

O CARÁTER PROBLEMÁTICO DAS CONDUÇÕES COERCITIVAS INTERPRETADO A PARTIR DA RETÓRICA ANALÍTICA: REVISITANDO AS ADPFs 395 E 444 SOB O ÂNGULO DA EFETIVIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL E DO DISCURSO CONCRETIZADOR DOS DIREITOS HUMANOS

Tomás Pires Acioli

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE
Pesquisador Bolsista do PIBIC/FACEPE
Ex-Monitor Bolsista

RESUMO: O presente trabalho se propõe a uma análise retórica, a partir do modelo formulado por Ottmar Ballweg, cujo objeto consiste nos votos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento conjunto das ADPFs 395 e 444. Busca-se enquadrar epistemologicamente o entimema (silogismo retórico) para, então, prosseguir-se à desconstrução retórico-analítica do discurso judicial, verificando a prevalência do sujeito ou objeto no discurso, bem como a preponderância ou não de elementos argumentativos extrajurídicos, como a opinião pública, economia e ideologia, e em que medida a apreciação de tais elementos influencia o evento comunicativo entre o juiz e o auditório, a ponto de se cogitar da possibilidade de se tratar o raciocínio judicial como resultado de uma operação eminentemente retórica.

PALAVRAS-CHAVE: Análise retórica. Interpretação autêntica. Direitos humanos. Processo penal. Conduções coercitivas. Persecução penal.

INTRODUÇÃO

O julgamento das ADPFs 395 e 444, na condição de ações típicas do controle objetivo de constitucionalidade, evidencia o paradoxo teórico que, em tema de argumentação jurídica, com frequência se faz presente na interpretação em torno de determinada questão constitucional. Este paradoxo, sob o prisma da

ironia e da retórica estratégica mesma, revela, segundo o ponto de partida dos retóricos, a incompatibilidade entre a afirmação do método silogístico do raciocínio jurídico e os significados diversos atribuídos pelo intérprete autêntico aos objetos do discurso.

Presente o contexto no qual se obtém soluções diametralmente diversas e concretamente incompatíveis, ainda que formalmente justificadas, pelo orador, no direito positivo, torna-se possível ter como pressuposto inicial de uma análise retórica a circunstância de que a constitucionalidade problemática de disposições normativas infraconstitucionais abstratas é superada por meio de uma retórica estrategicamente voltada à persuasão, fazendo prevalecer, na hipótese concreta, um determinado “preceito fundamental” por meio de critérios pretensamente racionais, tais como a técnica da ponderação.

Uma exposição argumentativa de tal natureza, considerado este suposto que consiste na preponderância da retórica dos direitos humanos no constitucionalismo moderno, mediante a atribuição de significados a cláusulas de garantias fundamentais porosas, busca fundamento na afirmação de se preservar, racionalmente, elementos e conceitos como o “Estado de Direito”, “as garantias fundamentais” e, como no caso, uma noção específica de “direitos humanos”, de forma a superar a colisão aparente de cláusulas constitucionais, tal como posta nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental.

No paradigma das ADPFs 395 e 444, prevaleceu a tese de que as conduções coercitivas do sujeito passivo da persecução penal violam garantias fundamentais do investigado, argumentando-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade deste instituto processual não revelaria prejuízo a efetividade *persecutio criminis*. Cogita-se, portanto, da hipótese de que os argumentos veiculados nos votos do julgamento conjunto das ADPFs se situam no âmbito da retórica estratégica, sendo as premissas em cada qual escolhidas com a finalidade de persuadir o sujeito passivo do evento comunicativo acerca de determinado significado, apondo este no contexto metalinguístico da retórica analítica.

Sendo esse o objeto do presente estudo, pretende-se identificar e mapear as estratégias e as premissas explicitadas no julgamento da questão constitucional que envolve, ainda que implicitamente, a garantia da efetividade da persecução penal contraposta a um significado próprio atribuído pelo intérprete autêntico à noção macroscópica de “direitos humanos”. Este expediente, vale destacar, por si só, já constitui uma forma de retórica, ainda que o admitir se apresente disfuncional do ponto de vista argumentativo, já que modernamente se espera do juiz um discurso afirmativamente racional.

1. RETÓRICA COMO MÉTODO NO DIREITO E NA ANÁLISE DO DISCURSO

A adoção de um método próprio ao direito, notadamente no que se refere ao raciocínio jurídico enquanto núcleo autônomo do conhecimento, consiste em complexo debate na teoria jurídica. Se, de um lado, os teóricos modernos sustentam a aplicação de um método silogístico clássico, intrinsecamente ligado à noção de uma verdade incontestável no direito, afirmam os retóricos, de outro, a aplicabilidade da retórica enquanto método no direito, situando a argumentação jurídica no âmbito do plausível, e, por isso, do verossímil.

No âmbito da meta-linguagem, a retórica-analítica constitui o método de análise do discurso judicial, possuindo, por isso mesmo, função eminentemente descritiva, e não prescritiva, voltando-se à apuração do conteúdo das retóricas materiais, como regras formais da retórica prática, estas revestidas de uma função dogmática propriamente dita. Assim, em uma perspectiva externa, a retórica analítica pretende visualizar relações entre sujeitos, objetos e sinais em diferentes planos: fonética, holística e semiótica.

Pode-se falar, desse modo, que, de um ponto de vista retórico-analítico, os níveis da retórica aplicados ao direito dogmático se subdividem também em três subníveis. O primeiro deles, o da retórica material, consiste na linguagem em si, no “fato linguístico compreensível dos eventos”, o qual, a seu turno, é composto por signos que, uma vez empregados na redação de determinada espécie normativa, ganham um significado lógico dotado de autoridade. O segundo nível é o da retórica estratégica, essencialmente prática e consubstanciada em estratégias que visam um fim específico, de modo a refletir métodos de interpretação, inovação e superação das espécies oriundas daquele primeiro nível. Finalmente, o terceiro nível corresponde à retórica analítica na linguagem, que, no direito, seria o equivalente à filosofia/teoria do direito, cujo desiderato é mesmo o questionamento e a crítica aos institutos materializados e legitimados pelo primeiro nível e manipulados dogmaticamente de acordo com as relações e objetivos visados no nível da retórica estratégica.

Esse terceiro nível, o da retórica analítica aplicada ao discurso judicial (portanto aplicada aos outros dois níveis) consiste na metodologia ora adotada, cuja finalidade é exatamente questionar e criticar as relações entre sujeitos, entre sujeitos e objetos e entre sujeitos e sinais, mapeando os elementos de ordem persuasiva empregados nesses processos, a partir da premissa de que a lógica jurídica se aproxima do silogismo retórico ou entimema.

As formas às quais nos referimos consistem, na verdade, em métodos de manipulação de conceitos jurídicos e de suas fontes. No plano da meta-linguagem,

sua funcionalidade dimana de sua condição de liame entre os fins que guiam a conduta do intérprete e os meios que o conduzem a tais fins. Com efeito, é característica própria e regular da função interpretativa, que se apoia no direito posto, a afirmação de que ela em si se trata de um procedimento lógico-inferencial, procedimento que possui por essencial finalidade a extração, ou o conhecimento, de um significado contido no objeto normativo, consagrador este de um conceito abstrato positivado pela ordem jurídica por meio de um procedimento regulado por esta idêntica ordem normativa – seja na portaria, no regulamento, na lei ordinária ou na própria Constituição. E essa função se instrumentaliza e efetivamente se legitima através do método, que reveste a conclusão – o preceito secundário – da credibilidade e legitimidade inerente, por exemplo, aos atos de jurisdição.

Tais métodos são mais ou menos aceitos dentro de um determinado contexto, sobre o qual influem fatores sociais, políticos, as virtudes e os vícios subjetivos dos intérpretes.

Este processo se manifesta, sobretudo, ao instaurar-se a jurisdição constitucional concentrada, no processo de fiscalização normativa abstrata. Autorizada, pela própria Constituição, a instauração desse exercício a um específico grupo de entes e sujeitos investidos de legitimidade *ad processum*, a ordem positiva do Estado consagrou instrumentos múltiplos viabilizadores do exercício deste direito público subjetivo e abstrato de ação, de modo a possibilitar que o controle normativo da constitucionalidade se faça incidir sobre quaisquer espécies normativas que, em vigor, revelem contrariedade à Constituição, sob o ângulo, unicamente, do conteúdo normativo de tais espécies. Ademais, para que tal suceda, como é, por exemplo, a hipótese da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, independe se tratar esta espécie de um ato normativo anterior ou posterior à promulgação da Constituição da República (BARROSO, 2012, p. 102).

Nesse contexto, abstraindo-se a pretensa racionalidade imanente ao discurso jurídico, o recurso aos cânones clássicos da retórica pretende evidenciar os elementos persuasivos do discurso judicial relativo ao processo de concretização dos direitos humanos e garantias fundamentais no bojo da interpretação autêntica. Tem-se como aporte metodológico o conceito da tripartição dos níveis da retórica, conceito esse que se atribui à obra de Ottmar Ballweg (1991b), em retórica material, estratégica e analítica, sendo esta segunda a tecnologia própria dos discursos judiciais, voltados à persuasão. De outro lado, a retórica analítica pretende-se desvinculada das finalidades subjetivas e dos compromissos com as estratégias de persuasão dos outros dois níveis da retórica, buscando analisar o discurso sob o prisma da estrita objetividade. Por essa razão, a análise retórica tem o papel apenas descritivo e não prescritivo – e, bem por isso, não dogmático –, como adverte Parini (2017, p. 115-135).

Pressupõe-se um alto grau de retoricidade dos discursos jurídicos, muito embora raramente sejam explicitados os elementos retóricos que os compõem, justamente por razões de persuasão e funcionalidade (SOBOTA, 1996, p. 251-273). Caso contrário, assumem os retóricos que ter-se-ia por perdido o elemento da racionalidade, subjacente à ordem positiva, e que qualifica a legitimidade mesma do processo da decisão jurídica. Inobstante, a retórica analítica busca investigar os elementos retoricidade que impregnam o discurso jurídico, de um ponto de vista quantitativo, e o valor das características alegadamente implícitas à noção de direitos humanos que tais elementos atribuem, do ponto de vista qualitativo.

