já que a linguagem técnica somente pode ser entendida como uma “sub-linguagem natural”, como quer Warat, como a linguagem comum de um grupo profissional específico. Os termos técnicos aparecem melhor como definições estipulativas, como abreviaturas destinadas a introduzir signos no repertório léxico da linguagem corrente. No fundo, com a apelação à linguagem técnica se está sugerindo a necessidade de referenciar como legítimo somente aqueles usos da linguagem provenientes de práticas institucionais específicas. Desse modo se assegura o controle institucional dos discursos jurídicos e se mantém o acatamento reverencial à lei escrita: o poder do intérprete (WARAT, 1994, p. 67).

A propósito, “fidelidade à lei, como objeto de trato da retórica jurídica, não pressupõe senão crenças; crenças jurídicas” (CASTRO JR., 2009b, p. 152). Não se trata de objeto mensurável. Uma contradição pretendida entre decisão e lei, por exemplo, não pode ser tomada como fato, mas como opinião, que se origina de crenças.

Em termos realistas, o direito que o juiz “encontra” na decisão, pode ter autodeterminado os próprios limites semânticos, ou os ter ampliado, ou modificado em relação a expectativas de significação constatáveis na comunidade de comunicação, sem que contrarie abertamente a lei (CASTRO JR., 2009b, p. 152).

Por isso, se bem que pressupostas, tampouco crenças são objeto imediato de uma abordagem retórica. São-no apenas as manifestações de expressão linguística, os argumentos, cuja sinceridade, em tal planificação, não merece tratamento de problema (CASTRO JR., 2009b, p. 152).

O método gramatical, como até aqui foi exposto, fora da atividade dos glosadores, que faziam habituais referências à sinonímia e à etimologia das palavras por meio de textos paralelos como a Bíblia foi apenas completado com critérios lógicos e sintáticos (WARAT, 1994, p. 67). A conexão do sentido literal de um termo jurídico à lógica e à razão é consequência da ideia sobre o caráter perfeito e acabado do Código de Napoleão tida pelos juristas.

O método gramatical é empregado implicitamente em toda interpretação da lei, constituindo o mito de sua suficiência. Oculta, todavia, “o viés ideológico, por isso resulta

manifesta a sua ineficácia e sua impotência para a resolução dos problemas jurídicos, que não se apresentam unicamente no plano abstrato e conceitual” (WARAT, 1994, p. 68).

Se, como frequentemente acontece, o sentido literal resultante do uso linguístico geral ou de um uso linguístico especial por parte da lei deixa sempre em aberto diferentes possibilidades de interpretação, natural que se pergunte sobre qual a interpretação que melhor corresponde à intenção reguladora do legislador ou à sua ideia normativa. Com isto, chegamos ao *elemento histórico* da interpretação, o qual há de se ter em conta ao averiguar do sentido da lei normativamente determinante. Sobretudo a intenção reguladora do legislador e as decisões valorativas por ele encontradas para alcançar manifestamente esse objetivo continuam a ser arrimo obrigatório para o juiz, mesmo quando acomoda a lei – por via da interpretação teleológica, por exemplo – a novas circunstâncias, não previstas pelo legislador, ou quando a complementa.

Além disso, quando surgem dúvidas sobre o significado de um texto legal, faz sentido indagar sobre o contexto histórico de sua elaboração. “Uma interpretação que pretenda ser ‘fiel ao legislador’ deve incluir a consulta dos materiais legislativos que podem esclarecer o significado intencionado de certos termos, os fins específicos da norma, as alternativas de solução rejeitadas, etc.” (KRELL, 2014, p. 305). Uma interpretação histórica mais genérica, por sua vez, não se concentra na vontade manifestada pelos órgãos legislativos, vontade esta, diga-se de passagem, de difícil averiguação, vez que, nos Estados modernos, o legislador não é uma pessoa individual, mas, em regra, uma assembleia, um parlamento, e em alguns Estados, um corpo legislativo composto por duas câmaras; de vez em quando é-o mesmo a totalidade dos cidadãos eleitores. Seria, à toda evidência, “inútil investigar as ideias que do significado desta ou daquela disposição legal fizeram todas as pessoas que tomaram parte no processo legislativo ou, pelo menos, aquelas que deram o seu assentimento ao projecto de lei” (LARENZ, 1983, p. 395). Tais ideias não podem ser verificadas, e, se o pudessem, quais deveriam ser as determinantes quando são divergentes? Por esse motivo, alguns contentam-se com a suposição de que os membros de um corpo legislativo, em regra, aceitaram o sentido que os verdadeiros autores da lei deram conjuntamente ao texto legal por eles elaborado e que manifestam na exposição de motivos. Como “vontade do legislador” teriam, nestes termos, valido “as ideias normativas da comissão consultiva ou dos relatores ministeriais que tomaram parte na elaboração da lei e, em todo o caso, as dos membros da comissão parlamentar” (LARENZ, 1983, p. 396). Uma interpretação histórica mais genérica, dizíamos,

não se concentra na vontade manifestada pelos órgãos legislativos, mas tenta recapitular a situação social, política e econômica no momento da aprovação da lei.

O método histórico surgiu na Alemanha pré-unificada, sem uma codificação comum, regida pelos costumes germânicos e historicamente influenciados pelo direito romano. Somente a história une o povo alemão, e a esta recorre Savigny para fundar seu método de interpretação da lei. Em termos psicanalíticos, “o contrato narcísico como fonte do direito: o conjunto de vozes que permitem ao sujeito o acesso a uma historicidade compartilhada” (WARAT, 1994, p. 71).

O método histórico não se cinge a um direito codificado, mas admite o concurso de costumes como fonte originária do direito, ao qual deve necessariamente remeter-se o intérprete no processo decisório.

Os costumes, a tradição comum, a história, o espírito, é o que une o povo alemão, e não um código comum, um texto de lei, ao qual há que render um culto reverencial, quase sagrado, como ocorreu na França com o *code civil des français*. O direito não está na lei escrita, mas se origina no povo, em sua história, em seus costumes, e é a projeção e encarnação de seu espírito (WARAT, 1994, p. 71).

Se o método exegético³⁶ recorre à vontade do legislador para estabelecer a significação unívoca de um texto legal, o método histórico apela para a “consciência jurídica social”, que origina o texto e o sustenta (WARAT, 1994, p. 72). O direito é anterior ao Estado, que já pressupõe a existência jurídica. Mas tal concepção, segundo a escola histórica, não se aplica ao Estado moderno, no qual o direito positivo se exterioriza na lei escrita, que requer um tratamento científico e lógico para eliminar as incertezas e legitimar a significação no processo decisório. Desse modo, evidencia-se como o método histórico se aproxima daquele exegético, quase para confundir-se com ele. Ainda mais, o método histórico, rapidamente, começa a valorar os aspectos lógicos, dogmático e o sistemático na aplicação e interpretação da lei escrita (WARAT, 1994, p. 72).

Para o método histórico, a interpretação da lei consiste na reconstrução do pensamento contido na lei, e a tal efeito deve recorrer-se à análise gramatical, lógica, histórica e sistemática. Para Savigny, a história e a sistematização são as bases sobre as quais baseia-se a ciência do direito, e desde logo, a interpretação da lei.

³⁶ O método exegético representa uma evolução do método gramatical. “Mantém a premissa de significação unívoca do texto legal, que o intérprete deve revelar, mas podendo desentranhar a intenção do legislador e indagar sua vontade, expressa na lei escrita (WARAT, 1994, p. 68)”.

Da jurisprudência, muitos aspectos não podem ser compreendidos sem um certo conhecimento histórico prévio. E aqui não se trata da utilização da história para saber algo a respeito da jurisprudência, mas de pesquisar a medida em que esta deve ter um caráter histórico (...). Esta elaboração é absolutamente indispensável (...), pois toda a legislação é, mais ou menos, o resultado da sua história anterior (...). Como deve ser realizada tal elaboração histórica? Depende, em primeiro lugar, de uma vinculação histórica, em segundo, de uma separação histórica (...). Como se deve vincular historicamente? A maneira mais simples é pesquisando como uma questão especial foi respondida de distintos modos em diversas épocas da legislação. Não podemos, porém, deter-nos neste lugar. (...) O sistema deve ser tomado na sua totalidade e ser considerado progressivo, isto é, como história do sistema da jurisprudência na sua totalidade, tudo depende disso. (...) A jurisprudência também deve ser tratada com uma separação completa de suas fontes (SAVIGNY, 2004, p. 28-29 e 31).

O método histórico mantém a neutralidade do juiz, que fica submetido à lei, sustentando-se, portanto, a significação unívoca da norma legal. Nisso também coincide com o método exegético.

O método histórico nega-se a abandonar os moldes da dogmática jurídica não aceitando uma vinculação com categorias conceituais extra-sistemáticas, nem reconhece valoração axiológica ou ideológica estranha ao ordenamento jurídico vigente. “A única exceção que concede é à história, mas não a seu ingrediente social e libertador” (WARAT, 1994, 72).

O método histórico, frente à necessidade de legitimar a significação da lei, encontra suas soluções dentro da legalidade do direito positivo, que sai desse espírito geral que anima a todos os membros de uma nação; a unidade do direito se revela necessariamente a sua consciência (do povo) e não é produto da causalidade. Tal concepção da origem do direito faz desnecessária a busca por qualquer outro fundamento para ele. As normas contrárias ao “espírito do povo” devem ser consideradas injustas (WARAT, 1994, p. 72).

Desde logo se percebe que a base histórica da escola é ideológica. Os fenômenos jurídicos são produtos de um determinismo causal, pensado ilusoriamente como o melhor caminho para a compreensão do presente e do passado. Por outra parte, os aspectos sociais não são explicados por seus determinantes, mas relacionados metafisicamente com o espírito do povo. A grande preocupação da escola não é a de compreender os conflitos sociais em um determinado momento, mas ligá-los repressivamente com o passado. Assim, o Direito é algo natural que deve ser captado por atos de intuição (ideológica) (WARAT, 1994, p. 73).

Logo, compreende-se que o senso comum teórico da escola histórica funciona como “um conjunto de ideologias práticas, normas que disciplinam ideologicamente o trabalho interpretativo” (WARAT, 1994, p. 73). Então, o método histórico difundido pela escola ora em exame não permitiu a compreensão do sentido histórico dos dados porque sob o impulso de certas ideias substancializadas (povo, nação, etc.), fomentou uma compreensão ideológica

deles. “A história imobilizada como lugar ilusório da certeza. Sintetizando, esteve a escola histórica mais preocupada por um conhecimento ilusório da história, que por sua explicação” (WARAT, 1994, p. 73).

Em geral, a interpretação histórico-genética, que hoje serve mais como método complementar (KRELL, 2014, p. 306), passou a desconsiderar a vontade subjetiva dos fatores da lei, concentrando-se apenas na “vontade objetivada” do legislador, que se manifesta por meio do teor linguístico do próprio dispositivo legal ou de seu “contexto de sentido” (KRELL, 2014, p. 306). A guerra entre lei e costume parece ter chegado a uma vitória da lei, muito embora possa o conflito manter-se ainda disfarçado sob uma retórica que ao mesmo tempo a esconde e conserva, em meio às nada simples relações entre “direito dos juízes” e “vinculatividade da lei” (CASTRO JR., 2009b, p. 153).

Muitas vezes, o fim da norma assume uma função decisiva na definição do significado de um dispositivo legal no caso concreto, uma vez que o direito serve para produzir soluções adequadas para certos problemas. Ao contrário dos outros elementos metódicos, o *teleológico* não guarda relação direta com o texto legal, mas indaga sobre algo externo, isto é, a orientação instrumental da norma, o que atribui ao intérprete uma considerável liberdade na afirmação deste fim concreto e das suas consequências para o caso.

No centro de atenção aqui não estão questões semânticas, a coerência do sistema ou as intenções do legislador, mas a responsabilidade do intérprete pelo alcance de um resultado correto e/ou justo para o caso concreto a ser decidido. Por isso, o elemento teleológico certamente é o mais elástico dos cânones, o que o torna o preferido na prática da interpretação (KRELL, 2014, p. 306).

O método teleológico afirma 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. Não se deve, pois, marginalizar a consideração do elemento teleológico no ato de interpretação” (WARAT, 1994, p. 82).

Aqui, devem também ser tidas em consideração as razões que conduziram à formação da lei. De acordo com Schroth, Savigny distingue duas espécies de razões que podem ter levado a um concreto projeto de lei: razões relacionadas com o passado e razões relacionadas com o futuro. “Está-se perante uma razão relacionada com o passado, quando o legislador justificou uma lei com uma regra superior, já vigente antes da emissão da nova lei. Por razões futuras entende Savigny as razões de uma lei que visam um efeito social” (SCHROTH, 2015, p. 394). O autor segue afirmando que, se, nas leis normais, não podem ser usados elementos

intelectuais autônomos em relação às razões do processo legislativo, o mesmo não sucede com as leis deficientes. As razões do processo legislativo, que conduziram à emissão de uma lei concreta, podem e têm de ser chamadas à colação, na medida em que sejam claramente apreensíveis e exista uma relação de afinidade com o conteúdo da lei (SCHROTH, 2015, p. 394).

Os métodos teleológicos explicitam seu caráter político, ao afirmar que o valor de uma decisão judicial, de uma interpretação sobre o texto legal, deve ser avaliada em relação com as consequências sociais que procura ou pelos fins que a orientam, quer dizer, pelas consequências sociais antecipadamente previstas.

Distinguem com nitidez os métodos de interpretação operativas das atividades de interpretação que a ciência do direito pode elaborar. A ideia do fim como critério de validade da verdade ou correção de uma interpretação alcança somente à interpretação operativa que deve ser norteada pelos objetivos sociais e políticos considerados valiosos. Os métodos de interpretação seriam mecanismos técnicos para alcançar esses objetivos sociais e políticos. Assim, “os métodos teleológicos são essencialmente a aplicação de uma teoria e também configuram a teoria de uma aplicação” (WARAT, 1994, p. 82).

L. A. Warat chama a atenção, contudo, para o fato de que, desde o ponto de vista argumentativo, a noção de interesse social pode ser considerada como estereótipo ou variável axiológica, “uma desculpa para, mediante a invocação do interesse social, obter uma alteração significativa dos termos legais, desqualificar como contrária a dito interesse, uma solução – até agora – aceita ou predominante em relação ao texto legal” (WARAT, 1994, p. 83).

A dificuldade repousa em encontrar um padrão ou critério qualificador, que determine o interesse social que merece ser protegido ou privilegiado. Em geral, cada setor social identifica seu interesse com o interesse social, o que dialoga com a reflexão de F. Kervégan, no sentido de que a institucionalização da vida social é ao mesmo tempo o que (com as ações judiciária e administrativa da instância política) permite a qualificação ética do estrato inicialmente não ético da vida ética, e o que contribui, no seio da própria instituição política, para um equilíbrio entre autoridade e liberdade, por meio da representação do corpo social organicamente articulado, isto é, institucionalizado (KERVÉGAN, 2006, p. 261). O problema se resolve, na prática, agora no rastro de Warat, pela imposição do poder político com que conta cada setor, que o permite erigir em interesse social seu próprio e particular interesse, muitas vezes disputado com aquele (WARAT, 1994, p. 84).

Ainda, qual, de entre as múltiplas variantes de significado que podem corresponder a um termo segundo o uso da linguagem, deva em cada caso ser considerada, resulta, em regra, embora não sempre, com a maior exatidão possível, do contexto em que aquele é usado. “O contexto significativo da lei determina, em primeiro lugar, da mesma maneira, a compreensão de cada uma das frases e palavras, tal como também, aliás, a compreensão de uma passagem do texto é codeterminada pelo contexto” (LARENZ, 1983, p. 390). Uma lei é constituída, as mais das vezes, por proposições jurídicas incompletas – a saber: aclaratórias, restritivas e remissivas –, que só conjuntamente com outras normas se complementam numa norma jurídica completa ou se associam numa regulação. “O sentido de cada proposição jurídica só se infere, as mais das vezes, quando se considera como parte da regulação a que pertence” (LARENZ, 1983, p. 391).

Para além desta função geral do contexto, proporcionadora da compreensão, o contexto significativo da lei desempenha, ainda, um amplo papel em ordem à sua interpretação, ao poder admitir-se uma “concordância objetiva entre as disposições legais singulares” (LARENZ, 1983, p. 391). Entre várias interpretações possíveis segundo o sentido literal, deve por isso ter prevalência aquela que possibilita a garantia de concordância material com outra disposição.

O conteúdo do sistema é a legislação, isto é, os princípios do Direito. Necessitamos de um meio lógico da forma, ou seja, da condição lógica do conhecimento de todo o conteúdo da legislação para conhecer estes princípios, em parte de forma particular, em parte na sua conexão. Tudo o que é formal tem por objetivo desenvolver a determinação dos princípios particulares do direito – geralmente isto é denominado de definições e distinções –, ordenar a vinculação de vários princípios particulares e sua conexão. Isto é habitualmente denominado de verdadeiro sistema (SAVIGNY, 2004, p. 36-37).

Em uma ordem jurídica desenvolvida e complexa, a unidade sistemática é um dos ideais mais elevados a serem perseguidos, acompanhado pelos postulados da consistência (ausência de contradições) e da coerência (estrutura interna de referência) (KRELL, 2014, p. 305). Este fato é a base da *interpretação sistemática*. Qualquer norma legal está posta no seio de um conjunto regulatório, formado por regras e princípios inseridos na mesma lei, em leis hierarquicamente iguais, superiores ou inferiores, cuja leitura pode ganhar importância decisiva na interpretação de um dispositivo. Em um sistema, deve ser dado o conteúdo do todo e não o do particular (SAVIGNY, 2004, p. 35). No elemento sistemático, há que fazer valer o nexos/contexto interno dos institutos jurídicos e das regras jurídicas. Deste quadro normal da interpretação distingue-se a interpretação de leis deficientes, analisada por Savigny (SCHROTH, 2015, p. 394).

Ao mesmo tempo, deve ficar claro que a alegação de que certa interpretação de um termo jurídico se acha “conforme o sistema” não passe de uma proposta, que “pode convencer mais ou menos, necessitando sempre de argumentação em seu favor. Não existe um sistema jurídico fechado e numerosos produtos legislativos não se deixam compreender de forma sistemática” (KRELL, 2014, p. 305).

Para K, Larenz, ainda, a questão relativa à conexão de significado da lei não pode nem desligar-se completamente da questão relativa ao sentido literal possível, nem ser respondida com a questão relativa a outros critérios de interpretação. A conexão do significado da lei, e também a sistemática conceitual que lhe é subjacente, só é compreensível quando se tomam também em consideração os fins da regulação (LARENZ, 1983, p. 394).

O critério do contexto significativo exige, em primeiro lugar, prestar atenção ao contexto, tal como se requer para a compreensão de todo o discurso ou escrito coerentes. Exprime, para além disso, a concordância material das disposições adentro de uma regulação e, ademais, o tomar em conta da ordenação externa da lei e da sistemática conceitual a ela subjacente, às quais, todavia, só cabe um valor limitado para a interpretação. A conexão de significado da lei, por seu turno, só se pode plenamente compreender, em muitos casos, quando se retorna à teleologia da lei e ao “sistema interno” que lhe subjaz, das opções valorativas e princípios reitores (LARENZ, 1983, p. 394). A questão relativa à conexão de significado conduz aos critérios teleológicos.

3.3.4 Algumas críticas comuns ao emprego dos elementos clássicos de interpretação na decisão jurídica

A maior objeção aos aspectos metódicos debatidos no item anterior sempre tem sido o fato de que eles não são capazes de abrir um caminho seguro para o fim perseguido, estando sempre sujeitos a uma escolha por parte do intérprete.

Os cânones não são determinantes para a decisão do aplicador da lei a respeito da escolha do elemento preferível para o caso concreto. Este depende de sua pré-compreensão³⁷ sobre a solução correta, uma expectativa de correção/retidão que também é guiada pela consideração das consequências da decisão e por sua aceitabilidade social. Critica-se que estes fatores subjacentes, que de forma efetiva determinam a aplicação da norma, normalmente ficam escondidos (KRELL, 2014, p. 303).

³⁷ No contexto, uma pré-compreensão de cunho profissional, oriunda de critérios de experiência, etc., não se referindo o texto de A. Krell à noção de pré-compreensão da filosofia hermenêutica.

Contudo, contra a opinião de alguns metodólogos (Josef Esser, Martin Kriele, por exemplo), Arthur Kaufmann assevera que os cânones tradicionais não deixam de ter valor porque, até hoje, não foram descobertas regras de prioridade precisas e porque, como é de conhecimento, existem muitos outros tipos de argumentos para além daqueles quatro cânones. “O aplicador do direito [assim] fará, ainda hoje, bem em ater-se, antes do mais, aos argumentos clássicos” (KAUFMANN, 2015, p. 162).

Ele segue afirmando que, quanto ao problema central da escolha do método, Savigny sustentava não ser necessária uma hierarquização dos quatro cânones, uma vez que estes não seriam quatro modos da interpretação a serem escolhidos arbitrariamente, mas atividades diferentes, que têm de agir em conjunto se se quiser que a interpretação resulte (KAUFMANN, 2015, p. 167).

Todavia, damos razão a Engisch quando afirma que, quando Savigny diz que os elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático não constituem quatro espécies de interpretação de entre as quais podemos escolher conforme nosso gosto e arbítrio, mas diversas atividades que devem intervir conjuntamente para que se possa chegar a uma interpretação bem lograda, o que ele faz é “passar por cima do problema com uma formulação hábil” (ENGISCH, 2008, p. 145); na realidade, aqueles métodos podem conduzir a resultados contraditórios, podendo, de fato, observar-se na prática dos tribunais o procedimento de acordo com o qual se escolhe o método de interpretação que, consoante os casos, conduza a resultados satisfatórios (ENGISCH, 2008, p. 145).

Não podemos esquecer que os elementos de interpretação têm também uma função no que respeita à *apresentação* do resultado das decisões (performática). “Um critério de interpretação será sempre (pelo menos) defensável, na medida em que possa ser fundamentado por um cânón interpretativo” (SCHROTH, 2015, p. 401). E isso é imprescindível para se compreender a função de uma retórica da objetividade.

De fato, quando um argumento jurídico produz um efeito de adequação em torno à crença de que o mundo do direito é o mundo da segurança (porque é também o mundo da legalidade e da neutralidade) está indiretamente socializando, provocando simultaneamente um efeito de “homogeneização valorativa, apresentando os valores setoriais como se fossem universais” (WARAT, 1994, p. 101) (questões de aparelhamento ideológico e outras).

Certas teses da dogmática jurídica surgem, assim, apoiadas em crenças, estão sustentadas por razões que mostram uma clara insuficiência teórica. Crenças que “se

apresentam com uma aparência de enunciados teóricos e são enunciados retóricos que adquirem sua força persuasiva através desta aparência” (WARAT, 1994, p. 101).

Talvez também por isso as objeções não tenham resultado, segundo o estudo de Krell, em uma mudança no exercício prático da interpretação³⁸: “os profissionais do Direito continuam empregando os cânones, e a comunidade jurídica os aceita como expressão de um procedimento metodológico correto, simplesmente porque não há alternativas viáveis” (KRELL, 2014, p. 303). As prescrições legais jamais serão suficientes para a solução de boa parte dos casos. Mesmo assim, o operador jurídico deve orientar a sua decisão ao direito vigente, sendo-lhe vedado tomar decisões na base de seu sentimento subjetivo de justiça. “As regras metódicas têm a importante função de transmitir ao público a vinculação do intérprete ao texto normativo, o qual pode ser lacunoso, incompleto, vago, etc., permitindo o controle do cumprimento desta exigência constitucional” (KRELL, 2014, p. 303).

Além disso, essa canonização dos métodos tem desempenhado historicamente, o papel de proteger a esfera de responsabilidade decisória do juiz contra as instâncias interpretativas políticas (JUST, 2014, p. 112).

3.3.5 Alusão ao pós-positivismo

O termo pós-positivismo apareceu inicialmente no âmbito das ditas ciências “duras” (*hard sciences*). Refere-se ao movimento surgido no século XX que procurava demonstrar as limitações do positivismo científico, sobretudo em sua visão mecanicista e na crença de que as ciências exatas seriam o modelo teórico básico para as demais. Eis o traço fundamental do positivismo: fatos. E fatos são descritos. Daí a neutralidade propugnada. Em seus escritos, Kelsen estabelece um paralelo claro ao afirmar que, muito embora a ciência jurídica tenha por objeto normas jurídicas e, portanto, os valores por meio delas constituídos, as suas proposições são, tal como as leis naturais da ciência da natureza, “uma descrição do seu objecto alheia aos valores (*wertfreie*). Quer dizer: esta descrição realiza-se sem qualquer referência a um valor meta-jurídico e sem qualquer aprovação ou desaprovação emocional”

³⁸ Ainda, de acordo com Andreas Krell, o emprego real dos métodos jurídicos tradicionais não se dá como consulta a uma lista fixa, feito um roteiro para testar diferentes resultados, mas “na forma o enveredar (até inconsciente) de diferentes caminhos ou ‘sequências de raciocínio’, às quais o intelecto humano recorre para solucionar certo problema e produzir uma decisão” (KRELL, 2014, p. 300).

(KELSEN, 1989, p. 125). Alguns filósofos da ciência, dentre eles Thomas Kuhn, destacaram-se na busca da superação deste positivismo.

Neste contexto, o pós-positivismo não se apresenta como uma corrente necessariamente contrária ao positivismo. Seu objetivo era evidenciar o que ficava escondido sob o véu da neutralidade, tal como a sujeição do conhecimento científico às contingências históricas e, como consequência, os problemas relativos aos métodos de investigação/experimentação (ver KUHN, 1998).

No direito, um dos primeiros a usar o termo foi Friedrich Müller, em sua obra *Metódica jurídica*. O jurista alemão identifica que o positivismo jurídico, ao insistir na “positividade”, perdeu o caráter normativo. Isto, principalmente, no processo de formalização em termos da lógica formal, pois neste a norma se tornou um juízo hipotético (LIMA; BERCOVICI, 2005, p. 10). Assim, denomina sua teoria estruturante do direito como uma concepção sistematicamente pós-positivista, já que ao demonstrar a diferença entre texto e norma estaria tirando o ordenamento jurídico de uma ficção recolocando-o na concretude dos fatos (MÜLLER, 2008, p. 269-300).

O pós-positivismo no direito pode ser compreendido como um movimento de (tentativa de) ruptura/superação do positivismo jurídico, evidenciando as limitações deste paradigma ante a complexidade do mundo atual³⁹. Também pode ser observado como uma tentativa de um novo modelo teórico, em que o problema da razão prática passa a receber uma espécie de “dignidade epistemológica”. Isto é, “o Direito antes elevado a sua autônoma objetividade, seria compreendido em sua práxis, num movimento de reaproximação com a moral” (STRECK, 2017, p. 211).

Em termos históricos, as várias correntes do pós-positivismo jurídico começaram a se desenvolver a partir da segunda metade do século XX e persistem até os dias atuais, como se ser com outras tantas correntes teóricas bem mais antigas. Sua origem se deu como uma resposta aos lindes teóricos do modelo positivista para compreender o papel do direito ante a barbárie das duas guerras mundiais. Em outras palavras, o problema da pergunta sobre o que dizer a essa realidade a partir de um ideal descritivista e que afastava quaisquer elementos justificatórios? Para alguns, isso demonstrou as insuficiências que precisavam e poderiam ser

³⁹ Preferimos um “revolucionamento”, na trilha de Thomas Kuhn, a partir do qual – e isso sintetiza o que, para o autor, constitui uma revolução científica – um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior. Inicia-se a revolução científica quando há um sentimento crescente, seguidamente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração anterior fora anteriormente dirigida pelo paradigma (KUHN, 1998, p. 126).

aprimoradas, como pensam os positivistas inclusivistas e normativistas, e para outros seria o sinal da falência de um paradigma, onde estariam os pós-positivistas.

Sob o rótulo “pós-positivismo” encontram-se vários juristas e correntes que possuem orientações jusfilosóficas distintas. Assim como existem vários positivismos, também há vários pós-positivismos ou, se se preferir, teses que procuram superar o(s) positivismo(s). Nada obstante o contexto contemporâneo ainda difuso, em síntese, poderíamos citar como vertentes pós-positivistas a matriz discursivo-procedimental, que se manifesta na teoria de Habermas, a matriz estruturante, desenvolvida por Friedrich Müller e a matriz interpretativa, que está presente nas obras de Ronald Dworkin, Arthur Kaufmann e, em alguma medida, em Josef Esser. Esser, por exemplo, já explorava com profundidade a disparidade entre a práxis decisória dos juízes e a representação teórica dessa prática, que a considerava constituída por operações instrumentais e dedutivas no âmbito de um sistema fechado de regras postas pelo legislador. O exame do recurso dos juízes aos princípios jurídicos, um exame que, segundo Gustavo Just, a uma abordagem teórica abstrata preferia explorar a prática jurisprudencial alemã, especialmente no direito privado, com uma aproximação dos métodos de análise do *common law*, tentava, no plano “metodológico”, “compreender os complexos mecanismos de criação judicial do direito em detrimento da positividade como noção estática e fechada herdada do normativismo” (JUST, 2014, p. 86), passando mesmo a, em *Pré-compreensão e escolha do método*, promover o aprofundamento, a reorganização e a renovação dos fundamentos teóricos desses temas sob a influência da hermenêutica.

Pretendendo-se também pós-positivista, tem-se a matriz neoconstitucionalista. É uma ideia bastante difundida a de que o assim chamado “neoconstitucionalismo” seja nada menos que uma (nova) articulada filosofia do direito, com um componente metodológico, teórico e ideológico. Para G. Just, trata-se de um modelo de constitucionalismo que generaliza uma teoria constitucional profundamente marcada pela contribuição significativa da jurisprudência hermenêutica de matriz alemã com algumas características:

graças à trajetória “metodologizante” de sua pragmática, a JH [jurisprudência hermenêutica] se torna de certo modo inseparável do constitucionalismo ambicioso. E é nessa perspectiva que se pode falar de uma presença discreta, porém sólida, das suas teses no modo como os juristas (embora principalmente os não teóricos) encaram a interpretação constitucional, inclusive fora do espaço germanófono. Isso se deve à propagação de diversos aspectos desse constitucionalismo: a acentuação do Estado de direito como princípio de organização; a representação jurista da Constituição, à qual corresponde determinada teoria constitucional; o apego à primazia do direito como argumento de legitimação (inclusive como resultado da redefinição constitucional da democracia). É, aliás, pensando na generalização desse conjunto de formas constitucionais e de representações que se fala hoje em dia, sem nenhuma restrição à experiência alemã, em “neoconstitucionalismo”, uma fórmula

que alguns empregam como sinônimo de constitucionalismo contemporâneo (...). A difusão desse modelo de constitucionalismo, no curso do qual a referência ao paradigma alemão desempenha um papel permanente, generaliza uma teoria constitucional marcada pela contribuição significativa da JH, especialmente quando se trata – e neste contexto isto se torna uma parte central do direito constitucional – de assimilar e controlar teórica e metodologicamente o exercício da jurisdição constitucional (JUST, 2014, p. 138-139).

Just esclarece mais o seguinte:

é verdade que nesse campo vêm ocupando um espaço cada vez maior as construções teóricas em torno, por exemplo, da “ponderação” entre valores ou princípios constitucionais em colisão, uma problemática efetivamente essencial ao enquadramento teórico da aplicação dos textos constitucionais contemporâneos marcado pelo antagonismo das concepções de mundo que neles de algum modo se refletem, e que se insere no que às vezes se autodenomina uma concepção “principiológica” da Constituição. Mas embora essa concepção seja central no neoconstitucionalismo e costume se filiar à teoria da argumentação racional, é preciso não esquecer que a inteligência principiológica da ordem constitucional que Alexy submete, inspirando-se inicialmente em Dworkin e recorrendo a elementos analíticos, a uma espécie de ajuste operacional, é, na realidade, (...) profundamente marcada tributária da JH e particularmente do pensamento de Esser (JUST, 2014, p. 139).

No Brasil, as correntes neo-constitucionalistas, embora sem guardarem organicidade e fidelidade a alguma matriz teórica em particular, também se autoproclamam “pós-positivistas”, esgrimindo a morte do juiz boca da lei e a assunção do “juiz dos princípios”, circunstância que, em verdade, apenas desvela uma continuidade de um positivismo jurisprudencialista com forte ascendência do realismo jurídico, tanto o norte-americano como o genovês, este, aliás, autodenominado positivista (STRECK, 2017, p. 219). Na prática judiciária, as posturas neoconstitucionalistas no Brasil, longe de exercerem sua postura antipositivista, reforçam os traços de discricionariedade do qual o próprio positivismo nunca abriu mão. Em todas estas correntes ou postura, há um traço em comum: a crença e aposta no poder discricionário dos juízes, circunstância que lhe joga de volta à característica principal do positivismo (STRECK, 2017, p. 219).

Apesar do duplo grau de alienação (RODRIGUEZ, 2013, p. 36-37) a que, a nosso ver, está submetida (também) a realidade institucional do Brasil, a partir do qual importamos, a exemplo, em nossa jurisdição, as ideias (teorias) estrangeiras sem sua crítica, afirmando positivamente seu valor de face, a contrapelo do debate em solo original, é possível identificar, desde as construções teóricas da teoria da ponderação “em seu lugar”, espaços para a crítica, especialmente no que concerne à performance de colisão (*kollisionsverhalten*) onde se manifesta a estrutura distinta das regras e princípios na teoria dos princípios de Alexy e, ao mesmo tempo, evidencia-se a sua pretensão de eficácia (tão-só) *prima facie* (POSCHER, 2016, p. 64), sendo os casos de colisão concretizados em uma regra definitiva apenas por

meio da otimização por ponderação em um caso específico: não existe nenhum consenso entre os participantes a respeito do que se deve constituir o objeto central da sua teoria (POSCHER, 2016, p. 66).

No ponto de partida da Teoria dos Princípios, os princípios eram simplesmente mandados de otimização. Aí repousava o ponto central da concepção de princípios em Alexy, que tornou mais preciso o conceito de princípios de Dworkin, reconstruindo o discurso sobre dever ser *prima facie* para a ideia de otimização (...). Nesse sentido, otimização significa a relativização das consequências jurídicas da norma em face das possibilidades fáticas e jurídicas (...), que mais uma vez tornou mais precisa a dimensão de peso referida por Dworkin. É na reconstrução dos princípios a partir de Dworkin, com sua especificação como mandados de otimização, que se situa a *performance* analítica da prematura Teoria dos Princípios. Cedo, no entanto, os adeptos da Teoria dos Princípios notaram que a regra, no sentido compreendido por essa Teoria, também se caracterizava como mandado de otimização. (...) O reconhecimento de que, estruturalmente, os mandados de otimização não se diferenciam das outras normas, certamente, é um problema apenas para a Teoria dos Princípios. Nas bases de uma compreensão tradicional dos princípios, que vê entre princípios e outras normas jurídicas uma simples diferença gradual, essa conclusão não surpreenderia (POSCHER, 2016, p. 67).

De acordo com Ralf Poscher, praticamente todo teórico da teoria dos princípios defende uma tese própria sobre o que devem ser os princípios em relação aos mandados de otimização. A oferta se estende até hoje para quase meia dúzia de propostas. O desenvolvimento da teoria dos princípios, para o autor, alimenta a suspeita de que “a crítica ocupa-se com um fenômeno do tipo Hidra. Para todos candidatos a conceito de princípios refutados pela crítica, pululam imediatamente outros tantos novos candidatos” (POSCHER, 2016, p. 69). Considerando o poder criativo no discurso jurídico e seus efeitos (CHAMPEIL-DESPLATS; TROPER, 2005, p. 16 e ss), aproximamo-nos da crítica que aqui se pretende fazer. Há quem, no Supremo Tribunal Federal, fale em uma discricionariedade transparente (BARROSO, 2015), mas ou bem há critérios, ou bem há discricionariedade. Quem escolhe sempre acerta. Mesmo quando erra.