1.1. DIMENSÕES DA RETÓRICA ANALÍTICA EM BALLWEG

Como dito anteriormente, a análise retórica possui função apenas descritiva, e não prescritiva (PARINI, 2017, p. 115-135) – daí não caber falar em um “papel dogmático” da análise retórica –, direcionada à apuração do conteúdo das retóricas materiais, como as regras formais da retórica prática, portanto aspectos inerentes à própria *praxis* argumentativa prescritiva, esta sim fundada na dogmática. Assim, em uma perspectiva externa, a retórica analítica pretende visualizar relações entre sujeitos, objetos e sinais em diferentes planos: fonética, holística e semiótica.

A teoria de Ballweg tem o mérito de absorver uma pluralidade de retóricas práticas, cada uma com seu próprio conjunto de exigências específicas determinantes na obtenção da persuasão (2015, p 103). O método retórico analítico (meta-retórica) busca, desse modo, um distanciamento histórico e teórico das operações dogmáticas que pretendem elucidar a situação normativa de determinado discurso jurídico. O objeto neutro e descritivo dessa dimensão metodológica da retórica pode ser concebido como um método próprio de análise e descrição do raciocínio jurídico que se constrói em torno das retóricas práticas, notadamente da retórica estratégica.

O critério da referibilidade dos discursos jurídicos (PARINI, 2015, p. 100), ou seja, a tendência à repetição de estratégias de acusação, defesa e mesmo de razões de decidir, revela interesses que sinalizam para determinados significantes a respeito de um objeto específico na situação retórica. Assim, a ideia de *ratio decidendi*, por exemplo, contida em um julgado específico emanado de uma turma de um tribunal em particular, identifica-se não necessariamente e apenas com a figura de um dos julgadores, mas com a instituição em si, o que reflete na própria forma de contenção social da arbitrariedade e no sistema de freios de contrapesos, na ordem constitucional do Estado.

Por essa razão, a análise do discurso no presente trabalho adota o modelo

proposto por Ballweg da retórica analítica (1991b, p. 175-184), com o acréscimo, porém, segundo esta compreensão, de que por detrás do sujeito que participa do evento comunicativo, especialmente se constituir o evento em questão um rito persuasivo em torno da fiscalização normativa abstrata de constitucionalidade, há sempre uma instituição que resulta como que personificada no processo enquanto sujeito retórico, o que pode acabar confundindo com o próprio sujeito, enquanto Órgão. Da seguinte forma fica delineado o esquema de Ballweg:

Vê-se que é no campo da fronética onde ocorre a interação direta do sujeito com a realidade linguística expressada de um lado pelo objeto e, de outro, pelos sinais. A investigação analítica sobre a postura do sujeito/instituição em cada uma das subcategorias, a agônica, ergônica e pitanêutica, é determinante à fixação de um ponto de partida assentado sobre o conceito de direitos humanos ou de garantias fundamentais e, por isso, também ao desenvolvimento da desconstrução retórico-analítica do discurso de cada interlocutor, que pretende ver provida determinada pretensão, chegando, ao consumir-se o ponto máximo do discurso, a uma conclusão aparentemente lógica, por vezes incompatível e inconciliável com a de seus opositores, mas sempre aparentemente racional.

Na agônica ($S \rightarrow S$), o elemento preponderante é interação entre sujeitos, de ordem a moldar a forma de como o sujeito assimila suas interações e experiências, sobretudo no contexto em que um interlocutor pede a pronúncia de inconstitucionalidade de um preceito legal.

Já na ergônica ($S \rightarrow O$), a retórica analítica acontece entre o intérprete e significado, ou sujeito e objeto, ocupando-se de definições jurídicas, políticas, ideológicas que regulam relações humanas com o mundo material, como “*periculum libertatis*”, “direitos humanos”, “garantias fundamentais”, “verdade real” etc.

A pitanêutica ($S \rightarrow Z$) sugere a análise sobre o significado das escolhas que o sujeito ativo faz sobre os sinais linguísticos. Segundo Adeodato, a analítica pitanêutica se destina à explicação do poder de definição, por meio do qual sistemas linguísticos são construídos e destruídos (2008, p. 55-82). Observe-se que, no contexto do direito dogmático, tais escolhas vinculam previamente o utente ao ônus da fundamentação, pressupostos processuais, regras de julgamento etc.

2. DESCONSTRUÇÃO RETÓRICO-ANALÍTICA DO DISCURSO PROFERIDO NO JULGAMENTO DAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N^{OS} 395 E 444

O caráter rígido do modelo constitucional brasileiro possui, como um de seus fundamentos axiológicos, o princípio da supremacia da Constituição, o que não implica dizer que o texto constitucional – a princípio rígido e somente mutável

mediante procedimentos complexamente regulados – se mantém alheio às modificações que ocorrem no *socius*. Daí os procedimentos de adaptabilidade e mutação de seu texto, tais como, por exemplo, a interpretação conforme a Constituição e o princípio da força normativa.

Desde o aparecimento de tais técnicas e doutrinas, esta cláusula se fez incorporar à argumentação constitucional, qual o postulado da supremacia da Constituição. O controle da mutabilidade constitucional pelo Judiciário, portanto sem a redução ou revogação formal dos enunciados legais incompatíveis com a Constituição, encontraria justificação teórica e política neste princípio da supremacia da lei fundamental, que pressupunha, em seu núcleo essencial, a existência de mecanismos limitadores dos abusos e do ímpeto voluntarioso dos poderes do Estado, tais como a *accountability* e os freios e contrapesos. Essas as circunstâncias, o significado prático dessa constatação é de que a obra do constituinte originário está submetida a mecanismos assecuratórios da efetividade e supremacia da própria Constituição, mediante um procedimento determinado que instaura a jurisdição do intérprete autêntico. Essa é a premissa básica do controle de constitucionalidade.

A primeira das ações que constituem o objeto deste trabalho, a ADPF 395, foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores. Afirmava-se a ocorrência de situação violadora do direito à não autoincriminação (*nemo tenetur sine detegere*), e possuía esta ação amplo objeto, eis que nela se pedia a declaração de incompatibilidade da segunda parte do art. 260 do Código de Processo Penal¹, que permite a condução coercitiva do réu ou investigado para a realização de seu interrogatório.

A segunda, a ADPF 444, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, possuía objeto mais restrito, por meio da qual se buscava a idêntica declaração de inconstitucionalidade da regra procedimental contida no art. 260, do CPP, porém apenas na fase de investigação. Sustentara-se a violação a diversas garantias de índole fundamental, dentre elas a imparcialidade, o direito ao silêncio, o sistema penal acusatório, o devido processo legal, a ampla defesa, a paridade de armas e o contraditório.

Estas ADPFs foram reunidas para julgamento em conjunto, por determinação do relator Ministro Gilmar Mendes, adotando-se analogicamente, por relevância do tema, o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99², em cujo procedimento há o oferecimento de informações pelos órgãos técnicos da República: a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, a Presidência da República, a Advocacia-Geral da

1 Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

2 Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

União e o Procurador-Geral da República.

A investigação analítica sobre a postura do sujeito/instituição em cada uma das subcategorias (agônica, ergônica, pitanêutica) pretende assumir uma posição descritiva das estratégias persuasivas de que lançam mão os sujeitos da relação comunicativa em que se discute a constitucionalidade em tese de determinado texto legal. Assume-se que, em qualquer caso, o utente parte de uma premissa genérica de proteção da supremacia da Constituição e dos direitos humanos, sendo que, conforme visto, os órgãos técnicos, os juízes e os autores das ADPFs chegam a conclusões diversas e, na sua essência, incompatíveis entre si, denotando o caráter entimemático do raciocínio alegadamente silogístico que se utiliza de uma técnica dogmaticamente aceita pelo modelo decisionista de caráter constitucional.

2.1. OS MEIOS DE PROVA DA PERSUASÃO (*ETHOS*, *PATHOS* E *LOGOS*) E O PROBLEMA DA AUTORIDADE/RACIONALIDADE

O primeiro vetor a partir do qual se analisa o discurso deve estar consubstanciado nos meios de prova técnicos da persuasão, uma vez que o *ethos*, *pathos* e *logos* se encontram, como será possível observar, conjugados em uma relação teleológica de pressuposição.

Veja-se, inicialmente, o *ethos* daquele que profere o discurso. No voto vogal do Ministro Fachin, são dedicadas as nove primeiras laudas a reflexões metafísicas acerca do sistema criminal brasileiro. Nesse contexto, ao mesmo tempo em que fixa a competência institucional do STF para julgar de modo isento e em conformação com limites constitucionalmente impostos à liberdade hermenêutica do intérprete autêntico, o fato de o Tribunal reconhecer – no *ethos* – a relevância do tema, acaba por se projetar sobre o *pathos* (PARINI, 2015, p. 73), de especial significado que se faz nos preâmbulos de votos dessa natureza, a exemplo da seguinte passagem:

Atente-se, pois, para esse limite, até porque o terror tem diversas faces. Nas ditaduras vem nas sombras. Nas democracias ele se disfarça em apuros linguísticos de verniz a fim de turvar a realidade. Alterar um sistema de Justiça Criminal notadamente injusto: esse é o destinatário dos preceitos fundamentais insculpidos na Constituição. Essa é a cruzada constitucional que ainda não se completou. O Estado de Direito, reclamado na VII Conferência da OAB, em Curitiba, e que se projetou nas conquistas democráticas de 1988, requer mais que enfrentamento retórico. A despeito do truísmo desta constatação – a flagrante e histórica desigualdade do sistema de Justiça Criminal brasileiro - , creio ser esta uma realidade que deve estar insistentemente presente na órbita das preocupações de todos,

sejam advogados, membros do Ministério Público, policiais, defensores públicos e, sobretudo, juízes. (BRASIL, 2018).

No que respeita ao *logos* do orador, o que importa, do ponto de vista individual do intérprete autêntico, é convencer primeiramente o Tribunal sobre determinada interpretação da matéria constitucional para, em seguida, convencer-se a opinião pública – sob a ótica de que os três meios de prova se confundem em um mecanismo único de persuasão – de que se está seguindo a regra lógica do sistema normativo. Esse sistema normativo, por excelência, tal como ora se cogita, não pode ser considerado resultado de uma operação fundada no silogismo formal aplicado ao direito como pretendem os racionalistas. Caso assim o fosse, não haveria que se falar em uma *ratio decidendi* na formulação do julgado enquanto precedente, em votos vencidos e vencedores no âmbito da jurisdição constitucional, o que encerra a perplexidade de que, por sua própria natureza, o discurso jurídico pressupõe a construção de um relato vencedor e, por essa razão, está necessariamente vinculado ao seu aspecto persuasivo.

A linguagem própria do intérprete autêntico, assim, busca transmitir a ideia de razoabilidade, legitimidade e imparcialidade, de modo que manter implícita parte das razões que poderiam ser consideradas interesseiras, extrajurídicas ou mesmo imorais se apresenta como um recurso expressivamente funcional ao adimplemento da exigência de se atribuir coerência e racionalidade a uma conclusão muitas vezes pré-concebida, de tal forma a ajustar essa conclusão aos cânones e parâmetros de aceitabilidade ordinariamente tidos por legítimos pela ordem positiva. Quanto ao conteúdo, portanto, o intérprete autêntico busca transmitir a percepção de um *logos* bem estruturado e direcionado pelo silogismo formal exigido pelo direito dogmático, enquanto pretende apresentar seu *ethos* em uma situação de imparcialidade e polidez que, por sua vez, coloca-se como elemento determinante à materialização do *pathos* adequado à necessária autoridade de que se deve revestir o discurso judicial e à capacidade de pacificação do dissenso em relação à opinião pública. Essa última dimensão, no modelo tripartite dos meios de prova técnicos proposto por Aristóteles (2005), tem como finalidade exatamente incutir no auditório o sentimento em relação ao orador que lhe seja mais favorável retoricamente, ainda que não seja o que propriamente reflita a qualidade de seu *logos*.

Autolegitimador nos seus propósitos, o *ethos* do intérprete autêntico, aqui projetando-se no *logos*, é que se direciona o discurso, por exemplo, já nos primeiros parágrafos do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

Registro, também, que o teor do voto que vou proferir nada mais revela e traduz senão posição que tenho invariavelmente adotado

nesta Corte a respeito, precisamente, das relações entre o poder do Estado, de um lado, e os direitos fundamentais da pessoa, de qualquer pessoa, de outro, que venha a ser submetida à ação investigatória e punitiva dos órgãos de persecução criminal.

Sabemos todos, Senhora Presidente, que a Constituição da República de 1988, passados quase 30 anos de sua promulgação, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal um papel de imenso relevo no aperfeiçoamento das instituições democráticas e na afirmação dos princípios sob cuja égide floresce o espírito virtuoso que anima e informa a ideia de República.

O novo Estado constitucional brasileiro, fundado em bases genuinamente democráticas e plenamente legitimado pelo consenso dos governados, concebeu a Suprema Corte de nosso País – que sempre se caracterizou como solo historicamente fértil em que germinou e se desenvolveu a semente da liberdade – como verdadeiro espaço de defesa e proteção das franquias individuais e coletivas, além de representar, em sua atuação institucional como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, um veto permanente e severo ao abuso de autoridade, à corrupção do poder, à prepotência dos governantes e ao desvio e deformação da ideia de Estado Democrático de Direito. Se é certo, portanto, Senhora Presidente, que esta Suprema Corte constitui, por excelência, um espaço de proteção e defesa das liberdades fundamentais, não é menos exato que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que sejam imparciais, isentos e independentes, não podem expor-se a pressões externas, como aquelas resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, sob pena de completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal. (BRASIL, 2018).

Há sempre, em função disso, no discurso judicial, uma finalidade refletora de um desejo do orador, desejo esse que se manifesta na intenção mesma de persuadir seu interlocutor, embora não seja funcional, nesse contexto comunicativo gerador de expectativas no interlocutor, explicitar esse “querer” que lhe é inerente, sob pena de tornar subjetiva e parcial uma operação que se pretende lógica e neutra. Ironicamente, adverte Parini (2016, p. 599), sabe-se que a noção de objetividade é, bem por isso, operacionalmente funcional do ponto de vista pragmático da efetivação do discurso judicial, embora a ironia jamais deva ser revelada, retoricamente, de ordem a prevenir a desnaturação da essencial ideia de neutralidade e objetividade pretensamente intrínsecas ao raciocínio jurídico.

A manipulação de termos como “bases genuinamente democráticas”, “atuação institucional”, “Estado Democrático de Direito”, “liberdades fundamen-

tais”, revela a substituição da figura humana do juiz pela figura ficcional da instituição. Note-se, nesse ponto, que quem é encarregado de guardar a Constituição e, de modo definitivo, atribuir significados e deles extrair valores de expressões abertas e frequentemente indeterminadas é a Suprema Corte, sem que isso implique dizer, ontologicamente, que, em virtude de sua obra, terá maior credibilidade o *ethos* do juiz humano, tampouco que de referida obra resultará, necessariamente, das premissas que estabelecer no julgamento, conclusões lógicas. Trata-se, na verdade, de uma ironia que, embora permaneça implícita, de fato faz o auditório assimilar com maior credibilidade o discurso no que se refere ao *ethos*. Mas, principalmente, rememora esse mesmo auditório da incumbência constitucional do intérprete autêntico, aproximando-o ao *pathos* típico das argumentações judiciais engajadas e estratégicas.

Diversa se mostra, todavia, a forma como está posta, bem assim a função a que se destina, a atuação do Procurador-Geral da República nos processos de controle normativo de índole objetiva. Com efeito, embora se tenha por de todo possível o recurso aos mesmos cânones da retórica analítica voltada à desconstrução retórica do discurso do Ministério Público, parece importante, antes disso, o estabelecimento de algumas premissas no que se refere aos seus contornos institucionais e que se apresentam relevantes à compreensão, do ponto de vista da retórica analítica, de sua posição e sua manifestação no evento comunicativo.

Sua função de *custos legis* (fiscal da ordem jurídica) não qualifica a atuação ministerial, nos processos de fiscalização abstrata, como atividade típica de intérprete autêntico, no sentido ora adotado. A especial posição institucional do Ministério Público autoriza, contudo, que o Procurador-Geral se manifeste em absoluta conformidade a sua independência funcional, o que significa que poderá curar pela presunção de constitucionalidade da norma, ou quando não atuar como autor, oferecer parecer contrariamente à constitucionalidade do objeto normativo fiscalizado abstratamente.

Não é por outra razão que a manifestação ministerial, embora não se revele alheia à essencial e principal função dos discursos judiciais – a persuasão – qualifica-se como peculiar elemento informador da interpretação da norma, ainda que não seja tal elemento impregnado da coercitividade criadora que caracteriza a interpretação judicial autêntica propriamente dita.

No processo objetivo, porque atua na condição de órgão técnico, o Ministério Público o faz de maneira dissociada, ao menos em tese, de qualquer interesse de ordem substancial quanto ao objeto da demanda. Essa dissociação, outrossim, quando não é ele próprio o instaurador da atividade judicial, assume uma posição também de ordem subjetiva, no que diz respeito ao órgão que o representa,

exatamente em função de sua natureza coadjuvante, apesar de, por evidente, o entendimento final do *Parquet* também não deixar de revelar as idiossincrasias e virtudes pessoais daquele que representa a instituição, posto que o discurso exprimido permanece como função estratégica.

Na espécie que ora se propõe analisar, o Procurador-Geral da República dispensa digressões de ordem metajurídica, adentrando diretamente no mérito e nas questões técnicas – portanto no *logos* – da matéria constitucional. Isso significa que a afirmação do *ethos* é dispensável, nesse caso, ainda mais diante do princípio da unidade, no qual os julgamentos de controle normativo abstrato autorizam, pelo procedimento, a substituição do Procurador-Geral por Sub-Procuradores em caso de necessidade, sem que, em razão disso, o Ministério Público deixe de funcionar no processo objetivo³. A propósito, os primeiros parágrafos do capítulo meritório da manifestação Ministerial, assinada pelo então Procurador-Geral, Rodrigo Janot, revelam a tecnicidade inerente ao enfrentamento da matéria quando se suscita a intervenção, exatamente, dos órgãos técnicos:

Em primeiro lugar, deve-se reafirmar que toda pessoa que figure como investigado ou réu em procedimento de natureza penal **não é obrigada** a produzir prova alguma, mormente em seu desfavor. A prova da prática criminosa é atribuição exclusiva da acusação. Disso decorre que o réu/investigado pode ficar em silêncio, e jamais se pode exigir que elabore provas em seu detrimento.

Diante de tal prerrogativa, poderia ter razão o requerente. Condução coercitiva no processo penal, contudo, somente deverá ser declarada indevida quando realizada com o fim específico de obrigar o conduzido a falar. Nesse espectro, seria evidente a não-conformação constitucional (diante de caso concreto, não em abstrato) de qualquer medida autorizadora judicialmente para esta finalidade.

No ordenamento jurídico nacional, podem-se antever duas espécies de condução coercitiva. A primeira destina-se À prática de ato processual, tratada como medida de coação pelo art. 260 do Código de Processo Penal. A segunda é medida cautelar inominada, voltada a neutralizar risco à garantia da ordem pública, da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Em decorrência do princípio da proporcionalidade, subprincípio da necessidade, a adoção desta última modalidade evita a decretação de cautelar mais gravosa, como seria, por exemplo, a de prisão.(BRASIL, 2017).