Há, todavia, quem entenda que o pós-positivismo procura resolver o poder discricionário (TRAVESSONI, 2011, p. 322). Isto porque, apesar de concordar com o positivismo jurídico na negação do direito natural, o pós-positivismo adotaria um conceito procedimental de validade. “A validade do Direito não é material, como no Jusnaturalismo, nem formal como no Positivismo Jurídico, isto é, não depende de uma ordem material como o Direito Natural (...) e nem é materialmente indeterminada (...); ela depende do procedimento” (TRAVESSONI, 2011, p. 323). Essas teorias procedimentais ou de base procedimental, como as de Habermas, Dworkin, Alexy, Günther e, no Brasil, de todos aqueles que tentam desenvolver um tipo de teoria da interpretação que procure resolver o problema do poder

discricionário às quais se refere o autor, atribuem um papel importante aos princípios jurídicos, “um papel que, é preciso reconhecer, os princípios jurídicos não tinham na teoria positivista” (TRAVESSONI, 2011, p. 323).

É possível perceber esse caráter no pensamento de Alexy, quando ele defende ser possível uma correção da norma a partir do procedimento próprio de um discurso prático racional, tomando a teoria do discurso como base de uma teoria satisfatória da justiça. Mais uma vez, a legitimação pelo procedimento.

A teoria do discurso é uma teoria processual da correção de normas. Segundo a teoria do discurso uma norma é correta se e somente se puder ser resultado de um certo procedimento, e precisamente do procedimento próprio de um discurso prático racional. Para uma adequada compreensão da natureza da teoria do discurso enquanto teoria da justiça é de fundamental importância que o procedimento do discurso seja um procedimento de *argumentação* e não um procedimento de *decisão*. É esta a maneira pela qual a teoria do discurso se diferencia das teorias procedimentais da justiça de matriz hobbesiana. Em teorias deste tipo, com efeito, não se busca, mediante argumentos e contra-argumentos, aquilo que é correto; maximiza-se, mediante a negociação e a decisão, a utilidade (ALEXY, 2003, p. 165)

⁴⁰.

Apesar das aparentes boas intenções, na abordagem crítica da teoria dos princípios, com a qual concordamos, e especialmente dentro de sua aplicação na teoria dos direitos fundamentais, as principais críticas recorrentemente partem do comum entendimento de que a teoria dos princípios é inerente a certa desorientação da prática decisória dentro do direito constitucional (LADEUR; CAMPOS, 2016, p. 102). Se, por um lado, é afirmada uma fixação no Estado do modelo, que incorpora, por isso, limites cognitivos, por outro, constata-se um pragmatismo sem orientação e decisionista em sede metodológica. As visões recorrentes no que respeita à crítica da ponderação parecem diagnosticar, segundo Ladeur e Campos, problemas parecidos, porém sem adentrar a razão dessa questão. Em outras palavras, não respondem à questão: “por que as distinções centrais da teoria dos princípios obscurecem o objeto a ser orientado por ela, ou seja, a prática decisória?” (LADEUR; CAMPOS, 2016, p. 102). Não é nosso objetivo entrar nesta discussão, contudo, mas apenas sugerir alguns pontos cegos na doutrina.

⁴⁰ No original: “La teoría del discurso es una teoría procesal de la corrección de normas. Según la teoría del discurso una norma es correcta si y sólo si puede ser el resultado de un cierto procedimiento, y precisamente del procedimiento propio de un discurso práctico racional. Para una adecuada comprensión de la naturaleza de la teoría del discurso en cuanto teoría de la justicia es de fundamental importancia que el procedimiento del discurso sea un procedimiento de argumentación y no un procedimiento de decisión. Es esta la manera en la cual la teoría del discurso se diferencia de las teorías procedimentales de la justicia de matriz hobbesiana. En teorías de este tipo, en efecto, no se busca, mediante argumentos y contraargumentos, aquello que es correcto; se maximiza, mediante la negociación y la decisión, la utilidad.”

4 A ESCRITA DA ANÁLISE: DESCRIÇÃO E INTERPRETAÇÃO DOS TEXTOS QUE COMPÕEM O *CORPUS* E AFIRMAÇÃO DO FUNCIONAMENTO DA RETÓRICA DA OBJETIVIDADE

Após a caracterização da análise a partir da contextualização do tema e da explicação a respeito do ponto de vista a partir de que ele será tratado, apresentadas as questões que balizaram a análise; em seguida a explicitação dos dispositivos teóricos e analíticos que enformam a pesquisa, é hora da escrita da análise.

Nela, pretendemos mostrar o funcionamento do discurso identificado (orientado à objetividade) na materialidade dos textos por meio do que vamos chamar com os analistas de discurso, mas mais genericamente que eles, *marcas textuais*, dos exemplos retirados do *corpus*. É necessário mostrar com textos o discurso orientado à objetividade funcionando.

Essas *marcas* são as entradas no discurso a partir de textos (FREIRE, 2014, p. 284). Esses textos, seguindo o rastro de Just (2016), são identificados aqui como recursos discursivos e divididos em níveis ou camadas, da forma como vimos. A análise é fundamentalmente qualitativa, malgrado façamos, aqui e ali, vagas concessões àquela quantitativa, apenas para ilustrar a “força” de incidência de determinados argumentos com finalidades analíticas próprias.

4.1 ASPECTOS GERAIS: O *CORPUS*

O *corpus* de análise é composto de duas decisões de um mesmo tribunal, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do poder judiciário no Brasil, ao qual compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme se depreende do art. 102, da Constituição da República.

O Supremo é composto por onze Ministros (art. 12, §3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988), nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único, da CF/1988). Plenário, as Turmas e o Presidente são os órgãos do tribunal (art. 3º, do Regimento Interno do STF/1980).

Em grau de recurso, sobressaem-se as atribuições de julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus* (HC), o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, se denegatória a decisão, e, em

recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão contrariar dispositivo da Constituição.

O tribunal pode processar e julgar, originariamente, *habeas corpus* quando o coator foi tribunal superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância (art. 102, inciso I, alínea “i”, da CF/88).

Foi outrora comum e hoje ocorre de quando em vez, que o paciente decide impetrar o *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário e de outros recursos no processo penal, o que o Supremo tentou evitar, por exemplo, por meio da edição da Súmula nº 691/STF. Nos dois casos submetidos ao tribunal e cujas decisões serão aqui analisadas, foi o que ocorreu.

Quando um órgão jurisdicional colegiado decide um processo, ele produz um documento chamado “acórdão”, no qual estão expostos os resultados e as razões que os embasaram. A função social desse documento, a princípio, é mostrar o consenso dos julgadores em torno desses aspectos. Partindo dessa caracterização, é possível afirmar que o acórdão é “o documento por meio do qual os julgadores que compõem o tribunal procuram expressar para o seu público um consenso em torno de uma decisão e de uma fundamentação” (KLAFKE, 2015, p. 7).

Ao decidir uma ação direta de inconstitucionalidade, um mandado de segurança ou um recurso extraordinário, seja em Turma, seja em Plenário, o Supremo Tribunal Federal produz um acórdão com os votos dos Ministros que tomaram a decisão. Esse documento fica disponível ao público e contém o registro da fundamentação, que ficará para a posteridade. Os acórdãos do STF, portanto, são documentos nos quais estão expostas teses jurídicas, interpretações de textos de normas, significações da realidade que expressam as opiniões dos membros que compõem o órgão em determinado momento e que podem ser acessados mesmo depois de décadas.

Nas origens do Supremo Tribunal Federal, o acórdão era diferente dos registros que existem hoje. Ele era formado por uma opinião que expressava a maioria vencedora. Ela era feita na forma de *consideranda* pelo Ministro relator ou pelo vencedor e deveria ser assinada por todos os demais. Os Ministros que discordavam do resultado ou apenas da fundamentação poderiam registrar sua posição individualmente, ao final (art. 48, do Regimento Interno de 1891). O redator também poderia levar o acórdão para plenário na sessão seguinte, para aprovação da redação (art. 49, do RISTF/1891).

No entanto, após o Decreto nº 19.656/1931, a forma de elaboração dos acórdãos foi alterada. Dispunha assim o art. 6º, do Decreto:

Art. 6º. Os relatórios, discussões e votos, em cada julgamento, serão taquigrafados, e redigidos convenientemente juntando-se aos autos respectivos cópia, que o redator reverá, rubricando-a, e a ela se reportando no acórdão que, a seguir, lançará manuscrito ou datilografado, assinando com o juiz que tiver presidido o julgamento.

Parágrafo único. Os demais juízes só assinarão o acórdão se o pedirem.

As sessões de julgamento passaram a contar com taquígrafos que registravam as manifestações orais dos Ministros. Essa alteração foi incorporada ao art. 68, do Regimento Interno de 1940:

Art. 68. O relatório, discussão e votos (sic), em cada julgamento, serão taquigrafados e redigidos convenientemente, juntando-se aos autos respectivos as notas taquigráficas, que serão rubricadas pelos respectivos ministros, reportando-se a elas o relator, no acórdão. (Decreto n. 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, art. 6º).

§1º. Juntas as notas taquigráficas, depois de revistas, serão os autos conclusos ao relator do feito, ou do acórdão, para lavratura deste, no prazo de 48 horas.

§2º. Não estando em exercício o relator, o acórdão será lavrado pelo primeiro Ministro vencedor.

As manifestações transcritas eram revisadas pelo respectivo Ministro e encaminhadas ao redator do acórdão, que ficava responsável apenas pela elaboração da ementa e do dispositivo da decisão. O redator poderia dispensar a juntada das notas taquigráficas, substituindo-as por um resumo das alegações, dos fundamentos e da conclusão, enquanto os demais Ministros poderiam fazer declarações de voto em seguida à assinatura (art. 69, do RISTF/1940). Os Ministros também podiam anexar votos escritos ao acórdão.

A diferença entre o procedimento atual, que mantém em linhas gerais as alterações feitas na década de 30, e a forma como os acórdãos eram elaborados anteriormente têm implicações importantes para as pesquisas que se proponham a fazer uma contextualização histórica dos julgados do STF. Klafke exemplifica uma dessas implicações: “os registros mostravam apenas o resultado de uma deliberação anterior, não sendo possível encontrar neles os debates que deram origem à decisão. Isso inviabiliza pesquisas que se proponham a analisar, a partir dos acórdãos, a interação entre os ministros nas sessões” (KLAFKE, 2015, p. 8).

Atualmente, o Regimento Interno traz as regras para a elaboração dos acórdãos nos arts. 93 a 98. Após a realização da sessão de julgamento, a montagem do documento começa no gabinete do redator, que poderá ou não ser o relator original do processo. Inicialmente, o

documento será formado (1) pelos votos escritos previamente à sessão (revisados ou não) e encaminhados para o redator, bem como (2) pela ementa (escrita pelo redator), (3) pelo dispositivo decisório do acórdão (determinado pelo Presidente do tribunal), (4) pelo relatório do histórico do caso e do processo (escrito pelo relator do processo) e (5) pelo extrato da ata (escrito pelo Secretário da sessão), que contém os participantes do julgamento e a decisão proclamada em cada sessão (art. 96, caput, e art. 97).

Graças à inovação trazida na década de 30, o acórdão também pode ser composto por transcrições de áudio dos votos orais, debates e outros tipos de manifestações ocorridas na sessão de julgamento (arts. 93 e 96, caput, §§1º a 7º). Essa atribuição cabe à Secretaria das Sessões. Os gabinetes dos Ministros devem liberar relatório, votos escritos e transcrições revisadas no prazo de 20 dias, contados da sessão de julgamento (art. 96, §2º). Após esse prazo, a Secretaria pode encaminhar a transcrição do áudio com a ressalva de que não houve revisão.

Após a revisão de todos os elementos do acórdão ou do esgotamento do prazo de 60 dias a contar da sessão de julgamento (art. 95, parágrafo único, RISTF), a Seção de Composição e Controle de Acórdãos pode publicar o acórdão no Diário de Justiça Eletrônico. Os prazos para elaboração dos acórdãos, porém, são constantemente inobservados em razão da demora na liberação, na transcrição e na revisão dos votos e da grande quantidade de processos (KLAFKE, 2015, p. 9). Para remediar a situação, a Resolução nº 536, de 15 de outubro de 2014, trouxe determinação para que os acórdãos fossem publicados mesmo sem revisão dos votos:

Art. 2º. Nos casos em que os Gabinetes de Ministros não tenham liberado o relatório, os votos escritos e a revisão de apartes de julgamento, no prazo regimental assinalado, a Secretaria Judiciária procederá na forma do art. 1º, fazendo constar a transcrição do julgamento com a ressalva de que os textos não foram revisados pelos respectivos Ministros.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no *caput* deste artigo, a ementa do acórdão consistirá no extrato da ata de julgamento.

Em resumo, portanto, os Ministros participam da elaboração do acórdão de quatro possíveis formas: a) qualquer Ministro pode encaminhar seu voto escrito, revisado ou não; b) qualquer Ministro pode deixar de encaminhar um voto escrito e revisar a transcrição do áudio do julgamento em relação às suas manifestações orais, ou enviar ambos para o acórdão final; c) qualquer Ministro pode ter suas manifestações transcritas e anexadas ao acórdão, com a ressalva de não ter revisado o voto; d) o Ministro redator redige a ementa do julgado e o acórdão (parte dispositiva), reunindo também as demais manifestações.

Klafke nos lembra que que essa forma de elaboração do acórdão aproxima as decisões do Supremo das decisões da *House of Lords* inglesa. Trata-se do modelo *seriatim*, que, aplicado ao modo de apresentação dos julgados para o público, “consiste na formulação do documento por meio da agregação dos votos individualmente atribuídos aos ministros que participaram do julgamento” (KLAFKE, 2015, p. 10). Contudo, a existência de uma ementa que ilustra, ao menos em tese, a opinião da maioria do tribunal, afasta o modelo adotado pelo STF do formato empregado pela *House of Lords*, situando-o em um meio termo entre o modelo inglês e o estadunidense (modelo da *opinion of Court*). Nos Estados Unidos, os juízes julgam separadamente, mas a corrente vencedora fica responsável por assinalar a “opinião da Corte”, que servirá para a fixação da regra de precedente a ser considerada pelo próprio tribunal e pelos tribunais inferiores nos casos futuros. Caso o julgador concorde com o resultado, mas adote outros fundamentos para embasá-lo, poderá anexar um voto “concorrente”. Já o julgador que discordar do resultado, poderá anexar um voto “dissidente”.

O processo de elaboração dos acórdãos no STF permite a identificação de algumas características com implicações importantes para a análise jurisprudencial, dentre elas o modelo agregativo de votos (*seriatim*).

Como dito, ao final de cada julgamento, cada Ministro deve encaminhar seu voto ou revisar a transcrição do áudio da sessão, encaminhando-os para o redator do acórdão. Isso significa que o documento não é uma peça única, escrita por uma única pessoa, mas um conjunto de unidades menores (os votos), cada qual com seu próprio estilo de argumentação, raciocínio jurídico e até mesmo padrão estético. “Os julgadores que proferem os votos são identificados individualmente e, por isso, seus fundamentos mantêm quase total independência com os fundamentos dos demais” (KLAFKE, 2015, p. 12).

A característica de um agregado de votos individuais expõe os acórdãos do Supremo à crítica de que impossível aferir uma racionalidade coletiva pela mera soma de racionalidades individuais – não seria possível obter uma fundamentação colegiada a partir da simples soma de fundamentações individuais.

No entanto, da mesma forma que permite que os Ministros anexem votos individuais ao documento final, o modelo brasileiro também possibilita que não anexem qualquer manifestação ao acórdão. Em vários deles, há a presença de “votos apenas registrados em ata”. Trata-se de hipótese em que o Ministro não anexa nenhum voto (escrito ou transcrito) ao acórdão final. Nele, consta do resultado final do julgamento a posição de todos os Ministros,

mas o acórdão possui apenas os votos de alguns deles – situação que pode ser verificada por meio do extrato de ata, elaborado pela Secretaria de Sessões.

A ausência de votos pode resultar da própria dinâmica de julgamento, mas também pode resultar da publicação do acórdão sem os votos não liberados pelos gabinetes nem revisados pelos Ministros (KLAFKE, 2015, p. 14).

O modelo agregativo de votos, assim, tem implicações para a pesquisa com acórdãos do STF, em especial para a seleção do material, para a análise da confiabilidade e para a análise da lógica interna do documento.

A primeira decisão que iremos analisar, acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC nº 84.078, advindo do estado de Minas Gerais, de relatoria do então Ministro Eros Grau, julgado em 05/02/2009, tratou de pedido *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, em que se atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça constrangimento ilegal, consubstanciado na denegação de *habeas corpus* que questionava, no seu âmbito, a existência de base empírica para manter a prisão preventiva do paciente fundada na garantia da aplicação da lei penal; não a execução prematura da sentença condenatória.

O paciente havia sido denunciado pela prática do crime previsto no art. 121, §2º, incisos I e IV, cumulado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal Brasileiro. O Tribunal do Júri acolheu a tese de homicídio privilegiado e o condenou a três anos e seis meses de reclusão. Levado a novo júri em virtude do provimento da apelação do Ministério Público, o paciente foi condenado a sete anos e seis meses de reclusão, em regime integralmente fechado, posteriormente corrigido para o inicialmente fechado pelo tribunal local, no julgamento da apelação da defesa.

Essa defesa interpôs recursos extraordinário e especial; este último foi admitido pelo Presidente do tribunal estadual.

O Ministério Público requereu a prisão preventiva do paciente antes da admissão do recurso especial sob o argumento, em suma, de que o paciente estaria tentando se fazer furtar da aplicação da lei penal, mobilizando seu patrimônio de forma a facilitar sua evasão. A prisão preventiva foi decretada.

Antes da apreciação do mérito do HC 84.078/MG pelo Plenário do STF, o então Ministro Nelson Jobim, daquele mesmo tribunal, reconsiderou sua decisão pela qual indeferira a liminar para sustar os efeitos do decreto de prisão preventiva, com a expedição de salvo-conduto, reconhecendo que não haveria base empírica de sustentação da prisão preventiva com base no receio de frustração da aplicação da lei penal. Portanto, afastado o

fundamento da prisão preventiva, o encarceramento do paciente após o julgamento do recurso de apelação ganhou contornos de execução antecipada da pena e assim foi julgado.