Na prática, o reconhecimento da incompatibilidade das conduções coercitivas disciplinadas no art. 260 do Código de Processo Penal com a Constituição

³ Trata-se de prerrogativa inerente ao princípio da unidade, *ex vi* do art. 127, § 1º da Constituição Federal e do art. 1º, parágrafo único da Lei n. 8.625/93.

Federal de 1988 retirou dos órgãos de persecução penal um significativo instrumento probatório, já que tornaria desnecessária, por exemplo, a decretação da prisão preventiva do acusado se o magistrado instrutor já se contentasse com a medida condutiva, que implicava uma restrição mínima, temporária e de curtíssima duração de sua liberdade.

Muito embora do ponto de vista técnico-processual, a depender da necessária consideração da espécie de prova que se pretenda colher, a condução coercitiva se revelasse um ato inócuo, pois o investigado/réu estaria acobertado, sempre, pelo privilégio contra a autoincriminação (*nemo tenetur sine detegere*), sua prescindibilidade enquanto medida cautelar de coação pessoal decorre dessa peculiar circunstância, e não necessariamente da dita violação a cláusulas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais do investigado ou acusado na persecução penal em juízo. Há quem entenda, com efeito, que a decretação de tais medidas, relativamente ao sujeito passivo da persecução penal, encontram expressivas limitações no princípio da legalidade (BADARÓ, 2018, p. 1.113) e na ausência dos poderes gerais de cautela do juiz criminal, consectários lógicos da ideia de prevalência dos direitos humanos processuais. De outro lado, também se afirma que a oposição de tais direitos contra o Estado persecutor encontra óbice na garantia da efetividade do processo penal condenatório e na própria afirmação sobre a existência dos poderes gerais de cautela também no processo-crime de conhecimento.

O Ministério Público, na sua especial posição nos processos objetivos de controle concentrado de constitucionalidade, como dito, cuida, de um lado, de informar a função judicante de uma perspectiva imparcial de *custos legis*. Mas sua outra condição de titular da ação penal pública incondicionada, sobretudo no julgamento das ADPFs 395 e 444, não autoriza concluir que se trata aquele que o corporifica de um sujeito essencialmente “ascético”. Não se pode ignorar que, ao tempo do evento comunicativo, eventual provimento de tais ações significaria a derrogação de um instrumento de que dispõe o próprio Ministério Público na persecução penal – ainda que destituído de expressiva eficácia processual –, e, caso não fossem modulados com efeitos *ex nunc* os efeitos da decisão, emergiria a questão em torno da possível desconstituição por ilicitude das provas anteriormente colhidas por esse meio.

2.2. TÓPOI NAS FONTES DO DIREITO. DIMENSÕES QUANTITATIVA E QUALITATIVA

Segundo Aristóteles (2005), no plano da *eueresis*, o retórico encontraria por meio da *inventio*, instrumentalizada pela *eloquentia*, o *topos* retórico que me-

lhor se adequaria a sua ação argumentativa. Esse *topos* específico estaria situado no catálogo de *tópoi* que caracterizam o que se entende, em retórica, por “lugar comum”, ao qual se atribui a denominação de “fontes do direito”. Portanto, as fontes do direito são o manancial de onde propriamente jorra o *topos* estratégico, impregnado de elementos extrajurídicos, mas que se legitima por meio do discurso dogmaticamente vinculado aos pontos de partida (ADEODATO, 2009, p. 213).

A dimensão tópica das fontes do direito possui um papel essencial do ponto de vista retórico-analítico. Sua preponderante característica se constitui no processo histórico, legiferante e dogmático de descrever, selecionar, quantificar e qualificar determinadas ações argumentativas (e determinados *tópoi*) dentro de modelos e tipos previamente aceitos pelo interlocutor, subsumindo-se ao esquema da ergônica ($O \rightarrow S$) quando o orador explicitamente assume que adota um ponto de partida determinado. É o caso, por exemplo, no direito de tradição romano-germânica, da formulação de determinado pedido de providência jurisdicional com base na dicção expressa de um dispositivo legal: a lei formal enquanto eminente *topos*, declaradamente consubstanciador do ponto de partida do intérprete. Caso outro, entretanto, é o da fundamentação de postulação recursal de reforma com fundamento na necessária superação de um precedente, ou interpretação exata, conferindo-lhe o devido *distinguishing*. Da mesma forma, vale destacar, é a suscitação, na Justiça do Trabalho, de incompatibilidade da legislação interna com normativas e indicativos emanados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ainda que suas resoluções e convenções não tenham sido formalmente incorporadas à ordem jurídica interna. Trata-se de recursos de índole puramente argumentativa, que possuem certa aceitabilidade e previsibilidade, e amparam, enquanto *tópoi*, específicas ações argumentativas.

Em comum, todas essas hipóteses contém *tópoi* constantes do manancial discursivo posto à disposição do intérprete, independentemente da posição que este ocupe na condição de sujeito processual, e todas são aceitas em doutrina e pelos juízes, ainda que por vezes traduzam-se em fontes revestidas de contornos praticamente materiais, e não formais, na perspectiva positivista clássica do direito de matriz romano-germânica. Daí decorre a conclusão de que, nesse catálogo tópico, um *topos* específico oferece ao intérprete um amplo espaço no qual pode desenvolver seu discurso, no modelo de Ballweg ($S \rightarrow O$), de modo a atuar sobre esses objetos, atribuindo-lhes significados e os fazendo preponderar ou não no seu discurso na forma como entender mais funcional para conseguir adesão a sua ideia. Portanto, há uma dimensão quantitativa das fontes do direito, ou um sentido tópico, e uma qualitativa, dimensão na qual, de fato, opera a retórica estratégica (FALCÃO, 2012, p. 51).

2.3. ESTABELECENDO PREMISSAS PARA O JULGAMENTO DE PROCEDÊNCIA DAS ADPFs, COM A CONSEQUENTE PRONÚNCIA DA NÃO-RECEPÇÃO, EM PARTE, DO ART. 260 DO CPP

Esclarecida a função das *tópoi* na teoria dogmática das fontes do direito e no próprio discurso, analisam-se a seguir as premissas e estratégias utilizadas explícita e implicitamente pelos oradores quando do julgamento de procedência das ADPFs 395 e 444 para, mais adiante, tratar-se dos elementos veiculados nos votos que julgaram pela improcedências das ações de controle objetivo.

2.3.1. PRIMEIRA PREMISSA: O STF COMO INSTITUIÇÃO DEMOCRATICAMENTE LEGITIMADA A EXERCER O CONTROLE CONTRAMAJORITÁRIO DA CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS

A premissa mais frequente e explicitamente estabelecida nos votos dos juízes foi a auto-afirmação do Supremo Tribunal Federal como instituição legitimada a exercer o controle de constitucionalidade sobre o art. 260, conferindo-lhe a interpretação construtiva que, ao fim do julgamento, acabou prevalecendo. As razões preponderantes para a constante explicitação dessa premissa em particular residem sobre alguns fatores essenciais: o primeiro dele consiste no fato de que, apesar de se tratarem, realmente, de autoridades constitucionalmente investidas do poder de conferir a última palavra sobre o sentido normativo da Constituição, os juízes, ainda que não o reconheçam, adotam um raciocínio entimemático (SOBOTA, 1996, p. 251), o que significa que o grau de eficácia prática de suas decisões está condicionado, sobretudo, ao grau de confiança que lhe é atribuído por seu interlocutor. Rememore-se, por isso, insista-se, a importância do *ethos* como apresentador do discurso. O segundo consiste exatamente na qualificação deste interlocutor, a qual, na hipótese aqui examinada, traduz-se em um auditório, como adverte Perelman (1998), inequivocamente heterogêneo. Sobre este aspecto da heterogeneidade do auditório (interlocutor), cumpre acentuar que as decisões exercidas no controle abstrato de constitucionalidade não possuem seus efeitos limitados *inter partes*, mas denotam função relevantíssima no sistema de precentes e mesmo na compreensão do enunciado normativo pelos jurisdicionados. O terceiro fator consiste na gravidade que a decisão, no caso concreto das ADPFs 395 e 444, teria na ordem pública e no próprio controle de constitucionalidade, uma vez que já era possível vislumbrar, *a priori*, como poderia ser recebida uma decisão excessivamente ativista por parte do Tribunal, ao expungir do ordenamento um dispositivo em vigor havia mais de quarenta anos e cujo conteúdo teria sido objeto

de uma “súbita indignação”, como ressaltou o Ministro Luís Roberto Barroso⁴.

No desenvolvimento dessa premissa explícita, é possível observar a utilização de estratégias retóricas no âmbito da ergôntica e da pitânêutica, cuja finalidade, no que se refere aos meios de prova técnicos, assenta, ao mesmo tempo, sobre o *ethos* do intérprete – ao afirmar a legitimidade e imparcialidade do Tribunal -, seu *pathos* – porquanto também pretendem a qualificação do grau de confiança do auditório em relação à decisão – e sobre o *logos*, pois, em razão de tudo isso, a conclusão do julgamento, no contexto desses cânones de aceitabilidade, deveria advir, necessariamente, de uma operação silogística clássica (PERELMAN, 1998, p. 61).

2.3.1.1. ESTRATÉGIA Nº 1: A AFIRMAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

A manipulação de conceitos indeterminados e de conteúdo cambiável é inerente à atividade do controle de constitucionalidade exercido sobre uma Constituição que, embora analítica, mostra-se aberta a interpretações construtivas, para que possa se adequar às injunções sociais e políticas externas, em um processo alopoiético (ADEODATO, 2009, p. 211), em detrimento de um modelo autorreferente e estático. Daí ser possível afirmar que o controle de constitucionalidade *in abstracto* tipifica uma atividade de reavaliação e eventual rejeição de determinados significados, em determinado contexto histórico. Esse processo de resignificação, além de constituir o objeto principal, por exemplo, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) e Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), projeta-se como o fundamento para se declarar a procedência ou não das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, por meio da técnica da interpretação conforme a Constituição, a qual, por sua vez, pressupõe a adequação de tais conceitos no âmbito da pitânêutica.

Apesar de ser muito claro que, em função da natureza mesma das normas chamadas “principiológicas”, a atribuição de significados aos princípios seja um procedimento por meio do qual o sujeito atua sobre o objeto ($S \rightarrow O$), construindo e valorando sentidos que constituem os sinais ($S \rightarrow Z$), de modo a situar tal atividade em uma zona cinzenta entre a pitânêutica e a ergôntica, a estratégia de privilegiar ou atribuir preponderância à alegada força normativa dos princípios possui por finalidade principal, na verdade, tornar preponderante o objeto no discurso e na decisão judicial. Isso significa que tal atuação teleotática ($O \rightarrow S$), no campo da holística, pressupõe a ideia de ser possível construir certo significado lógico – no

4 Esse argumento foi sustentado pelo Ministro oralmente, no julgamento em plenário, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=h4QNjYCS1IA&t=314s>.

âmbito do *logos*, no que concerne aos meios de prova técnicos, portanto – que parte de uma ideia essencialmente objetiva e mais ou menos bem definida (ADEODATO, 2009, p. 372) e, desse modo, mais segura do que a mera verossimilhança do silogismo retórico.

Nesse sentido, o voto do Ministro Celso de Mello propõe o “respeito aos valores e princípios sobre os quais se estrutura, constitucionalmente, a organização do Estado Democrático de Direito (...)”:

Não custa advertir, como já tive o ensejo de acentuar em decisão proferida no âmbito desta Suprema Corte (MS 23.576/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), que o respeito aos valores e princípios sobre os quais se estrutura, constitucionalmente, a organização do Estado Democrático de Direito, longe de comprometer a eficácia das investigações e persecuções penais, configura fator de irrecusável legitimação de todas as ações lícitas desenvolvidas pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público ou pelo próprio Poder Judiciário. (BRASIL, 2018).

É certo, como já salientado, que a natureza e a própria funcionalidade a que se prestam as cláusulas constitucionais pressupõem a estruturação, *in concreto*, de significados que podem ou não ser acolhidos pelo Tribunal, pela opinião pública ou mesmo pela jurisprudência. Significa dizer, nesses casos, que sempre haverá uma atividade hermenêutica e, por não se afastar da necessidade de persuadir e não ser possível se obter uma conclusão unívoca, também retórica. A questão que daí irradia diz respeito, por outro lado, à qualificação que se pode conferir ao resultado desse esforço interpretativo, se o interlocutor estará diante de mera opinião subjetiva e previamente formulada (*dóxa*) ou se é possível lhe seja reputado algum grau de “verdade”.

Os retóricos mais radicais (SOBOTA, 1996, p. 251-273) argumentam no sentido de que tudo não passará da opinião sobre determinado problema previamente concebido, recebendo influências permanecidas ocultas no discurso, de ordem psicológica, ideológica, política, cultural, econômica e de toda sorte, sendo que toda a argumentação (a fundamentação, na decisão judicial) representaria apenas um requisito formal imposto pelo sistema para que se possa falar, de fato, em persuasão, que seria sempre o objetivo principal (entimema). Em termos, é a aceitabilidade a que se tem referido nesta sede. Exatamente no caso da jurisdição constitucional concentrada (*in abstracto*), por se debruçar, em grande medida, sobre o problema da colisão entre cláusulas principiológicas fragmentárias (ADEODATO, 2009, p. 228), o problema parece constituir um *tertium genus*, entre o entimema e o silogismo formal. Compreender o funcionamento desse procedimento

cognitivo inferencial passa, assim, pelo estabelecimento de alguns pressupostos que envolvem a teoria das fontes e dos pontos de partida (ADEODATO, 2009, p. 177-180) e sua aplicação concreta no âmbito do Supremo Tribunal Federal e, mais precisamente ainda, no julgamento das ADPFs 395 e 444.

Assim, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, atribui sentidos a expressões (significantes) tais como “devido processo legal”, “prerrogativa contra autoincriminação” e “presunção de inocência” não a partir de premissas implícitas, as quais, no mais das vezes, constituem cogitações perigosas de ordem eminentemente subjetiva (NOGUEIRA, 2006)⁵, mas explicitando de onde o faz. Com efeito, acentua ser vasta jurisprudência do Supremo, em ocasiões em que o intérprete autêntico afirmou a carga normativa desses significantes, embora os paradigmas mencionados sejam, em sua maioria, julgados por ele próprio relatados, a comprometer o próprio caráter dialógico que se pretende extrair de decisões de tal natureza. Veja-se o seguinte excerto de seu voto:

Tenho para mim, por isso mesmo, que se revela inadmissível, sob perspectiva constitucional, a possibilidade de condução coercitiva do investigado, do indiciado ou do réu, especialmente se se analisar a questão sob a égide da própria garantia do devido processo legal, inclusive da prerrogativa contra a autoincriminação, dos direitos que dela resultam e da presunção de inocência.

Com efeito, o exame da cláusula do “due process of law” permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua própria configuração, destacando-se, entre eles, por sua inquestionável importância, o privilégio contra a autoincriminação, direito público subjetivo, de estatura constitucional, assegurado a qualquer pessoa pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política (RTJ 172/929-930, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RDA 196/197, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 78.814/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

A prerrogativa contra a autoincriminação, tal como tem sido compreendida pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 99.289/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), reveste-se de conteúdo abrangente, por envolver, em seu âmbito de proteção, sempre em favor daquele que sofre a persecução penal, entre outras faculdades jurídicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), (c) de recusar-se a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica (RTJ 141/512),

5 No mesmo sentido, cf. NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O problema da razoabilidade e a questão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 64.354/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, v.g.) e (d) de não ser obrigado a cooperar na investigação penal dos fatos (HC 83.943/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 89.503/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 99.289/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Na realidade, ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal (HC 80.530-MC/PA, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

(...)

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado, de modo consistente, os direitos e garantias que assistem a qualquer pessoa sob investigação estatal ou persecução penal. (BRASIL, 2018).

Assim, de um ponto de vista retórico-analítico, aquilo que os juristas clássicos poderiam classificar, a partir da fundamentação jurisprudencial, como “verdade” acerca do significado de que se reveste determinado sinal, seria mais honesto, segundo Ballweg (1991b, p. 229), falar em “regularidades” (*Regelhaftigkeit*), de modo que a “racionalidade” poderia ser empregada em discursos jurídicos de qualquer espécie apenas com a finalidade persuadir, pois a expressão, empregada pelo jurista, poderia dizer qualquer coisa, menos literalmente “racionalidade”.

2.3.1.2. ESTRATÉGIA Nº 2: A AFIRMAÇÃO DA IMPARCIALIDADE, ISENÇÃO E INDEPENDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA EXERCER UMA POSTURA ATIVISTA EM QUESTÕES DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL

Há uma profunda ironia, adverte Parini (2017, p. 115-135), em tentar separar o sujeito do objeto na dogmática jurídica, que propõe uma desvinculação, ou despersonalização (2017, p. 115-135) do elemento subjetivo que é inerente a qualquer decisão judicial, à edição de um ato administrativo ou à elaboração de uma lei, ainda que o jurista prático esteja atuando na condição de teórico. Para a dogmática clássica – e, portanto, essencialmente racionalista, como querem Alexy e Müller – o que importa é o mito epistemológico de que toda criação e elaboração do direito são independentes (GRAU, 2009, p. 284). Buscar a prevalência da figura do juiz, do réu, do *amicus curiae* em detrimento do homem, na sua qualidade

humana, ou da instituição, pressupõe, por essa razão, um exercício retórico de “objetivação”, que Parini (2017, p. 115-135) assim resume:

(...) Melhor seria não levar em consideração o sujeito, o indivíduo, ou o conjunto de indivíduos que têm interesses concretos, cujas escolhas são determinadas em razão de sua ideologia e visão de mundo, e fica com o dado objetivo: a norma, a lei, o ordenamento jurídico. No lugar do juiz (indivíduo), tem-se o juiz (órgão do judiciário). Essa forma objetivadora do pensamento jurídico é altamente sofisticada e depende também, claramente, de uma retórica da objetivação.

Elaborar uma retórica da “objetivação”, novamente, significa tornar o objeto preponderante em relação ao sujeito. Cumpre retomar, nesse ponto, a explicitação da premissa de que “o Supremo Tribunal Federal é uma Corte independente”, premissa essa que, bem observada, constitui uma constante, uma regularidade nos votos dos Ministros. O dado concreto da alegação de descumprimento de preceito fundamental pela norma infraconstitucional prevalece, por meio da enunciação de uma premissa explícita, sobre possíveis interesses morais outros que o intérprete autêntico, na sua condição humana, eventualmente teria. Tal premissa consiste em afirmar a isenção e a independência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a matéria, o que, de um lado, contribui – ainda que sutilmente – para a aplicação, pela sociedade, do comando judicial e, de outro, qualifica o *ethos* do sujeito como um tribunal imparcial, que é o que efetivamente se espera de uma Corte constitucional.

Nesse ponto, a importância da explicitação da premissa “o Supremo Tribunal Federal é uma Corte independente” é tamanha que configurou uma constante nos votos dos Ministros. Isso significa que, embora haja evidentes divergências sobre a questão de fundo, não existem dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal é a instituição legitimada a dar a palavra final sobre a matéria e, em função de seu *ethos*, a sociedade jurisdicionada deve ter confiança em sua Suprema Corte (*pathos*).

2.3.2. SEGUNDA PREMISSA: A LIBERDADE HUMANA NÃO CONSTITUI, NEM SE QUALIFICA COMO SIMPLES CONCESSÃO DO ESTADO

A opção por tornar explícita determinada premissa do silogismo retórico, em regra, é ponderada pelo intérprete no discurso judicial de acordo com o quadro maior de seu objetivo, que é, exatamente, a persuasão. Há uma relação sempre previamente estabelecida entre quais elementos estratégicos devem ser enuncia-

dos explicitamente no discurso, e outros que merecem permanecer ocultos, por questões de funcionalidade. Qualificar a liberdade humana como postulado consagrador da liberdade da pessoa humana e da presunção de inocência foi uma das estratégias escolhidas pelo Ministro Celso de Mello, ao associar o poder geral de cautela do juiz à espetacularização do processo penal:

A liberdade humana, inclusive a de qualquer pessoa sob investigação criminal ou persecução penal, não constitui nem se qualifica como simples concessão do Estado.