A ordem de *habeas corpus* foi deferida por maioria, neste caso, mas apenas constam do documento (do acórdão) os votos (dentre os 11) dos Ministros Eros Grau, Carlos Ayres Britto, Menezes Direito, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Gilmar Mendes (Presidente). Consta do documento que o Ministro Ricardo Lewandowski leu o voto favorável à concessão da ordem em Plenário, mas o seu voto não constou do acórdão, não constando dos autos quaisquer explicações para tanto. Votou a favor da denegação da ordem de *habeas corpus*, por sua vez, a Ministra Cármen Lucia, mas tampouco o seu voto consta do documento, o qual não traz maiores explicações a respeito.

A segunda decisão, por sua vez, acórdão proferido pelo Plenário do Supremo no HC 126.292/SP, de relatoria do então Ministro Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016, cuidou de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do STJ, que indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP.

A paciente foi condenada à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, §2º, incisos I e II, do CP), com direito de recorrer em liberdade.

Inconformada, a defesa (somente ela) apelou para o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra a paciente.

Contra a ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar com base na Súmula 691/STF.

Um dos argumentos levantados no HC 126.292/SP foi o de que a prisão da paciente não prescindiria, nos termos da jurisprudência do STF, do trânsito em julgado da condenação.

Apesar de o pedido liminar para suspender a prisão preventiva decretada contra a paciente nos autos da apelação criminal ter sido deferido pelo Ministro Relator Teori Zavascki, ao fim, a ordem de *habeas corpus* foi, por maioria, denegada, com a consequente revogação da liminar. Votaram a favor da denegação da ordem os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Por seu turno, votaram a favor da concessão da ordem de *habeas corpus* os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). O Ministro Dias Toffoli não votou.

4.2 AS FORMAS DE JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES INTERPRETATIVAS

Para esta etapa analítica, procederemos a uma “cartografia” das formas de justificação das decisões interpretativas referentes à possibilidade de prisão dos condenados após as decisões em segundo grau. Referimo-nos, aqui, a decisão interpretativa no sentido empregado por Just, da “atribuição, ao texto normativo relevante, de uma interpretação que se presume ter validade geral” (JUST, 2016, p. 579) ⁴¹, em detrimento de outras que pudessem ser igualmente cogitadas para o caso em questão. Os conflitos de interesses foram, do ponto de vista da estratégia argumentativa, reduzidos ao conflito interpretativo.

Em nosso *corpus*, a pretensão do jurisdicionado ao reconhecimento de que os fundamentos de sua prisão cautelar seriam inidôneos no HC 84.078/MG, foi, basicamente, reduzida à seguinte indagação: *pode a prisão antes do trânsito em julgado da condenação ser decretada quando não existe fundamento para a prisão preventiva, assumindo, portanto, contornos de execução antecipada da pena, à luz do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal?* O debate polarizou-se entre aqueles Ministros que admitiam essa possibilidade (“I1”) e aqueles que não admitiam (“I2”).

Por sua vez, a pretensão da jurisdicionada ao reconhecimento do direito de recorrer em liberdade no HC 126.292/SP, foi sumariada à indagação: o texto do inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988 (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”) é ou não compatível com a execução da pena privativa de liberdade após o julgamento em segunda instância? O debate cindiu-se entre aqueles Ministros que interpretavam o texto constitucional como excluindo essa possibilidade (“I1”) e aqueles que entendiam não ser ele um óbice à prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença condenatória recorrível (“I2”).

É importante esclarecer que as indagações acima não foram claramente demarcadas como questões a serem respondidas pelo tribunal, mas foram extraídas das questões que os respectivos relatores se propuseram a responder em seus próprios votos, uma vez que apesar de a votação dos demais Ministros não se limitarem à aceitação ou rejeição da decisão tomada pelo relator, mas, sim, à inclusão de novos argumentos à decisão tomada (VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, 2009, p. 29) – no modelo *seriatim* os fundamentos dos julgadores mantêm quase total independência com os fundamentos dos demais; os Ministros dificilmente

⁴¹ No original: “[the] ascription to the relevant normative text of an interpretation assumed to have general validity”.

retomam argumentos apresentados nos votos anteriores (KLAFKE, 2015, p. 12) –, há, por parte de alguns, remissões expressas à decisão tomada pelo relator.

A partir dessas colocações, as formas argumentativas de justificação das decisões interpretativas, seguindo a proposta de Just (2016, p. 579-580), foram catalogadas e classificadas como argumentos construídos a partir (1) da tradição dos brocardos, (2) dos cânones da metodologia clássica (literal/gramatical, sistemático, histórico e teleológico ou (3) das metodologias “pós-positivistas”. A classificação dos argumentos concretamente empregados nas decisões enfrentou diversas dificuldades: não há um consenso entre os proponentes de teorias hermenêuticas normativas quanto a essa tipologia e quanto ao modo “correto” de se desenvolver os respectivos métodos de interpretação; os discursos interpretativos tendem a mesclar essas estruturas interpretativas, especialmente no caso da interpretação teleológica, que raramente aparece numa forma “pura”; e, por vezes, os Ministros anunciam que procederão a um determinado método interpretativo, e, na verdade, empregam outro ou “se esquecem” de estabelecer as suas premissas, maiores ou menores. Essas dificuldades de enquadramento, no entanto, também foram interpretadas em benefício da casa.

4.2.1 O uso dos brocardos interpretativos

Quanto aos brocardos interpretativos – definidos como “regras de Direito, muito breves e formuladas quase sempre em latim” (MAXIMILIANO, 2011, p. 196), pelos quais se pretende orientar a decisão interpretativa ou a sua justificação –, estes foram invocados 7 vezes no total dos julgados, sendo 4 delas no HC 84.078/MG e 3 no HC 126.292/SP, incidência relevante, tomando em consideração outras análises (ver PIMENTEL, 2017), especialmente dirigidas aos julgados em Cortes estaduais, nas quais o uso dos brocardos se mostra raro e em todo caso tem caráter nitidamente residual, surgindo apenas para reforçar ou “coroar” algum outro argumento interpretativo. Esta foi outra diferença identificada no trabalho. No voto do Ministro Relator Eros Roberto Grau (HC 84.078/MG), por exemplo, o argumento sintetizado no adágio da analogia *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio* (“onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito”), é central no raciocínio desenvolvido, em que se argumenta o descompasso entre vedar-se a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado, mas, ao mesmo tempo, pensar-se em autorizar a execução da pena privativa de liberdade, mais grave, enquanto não sobrevier título

condenatório definitivo, aplicando o direito “de modo desigual a situações paralelas”, como sugere a sequência abaixo transcrita:

Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade – indubitavelmente mais grave – enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no art. 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a **aplicação de tratamento desigual a situações iguais**, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. **É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas** (p. 1.082, grifo nosso).

Trata-se de argumento *a pari*, “que estende o preceito formulado para um caso às hipóteses iguais, ou fundamentalmente semelhantes” (MAXIMILIANO, 2011, p. 200). Descoberta “a razão íntima e decisiva”, a “razão fundamental” de um dispositivo, transportam-lhe o efeito e a sanção aos casos não previstos, nos quais se encontrem elementos básicos idênticos aos do texto. A justificação no sentido de que a previsão legal aplicável “tem”, como uma questão de propriedade, o significado S1 e não o significado S2, que apoiaria uma conclusão oposta àquela defendida pelo julgador faz parte de uma argumentação orientada para a neutralidade (JUST, 2016, p. 579) que fundamenta a própria decisão interpretativa.

Semelhantemente, no voto do Ministro Marco Aurélio Mello (HC 126.292/SP), a parêmia *in claris cessat interpretatio* – devidamente traduzida – constitui um dos primeiros argumentos invocados pelo julgador, transmitindo, por si só, uma ideia completa, muito embora não sem reforçar a literalidade do preceito constitucional inscrito no art. 5º, LVII, da Constituição, que disciplina que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória” e enfatizar a necessidade de autocontenção do tribunal.

O preceito [“ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”], a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, **onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação**, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar a vir à nossa testa. Considerando o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se a condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa (p. 78, grifo nosso).

Vai no mesmo sentido a referência feita pelo Ministro Ricardo Lewandowski (HC 126.292/SP) ao mesmo brocardo, supostamente retomando argumento lançado na oportunidade do julgamento do HC 84.078/MG (voto não anexado ao respectivo acórdão, relembremos), com o qual parece dialogar, e expressando comunhão com o entendimento anteriormente esboçado pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que não seria possível ultrapassar a taxatividade do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição. A agregação de opiniões tem finalidades retóricas específicas que serão discutidas mais a frente, quando tratarmos da argumentação por autoridade no Supremo Tribunal Federal.

Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, *data venia* (p. 97, grifo nosso).

Apesar disso, o caráter residual do uso dos brocardos é inegável nos demais votos, como o ilustra o voto do Ministro Cezar Peluso (HC 84.078/MG), com 3 referências a brocardos interpretativos que são levados ao texto, aparentemente, para transmitir uma ideia de continuidade histórica estribada naquele elemento clássico de interpretação, bem como para mostrar a erudição do julgador:

Não vou fazer longo histórico, mas tenho de recorrer à História para dar certo encadeamento lógico-jurídico ao meu pensamento (...). o chamado sistema da *prova legal*, invenção dos escolásticos para dar certa consistência lógica às conclusões do processo inquisitorial e segundo o qual as provas guardavam valor aritmético diferenciado, como ainda se vê ao aforismo – que, não poucas vezes, é invocado nos processos, esquecendo-se de que é só reminiscência daquele sistema indefensável –, do **testis unus, testis nullus** (uma só testemunha é testemunha nenhuma, ou seja, não provava nada) (p. 1.160, grifo nosso).

O Direito conhece duas modalidades de presunção: a **iusuris** e a chamada presunção **hominis**. A presunção **iusuris**, como todos sabemos, é técnica operacional pela qual o Direito cria suas realidades de acordo com aquilo que, fora do Direito, ordinariamente acontece. Exemplo escolar é a chamada **praesumptio pater is quem**, que corresponde, ordinariamente, àquilo que acontece nas famílias, em que o marido da mãe é, ordinariamente, o pai da criança (p. 1.161, grifo nosso).

O que é, afinal, esse princípio [da presunção de inocência]? É apenas um dos mais importantes valores político-ideológicos que o ordenamento jurídico assume em tutela da dignidade da pessoa humana, que é a do réu no processo penal. Noutras palavras: que a pessoa humana, que seja réu no processo penal, não perde sua dignidade por sê-lo. O Estado adota o princípio para resguardar essa condição de dignidade do réu no curso do processo, até que lhe sobrevenha sentença penal condenatória em caráter definitivo. Daí, aliás, a boa lembrança daquela velha expressão latina **reus sacra res**, o réu é coisa sagrada e, desse ângulo, o princípio aponta não apenas para a necessidade de um tratamento condigno ao réu no curso do

processo penal, mas também de que este concretize o modelo de processo que, hoje, diríamos liberal ou de caráter *garantístico* (p. 1.162-1.163, grifo nosso).

Nos dois votos do Ministro Celso de Mello, a parêmia *innocens praesumitur cujus nocentia non probatur* complementa o método histórico de interpretação, ao trazer ao julgado referências às origens históricas do direito fundamental à presunção da inocência, segundo o Ministro não desconhecido do distante direito romano, nos seguintes termos:

Ao proferir o meu voto no julgamento final **da ADPF 144/DF**, de que fui Relator, **procedi** a um amplo exame desse direito fundamental (**o direito de ser presumido inocente até o trânsito** em julgado da condenação judicial), **perquirindo-lhe** as origens históricas **e relembrando** – não obstante a sua consagração, no século XVIII, **como** um dos grandes postulados iluministas (**para Beccaria**, “*A um homem não se pode chamar culpado antes da sentença do juiz ...*”) – **que essa prerrogativa não era desconhecida** pelo direito romano, **como resultava** de certas presunções **então** formuladas (“*innocens praesumitur cujus nocentia non probatur*”), **valendo mencionar** o que se continha no *Digesto*, **que estabelecia**, em benefício daquele que era processado, **verdadeiro favor rei**, **que enfatizava**, ainda que se modo incipiente, **essa idéia-força** que viria a assumir grande relevo **com a queda** do *Ancien Régime* (p. 1.123, grifo do autor).

Diante desses exemplos, podemos afirmar que o uso dos brocardos interpretativos nem sempre é residual, assumindo os adágios interpretativos – mesmo aqueles que já se acham destituídos de valor científico, como é o caso do *in claris cessat interpretatio* (MAXIMILIANO, 2011, p. 196) –, por vezes, a centralidade de um argumento em favor ou contra determinada fundamentação ou decisão interpretativa e, portanto, um papel efetivo na justificação das decisões, o que demonstra que ainda possuem certo prestígio no raciocínio estratégico dos operadores do direito.

4.2.2 O uso dos métodos clássicos

Os quatro *cânones* não representam “métodos” próprios. Representam senão apenas regras, diretivas, técnicas, meios critérios, argumentos (e, portanto, textos), princípios ou elementos metódicos para a correta interpretação e aplicação das normas jurídicas (KRELL, 2014, p. 296).

E se um discurso prático é racional na medida em que satisfaça condições de argumentação prática racional, dentre as quais a não contradição (ALEXY, 2003, p. 165) e, portanto, a coerência, a intertextualidade dá sua contribuição prática.

De acordo com Norman Fairclough, a coerência não é uma propriedade dos textos, mas uma propriedade que os intérpretes impõem aos textos (FAIRCLOUGH, 2001a, p. 171),

e diferentes intérpretes (incluindo o produtor do texto) possivelmente geram diferentes leituras coerentes do mesmo texto. Também a coerência não deve ser entendida em um sentido absoluto, lógico: um texto coerente está ligado suficientemente bem para propósitos presentes no que concerne aos intérpretes, o que não evita indeterminações e ambivalência.

A coerência depende de suposições que os intérpretes trazem para o processo de interpretação, incluindo suposições de natureza ideológica. Os produtores interpelam os sujeitos intérpretes que são “capazes” de desenvolver relevantes suposições e de fazer as conexões que produzem leituras coerentes. Essa visão da coerência e de seu papel na interpelação ideológica pode ser estendida para tomar em consideração a intertextualidade. Os textos “postulam sujeitos intérpretes e implicitamente estabelecem posições interpretativas para eles que são ‘capazes’ de usar suposições de sua experiência anterior, para fazer conexões entre os diversos elementos intertextuais de um texto e gerar interpretações coerentes” (FAIRCLOUGH, 2001a, p. 171).

Os intérpretes são mais do que sujeitos do discurso em processos de discursos particulares: eles são também sujeitos sociais, com experiências sociais particulares acumuladas e com recursos orientados variavelmente para múltiplas dimensões da vida social, e essas variáveis afetam os modos como vão interpretar textos particulares. Outras variáveis são os protocolos interpretativos particulares que estão disponíveis e aos quais eles recorrem, no domínio particular da prática discursiva, exemplo dos quais podendo ser dados no discurso jurídico interpretativo e seu recurso aos elementos metódicos clássicos.

4.2.2.1 Interpretação gramatical

A chamada *letra da lei* é, necessariamente, o ponto de partida do trabalho jurídico, pois, como afirma Andreas Krell, “o texto legal transporta as prescrições vinculantes para o seu aplicador” (KRELL, 2014, p. 303). Para identificar o sentido de uma palavra, o intérprete primeiro se valerá de sua intuição linguística, adquirida como integrante de uma sociedade em que se pratica um idioma, muito embora o raciocínio a partir desta linguagem comum nem sempre seja suficiente para a interpretação adequada de um texto de lei, uma vez que o legislador também pode utilizar termos técnicos e especializados.

No julgamento do *habeas corpus* 84.078, a expressiva maioria das referências é feita com vistas a reduzir a margem de interpretação do art. 5º, inciso LVII, da Carta da República (são 14 referências num universo de 18), arguindo que uma interpretação que admita a

execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória não está autorizada pelo texto constitucional, que, ademais, é expresso, claro, inequívoco, do que são exemplos as falas dos Ministros Eros Grau, Celso de Mello e Gilmar Mendes, nesta ordem:

A execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil. Colho, em voto de S. Excia. no julgamento do HC 69.964, a seguinte assertiva do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE: “... quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena. (...) E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, data venia, que se *‘hurlent de se trouver ensemble’*”. Também o Ministro MARCO AURÉLIO afirmou, quando desse mesmo julgamento, a impossibilidade, sem afronta ao artigo 5º da Constituição de 1.988, da “antecipação provisória do cumprimento da pena”. Aqui, mais do que diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição (p. 1.086, grifo do autor).

Há, portanto, **um momento** claramente definido no texto constitucional, **a partir** do qual se descaracteriza a presunção de inocência, **vale dizer**, aquele instante **em que sobrevém** o trânsito em julgado da condenação criminal. **Antes** desse momento, o Estado **não pode** tratar os indiciados **ou** réus como se culpados fossem. **A presunção de inocência impõe**, desse modo, ao Poder Público, **um dever de tratamento** que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades. **Acho importante acentuar** que a presunção de inocência **não se esvazia** progressivamente, **à medida** em que se sucedem os graus de jurisdição. **Isso significa**, portanto, que, **mesmo confirmada** a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá**, em favor do sentenciado, **esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece**, em texto inequívoco, a Constituição da República (p. 1.120, grifo do autor).

Feitas essas considerações, parece-me que o recolhimento à prisão, quando não há uma definitiva sentença condenatória, determinada por lei, sem qualquer necessidade de fundamentação, afronta, a um só tempo, os postulados da presunção de inocência, da dignidade humana e da proporcionalidade. Justamente porque não se trata de uma custódia cautelar, tal como prevista no art. 312, do Código de Processo Penal, que pode efetivar-se a qualquer tempo, desde que presentes os motivos dela ensejadores, o recolhimento à prisão por força legal, tal como se vem aplicando por interpretação da Lei nº 8.038/90, afigura-se-me uma antecipação da pena não autorizada pelo texto constitucional (p. 1.200 e 1.201).

A evidência do texto seria tamanha, que apenas um “desafeto da Constituição permitiria supor o contrário alguém em “juízo perfeito”. É o que afirma Eros Grau em seu voto:

Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição – lembrome aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor – apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém

considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição (p. 1.082).