Ao contrário, a liberdade traduz um dos mais expressivos privilégios individuais, além de configurar inquestionável direito fundamental de qualquer pessoa, cuja origem tem sua gênese no texto da própria Constituição da República.

Os postulados constitucionais que consagram a presunção de inocência, de um lado, e a essencial dignidade da pessoa humana, de outro, repudiam, por ilegítimas, práticas estatais que convertem atos de prisão ou de condução coercitiva de meros suspeitos, investigados ou réus em inadmissíveis cerimônias públicas de arbitrária degradação moral. (BRASIL, 2018).

Está-se diante de uma das cláusulas de maior abertura do texto constitucional, cujo significado é construído, destruído e reconstruído como resultado, em grande medida, do sentido que lhe é atribuído pelo intérprete, o que põe este postulado em uma perigosa posição enquanto parâmetro interpretativo, muitas vezes utilizado como justificativa para ativismos desmedidos por parte do Judiciário, a pretexto de concretizar mandamentos constitucionais. De qualquer modo, para efeito de uma análise retórica do discurso judicial, os significados atribuídos a expressões como “dignidade humana”, “direito fundamental” e “degradação moral” se mostram impregnados de forte carga subjetiva, inseridos que estão, portanto, no âmbito da pitanêutica, garantindo-se, ainda, no tema dos meios de prova técnica, a prevalência da racionalidade concernente ao *logos* do discurso.

Com efeito, o Ministro Celso de Mello faz referência, mais adiante, ao que chama de “jurisprudência das liberdades”, que viria sendo construída na Suprema Corte a partir da promulgação da Constituição de 1988:

Não custa rememorar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, em tema de atividade persecutória desenvolvida pelo Poder Público, vem construindo, no exercício de sua jurisdição constitucional, verdadeira jurisprudência das liberdades, com decisões que proclamam e asseguram a qualquer pessoa, entre outras importantes prerrogativas jurídicas, o direito de ser presumida inocente até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado (ADPF 144/

DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o direito de não ser tratada como se culpada fosse (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e, ainda, o direito de permanecer em silêncio (HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO). (BRASIL, 2018).

Ao longo de seu voto, refere-se a uma série de precedentes (a maioria de sua relatoria) que aparentemente compõem o que denomina “jurisprudência das liberdades” – expressão que pouco informa do ponto de vista semântico –, sem, contudo, definir com exatidão em que consistiria a real ideia subjacente a esse conjunto de julgados. A despeito de não se revestir de ineditismo na jurisprudência do Supremo – como de resto está claro no voto –, pode-se afirmar com certa segurança a inequívoca vagueza da expressão, além de que o significado que a ela é aqui atribuído se faz sob o ângulo da perspectiva de um único juiz integrante do colegiado, levando-se em conta o fato de que a maioria dos precedentes colocados a seu voto são, insista-se, de sua própria relatoria. Portanto, ainda que fosse possível definir com exatidão qual seria o significado jurídico da “jurisprudência das liberdades”, redundaria em uma noção de um elemento do discurso racional com pretensão de validade em si mesmo. A liberdade passa a ser a liberdade defendida pelo orador. Implica dizer, desse modo, que a fonte formal do direito é explicitada (a jurisprudência), mas seu conteúdo não é desenvolvido pelo intérprete, permanecendo ocultado. Tal constatação revela, tomando-se o termo “norma” em um sentido *lato*, a aplicabilidade da tese de Sobota (1996, p. 251-273), de que um elemento essencial ao convencimento judicial permanece implícito por razões de funcionalidade e mesmo para evitar expor suas contradições intrínsecas.

Um dos pontos controversos desse objeto discursivo em particular pode, contudo, ser observado no parecer oferecido pelo Procurador-Geral da República (BRASIL, 2017), de onde se extrai precedente do Supremo Tribunal Federal no qual se autorizou a condução coercitiva do investigado à autoridade policial, com fulcro no art. 144, § 4º da Constituição Federal. Isso significa que, ainda que implicitamente – uma vez que o Supremo Tribunal Federal em momento algum no julgamento das ADPFs 395 e 444 se manifestou nesse sentido – a Corte estaria sinalizando o *overruling* do precedente anteriormente firmado, a lhe conferir, na realidade, amplitude ainda maior do que aquela consagrada no HC 107.644/SP (BRASIL, 2011), uma vez que o julgamento final acerca da recepção do art. 260 do CPP abrangeu a disposição da condução coercitiva no curso das investigações e da própria ação penal, restringindo, por extensão, a atuação também do Ministério Público.

A despeito do debate em torno da segurança jurídica e superação do precedente (ou mesmo de um conjunto, naquilo que se referiu como sendo uma “ju-

risprudência das liberdades”), o que parece girar em torno sobretudo do manejo de precedentes persuasivos no discurso judicial não se traduz precisamente na interpretação que merece prevalecer, na hipótese, do ponto de vista constitucional, mas no conflito interrelacional pela prevalência simbólica de determinado objeto, sobre o qual o orador atua. É dizer, o sujeito confere determinado significado, ou determinada interpretação a algum dos objetos de seu discurso, com o intuito próprio de fazer preponderar aquele objeto na interação comunicativa, portanto $O \rightarrow S$ (ergônica).

2.4. ESTABELECENDO PREMISSAS PARA O JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DAS ADPFs

Na segunda parte desta análise, investiga-se a presença ou não das *regularidades*, na concepção de Sobota (1996, p. 251-273), ao longo do discurso imanente ao entendimento vencido no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental subjacentes. A hipótese de que ora se cuida consiste em assumir que tais regularidades estão presentes, na verdade, no acórdão da decisão enquanto um discurso judicial único. Isso significa conferir aplicabilidade à teoria das regularidades, em detrimento da pretensão idealista de um conceito de verdade em Direito – e sobretudo na teoria da decisão jurídica –, uma vez que as mesmas regularidades (ou os mesmos fundamentos), a depender da posição funcional do intérprete ou sua assimilação de determinada matéria, podem ser usadas para fundamentar conclusões incompatíveis, emergentes de um único processo inferencial e pretensamente marcado pela racionalidade.

Propõe-se, também nesta parte, uma análise retórica predominantemente no nível da fonética, sem, contudo, descurar da importância dos demais níveis da classificação tripartite de Ballweg, mesmo porque, como já visto, há vários pontos de intersecção entre a análise fonética, a holística e a semiótica, com especial ênfase nos dois primeiros níveis.

2.4.1. PRIMEIRA PREMISSA: AINDA SOBRE A LEGITIMIDADE DA SUPREMA CORTE. LIMITES DE ATUAÇÃO QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL IMPÕE AO TRIBUNAL

A primeira premissa de que parte o voto divergente do Ministro Edson Fachin consiste, essencialmente, no regular reconhecimento da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para exercer as funções típicas do legislador negativo. No primeiro caso, os votos pela procedência das ADPFs antecipam, por meio da

explicitação de tal premissa, uma decisão reconhecidamente contramajoritária, havendo, inclusive, justificação também explícita de que não se nega a eminente função da opinião pública em uma democracia, opinião essa, todavia, que não se presta à justificação racional e controlável da decisão. Na hipótese dos votos divergentes, que negam a pronúncia de inconstitucionalidade do art. 260 do Código de Processo Penal, a explicitação da legitimidade do STF tem por desiderato o estabelecimento de limites que a Constituição Federal impõe à atuação da Corte, expressivos tais limites quando se atua na condição de legislador negativo.

Há que se falar, portanto, em uma regularidade. Existe sempre a explicitação frequente da premissa específica alusiva à afirmação da legitimidade da Corte, a qual se revela passível de comportar diversos significados e conclusões conseqüentemente incompatíveis entre si, presente a intenção persuasiva do intérprete. A primeira delas é a linha que segue o convencimento acerca da inconstitucionalidade do art. 260 do Código de Processo Penal. Aqui a atuação do Supremo Tribunal Federal possui fundamento no controle contramajoritário do poder, em função do qual diversos objetos como “devido processo legal”, “*privilege against self-incrimination*”, “Estado Democrático de Direito” (O → S)⁶ teriam tal força vinculativa ao ponto de autorizar a intervenção extraordinária do Judiciário, no sentido de suprimir uma norma do sistema. A segunda, de outro lado, ampara, através dessa mesma premissa, uma atuação restritiva do Supremo Tribunal Federal, reverenciando, sobretudo, o dogma dos limites constitucionalmente impostos, os quais também, singularmente considerados, pouco revelam em termos de densidade linguística.

Relevante fragmento do voto do Ministro Luís Roberto Barroso – que votou pela improcedência das ADPFs – ressalta, além de afirmar a independência constitucionalmente assegurada ao Supremo Tribunal para o desempenho do controle de constitucionalidade negativo, na preocupação com a dogmatização da controvérsia. Enfatiza-se o entendimento exarado pelos órgãos técnicos e eletivos (Procurador-Geral da República, Advocacia-Geral da União, Presidente da República, Senado Federal e Câmara dos Deputados), todos prestando informações no sentido de improcedência das ADPFs, para assentar, em conseqüência, que

“é necessário um exacerbado ativismo judicial para o Supremo Tribunal Federal sobrepor a sua vontade e a sua valoração dessa matéria por todos os agentes políticos, eletivos e técnicos, todos eles

6 Como visto, de acordo com a tentativa de dogmatização, ou objetivação da questão posta em juízo e, por conseqüência, da própria atuação do intérprete no modelo, mas que acaba se desvirtuando para o âmbito da fonética, nos modelos S → O e S → Z. Como dito, um discurso específico não é necessariamente subsumível tão somente a um modelo ideal dentro dos níveis da retórica analítica propostos por Ballweg.

com assento constitucional”.⁷ (STF, 2018).