Valem-se os Ministros, outrossim, de argumentos que buscam nos sentidos dicionarizados – para expressões e termos na linguagem comum – e/ou técnico-jurídicos das palavras o significado e o alcance dos textos legais, bem como das estratégias sintáticas de substituição à Savigny (2004, p. 11; WARAT, 1994, p. 66). É o que vemos abaixo, nos votos de Eros Grau e Carlos Britto:

A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão (p. 1.083).

Aliás, parenteticamente – e porque as palavras são mais sábias do que quem as pronuncia; porque as palavras são terríveis, denunciam, causticamente – anoto a circunstância de o vocábulo *antecipada*, inserido na expressão [Eros Grau se refere, aqui, à expressão “antecipação provisória do cumprimento da pena”], denotar suficientemente a incoerência da execução assim operada. Retomo porém o fio da minha exposição repetindo ser incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. E isso porque na hipótese não se manifesta somente antipatia da doutrina em relação à antecipação da execução penal; mais, muito mais do que isso, aqui há oposição, confronto, contraste bem vincado entre o texto exposto da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena (p. 1.087, grifo do autor).

Não foi por acaso que a Constituição preferiu presunção de não culpabilidade à presunção de inocência. É que a presunção de inocência é muito carregada de sentido coloquial. Todos nós dizemos assim coloquialmente: “o homem é inocente até prova em contrário”. A Constituição não se contentou com isso. O indivíduo é inocente, não só até prova em contrário. Vai além disso. Para que ele deixe de ser inocente, é necessário que a prova seja validamente produzida em Juízo, debaixo do devido processo legal, a incorporar as garantias do contraditório e da ampla defesa e, afinal, acolhida, na sua robustez, por um sentença penal que alcance essa fase última do trânsito em julgado. Todo isso conjugadamente para vitalizar o encarecido direito à presunção de não culpabilidade. Portanto, algo ainda mais robusto, mais forte do que a simples presunção de inocência. E a Constituição fez bem, porque a primadonia dos direitos individuais é a liberdade de locomoção. É a liberdade física de ir e de vir, tanto que, para salvaguardá-la, foi aviado pela Constituição este remédio heróico chamado **habeas corpus**. **Habeas corpus** não por acaso topograficamente precedente de todos os outros remédios heróicos constitucionais ou das ações de urgência: mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, **habeas data** e ação popular. Tudo vem depois do **habeas corpus** (p. 1.151-1.152, grifo do autor).

Em especial neste último exemplo, todas as partes do texto constitucional parecem estar em relação com o todo orgânico da Constituição, cabendo ao intérprete “encontrar” a interpretação correta a partir da reconstrução de relações sintáticas particulares, tal como propunha Savigny.

Mas, como o significado das palavras pode variar dependendo dos contextos em que elas são utilizadas e dos propósitos destes usos (MARCONDES, 2006, p. 221), o texto constitucional que estabelece o princípio da presunção de inocência ou de não-culpabilidade parece claro, também, para quem defende o oposto do quanto acima afirmado, com seus arranjos semânticos e sintáticos próprios – e distinções inovadoras –, como no voto da Ministra Ellen Gracie:

Dou à presunção de inocência ou, mais corretamente, à presunção de não-culpabilidade uma extensão diversa daquela sustentada pelo impetrante. Com efeito, entendo que a presunção de inocência posta no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal (...) é garantia, apenas, de que os acusados sejam tidos e havidos por inocentes durante toda a instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal, em que à acusação incumbe todo o ônus da prova. De fato, esse princípio de direito processual penal traduziu-se na regra, há muito observada, de caber à parte acusadora a prova da responsabilidade penal do acusado. Todavia, a sentença condenatória que seja mantida pelo tribunal após o devido contraditório e a ampla defesa não deixa a salvo tal presunção. Porque presunção é a mera predeterminação do sujeito a aceitar uma hipótese, enquanto ela não seja invalidada por provas. Por isso mesmo, mera presunção não se sobrepõe a juízo, porque o juízo é formado após a dilação probatória, na qual precisa estribar-se para alcançar uma conclusão condenatória. Logo, a presunção de inocência é substituída, a partir da sentença confirmada, por um juízo de culpabilidade, embora não definitivo, já que sujeito à revisão (p. 1.169).

No julgado, dos 6 Ministros presentes, com votos nos autos, apenas 2 deles se utilizaram do argumento gramatical para legitimar a posição favorável à execução chamada provisória da pena, quais foram os Ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. Todavia, apenas no trecho referido acima, do voto da Ministra Ellen Gracie, o argumento pode ser claramente demarcado sem referências a outros elementos clássicos de interpretação. Numa segunda referência de Ellen Gracie e nas referências de Joaquim Barbosa, o argumento apresentou certo hibridismo com outros cânones argumentativos que, por terem maior peso nas colocações particulares, serão tratados nos tópicos específicos.

No julgamento do *habeas corpus* 126.292, por seu turno, contamos apenas 5 ocorrências, dentre as quais 3 desfavoráveis à execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória – sendo 2 delas em um mesmo voto, do Ministro Celso de Mello, que, basicamente, reiterou os mesmos argumentos lançados no julgamento do HC 84.078 – e as outras 2 restantes favoráveis àquela execução prematura, lançados apenas para criticar um suposto apego excessivo à literalidade do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição, contra a necessidade de uma interpretação sistêmica, votos estes dos Ministros Teori Zavascki (relator) e Luís Roberto Barroso que serão transcritos quando do exame, neste trabalho, daquele elemento interpretativo.

As referências ao argumento gramatical nos votos de Celso de Mello e de Ricardo Lewandowski traduzem aquela mesma visão de clareza textual, que inibe a interpretação. Diz assim o Ministro Lewandowski:

Eu vou pedir vênua ao eminente Relator e manter a minha posição, que vem de longa data, no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição Federal. Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo (p. 97).

Deixamos de transcrever as ocorrências no voto de Celso de Mello por serem, *ipsis litteris* as mesmas que aquelas outras transcritas do voto no HC 84.078.

4.2.2.2 Interpretação histórica

Quando surgem dúvidas sobre o significado de um texto legal, faz sentido indagar sobre a intenção de seu autor e o contexto histórico de sua elaboração. Trata-se de uma interpretação histórico-genética (KRELL, 2014, p. 306).

Em uma aproximação do método histórico com o exegético (WARAT, 1994, p. 72), o recurso à vontade do legislador para estabelecer a significação unívoca do texto legal, apesar das críticas já antecipadas (KRELL, 2014, p. 306), é feito, por vezes, ainda com referência a “uma vontade”, uma escolha, opção, parecendo ignorar a estrutura dos processos legislativos atuais, como nos votos do Ministro Celso de Mello, no HC 84.078 e no HC 126.292:

Enfatizo, por necessário, que o *status poenalis* e o estatuto de cidadania **não podem** sofrer – **antes que sobrevenha** o trânsito em julgado de condenação judicial – **restrições que afetem** a esfera jurídica das pessoas em geral e dos cidadãos em particular. **Essa opção do legislador constituinte (pelo reconhecimento** do estado de inocência) **claramente fortaleceu** o primado de um direito básico, **comum a todas** as pessoas, **de que ninguém** – **absolutamente ninguém** – **pode ser presumido culpado** em suas relações com o Estado, **exceto se já existente** sentença transitada em julgado (p. 1.121-1.122, no HC 84.078; p. 93, no HC 126.292, grifo do autor).

Por outras, as referências sugerem de fato uma desconsideração da vontade subjetiva do legislador em benefício de uma sua “vontade objetivada”, manifesta no texto em seu contexto significativo (KRELL, 2014, p. 306), uma *voluntas legis*, como ilustrado no voto de Joaquim Barbosa no HC 84.078:

Esta tendência de **racionalização da atividade jurisdicional**, restringindo as hipóteses de exame de mérito do recurso extraordinário, contribui para a concretização do direito à razoável duração do processo. Com base nesta Reforma, é possível sustentar a existência de uma *voluntas legis* no sentido da possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, contra a qual estejam pendentes de julgamento, apenas, os recursos excepcionais (p. 1.145, grifo do autor).

A indagação sobre os condicionantes históricos do texto legal, porém, vimos mais habitual nas decisões examinadas, geralmente acompanhadas daquelas acerca dos usos da linguagem, já mais próximas de uma argumentação pelo texto mesmo. Apresentando, portanto, um caráter híbrido. Vejamos, a exemplo, o trecho do voto da Ministra Ellen Gracie, no HC 84.078:

E mais. O Pacto de San José da Costa Rica não assegura o direito de recorrer em liberdade, mas, sim, o direito de recorrer *tout court*. E seus redatores certamente não tinham em mente a “superabundância tipicamente brasileira de recursos supérfluos” (Min. Francisco Rezek, no HC 72.366). Seria demasia, segundo penso, interpretar o Pacto de San José à luz daquilo que o tratado não previu e que consiste extravagância exclusiva deste país. Leia-se o artigo 25, §1º, da Convenção: (...). Portanto, quando a Convenção, neste artigo, fala em recurso simples e rápido, não está a significar apelação ou acesso ao segundo, terceiro ou quarto grau de jurisdição. O termo recurso, aí empregado, remete à possibilidade, meio ou modo de obter-se remédio contra prisão ilegal (p. 1.173-1.174, grifo do autor).

Atentemos, também, nesse sentido, para o voto do Ministro Luiz Fux, no HC 126.292:

A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada, exatamente na regra **mater** de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência. E presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: “*Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada*”. Não há necessidade de trânsito em julgado (p. 58, grifo do autor).

Um contexto histórico, todavia, algumas vezes, aparenta servir, nos textos, mais a uma retórica da erudição (com direito a citação de autores clássicos e comentários em alemão), à demonstração de que a autoridade judicial conhece a história, aprendeu com ela, à subjacente invocação de um velho *topos*: *historia magistra vitae*. A história seria, então, espécie de “cadinho contendo múltiplas experiências (...), das quais nos apropriamos com um objetivo pedagógico” (KOSELLECK, 2006, p. 42). Esse papel de “escola” que a história teve ao longo de cerca de 2 mil anos ainda se mostra presente, com objetivos retóricos, fazendo recordar a origem na oratória do referido *topos*.

Sem as mesmas preocupações e compromissos do historiador, porém, os intérpretes reproduzem narrativas lastreadas numa ficção do factual, aproximando-se do narrador literário que “se submete à ficção contida nos fatos para tornar mais verossímil a sua narrativa” (KOSELLECK, 2006, p. 141). Assim se expressam os Ministros Celso de Mello (HC 126.292), Cezar Peluso (HC 84.078) e Gilmar Mendes (HC 84.078):

Essencial proteger a integridade desse direito fundamental (o direito de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da condenação judicial) e destacar-lhe as origens históricas, lembrando – não obstante a sua consagração, no século XVIII, como um dos grandes postulados iluministas – que essa prerrogativa não era desconhecida pelo direito romano, como resultava de certas presunções então formuladas (“inoccens praesumitur cujus nocentia non probatur”, p. ex.), valendo mencionar o contido no Digesto, que estabelecia, em benefício de quem era processado, verdadeiro “favor rei”, que estabelecia, ainda de modo incipiente, essa ideia-força que viria a assumir grande relevo com a queda do Ancien Régime (p. 94, grifo do autor).

Não vou fazer longo histórico, mas tenho de recorrer à História para dar certo encadeamento lógico-jurídico a meu pensamento, recordando que esse princípio [da presunção de inocência] foi, como objeto normativo, enunciado, pela primeira vez, em 1789, com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, da Revolução Francesa, inspirado na obra de Beccaria, a qual antecede a Revolução em poucos anos – a obra de Beccaria é de 1764 –, e na qual o autor afirma, depois de considerações extremamente graves, que a um homem não se pode chama-lo de culpado (*réu*) antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode negar-lhe proteção pública, até o momento em que fique decidido que violou as convenções pelas quais aquela proteção lhe fora outorgada (p. 1.158-1.159, grifo do autor).

Não vejo como haverá de ser diferente entre nós, diante da importância que se confere ao princípio da dignidade humana, enquadrado como postulado essencial da ordem constitucional (art. 1º, III, da Constituição). Na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atentam contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e ferem o princípio da dignidade humana [*“Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.”*] (...) (p. 1.196-1.197, grifo do autor).

As incidências parecem confirmar, em parte, as impressões de Martin Morlok (2001), referidas no texto de Andreas Krell (2014, p. 306), no sentido de que a interpretação histórico-genética hoje serve mais como um método complementar, surgindo, vezes há, reforçado ou para reforçar outros tipos de argumentos, designadamente gramaticais.

4.2.2.3 Interpretação sistemática

O elemento sistemático diz respeito ao “grande contexto interno, o qual reúne todos os institutos jurídicos e todas as regras jurídicas numa grande unidade” (KAUFMANN, 2015, p. 166).

O potencial interpretativo do aludido elemento se evidencia claramente, nada obstante a intertextualidade implícita, nos votos dos Ministros Cezar Peluso e Ellen Gracie, no julgamento do HC 84.078, e dos Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, na decisão do HC 126.292. Por meio dele, o “real” significado dos textos legais, sua extensão e alcance, são dados reciprocamente, um texto ajudando a interpretar outro. Vejamos:

E, evidentemente, o princípio [da presunção de inocência] não pode deixar de repercutir também no campo do ônus da prova – mas aqui não quero fazer nenhuma observação em particular sobre o tema, porque não interessa a este caso. Ora, qual é, por via de consequência, a extensão ou o alcance jurídico último deste princípio? Sua extensão ou alcance é elucidado por outro princípio constitucional, a que nem sempre se dá a qualificada importância que guarda no tema e que é o princípio do devido processo legal (*due process o law*) (p. 1.164, grifo do autor).

O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal deve ser lido em harmonia com o que dispõem os incisos LIV e LXVI do mesmo dispositivo, os quais autorizam a privação de liberdade desde que obedecido o devido processo legal e quando a legislação não admita a liberdade provisória, com ou sem fiança (p. 1.172).

Sempre pedindo redobradas vênias àqueles que de outra forma veem esse tema, considero que não se pode dar a essa regra constitucional [a regra do art. 5º, LVII, da CF/88] caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade. Despiciendo dizer que nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição (p. 21 e 22).

(...) tenho por indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo (p. 22).

Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas *sistematicamente* na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória) (p. 36, grifo do autor).

A referência à análise sistêmica é expressa, também, nesse mesmo viés, na intertextualidade do voto do Ministro Menezes Direito com estudo do Procurador Regional da

República Douglas Fischer, que atua na 4ª Região. Trata-se de outro texto explicitamente presente (manifestamente marcado) no texto que é o voto, e que é incorporado a este último, na chamada representação do discurso (FAIRCLOUGH, 2001a, p. 138-140):

O Procurador da República **Douglas Fischer** no estudo que dedicou ao tema, “Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em face da Interpretação Sistêmica da Constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição do excesso e a proibição de proteção deficiente” (...) conclui mostrando que “*a análise sistêmica do ordenamento constitucional permite afirmar que não há violação do referido preceito [que ele chama princípio da inocência] em se permitir a execução da pena privativa da liberdade se pendentes (exclusivamente) os recursos extraordinário e/ou especial (ou então agravos de instrumento contra a denegação de seus processamentos), notadamente porque há meio constitucional (habeas corpus) muito mais amplo e apto (eficaz) a proteger de forma absolutamente mais objetiva e na máxima medida possível os direitos fundamentais dos réus-condenados, não havendo, em decorrência, qualquer possibilidade de frustração da aplicação das sanções a quem foi devidamente condenado mediante a observância do devido processo legal*” (p. 1.105, grifo do autor).

Os argumentos restantes fazem referências à conformidade de uma interpretação ao sistema jurídico estabelecido no país, como exemplificam os trechos dos votos dos Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa, no HC 84.078, muito embora, no voto deste último, vislumbre-se a tentativa de apresentar uma interpretação dedutível sistematicamente:

É por isso, Senhor Presidente, **que ninguém, absolutamente ninguém, pode** ser tratado **como se** culpado fosse, **antes** que sobrevenha, **contra ele**, condenação **transitada** em julgado, **tal como tem advertido** o magistério jurisprudencial **desta** Suprema Corte (...). **Trata-se de efeito que deriva**, de modo bastante expressivo, da presunção **constitucional** de inocência, **a que esta** Suprema Corte **tem dispensado** tratamento conseqüente **e plenamente compatível** com o sistema jurídico existente em nosso País (...) (p. 1.111 e 1.112, grifo do autor).

Entendo, ainda, que a Emenda Constitucional nº 45, **ao condicionar a admissibilidade do Recurso Extraordinário** à estrita demonstração, em cada caso, da presença de **repercussão geral**, veio a **reforçar o entendimento** de que **é compatível com o nosso sistema constitucional a execução da pena após o esgotamento dos graus de jurisdição ordinária** (p. 1.144, grifo do autor).

4.2.2.4 Interpretação teleológica

Por derradeiro, descobrem-se o sentido e o alcance de uma regra de direito, “com examinar as circunstâncias e os sucessos históricos que contribuíram para a mesma, e perquirir qual seja o *fim* do negócio de que se ocupa o texto; põem-se em contribuição, portanto, os dois elementos – a *Occasio legis* e a *Ratio juris*” (MAXIMILIANO, 2003, p. 124).

Nos acórdãos, as referências são poucas: 3 na apreciação do *habeas corpus* 84.078, 2 no exame do *habeas corpus* 126.292. Talvez porque, consoante se depreende do brocardo romano *non omnium, quoe a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest* (não é sempre possível dar a razão, o fim, o motivo de tudo o que foi constituído pelos nossos maiores) (MAXIMILIANO, 2003, p. 128), não se deva depositar confiança demasiada no elemento teleológico, em virtude dos riscos de “contradições de valoração” (LARENZ, 1983, p. 472).

Neles, nos acórdãos, poderíamos dizer que se tratam de meras alusões aos fins, que não chegam a ser desenvolvidas. De acordo com Carlos Maximiliano, as leis conformes no seu fim devem ter idêntica execução e não podem ser entendidas de modo que produzam decisões diferentes sobre o mesmo objeto; se o fim decorre de uma série de leis, cada uma há de ser, quanto possível, compreendida de maneira que corresponda ao objetivo resultante do conjunto; cumpre atribuir ao texto um sentido tal que resulte haver a lei regulado a espécie a favor e não em prejuízo de quem ela evidentemente visa a proteger; são regras, entre outras (MAXIMILIANO, 2003, p. 128), que auxiliam o intérprete na interpretação teleológica, mas não identificamos uma preocupação nesse nível por parte dos Ministros do Supremo. Em geral, a finalidade é declarada sem qualquer esforço argumentativo, por vezes sustentada apenas em opiniões de autoridades, dentre elas os próprios Ministros do Supremo.

É o exemplo do voto do Ministro Celso de Mello, no HC 84.078, onde se diz:

Impõe-se advertir (e lembrar) que a prisão cautelar (“*carcer ad custodiam*”) – **que não se confunde** com a prisão penal (“*carcer ad poenam*”) – **não objetiva infligir punição** à pessoa **que sofre** a sua decretação. **Não traduz**, a prisão cautelar, em face **da estrita** finalidade a que se destina, **qualquer** idéia de sanção. **Constitui**, ao contrário, **instrumento** destinado a atuar “*em benefício da atividade desenvolvida no processo penal*” (BASILEU GARCIA. “**Comentários ao Código de Processo Penal**”, vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense), **tal como esta Suprema Corte tem proclamado**: (...). **Isso significa**, portanto, **que o instituto** da prisão cautelar – **considerada a função exclusivamente processual** que lhe é inerente – **não pode ser utilizado** com o objetivo de promover **a antecipação satisfativa** da pretensão punitiva do Estado, **pois**, se assim fosse lícito entender, **subverter-se-ia a finalidade** da prisão preventiva, **daí resultando grave comprometimento** ao princípio da liberdade (HC 89.501/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO) (p. 1.108-1.109, grifo do autor).

Na “voz” de Gilmar Mendes, Odone Sanguiné fala em um limite teleológico da prisão provisória:

Em tese doutoral desenvolvida na Universidade Autônoma de Barcelona, acentua Odone Sanguiné ser a presunção de não-culpabilidade um limite teleológico da prisão provisória. Daí concluir pela impossibilidade desta ser adotada com a finalidade de pena antecipada (p. 1.193).

No trecho abaixo, por sua vez, extraído do voto do Ministro Teori Zavascki, é possível verificar uma maior articulação. A forma como a Constituição regula o acesso das partes em litígio às instâncias superiores justifica a interpretação de Zavascki não apenas no sentido de que a Carta de 88 não veda o que já se chamou cumprimento provisório da pena, mas também no da constitucionalidade do artigo 27, §2º, da Lei nº 8.038/1990 e da insuficiência das regras da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) inscritas nos artigos 147 e 164 para impedir a execução penal após o esgotamento das instâncias ordinárias. A articulação requer, para a compreensão, prestar atenção ao contexto significativo do texto. A longa citação é justificável.

A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma **terceira** ou **quarta** chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto. O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a oportunizar a esta Suprema Corte aos Superior Tribunal de Justiça exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. Tanto é assim que o art. 102, §3º, da Constituição Federal exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Ou seja, não basta ao recorrente demonstrar que no julgamento de seu caso concreto malferiu-se um preceito constitucional. Necessário que demonstre, além disso, no mínimo, a **transcendência** e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal. A própria Constituição é que põe o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica e apenas reflexamente a operar para apreciar situações de injustiças individuais. Se a própria Constituição repele o acesso às Cortes Superiores com o singular propósito de resolver uma alegada injustiça individual, decorrente do erro de julgamento por parte das instâncias ordinárias, não depreendo inconstitucionalidade no art. 27, §2º, da Lei nº 8.038/90 ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito meramente devolutivo. No plano infraconstitucional, as regras da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, *verbi gratia*, os arts. 147 e 164) que porventura possam ser interpretadas como a exigir a derradeira manifestação dos Tribunais Superiores sobre a sentença penal condenatória para a execução penal iniciar-se, deixam de ser, a meu ver, argumento suficiente a impedir a execução penal depois de esgotadas as instâncias ordinárias, porque anteriores à Lei nº 8.038/90. A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias (p. 23, grifo do autor).

Aqui (como alhures) valem as conclusões de Krell no sentido de que, em muitos casos, as diretivas metódicas clássicas não podem ser claramente distintas, mas se interpenetram, ficando em aberto se o resultado está mais fundado em razões referentes ao sentido literal, à posição da norma no sistema como um todo, à gênese de sua elaboração ou ao fim normativo, de forma que, em maior escala, aspectos como os tradicionais cânones interpretativos, a concretização da norma, a jurisprudência anterior, as consequências da decisão e as ponderações de justiça prática “não devem ser colocados um ao lado do outro, mas formam um nexa razoável dentro de um processo homogêneo de raciocínio” (KRELL, 2014, p. 307).

4.2.3 As metodologias pós-positivistas

4.2.3.1 Alguns aspectos conceituais

É possível falar em uma metodologia da retórica material de feição estratégica. De uma prática que pode ser ensinada, construindo uma doutrina a partir de experiências, observações e reflexões. Desse nível de retórica, no rastro do pensamento de Adeodato (2009, p. 37), provêm a tópica, a teoria da argumentação, as figuras de linguagem e de estilo. Os discursos práticos são estratégias para modificar os fatos (relatos da retórica material) e erigi-los em objetos, isto é, fatos relativamente fixados, aos quais alguns relatos selecionados aderem, em detrimento de outros; os sujeitos os determinam, constituem esses objetos, “transformando relatos de opiniões em objetos, que supostamente constituem as definições da linguagem de controle instituída, os relatos corretos, a verdade” (ADEODATO, 2009, p. 37). A metodologia seria esse conjunto de estratégias que visam o sucesso, uma visão sobre métodos que funcionam para determinados contextos e sobre como funcionam, uma teoria voltada para a práxis.

Muito embora sob o dístico “pós-positivismo” se encontrem vários juristas e correntes com orientações jusfilosóficas distintas (há vários “pós-positivismos”), o ponto central da crítica é, segundo Streck, que o positivismo não se preocupa com a decisão (STRECK, 2017, p. 213). Não se preocupa, portanto, com essa “orientação” para a prática do discurso interpretativo jurídico.

Uma das principais características das teorias pós-positivistas seria, então, a consideração do fenômeno jurídico como uma prática social (como o é o discurso) e não (apenas) como um sistema (STRECK, 2017, p. 214), daí, por exemplo, teses de que enquanto no positivismo as únicas relações admitidas entre as normas seriam de natureza lógica, para o pós-positivismo juntamente com estas também reconhecer-se-iam relações de justificação. Isto é, não bastaria a noção de dedutibilidade e consistência lógica, as normas também requereriam uma coerência valorativa⁴². Há uma tentativa de reaproximação do direito com o seu entorno, pode-se dizer.

A teoria padrão da argumentação jurídica se situa no contexto de justificação dos argumentos, e em geral, de acordo com Manuel Atienza (2003, p. 22), costuma ter pretensões

⁴² Para críticas a essa e outras teses, ver STRECK, 2017, p. 217.

tanto descritivas quanto prescritivas; trata-se, portanto, de teorias (como a de Alexy) que pretendem mostrar como as decisões jurídicas se justificam de fato e também como deveriam elas ser justificadas (para Alexy, entre outros, os dois planos em geral coincidem). “Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas” (ATIENZA, 2003, p. 22). Nesse sentido, opõem-se tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade). Por orientarem a práxis, podemos falar em metodologias pós-positivistas.

4.2.3.2 Usos das teorias da argumentação jurídica e da ponderação de princípios

As referências à metodologia pós-positivista, em ambos os julgamentos, mostraram uma tendência dos Ministros a tentar desestabilizar a literalidade do dispositivo constitucional em debate. Não por acaso, é o que sugerimos, quase todos os votos que invocaram as premissas do chamado pós-positivismo e sua teoria dos princípios foram por denegar a ordem de *habeas corpus*, admitindo a execução antecipada da pena contra o texto expresso do art. 5º, LVII, da Constituição Federal. A exceção foi o voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do HC 84.078/MG, concedendo a ordem.

A diferença entre regras e princípios preconizada por Alexy, que não é simplesmente uma diferença de grau, e sim de tipo qualitativo ou conceitual (ATIENZA, 2003, p. 181), é bastante explorada pelos julgadores. Mas, conquanto o próprio Alexy estabeleça, em suas obras, determinadas diretrizes para a forma característica de aplicação dos princípios visando a prevenir o seu uso arbitrário, nenhuma delas é articulada ou sequer mencionada nos votos analisados. O funcionamento é de um padrão centrado em argumentos de autoridade, onde as opiniões dos Ministros são articuladas acompanhadas da citação, sem contextualização ou análise, de uma série de “doutrinas” (RODRIGUEZ, 2013, p. 77) que apoiem a sua opinião. Os princípios parecem não passar de um mero “inventário de *topoi*” (ATIENZA, 2003, p. 182), justamente o que se queria evitar com o modelo de racionalidade proposto por Alexy, de acordo com Atienza.

Embora a argumentação jurídica seja uma exigência da racionalidade prática, já que permite, para a resolução das questões práticas, ir além do ponto onde o discurso prático geral deixa as coisas, o discurso jurídico tem também os seus limites: “uma solução que tenha sido

alcançada respeitando-se as suas regras é uma solução racional, mas as regras não garantem que, em cada caso, se possa chegar a uma única resposta correta” (ATIENZA, 2003, p. 179). Assim como ocorria no discurso prático geral, o discurso jurídico delimita também, junto com as esferas do discursivamente necessário e do discursivamente impossível, uma terceira, a do discursivamente possível: “diante de um mesmo caso, as regras do discurso jurídico permitem que seus vários participantes cheguem a conclusões incompatíveis entre si, mas racionais (isto é, fundamentadas discursivamente)” (ATIENZA, 2003, p. 179). Isto se deve aos fatos de o discurso começar sobre a base das convicções faticamente existentes dos participantes, de nem todos os passos da argumentação estarem determinados e de algumas das regras do discurso só poderem ser satisfeitas de maneira aproximada. A pretensão de correção que se propõe no discurso jurídico é uma pretensão não só limitada, no sentido de que se efetua sob as exigências assinaladas pela lei, a dogmática e os precedentes (e, em geral, sob os limites das regras do discurso jurídico), como também relativa aos participantes do discurso (no sentido de que o resultado depende deles, e, portanto, de suas convicções normativas), a um determinado momento temporal (o resultado do discurso pode ser diferente no tempo t1 e no tempo t2), e, além disso, o procedimento não pode, na maioria dos casos, ser realizado na prática (ATIENZA, 2003, p. 180).

Mas essas dificuldades, segundo Alexy, citado por Atienza, não desacreditam em absoluto a teoria do discurso, entre outros porque o procedimento cumpre pelo menos uma função negativa: a de assinalar limites que não podem ser ultrapassados. “A teoria do discurso não é nada mais que um procedimento para o seu tratamento racional. E, aqui, cada convicção normativamente relevante é um candidato para uma modificação baseada numa argumentação racional” (ALEXY, 1985b *apud* ATIENZA, 2003, p. 180).

Uma das regras que disciplinam o discurso prático geral, em Alexy, é a da não-contradição. Por ser o discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral (ATIENZA, 2003, p. 172), também o procedimento do discurso do direito se define pelas regras e formas do discurso prático geral, além de pelas regras e formas específicas do discurso do direito que, sinteticamente, na doutrina do ex-catedrático da Universidade de Kiel, exprimem a sujeição à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática.

Para o Ministro Menezes Direito – julgamento do HC 84.078/MG – esses limites estão em que, por exemplo, não se pode tratar duas situações envolvendo o mesmo conflito de maneiras distintas quando se trata de ponderação entre princípios, o que condiz com a

premissa da coerência. Nessa linha, ele escreve, citando expressamente os autores e referenciando as doutrinas pelas quais são mais conhecidos, o seguinte:

Os princípios, segundo está no magistério de Dworkin, não seguem a idéia do “tudo ou nada”; ora se aplicam, ora não (Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978. pág. 24). Mas isso não quer dizer que possam ser aplicados de forma discriminatória a situações que envolvam o mesmo conflito. Não é possível dizer que a privação da liberdade antes do trânsito em julgado ora viola ora não viola o princípio da inocência. Lembre-se que, segundo Robert Alexy (Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. pág. 105 a 107), os princípios nos dão critérios para tomar uma posição diante de situações concretas indeterminadas. Ocorre que se essas situações são as mesmas, a posição tomada não pode ser variável. Nessa discussão, não vejo diferença entre a prisão em decorrência de uma faculdade processual e a prisão decorrente da aplicação da lei penal. Ambas envolvem a privação da liberdade do acusado e, a se erigir a norma do art. 5º, LVII, em uma absoluta aplicação da presunção de inocência, ambas não deixariam de constituir a sua violação (p. 1.103).

Apesar do argumento, lembramos que o Ministro votou denegando a ordem de *habeas corpus*. A sequência nos permite entender que uma interpretação sistemática levou o julgador a ter com menor peso a argumentação segundo critérios estritamente pós-positivistas:

Se a prisão é admitida antes do trânsito em julgado da sentença, a execução da pena privativa de liberdade também o é. E é essa a exegese que se extrai, pelo menos na minha avaliação e na histórica jurisprudência desta Suprema Corte, do sistema instituído na Constituição da República. Assim, considerando que na forma do parágrafo segundo do art. 27 da Lei nº 8.038/90 os recursos especial e extraordinário não têm em regra efeito suspensivo, a execução da prisão decretada pelo Magistrado que proferiu ou confirmou a decisão condenatória é um efeito que não pode ser obstado por sua só interposição. Essa orientação dá consequência precisa ao papel das instâncias ordinárias e justifica a sua execução para dar resposta tempestiva à grave violação das regras de direito que atingem duramente a sociedade por inteiro (p. 1.103 e 1.104).

No tocante à teoria dos princípios, Alexy defende a existência de uma conexão estreita entre essa teoria e a máxima da proporcionalidade. “A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela” (ALEXY, 2008, p. 116). A proporcionalidade, assim, com suas três máximas parciais (da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito), decorreria logicamente da natureza dos princípios. A proporcionalidade seria deduzível dessa natureza porquanto “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2008, p. 117). O Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do HC 84.078, analisou, como um argumento central, se a exigência de se recolher à prisão enquanto ainda em trâmite o processo, na pendência de recursos especial e extraordinário, por força de lei, com restrição ao direito da liberdade atendida, no caso concreto, às máximas parciais da proporcionalidade, votando pela concessão da ordem de *habeas corpus*, nos seguintes termos:

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou a máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto. Passemos ao exame da proporcionalidade no caso em apreço. Cumpre indagar se a exigência de se recolher à prisão enquanto ainda em trâmite o processo – vez que ainda pendente de admissibilidade e possível exame de recursos especial e extraordinário –, por força de determinação legal, com isso restringindo-se de forma grave o direito fundamental da liberdade atende, no caso, às máximas parciais da proporcionalidade. Parece certo, ademais, que tal exigência impede a aplicação do princípio da proporcionalidade *in concreto*, tomando como absoluta uma valoração que se assenta exclusivamente num juízo de desvalor genérico – a prática de determinado delito. Semelhante critério viola sem dúvida o princípio da proporcionalidade já na sua acepção de **necessidade**, ou em outros termos, sobre a existência de outro meio igualmente eficaz e menos gravoso. Na espécie, já se demonstrou à saciedade, a partir dos votos vencidos acima referidos, que os eventuais objetivos de semelhante medida podem ser integralmente alcançados com a adoção da prisão provisória. Configurada a desnecessidade da medida, tendo em vista sua flagrante inadequação, não há dúvida de que, na espécie, a adoção de fórmulas genéricas, calcadas na mera antecipação da execução da pena por não mais haver recursos com efeito suspensivo à disposição da defesa, resulta ofensiva ao princípio da proporcionalidade na sua acepção de **necessidade**. Feitas essas considerações, parece-me que o recolhimento à prisão, quando não há uma definitiva sentença condenatória, determinada por lei, sem qualquer necessidade de fundamentação, afronta, a um só tempo, os postulados da presunção de inocência, da dignidade humana e da proporcionalidade (p. 1.199 e 1.200, grifo do autor).

No voto, que difere do padrão puro e simples do argumento de autoridade referido mais acima, é importante destacar, verificamos que o Ministro julgador procura explicar os pontos centrais da doutrina que pretende invocar e as contextualizar com a situação que tem diante de si, nada obstante a tarefa a que se propõe permaneça em aberto, pois não se verifica um efetivo balanceamento, parecendo as coisas “demonstradas à saciedade”, de modo que os argumentos aparecem prontos, sem um próprio exame de “prós e contras”.

O argumento é também medular em Barroso, no julgamento do HC 126.292, muito embora o Ministro advogue a tese contrária (ele vota pela denegação da ordem). Após delimitar a discussão que se travava e demonstrar a oscilação da jurisprudência do Supremo na matéria, o Ministro fundamentou o seu voto no sentido de que o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro é não o trânsito em julgado da decisão condenatória

(art. 5º, LVII, da CF/88), mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, de acordo com o art. 5º, LXI, da Constituição, devendo as normas constitucionais serem interpretadas sistematicamente. A Constituição, para ele, não interditaria a prisão anteriormente ao trânsito em julgado. Além disso, haveria fundamentos constitucionais para impor a privação de liberdade após a confirmação da sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição. Estes estariam no caráter principiológico da presunção de inocência e sua sujeição a ponderação com outros bens jurídicos constitucionais. A defesa ocupa sete páginas de seu voto, após as quais ele passa a perquirir sobre os fundamentos infraconstitucionais que legitimariam a prisão nas condições encimadas e a expor os supostos efeitos nocivos da posição contrária na realidade brasileira ao longo dos anos.

Por se tratar de um argumento longamente desenvolvido, destacaremos as partes que nos pareceram mais características para evitar longas citações. Disse assim o Ministro Barroso:

Os direitos ou garantias não são absolutos, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando são veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. As regras são normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Sua aplicação se opera, assim, na modalidade “tudo ou nada”: ou uma regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Já os *princípios* expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação, tendo como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade*. Pois bem. Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo. (...) Na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional, e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida. De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores possuem amplo lastro na Constituição, (...). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. (...) Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da

presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. (...) o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do *princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente* (p. 37-42; grifo do autor).