O que se pode verificar neste fragmento é um autêntico argumento de autoridade, revestido de parâmetros normalmente aceitos de razoabilidade, os quais se assentam na reputação e na majoritária opinião dos sujeitos que se manifestaram no processo. Mais honesto seria, embora se trate de um expediente que tornaria menos funcional o discurso, admitir-se que ativismo há porque os demais poderes da República assim consideram a eventualidade do julgamento de procedência das Arguições. Este, portanto, o cerne da análise retórica do discurso judicial, bem ilustrado nesse ponto.

2.4.2. SEGUNDA PREMISA: A DESEQUIPARAÇÃO DE TRATAMENTO DISPENSADO PELO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

Uma outra regularidade acentuada nos votos divergentes diz com a tese da desequiparação entre o tratamento dispensado, pelo sistema de justiça criminal, aos acusados por crimes de colarinho branco e aqueles que respondem por crimes “não-transeuntes”, notadamente os pobres e os autores de crimes de rua. O tema, com efeito, denota expressiva complexidade e, como está claro, refoge aos lindes do objeto deste trabalho, de modo que sua análise será circunscrita apenas no que toca a sua referenciação enquanto argumento persuasivo nos votos que julgaram pela improcedência as ADPFs.

De uma perspectiva retórica, trata-se de um argumento de ordem sociológica e também dogmática, que tem por finalidade, mais uma vez, objetificar a questão ($O \rightarrow S$) e desenvolver estratégias argumentativas de ordem estritamente epistemológica. Em uma palavra, também aqui, emerge consagrada a retórica da objetivação ($O \rightarrow S$). Assim, no bojo do qual se projeta tal premissa, o Ministro Edson Fachin trabalha uma estratégia retórica pertinente ao manejo dos meios de prova técnica, *ethos*, *pathos* e *logos*, conferindo ênfase à primeira.

A estratégia argumentativa em questão, na realidade, materializa-se apenas na demonstração dos diferentes pontos de vista acerca da seletividade do sistema de justiça criminal, portanto uma apresentação de todos os objetos ($S \rightarrow O$) que poderiam ser levados em consideração na elaboração daquela premissa específica. É uma estratégia retórica simples – mercê da sofisticação de seu expediente (PARINI, 2017, p. 115-135) –, mas que de modo sutil afirma a imparcialidade do juiz, com repercussões, por consequência, nos meios de prova técnicos, notadamente no *ethos* do orador.

⁷ A afirmação foi feita por ocasião da leitura em Plenário do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=h4QNjYCS11A&t=1841s>. Acesso em: 16.3.2019.

Trata-se, como se pode perceber, de uma estratégia retórica intimamente ligada a um argumento de ordem sociológica. Opera, na realidade, no plano da metalinguagem, eis que, aqui, o intérprete autêntico empreende uma apreciação construtiva do texto normativo para lhe atribuir uma função “paranormativa”, que é a de propiciar o equilíbrio de consequências resultantes da aplicação da lei penal, de um lado a réus pobres, e, de outro, a abastados. É um discurso legitimador e significativamente abrandador do *ius puniendi* estatal que, embora não encontre respaldo formal do ponto de vista tópico (quantitativo), mostra-se altamente funcional na dimensão qualitativa (retórica).

2.4.3. TERCEIRA PREMISA: DA COMPATIBILIDADE DO DIREITO PENAL COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Os votos desfavoráveis aos pedidos de pronúncia de inconstitucionalidade do art. 260 do Código de Processo Penal manifestados nas ADPFs 395 e 444 se propunham, com certa frequência no discurso de cada utente, a uma autorreferência de um objeto em particular do discurso, o que corresponderia, novamente, à estratégia da objetivação no âmbito da holística e no subnível da teleotática (O → S). Subsumir determinada premissa ou determinada estratégia a um dos esquemas inscritos no modelo de Ballweg significa, como anteriormente referido, reconhecer que a possibilidade de um mesmo substrato discursivo se amoldar a mais de um modelo – talvez seja essa a própria essência do modelo retórico-analítico.

No que diz respeito à relação sujeito-objeto, objeto-sujeito, há certa dificuldade em afirmar, de uma perspectiva analítica, que determinada situação discursiva se encaixa em apenas um esquema. Isso se torna ainda mais problemático quando se fala em uma “retórica da objetivação”, estratégia por meio da qual o orador busca tornar preponderante o(s) objeto(s) no seu discurso, pois persuadir o auditório nesse sentido pressupõe a interferência do próprio orador (sujeito) sobre aquele mesmo objeto para lhe atribuir um significado e situá-lo em um determinado sistema normativo.

Desse modo, uma das premissas frequentes nos votos pela improcedência das ADPFs, e que se ajusta a essa ideia da “dupla subsunção”, é a de que o direito penal é compatível, como um todo, com a Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, com a ideia que normalmente se aceita de Estado Democrático de Direito. É necessário observar que é uma premissa que se afigura a partir de, pelo menos, três hipóteses persuasivas: (i) em que grau se cogita a incidência do direito penal; (ii) a partir de qual dimensão do direito penal, considerado seu perfil de fragmentaridade, se pode falar em sua compatibilidade com a Constituição Fede-

ral; e (iii) uma determinada acepção de “Estado Democrático de Direito”.

No voto do Ministro Edson Fachin, recorreu-se, mais uma vez, à estratégia de exposição de diferentes perspectivas teóricas sobre a amplitude do direito penal e a função do próprio processo penal condenatório. Ao concluir, todavia, o Ministro justifica sua posição, de fato, com fundamento em uma das acepções postas à escolha do intérprete (*tópoi*), que seria a do direito penal enquanto instrumento de proteção de direitos humanos:

De minha parte, compreendo que não há espaço para um direito penal máximo na Constituição. O direito penal, porque se utiliza da violência como forma de sanção, não pode, num Estado Democrático de Direito digno desta designação, ser instrumento de regulação amplamente utilizado. A Constituição exige, como decorrência lógica da proporcionalidade, que o direito penal, e a violência com que se vale para sancionar as condutas das quais se ocupa, sejam para as condutas mais graves.

Por outro lado, embora, creio eu, que todos nos irmanemos na utopia de um dia viver numa sociedade livre de toda e qualquer violência, até mesmo da violência institucional representada pela pena privativa de liberdade, a Constituição, quer se queira ou não à luz das concepções que cada um sustenta, na atual quadra de evolução das relações sociais, escolheu o direito penal como um de seus instrumentos de proteção de direitos humanos. Deslegitimar o direito penal como um todo não encontra guarida na Constituição, pois há inúmeros dispositivos constitucionais que invocam expressamente a proteção penal.

Cito como exemplo os incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV, do art. 5º da Constituição, os quais impõem expressamente a adoção de medidas criminais para a punição a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, ao racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos e ação de grupos armados. O art. 7º, X, da Constituição impõe ao legislador, em mora desde 1988, que tipifique a retenção dolosa do salário dos trabalhadores. O art. 225, § 3º, da Constituição determina a tipificação de condutas lesivas ao meio ambiente. (BRASIL, 2018).

Cumprir ter em conta a adoção, pelo Ministro, da linha teórica concernente à dimensão protetiva do direito penal como marco interpretativo, tratando-se, como se faz evidente, da mesma posição dos que julgaram pela procedência das ADPFs, exatamente em função de o art. 260 do Código de Processo Penal alegadamente violar garantias fundamentais irradiadas da concepção geral de “direitos humanos”, concepção essa que, por sua vez, não é examinada ou posta à prova de significados, por assim dizer, por todos os juízes. Há uma noção normal e regu-

larmente aceita do que se pode compreender como “direitos humanos”, a despeito das tentativas, no direito interno e internacional, de se conferir alguma forma objetivamente discernível a este conceito.

No voto do Ministro Celso de Mello, pela procedência das Arguições, a escolha, nas razões do voto, de uma determinada acepção do direito penal constituiu uma premissa implícita, exatamente em função de ser perfeitamente possível extrair a conclusão de que se adota a mesma linha garantista a partir da leitura de seu voto. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho:

A justa preocupação da comunidade internacional com a preservação da integridade das garantias processuais básicas reconhecidas às pessoas meramente acusadas de práticas delituosas tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos, um dos tópicos mais sensíveis e delicados da agenda dos organismos internacionais, seja em âmbito regional, como o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º, § 2º, “g”), aplicável ao sistema interamericano, seja em âmbito universal, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, n. 2), celebrado sob a égide da Organização das Nações Unidas, instrumentos que reconhecem a qualquer réu, entre outras prerrogativas eminentes, o direito de não produzir provas contra si próprio e o de não ser considerado culpado, pelo Estado, antes do trânsito em julgado da condenação penal, cabendo referir, por relevante, nesse sentido, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Artigo 48, n. 1) e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (Artigo 6º, n. 2). (BRASIL, 2018).

Daí, portanto, falar-se em um raciocínio entimemático que pode ser formulado, nessa segunda hipótese, da seguinte maneira: “se o direito penal é um mecanismo de proteção de garantias fundamentais, internacionalmente reconhecido como tal pelos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, a condução coercitiva é incompatível com a atual ordem constitucional”. Esse o contexto, exhibe-se a tese da incompatibilidade, porquanto, no voto do Ministro Fachin, a mesma premissa inicial, “o direito penal constitui instrumento de proteção aos direitos humanos”, conduz à conclusão oposta e, por isso, incompatível com o resultado da operação entimemática primeira do voto do Ministro Celso de Mello.