É o argumento segundo a “lei de colisão”⁴³, um dos fundamentos da teoria dos princípios defendida por Alexy (2008). Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização; em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. Alexy salienta que, ao estabelecer relações concretas de precedência, a lei de colisão (ou de “concorrência”) conduz a uma dogmática diferenciada dos direitos fundamentais específicos, isto é, “não a preferências e cedências generalizantes”. Assim, nos termos dessa lei, “o estabelecimento de uma restrição não é uma questão tudo-ou-nada, mas um problema de ‘afastamento do direito fundamental em relações individuais’” (ALEXY, 2008, p. 99).

Por sua vez, revisitando o tema, o Ministro Gilmar Mendes, e aí já no julgamento do HC 126.292, utiliza-se da ponderação para, modificando o seu entendimento anterior, votar pela denegação da ordem de HC. Isto porque, na mesma linha do Ministro Barroso, como princípio, a presunção de inocência é suscetível de ser conformada, “tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal”:

Resta-nos reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas. Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado. O que eu estou colocando, portanto, para nossa reflexão é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal. Por isso, eu entendo que, nesse contexto, não é de se considerar que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio. E a mim parece que, se porventura houver a caracterização – que sempre pode ocorrer – de abuso na decisão condenatória, certamente estarão à disposição do eventual

⁴³ Em palestra proferida por ocasião do recebimento do título de doutor *honoris causa* pela Universidade Federal de Pernambuco, em 03 de dezembro de 2018, o professor Robert Alexy disse hoje preferir, contudo, o termo “concorrência”. Os princípios seriam concorrentes, pois. Não mais colidentes.

condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo, cautelar, também o *habeas corpus*. E os tribunais disporão de meios para sustar essa execução antecipada. Logo, não estamos aqui a fazer tábula rasa e a determinar que se aplique, sem qualquer juízo crítico, a condenação emitida pelo juízo de segundo grau. Haverá sempre remédios, e o bom e forte *habeas corpus* estará à disposição dos eventuais condenados, como acontece de resto com os vários recursos extraordinários para os quais nós acabamos por conceder efeito suspensivo. Poderemos fazê-lo também em sede de *habeas corpus* (p. 71 e 72).

As tais “circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal”, contudo, não são exemplificadas. Gilmar Mendes não diz quais seriam essas circunstâncias, como o Ministro Barroso não explicita quais seriam os supostos danos à efetividade e à credibilidade da justiça decorrentes da manutenção da jurisprudência anterior.

Em todos os casos, contudo, malgrado os ensaios de um sopesamento, o balanceamento funciona como uma “poderosa metáfora” (TSAKYRAKIS, 2009) que pretende capturar, como um todo, o melhor método de tomada de decisão. Em certo sentido, o equilíbrio parece ser uma forma básica de raciocínio e, certamente, uma forma básica de raciocínio prático. Isso parece plausível apenas sob o pressuposto de que todo pensamento que temos ou escolha que fazemos é (ou pode ser representado como sendo) em conflito com o seu oposto. De acordo com Tsakyrakis, a ideia de tudo em constante conflito com o seu oposto (algo análogo à noção hegeliana de que cada tese tem que ser confrontada com uma antítese) tem o grande apelo da simplicidade e do *all-inclusiveness* (da abrangência). Cada curso de ação pode ser representado como o resultado de uma escolha entre si e outras opções. E toda escolha que fazemos pode ser descrita como a resolução de uma divergência entre inúmeras alternativas (TSAKYRAKIS, 2009, p. 469). A metáfora também sugere precisão. Nós pesamos as coisas e nossas decisões têm a precisão que a pesagem – como cálculo – produz. “A balança como um símbolo de justiça expressa a antiga e bem conhecida busca de investir os julgamentos judiciais da precisão das ciências naturais” (TSAKYRAKIS, 2009, p. 469) ⁴⁴. A metáfora do balanceamento cumpre bem aquele papel de “objeto evocativo” no sistema utópico de representações do direito descrito por Warat (1994, p. 24), sendo suficientemente vaga para incluir uma grande variedade de razões e ações humanas, enquanto seduz e impede a reflexão.

Ainda na trilha da crítica de Stavros Tsakyrakis, é importante colocar que a abordagem falha, espetacularmente, em entregar o que promete. No mínimo, seria de se esperar que a

⁴⁴ No original: “*The scale as a symbol of justice expresses the ancient and well-known quest of investing judicial judgments with the precision of natural sciences.*”

abordagem do balanceamento lançasse alguma luz sobre a “caixa preta” (“*black box*”) de comparações entre os valores fracamente incomensuráveis. O que encontramos, em vez disso, é uma avaliação caracteristicamente “impressionista” dos pesos relativos das considerações em competição (ou concorrência), o que não se presta a uma reconstrução racional do caminho argumentativo que levou à decisão particular. O raciocínio é conciso e não consegue identificar a contribuição que diferentes considerações dão para o resultado (TSAKYRAKIS, 2009, p. 469; ver também RODRIGUEZ, 2013, p. 70).

Além disso, por meio da interação dos direitos fundamentais (como o da liberdade) com as leis que os restringem, os direitos fundamentais se tornam porta de entrada para mecanismos repressivos da ponderação. Justamente esses processos de ponderação nivelam por baixo o significado especial dos direitos fundamentais para a salvaguarda da autonomia e “catapultam” com isso, simultaneamente, os demais bens jurídicos para o mesmo nível dos direitos fundamentais (FISCHER-LESCANO, 2016, p. 38). Dessa forma, os objetivos (supostamente consensuais) do Estado são transformados em valores constitucionais. A coordenação das diferentes posições de direitos fundamentais em conjunturas multipolares de conflitos pode resultar, nas palavras de Andreas Fischer-Lescano, “que deveres de penalização sejam deduzidos dos direitos fundamentais (ao menos de forma indireta). A função originária dos direitos fundamentais de salvaguardar a autonomia é posta, com isso, de cabeça para baixo” (FISCHER-LESCANO, 2016, p. 39) e direitos fundamentais e humanos “são transformados em normas autorizativas para o Estado interventor” (FISCHER-LESCANO, 2016, p. 43), em “títulos de intervenção”.

Na esteira desses argumentos, o autor alemão cita duas críticas comuns ao modelo de ponderação, entre as quais a da escola de Carl Schmitt, a qual preceitua que a referência a uma ordem unitária de valores seria uma fórmula de ocultamento de um decisionismo judicial; mais precisamente, de um decisionismo interpretativo (FISCHER-LESCANO, 2016, p. 47), de forma que o arranjo de concretização de normas no Estado de Direito teria se deslocado em favor do judiciário. O legislador teria se transformado em um emissor de diretivas, cuja consequência seria a suave transição de um Estado de legislação parlamentar para um Estado judicial de tribunais constitucionais (FISCHER-LESCANO, 2016, p. 47).

4.3. OS ARGUMENTOS NÃO JURIDICAMENTE CODIFICADOS

Dentre os argumentos aos quais o jurista pode recorrer para reivindicar a correção de sua escolha interpretativa estão aqueles que Gustavo Just denomina de não juridicamente codificados (JUST, 2016, p. 4) ⁴⁵, a exemplo de doutrinas filosóficas, políticas, econômicas ou religiosas, exemplos literários, conhecimento comum, etc., com frequência e importância variáveis de acordo com a cultura legal em consideração, e mesmo dentro de um sistema jurídico particular, tanto quanto é variável a avaliação de sua legitimidade, especialmente quando não eficientemente incorporados dentro de um dos padrões interpretativos referidos acima.

A baixa incidência desse tipo de argumentação nos acórdãos analisados não necessariamente aponta para uma pouca relevância. Há, com efeito, uma predominância na utilização dos textos constitucionais e legais, bem como de precedentes ou súmulas do próprio STF e de textos e trabalhos de autores nacionais do campo jurídico. Ainda, há o uso do direito positivo estrangeiro e da literatura jurídica não nacional, sobretudo como *standards*. Mas, a despeito da baixa incidência da “literatura não jurídica” em seu conjunto, as poucas aparições nos discursos dos Ministros se dão em contextos que permitem algumas conclusões importantes e que corroboram outros estudos.

Foi possível avaliar, por exemplo, o peso relativo entre as argumentações e concluir que aquela com a maior relevância para uma retórica da objetividade é a de natureza estatística. O voto do Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84.078, é o primeiro a se referir a dados coletados pelo próprio Ministro acerca da quantidade de recursos extraordinários dos quais foi relator e que foram providos nos últimos dois anos. Foram providos menos de 4% dos casos. O argumento é o de que a Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como a emenda que instituiu a reforma do Judiciário, “ao condicionar a admissibilidade do Recurso Extraordinário à estrita demonstração, em cada caso, da presença de repercussão geral, veio a reforçar o entendimento de que é compatível com o nosso sistema constitucional a execução da pena após o esgotamento dos graus de jurisdição ordinária”, em uma tendência de “racionalização da atividade jurisdicional, restringindo as hipóteses de exame de mérito do recurso extraordinário” e contribuindo para a “concretização do direito à razoável duração do processo”, de forma que seria possível sustentar a existência de “uma *voluntas legis* no

⁴⁵ No original: “*non-codified arguments*”.

sentido da possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, contra a qual estejam pendentes de julgamento, apenas, os recursos excepcionais”.

Em outras palavras, mais adiante, Joaquim Barbosa afirma que o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, pelo menos no que diz respeito ao recurso extraordinário da competência do STF, “há de ser (...) conciliado (e ponderado) com a regra constitucional segundo a qual o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratam de questões jurídicas que transcendam o interesse subjetivo do recorrente” e, para convencer no sentido de que não se pratica injustiça *in concreto* nos casos nos quais, em linha com os precedentes mais antigos da Casa, malgrado a interposição de recursos extraordinários – inaptos à reapreciação dos fatos – os réus passam a cumprir pena em sede de “recolhimento provisório”, argumenta que “na maioria esmagadora das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45” e, finalmente:

Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um **dado relevante**: de um total de **167 RE's julgados**, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, **30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo**. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser **facilmente resolvidos por habeas corpus**, foram providos menos de 4% dos casos (p. 1.145, grifo do autor).

A argumentação é relevante (é a única naquele HC 84.078) porque constituirá um ponto de partida para novas argumentações em torno de estatísticas, desta vez na apreciação do HC 126.292 pelo relator Ministro Teori Zavascki, que faz expressa referência ao voto do Ministro Joaquim Barbosa para dele extrair ilações outras, de cunho pretensamente estatístico. Teori argumenta em torno do “fato” de que “a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado” e, como reforço, insiste na não-predisponência específica dos recursos de natureza extraordinária para examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos, destinando-se, principalmente, à preservação da higidez do sistema normativo, o que se teria mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada.

Partindo daí, ressalta que “mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente”, para concluir que:

Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. Daí a constatação do Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84078 (p. 16).

A sentença é seguida da citação, *in verbis*, do trecho do voto do Ministro Barbosa citado acima e de outro que imediatamente lhe antecede e a assertiva no sentido de que muito dificilmente os recursos excepcionais serviriam para modificar a situação do apenado somente enfatiza o esforço persuasivo de Teori Zavascki em torno de sua interpretação.

O Ministro Zavascki vai além e ressalta que os dados obtidos por Joaquim Barbosa não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), “os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso”. Ademais, enfatiza, com certo tom consequencialista, que:

a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indistintos propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória (p. 16-17).

As afirmações não se apoiam, contudo, em novos dados. Pelo menos não em dados que hajam sido expressos no voto. Todavia, pouco mais adiante Zavascki se vale dos registros do juiz de direito e professor Fernando Brandini Barbagalo sobre o ocorrido na ação penal subjacente ao HC 84.078 para aduzir que “esse fenômeno [a prescrição da pretensão punitiva ou executória em vista da interposição de recursos com propósitos protelatórios], infelizmente frequente no STF, como sabemos [não há dados que lastreiem essa observação do Ministro com relação ao STF, aqui], se reproduz também no STJ”. Naqueles registros de Barbagalo, acerca de a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar Coelho Vitor, verificou-se que a ação penal, nos termos utilizados por Teori, “resultou na extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, impulsionada pelos sucessivos recursos protelatórios manejados pela defesa”, de forma que o Ministro conclui que, “ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam [os apelos extremos] representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”, cumprindo ao Poder Judiciário, nesse quadro, e, sobretudo, ao STF, “garantir que o processo – único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal –, resgate essa sua inafastável função institucional”.

O Ministro Luís Roberto Barroso trouxe diversas estatísticas para apoiar seu voto. Inicialmente, fazendo o que ele mesmo chamou de “brevíssima digressão doutrinária”,

argumentou no sentido de que, em 2009, ano de julgamento do HC 84.078, teria havido uma “primeira mutação constitucional (...), quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena” e que “já agora [na ocasião do julgamento do HC 126.292] encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação”, sustentando que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias teria produzido três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, “funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. (...) com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus”. Para demonstrar a ineficácia dessas impugnações e, portanto, a desrazão de uma interpretação do art. 5º, LVII, da Constituição, que impossibilitasse a execução antecipada da pena, Barroso trouxe ao seu voto “dados oficiais” da assessoria de gestão estratégica do próprio STF – dados esses mais bem detalhados nas notas que rodapé que acompanhavam o voto com os comentários do próprio Luís Roberto –, a fim de dar a conhecer que:

No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões (p. 33).

Em segundo lugar, de acordo com Barroso, aquela primeira mutação constitucional teria dado ensejo a um reforço da “seletividade do sistema penal”, quando “a ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos” e, em regra, “os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação”. O Ministro não trouxe dados para apoiar a tese, portanto não vamos nos alongar aqui.

Em terceiro lugar, o novo entendimento teria contribuído significativamente para “agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”, posto que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena teria conduzido “massivamente” à prescrição da pretensão punitiva ou ao “enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva”. Em ambos os casos, segundo o Ministro, “produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não

serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados”. É na nota de rodapé que Luís Roberto Barroso faz contar, a título de exemplo do quanto afirma que:

De acordo com o CNJ, somente nos anos de 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção e lavagem de dinheiro <http://www.cnj.jus.br/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012> (p. 34).

Mais à frente, quando o Ministro Barroso vai tratar do “fundamento infraconstitucional legitimador da prisão após a condenação em segundo grau”, ele retoma os dados da assessoria de gestão estratégica do STF ao tratar da, na sua visão, “afronta à ordem pública”, quando a credibilidade do judiciário se vê “inevitavelmente abalada com a demora da repreensão eficaz do delito”, para enfatizar que:

A afronta a ordem pública torna-se ainda mais patente ao se considerar o já mencionado baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários, inferior a 1,5% (em verdade, inferior a 0,1% se considerarmos apenas as decisões absolutórias), sacrificando os diversos valores aqui invocados em nome de um formalismo estéril (p. 45-46).

Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski se utiliza da argumentação de natureza estatística para tentar promover a ideia contrária, no HC 126.292. Ele vota pela concessão da ordem e seu voto, curto, é orientado principalmente pela “taxatividade” do dispositivo constitucional inscrito no art. 5º, LVII, da Constituição da República, que não se pode interpretar, segundo ele. “Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da (...) escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, (...)”. Vota pela concessão da ordem e se utiliza dos números para tentar convencer das consequências negativas de uma guinada da Corte à interpretação que autoriza a execução provisória da pena com relação à população de presos do país. Lewandowski, porém, não explicita qual a fonte dos dados apresentados:

Eu queria, também, finalizar e dizer o seguinte: eu tenho trazido sempre a esta egrégia Corte alguns números que são muito impressionantes relativos ao nosso sistema prisional, dizendo que nós temos hoje no Brasil a quarta população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia, nós temos seiscentos mil presos. Desses seiscentos mil presos, 40%, ou seja, duzentos e quarenta mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos crescer dezenas ou centenas de milhares de novos presos (p. 101).

Outros argumentos não codificados ocupam apenas um lugar lateral no discurso. Não há um uso abundante de citações diretas externas ao direito, mas há referências diretas e

indiretas a conceitos e obras de autores como à tese do “homem cordial”, do historiador Sérgio Buarque de Holanda, mencionada quando o Ministro Eros Grau, referindo-se ao sentimento, poderíamos dizer de “justiçamento”, que acomete os brasileiros diante da escalada da violência e da impunidade no país, afirma que “em certos momentos a violência integra-se ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros” (HC 84.078, págs. 1.085-1.086); referência há à obra filosófica de Tomás de Aquino, quando o Ministro Celso de Mello, aduzindo que “a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder” registra que “na realidade, a presunção de inocência, a que já se referia Tomás de Aquino em sua *“Suma Teológica”*, constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta Inglesa (1215)” (HC 126.292, pág. 80); também há referência à obra do escritor, poeta e político italiano Dante Alighieri *“Divina Comédia”*, quando o Ministro Ricardo Lewandowski compara o sistema prisional do Brasil a um “verdadeiro inferno de Dante” (HC 126.292, pág. 98). Lewandowski diz estar, ainda, “atento à leitura dos historiadores e dos sociólogos brasileiros, (...) sobre esse argumento, que, em nossa história, a propriedade sempre foi um valor que se sobrepôs ao valor da liberdade” (HC 126.292, pág. 98), mas sem citar quais seriam esses historiadores e sociólogos. Nada obstante, essas referências parecem compor tão somente o *ornatus* do discurso, não tendo qualquer peso decisivo na argumentação geral.

Os argumentos de conhecimento comum também aparecem, na forma de ditos populares, como se tornou a parêmia “olho por olho, dente por dente”, extraída do princípio da lei de talião, invocada por Eros Grau ainda na linha de sua crítica ao “justiçamento” popular, ao advertir que “é bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética – qualquer ética – o que irremediavelmente nos conduz ao ‘olho por olho, dente por dente’” (HC 84.078, pág. 1.086), ou “trocar seis por meia dúzia”, expressão popular que acompanha o raciocínio de Ricardo Lewandowski ao redarguir o Ministro Luiz Fux, no sentido de que, malgrado as providências que vêm sendo tomadas pelo STF para reduzir o número de presos provisoriamente ou preventivamente através de medidas restritivas em substituição a penas provisórias, visando a diminuir o impacto dessas prisões no sistema carcerário, e aduzidas por Fux como um aparte ao dados apresentados por Lewandowski, nestes termos: “Vossa excelência me permite – é claro, eu não quero ser jocoso, nem irônico –, nós vamos trocar seis

por meia dúzia, nós vamos trocar duzentos e quarenta mil presos provisórios por duzentos e quarenta mil presos condenados em segundo grau” (HC 126.292, pág. 102).

Também os argumentos de conhecimento comum podem ser identificados no voto da Ministra Ellen Gracie, que se utiliza de uma sátira “conhecida” para lembrar os tempos em que “ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas”, em que “o recolhimento à prisão era a regra”, entre nós o tempo do chamado Estado Novo:

No campo mais ameno da sátira, é conhecida a história da lebre que, ao cruzar a fronteira da ex-URSS, encontrou-se com uma doninha. Esta lhe perguntou: “por que você está fugindo?” Diz a lebre: “Mandaram prender todos os camelos.” E a outra, atônita: “Mas você não é um camelo!” “Claro”, remata a lebre, “mas como é que eu faço para provar isso?” (p. 1.170).

Ademais, o uso de expressões mais próximas da coloquialidade e a adoção de um padrão mais informal da linguagem sugerem concessões da polidez. Investigar as convenções de polidez de um dado gênero ou tipo de discurso é um modo de obter percepção das relações sociais dentro das práticas e dos domínios institucionais, aos quais esse gênero está associado. A teoria da polidez na linguagem pressupõe um conjunto universal de “desejos de face” humanos: “as pessoas têm ‘face positiva’ – querem ser amadas, compreendidas, admiradas, etc. – e ‘face negativa’ – não querem ser controladas ou impedidas pelos outros” (FAIRCLOUGH, 2001a, p. 203). Essa teoria analisa a polidez em termos de conjuntos de estratégias da parte dos participantes do discurso para mitigar os atos de fala que são potencialmente ameaçadores para sua própria “face” ou para a dos interlocutores. A ideia pode ser, também, de promover essa “face” a partir do ajuste das fórmulas disponíveis às diferentes classes de receptores com propósitos persuasivos ligados a um *pathos* específico (favorecimento da polidez positiva recíproca).

Como no uso dos argumentos de conhecimento comum a partir de ditos populares, a intenção parece ser a de impressionar os cidadãos, partindo-se de uma argumentação por autoridade cuja forma de pensar subjacente diz que “uma posição é tanto mais correta quanto mais pessoas concordarem com ela” (RODRIGUEZ, 2013, p. 71), tudo com o fim de demonstrar, em último caso, que a decisão reivindicada é a decisão correta à luz do direito posto. Trata-se de persuadir os cidadãos de que a solução para o caso só pode ser uma: aquela veiculada naquela demanda específica e, portanto, de uma retórica da objetividade. “O juiz, quando decide, dirige-se às partes, aos advogados, a seus colegas juízes, mas também aos cidadãos em geral. Desde que o Poder Judiciário deixou de ser subordinado ao Executivo, ele

estabeleceu uma relação independente com a esfera pública” (RODRIGUEZ, 2013, p. 71). E aí vemos enunciados como: “a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí cada qual com o seu porrete, arrebetando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete!” (Min. Eros Grau, HC 84.078, pág. 1.089); ou “Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado” (Min. Ricardo Lewandowski, HC 126.292, pág. 78); ou mesmo na lembrança do Ministro Marco Aurélio, no HC 126.292, transcrita abaixo, que faz referência a uma memória coletiva:

Admito que a quadra é de delinquência maior, tendo em conta, até mesmo, o crescimento demográfico desenfreado, ocorrido nos últimos quarenta e cinco anos. Lembremo-nos da Copa de 1970, Zagalo, Pelé e companhia, quando se ouvia o refrão: “Noventa milhões de brasileiros em ação”. Hoje somos duzentos e cinco milhões de brasileiros em ação (HC 126.292, p. 76).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Propomo-nos, nesta dissertação, a examinar, de uma perspectiva observacional, o raciocínio estratégico e a argumentação em torno das escolhas interpretativas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que julgaram, de maneira contraposta, os *habeas corpus* de nº 84.078 e nº 126.292, neste último caso autorizando, ao contrário do primeiro, a execução antecipada da pena privativa de liberdade quando mantida a condenação em segunda instância, portanto, antes do trânsito em julgado apesar da proibição inscrita no dispositivo do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988.

Partimos da premissa, formulada por Just, de que as decisões interpretativas são discursos orientados à objetividade, os quais têm a pretensão de se apresentarem, justificarem-se e perceberem-se como o resultado de critérios neutros e impessoais, e não como a expressão da arbitrariedade ou das preferências subjetivas do julgador; e buscamos investigar a hipótese de que toda escolha interpretativa tem um impacto na persuasão e na objetividade da decisão que está sendo proferida e, também, um reflexo potencial sobre o poder do intérprete na prolação de futuras decisões; em consequência, um dos fatores de influência das escolhas interpretativas é o raciocínio estratégico que pondera os benefícios e sacrifícios (notadamente institucionais) de determinada decisão.

A análise das decisões se concentrou em dois níveis de recursos discursivos empregados pelos juristas com o fito de se desincumbirem de seu compromisso com a retórica da objetividade: a justificação da decisão interpretativa, mediante o emprego de formas argumentativas aceitas na comunidade jurídica como aptas a fundamentar escolhas interpretativas; e a invocação de argumentos não “codificados” pela cultura jurídica, como aqueles encontrados na literatura filosófica, política, econômica ou de senso comum.

O caráter irregular (e em grande medida caótico) das estruturas argumentativas concretamente empregadas indica que o discurso judicial brasileiro é marcado pela pessoalidade e por uma estrutura de agregação de opiniões, e não por uma racionalidade institucional; entretanto, essa constatação é insuficiente para se concluir pela inexistência do direito brasileiro como um campo social diferenciado e autônomo, pois esse arranjo institucional apresenta relativa funcionalidade e os discursos jurídicos nele produzidos mantêm o compromisso com a retórica da objetividade, ainda que não atendam às exigências de modelos normativos pensados em tradições estrangeiras.

Nas decisões coletadas, constatamos que esse raciocínio estratégico orientado à objetividade se expressa de quatro maneiras principais. Primeiro, no relativo prestígio que possuem os brocardos jurídicos e os métodos clássicos de interpretação (sobretudo o gramatical e o sistemático), a despeito das críticas que lhes são dirigidas no plano teórico; segundo, na utilização fluida dos princípios jurídicos, sem o apego aos esforços metodologizantes das teorias pós-positivistas; terceiro, no emprego, por vezes, comedido (e com função meramente ornamental) da argumentação não juridicamente codificada, mas, por outras, como no exemplo do discurso estatístico, de maneira clara, incisiva, persuasiva e com vistas a reforçar uma argumentação de viés consequencialista.

No tocante aos brocardos interpretativos, sua incidência foi relevante, se considerarmos outros estudos, e seu uso não teve em todo caso caráter residual, mas assumiu, por vezes, a centralidade de um argumento em favor ou contra determinada fundamentação ou decisão interpretativa e, portanto, um papel efetivo na justificação das decisões, o que demonstra que ainda possuem eles certo prestígio no raciocínio estratégico dos agentes que atuam no campo do direito.

Com relação aos elementos clássicos, a expressiva maioria das referências ao elemento gramatical é feita com vistas a reduzir a margem de interpretação do art. 5º, LVII, da Constituição, arguindo-se que uma interpretação que admita a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória não está autorizada pelo texto constitucional, que é expresso, claro e inequívoco, enquanto outras, em votos em sentido contrário, criticam um suposto apego excessivo à literalidade do inciso LVII, do art. 5º, da Constituição da República, contra a necessidade de uma interpretação sistêmica; as referências ao elemento histórico, por sua vez, são feitas, na maioria das vezes, para remontar a “uma vontade”, uma escolha, opção do legislador, parecendo ignorar a estrutura dos processos legislativos atuais. Surgem, de outras formas, acompanhadas de outros elementos, reforçando-os claramente, notadamente do elemento gramatical, ou como mera demonstração de erudição do julgador; as referências ao elemento sistemático servem para dar o “real” significado dos textos legais, sua extensão e alcance, dados reciprocamente, um texto ajudando a interpretar outro, e conformidade ao ordenamento. Surgem, por vezes, ao lado de referências à literalidade, contribuindo para desestabilizar a taxatividade do dispositivo, que precisaria ser interpretado em relação com outros; a interpretação teleológica, por seu turno, é pouco empregada, limitando-se a meras alusões aos fins da “norma”, que são declarados sem qualquer esforço argumentativo em torno deles, geralmente apoiando argumentos de autoridade.

Quanto aos argumentos não juridicamente codificados, a sua baixa incidência nos acórdãos analisados não necessariamente aponta para uma pouca relevância. Há uma predominância na utilização de textos constitucionais e legais, bem como de precedentes ou súmulas do próprio STF e de textos e trabalhos de autores nacionais do campo jurídico. Ainda, há o uso do direito positivo estrangeiro e da literatura jurídica não nacional, sobretudo como *standards*. Mas, a despeito da baixa incidência da “literatura não jurídica” em seu conjunto, as poucas aparições nos discursos dos Ministros se dão em contextos que permitem algumas conclusões importantes e que corroboram outros estudos. Aquela argumentação com a maior relevância para uma retórica da objetividade foi a de natureza estatística (iniciada por Joaquim Barbosa), especialmente com relação às restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários. Mesmo diante delas, argumenta-se, têm se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. São casos fadados ao insucesso em que não se pratica a injustiça no caso concreto. Outras referências apontam para as consequências negativas do entendimento anterior, esboçado no julgamento do HC 84.078 (Luis Roberto Barroso). Outros argumentos não codificados ocupam apenas um lugar lateral no discurso, com referências indiretas a obras e/ou pensamentos de Sérgio Buarque de Holanda, Tomás de Aquino, Dante Alighieri, compondo, aparentemente, apenas o *ornatus* do discurso, não tendo qualquer peso decisivo na argumentação geral. Os argumentos de conhecimento comum também aparecem, na forma de ditos populares ou sátira. Também o uso de expressões mais próximas da coloquialidade e a adoção de um padrão mais informal da linguagem sugerem concessões da polidez. Relação independente com a esfera pública por parte do judiciário a partir da não mais subordinação desse poder ao executivo.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ADEODATO, João Maurício. A construção retórica do ordenamento jurídico: três confusões sobre ética e direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**. Serro, n. 3, p. 103-114.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- AGAMBEN, Giorgio. **O reino e a glória: uma genealogia teológica da economia e do governo**. São Paulo: Boitempo, 2011.
- ALEXY, Robert. Justicia como corrección. **DOXA**. Alicante, n. 26, p. 161-171, 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado**. Barcarena: Biblioteca Universal Presença, 1980.
- ANGERMULLER, Johannes; MAINGUENEAU, Dominique; WODAK, Ruth. **The discourse studies reader: main currents in theory and analysis**. Edited by Johannes Angermuller, Dominique Maingueneau and Ruth Wodak. Amsterdam/Philadelphia, 2014.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.
- AUGSBERG, Ino. Reading Law: On Law as a Textual Phenomenon. **Law & Literature**, v. 22, n. 3, p. 369-393, 2010.
- AUGSBERG, Ino. A desunidade da razão na multiplicidade de suas vozes – a teoria da ponderação e a sua crítica como um programa jurídico-teórico. *In*: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BOURDIEU, Pierre. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. **Jueces para la democracia**, 47, p. 3-5, 2003.

BRUNET, Pierre; CHAMPEIL-DESPLATS, V. “La théorie des contraintes juridiques face à la théorie des sources du droit”. In: CARTUYVELS, Y., DUMONT, H., GÉRARD, Ph., HACHEZ, I., OST, Fr. e KERCHOVE, M. van de. *Les sources du droit revisitées*. Bruxelas: F.U.S.L., Louvain-la-neuve, 2012.

CASTRO JR., Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009a.

CASTRO JR., Torquato. Metáforas de letras em culturas jurídicas da escrita: como se é fiel à vontade da lei? In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009b.

CASTRO JR., Torquato. A bola do jogo: uma metáfora performativa para o desafio da pragmática da norma jurídica. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, E. C. B. (Orgs.). **Filosofia e teoria geral do direito: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Júnior**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia**. Coimbra: Centelha, 1976.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FAIRCLOUGH, Norman. Critical discourse analysis as a method in social scientific research. *In: WODAK, Ruth; MEYER, Michael (Orgs.). **Methods of critical discourse analysis***. Edited by Ruth Wodak and Michael Meyer. London, 2001b.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2003.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

FISCHER-LESCANO, Andreas. Crítica da concordância prática. *In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social***. São Paulo: Saraiva, 2016.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder**. 23. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

FREIRE, Sérgio. **Análise de discurso: procedimentos metodológicos**. Manaus: Census, 2014.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. São Paulo: UNESP, 2014.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

JUST, Gustavo; ASSIS, Igor Beltrão Castro de. A teoria dos constrangimentos do raciocínio jurídico e seu teste de verdade: uma análise retroditiva da arguição de descumprimento de

preceito fundamental nº 132/RJ. **Revista Caderno de Relações Internacionais**. Recife, v. 5, n. 8, jan./jun., 2014, p. 159-206.

JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUST, Gustavo. Interpretative Choices and Objectivity-Oriented Legal Discourse: A Strategic Analysis of the ECtHR Ruling on the French Face Veil Ban. **International Journal for the Semiotics of Law-*Revue internationale de Sémiotique juridique***, v. 29, n. 3, 2016, p. 577-594.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. *In*: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt**: a política entre a especulação e a positividade. Barueri: Manole, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

KLAFKE, Guilherme Forma. Os acórdãos do STF como documentos de pesquisa e suas características distintivas. **FGV Direito SP Research Paper Series**, n. 132, out. 2015.

KRELL, Andreas J. Discricionarietà administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista ESMAFE: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região**. n. 8, dez. 2014, p. 177-224.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 10, n. 1, p. 295-320, jan. 2014.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LADEUR, Karl-Heinz; CAMPOS, Ricardo. Entre teorias e espantalhos – deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. *In*: CAMPOS, Ricardo (org.).

Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; BERCOVICI, Gilberto. Entrevista com Friedrich Müller. **Revista Sequência**, n. 51, p. 9-30, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MARCONDES, Danilo. A teoria dos atos de fala como concepção pragmática de linguagem. **Filosofia UNISINOS**. São Leopoldo, v. 7, n. 1, p. 217-230, set./dez., 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PÊCHEUX, Michel. **Semântica e discurso: uma crítica à afirmação do óbvio**. 5. ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 2014.

PIMENTEL, Vinícius Silva. **Interpretação, racionalidade e retórica da objetividade no reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar: um exame do raciocínio estratégico dos tribunais estaduais e do Supremo Tribunal Federal**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma – a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. *In*: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo. *In*: BOUCAULT, C. E. de A; RODRIGUEZ, J. R. (Orgs.). **Hermenêutica plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** – para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROSA, Carlos Augusto de Proença. **História da ciência**: o pensamento científico e a ciência no século XIX. 2. ed. Brasília: FUNAG, 2012.

SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Campinas: Edicamp, 2001.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. *In*: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

SHERWIN, Richard K. The narrative construction of legal reality. **Journal of the association of legal writing directors**, v. 6, p. 88-120, fall 2009.

SOBOTA, Katharina. **International Journal for the Semiotics of Law – Revue Internationale de Sémiotique Juridique**. Heidelberg, v. 4, n. 1, p. 45-60, 1991.

SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito**: uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

TRAVESSONI, Alexandre. Pós-positivismo jurídico. *In*: TRAVESSONI, Alexandre (org.). **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. São Paulo: LTr, 2011, p. 319-324.

TROPER, Michel, CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique e GRZEGORCZYK, Christophe. **Théorie des Contraintes Juridiques**. Paris: L.G.D.J, 2005.

TROPER, Michel. Uma teoria realista da interpretação. **Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus**. Fortaleza, ano 4, n. 8, p. 280-300, 2006.2.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: an assault on human rights? **I CON**. Oxford University Press and New York University School of Law. New York, n. 3, v. 7, p. 468-493, 2009.

DIJK, Teun A. van. **Discurso e contexto**: uma abordagem sociocognitiva. São Paulo: Contexto, 2012.

DIJK, Teun A. van. **Discurso e poder**. 2. ed. 2. reimp. São Paulo: Contexto, 2015.

VOGEL, Friedemann. **Calculating legal meanings?** Drawbacks and opportunities of corpus assisted legal linguistics to make the law (more) explicit. Disponível em: https://www.friedemannvogel.de/media/texte/FVogel_CalculatingLegalMeanings_06032015_preprint.pdf. Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Maria França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV, São Paulo**. São Paulo, v. 5, n. 1, p. 21-44, jan./jun. 2009.

WAGNER, Roy. **Símbolos que representam a si mesmos**. São Paulo: Editora UNESP, 2017.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. v. 1: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WEBER, Max; MAXIMILIAN, Karl Emil. **From Max Weber**: essays in sociology. Translated, edited and with an introduction by H. H. Gerth and C. Wright Mills. New York: Oxford University Press, 1946.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**: esbozo de sociología comprensiva. Madrid: FCE-España, 2002.

WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais**. 5. ed. São Paulo: Cortez; Campinas/SP: Editora da Unicamp, 2016.

WODAK, Ruth. What CDA is about – a summary of its history, important concepts and its developments. In *Critical discourse analysis as a method in social scientific research*. In: WODAK, Ruth; MEYER, Michael (Orgs.). *Methods of critical discourse analysis*. Edited by Ruth Wodak and Michael Meyer. London, 2001.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1988.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Justificación de las decisiones jurídicas**: sentido y hecho en el derecho. 2. ed. Lima: Grijley, 2013.

ZACCARIA, Giuseppe. De nuevo sobre la interpretación y los principios jurídicos. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. Granada, v. 44, p. 281-292, 2010.