2.4.4. QUINTA PREMISA: É POSSÍVEL A DECRETAÇÃO DA CONDUÇÃO COERCITIVA, AINDA QUE O JUIZ CRIMINAL NÃO ATUE SOB O PRISMA A ATIPICIDADE DOS PODERES GERAIS DE CAUTELA

Um importante aspecto a ser observado no parecer do Ministério Público Federal é a tentativa muito clara de dogmatização da questão posta a julgamento, exatamente em função de sua atuação na condição de órgão técnico do processo de controle concentrado, o que, por inerente à sua natureza, se insere no plexo das razões de decidir. Dada sua condição de órgão técnico, na manifestação do Procurador-Geral da República não se verifica o elemento, reiterado nos votos dos juízes, caracterizado pela autoafirmação do Supremo Tribunal Federal enquanto instância legitimada ao exercício da grave função de legislador negativo.

Sob o prisma estritamente retórico-analítico, o Procurador-Geral da República sustenta a recepção da norma do art. 260 do Código de Processo Penal por dois motivos principais: i) o Ministério Público, enquanto instituição em si, passou a assumir um papel de notória relevância constitucional, do ponto de vista do combate à impunidade e, notadamente, no contexto do combate à corrupção. Portanto, a pronúncia de incompatibilidade das conduções coercitivas significaria tolher um dos instrumentos persecutórios relevantes postos não só à disposição da polícia judiciária, mas do próprio titular da ação penal pública incondicionada; ii) a segunda razão, de índole essencialmente técnica, seria a possibilidade de se decretar a condução coercitiva como medida cautelar alternativa, se ela, por si, bastasse ao juiz para a realização da diligência ou colheita da prova.

Situação que se pode qualificar como mais nebulosa do que a análise retórica tradicional e propriamente jurídica do discurso, também sob a perspectiva da natureza e do modo de funcionamento da instituição, é a apuração do grau de influência da opinião pública sobre a atuação do órgão ministerial. Não se trata o Ministério Público – incorporado na figura do Procurador-Geral, propriamente, de um “Poder” da República, não sendo, ainda, seus pronunciamentos, nessa hipótese, dotados de força vinculante. Tais as circunstâncias, parece ser autorizada a conclusão de que, pelo menos em princípio, a atuação do Procurador-Geral se apresentaria, em tese, revestida de maior grau de desvinculação de fatores outros que não sua independente compreensão da matéria julgada, realmente de acordo com sua independência funcional (art. 129, CF). Esse reconhecimento também o desassocia da repercussão de seu posicionamento na cláusula da “colegialidade”⁸,

8 Vide, a propósito, o voto proferido pela Ministra Rosa Weber quando do julgamento do HC 152.752/PR (BRASIL, 2018b), no qual ressaltou a construção teórica denominada “princípio da colegialidade”; (iii) como terceiro ponto, ABORDO o significado do princípio da colegialidade, na engenharia decisória da atividade jurisdicional, notadamente a desempenhada pelas Cortes Supremas, princípio este QUE há de ser bem compreendido. A colegialidade, como método decisório dos julgamentos em órgãos coletivos pelo qual o decidir se dá em conjunto, impõe, aos integrantes do grupo, da assembleia ou do tribunal, procedimento decisório distinto daquele a que submetido o juiz singular. Por funcionar como um colegiado, em um tribunal, a justificação da decisão judicial não se detém no raciocínio jurídico de um único juiz, avançando à fase da deliberação, na qual as manifestações individuais são postas em confronto e têm sua consistência e validade testadas, para, na etapa seguinte, proclamar-se resultado que expresse a opinião unânime ou majoritária do tribunal, enquanto voz e voto de um ente coletivo.

esta implicadora do grave ônus de persuadir seus interlocutores principais, que são os pares integrantes do Tribunal. Há substancial diferença, portanto, na posição de parte imprópria do Ministério Público enquanto sujeito parcial, por exemplo, nas ações penais originárias, nas quais originariamente tutela, pelo processo, uma pretensão resistida que acaba por circunstanciar a lide, de modo distinto ao que ocorre nos processos de índole abstrata e concentrada.

O problema do real significado da atuação conforme a “independência funcional” do órgão se apresenta na medida em que se cogita da possibilidade de se desnaturar a ideia de independência – atinente a situações subjetivas do Procurador-Geral enquanto sujeito – e os interesses da instituição como um todo. De tal sorte, ainda que a manifestação do Ministério Público acerca da questão de fundo se revista de todos os critérios de racionalidade inerentes ao discurso dogmatizado, é plausível se sustentar a influência de um fator extrajurídico implícito, o qual, a bem da verdade, poderia traduzir, além do aspecto disfuncional do discurso, explícita imoralidade se expressamente veiculado, além da ingerência, eminentemente subjetiva nos seus propósitos, da instituição sobre o órgão (S → S), no âmbito da argôntica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir que há um viés entimemático no raciocínio judicial, mas que não se confunde com “verdades” ou “inverdades” no discurso jurídico. Tampouco significa ou justifica tal constatação a legitimação de absurdos interpretativos, se bem conformados à argumentação em torno deles. Na realidade, o entimema inerente ao discurso judicial trabalha com a ideia do plausível, do verossímil e das conclusões que podem, sob o prisma da razoabilidade, ser ajustadas a uma determinada moldura normativa. A retórica, aplicada ao discurso judicial, portanto, traduz-se em um método irradiado, eminentemente, do “parecer ser”.

É por isso que a interpretação da norma constitucional, em contraste com uma regra legal, por si só, enseja determinada atribuição de valor, o que pressupõe a apreciação de fenômenos extrajurídicos, de modo que toda conclusão, no raciocínio jurídico, resulta, necessariamente, da importância que o intérprete dá, em um momento anterior à juridicização da questão, a tais elementos, tratando-se, portan-

A colegialidade, nesse ENFOQUE, assume, em um primeiro olhar, estrutura procedimental marcada pela igualdade e liberdade dos julgadores no compartilhamento dos argumentos jurídicos a fim de compor uma racionalidade única, institucional, do tribunal, conquanto comporte, por óbvio, expressão de divergências.

Em uma segunda dimensão, a colegialidade, quanto ao seu elemento funcional, exige a direta interação, por meio do respeito e confiança recíprocos, entre os membros do grupo para a formação da vontade coletiva, que não se perfectibiliza com a soma de várias vozes, e sim com a sua conjugação em uníssono, a voz da Corte para toda sociedade a conformar a ordem normativa constitucional.

Em outras palavras, as vozes individuais vão cedendo em favor de uma voz institucional, objetiva, desvinculada das diversas interpretações jurídicas colocadas na mesa para deliberação”.

to, de um raciocínio entimemático, embora não seja uma mera opinião (*dóxa*).

Possuindo a retórica analítica função eminentemente descritiva do fenômeno comunicativo do raciocínio judicial, não pretende ela apontar a opção interpretativa dogmaticamente adequada entre a colisão de preceitos fundamentais, mas apontar quais as estratégias retóricas que preponderam na argumentação em favor de determinada conclusão.

Assim, não se admite que a lógica jurídica, sobretudo no julgamento de ações de controle abstrato, conforme-se à ideia do silogismo apodítico, sendo, antes, uma operação entimemática, no que se afirma a plausibilidade de determinada conclusão e significado em face às opções verossímeis e ordinariamente aceitas (*tópoi*) postas a disposição do intérprete pela própria ordem positiva. O convencimento judicial, nesses casos, revela-se intimamente ligado às convicções íntimas do julgador, condicionadas estas a influências de toda ordem, traduzindo-se, essencialmente, em uma projeção de vontade de ordem filosófica e ideológica, conclusão que se ajusta ao próprio conceito de entimema, a reputar ausente a ideia de verdades no Direito, no sentido de que seu valor finalístico enquanto técnica seria, em si, a persuasão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto, e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005 (Biblioteca de Autores Clássicos).

_____. Retórica como metódica para estudo do direito. **Revista Sequência**, nº 56, ju. 2008, p. 55-82.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

BALLWEG, Ottmar. Entwurf einer analytischen Rhetorik. In: BALLWEG, Ottmar; SEIBERT, Thomas-Michael (Hrsg.). **Rhetorische Retchstheorie**. Freiburg/München: Verlag Karl Alber, 1982. pp .27-71.

_____. Retórica analítica e direito. Tradução de J. M. Adeodato. **Revista Brasileira de Filosofia**, v. XXXIX, Fasc. 163, jul-ago-set, 1991b. pp.

175-184.

BRASIL. **Ministério Público Federal**, Procurador-Geral da República, Parecer na ADPF 395. Brasília/DF, 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adpf-395.pdf/view>. Acesso em: 15.01.2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal**, Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 395 e 444, relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília/DF, julgado em: 14.06.2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749901068>. Acesso em: 06.01.2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal**, Habeas corpus nº 107.644/SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Brasília/DF, julgado em 06.09.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1520251>. Acesso em: 15.01.2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal**, Habeas corpus nº 152.752/PR, relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, Brasília/DF, julgado em 04.04.2018b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 15.01.2019.

FALCÃO, Pablo R. de L. **A construção forense do biodireito**: descrição retórico-analítica do processo de justificação pelo STF na ADIN 3.510-0. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O problema da razoabilidade e a questão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

PARINI, Pedro. A Retórica da Metáfora dos Modelos na Teoria do Direito. **Seqüência (UFSC)**, v. 34, p. 81-110, 2013.

_____. Análise retórica na teoria do direito. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, vol. XII, nº 1, Porto Alegre, 2017, pp. 115-135.

_____. Ironia como garantia de credibilidade do discurso jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 69, pp. 567-

599, 2016.

_____. La Retórica de Aristóteles para los juristas de hoy: el entimema y el paradigma como bases del raciocínio jurídico em la modernidad. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20, nº 121, jun./set. 2018, pp. 312-331.

_____. **Retórica como método no direito: o entimema e o paradigma como bases de uma retórica judicial analítica**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SOBOTA, Katharina. “Don’t Mention the Norm!”. **International Journal for the Semiotics of Law**, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.

STF. Pleno - Suspenso julgamento sobre compatibilidade da condução coercitiva com a Constituição (2/2). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=h4QNjYCS11A&t=1841s>. **Youtube**. 14.6.2018. Acesso em: 16.3.2019.