



Brasília | ano 56 | nº 221
janeiro/março – 2019

Categorizações como método de produção de sentido de normas constitucionais

Contribuições da interface entre direito e análise do discurso

JOÃO PEDRO CHAVES VALLADARES PÁDUA

Resumo: A interpretação constitucional é um dos principais tópicos de estudo no Direito Constitucional. No entanto, a maioria das teorias sobre o assunto mistura propósitos descritivos com (meta)normativos. O resultado dessa confusão é que as teorias fazem promessas que não são cumpridas na prática. Casos reais de interpretação constitucional geram perplexidades que não se consegue explicar com base nas teorias disponíveis. Este trabalho procura contribuir com o tema, de uma perspectiva empírica. Utilizando conceitos e métodos da análise do discurso, o artigo analisa a fundamentação do voto do ministro Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, no HC 126.252, que reformou a jurisprudência desse tribunal no tema da execução provisória da pena. A análise demonstra que o ministro Roberto Barroso usa dispositivos de categorização para atribuir sentido ao texto do artigo 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de maneira coerente com seus demais argumentos e, ao mesmo tempo, respeitando o referencial semântico do texto constitucional. Discutem-se ainda as consequências desses achados para a teoria da interpretação constitucional.

Palavras-chave: Interpretação constitucional. Presunção de inocência. Execução provisória de pena. Análise do discurso. Categorização.

Categorizations as a method of sense making of constitutional norms: contributions from the interface between law and discourse analysis

Abstract: Constitutional interpretation is one of the main topics of study in Constitutional Law. However, most theories on the subject mix descriptive and (meta)normative aims. The result of this confusion

Recebido em 21/5/18
Aprovado em 17/7/18

is that theories make promises that are not fulfilled in practice. Real cases of constitutional interpretation lead to perplexities that are not explainable with the current theories. This work aims to contribute to this theme, by adopting an empirical perspective. Using concepts and analytical methods from discourse analysis, this paper analyzes Supreme Federal Court ministro Barroso's opinion in Habeas Corpus 126.252, which overturned previous Supreme Court's precedents on the issue of the provisional serving of a penal sentence. Analysis demonstrates that ministro Barroso uses membership categorization devices to make sense of article 5th, item LVII, of Brazilian Constitution in a way coherent with his other arguments, while at the same time being able to claim that he is respecting the semantic reference of said text. Consequences of these findings for the theory of legal interpretation are discussed.

Keywords: Constitutional interpretation. Presumption of innocence. Provisional serving of penal sentences. Discourse analysis. Categorization.

Introdução

Em 17 de fevereiro de 2016, cerca de sete anos depois de o Supremo Tribunal Federal (STF) ter consolidado sua jurisprudência pela inconstitucionalidade da execução provisória de pena, revertendo jurisprudência anterior que durava cerca de onze anos, o mesmo tribunal tornou a reverter sua jurisprudência na matéria. Por sete votos a quatro, o STF, ao julgar em Plenário o *Habeas Corpus* 126.292 (BRASIL, 2016), repristinou o entendimento que vigorava antes de 2009. Voltava a ser considerado compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988) o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado e após a condenação em 2^o grau de jurisdição¹.

¹Nunca ficou inteiramente claro, no julgamento do HC 126.292 e nas decisões que se seguiram, se essa condenação em 2^o grau se limitaria a casos em que o 2^o grau funcionasse como 2^a instância ou se incluiria os casos de foro especial por prerrogativa de função. Isso porque a tese constante do voto do relator, ministro Teori Zavascki ("a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência" (BRASIL, 2016, p. [1])), parecia dar a entender que a execução provisória seria cabível apenas no primeiro caso, já que "grau de apelação" é sinônimo de 2^o grau. No entanto, o ministro Barroso fez longo voto convergente, dando a entender que os casos de foro especial por prerrogativa de função também se sujeitavam à possibilidade de execução provisória (BRASIL, 2016). Ele também propôs uma tese formulada diferentemente, substituindo "grau de apelação" por "em segundo grau de jurisdição": "A

Parte da comunidade jurídica reagiu com indignação à decisão. Juristas ligados ao Processo Penal, ao Direito Constitucional e até o Presidente da OAB/SP atacaram a decisão, qualificada como um retrocesso constitucional. Embora os motivos e a profundidade da crítica tenham variado, um tema foi comum a essas críticas: a decisão do STF teria desrespeitado a CRFB, indo além do que o texto do art. 5º, LVII, significava. Lopes Júnior (2016) chamou a decisão de “nosso 7 a 1 jurídico”. Streck (2016) ecoou o argumento (“Legislativo faz a lei; Judiciário a aplica”) e o expandiu, clamando por “que o Direito tenha autoridade, que não seja corrigido por argumentos políticos/morais e que sejam respeitados os limites semânticos, mormente os do texto constitucional”. Costa (2016) criticou a Corte por “agir como Assembleia Constituinte e invadir o terreno legislativo”.

Como é possível que a mais alta Corte do País, formada por uma maioria de juízes com larga experiência jurídica e formação acadêmica completa, muitos dos quais reconhecidos doutrinadores antes mesmo de entrarem no STF, tome uma decisão por uma maioria de sete a quatro, e essa decisão seja contrária à Constituição? Como podem esses mesmos juízes, que já interpretaram e aplicaram normas constitucionais em diversos casos antes, ter excedido os “limites semânticos da norma”?

O objetivo central deste artigo é dar uma resposta parcial e ainda heurística a essas perguntas e a perguntas correlatas. Na verdade, o artigo aborda uma questão implícita às apresentadas acima: como os juízes – especialmente os ministros do STF – interpretam normas jurídicas?

À primeira vista, a pergunta não parece inovadora. Interpretação de normas constitucionais é um dos principais temas do Direito Constitucional, tanto jurisprudencialmente quanto doutrinariamente². O tema da interpretação de normas em geral teve a sua primeira consolidação monográfica no Brasil ainda no início da década de 1920 (MAXIMILIANO, 2002).

O problema é que, na literatura jurídica brasileira, sempre houve confusão entre descrição e prescrição e, como o Direito é um campo cujo objeto são normas, entre descrição e (meta)normatividade. Isso

execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade” (BRASIL, 2016, p. [54]). O Tribunal não decidiu expressamente sobre qual tese teria sido adotada – até porque não se tratava de recurso extraordinário com repercussão geral. As decisões subsequentes do STF foram inconstantes, mesmo quando tomadas por ministros que votaram com a maioria no HC 126.292. Como o tema substantivo é lateral ao argumento deste artigo, não há necessidade de entrar em maiores detalhes sobre isso neste momento.

² Ver Barroso e Barcellos (2006) e uma revisão da literatura em Pádua (2008).

significa que a explicitação sobre o que os atores jurídicos (especialmente os juízes) fazem ao interpretar normas jurídicas se mistura com parâmetros mais ou menos sistematizados sobre o que eles deveriam fazer para atingir resultados ótimos, segundo métricas variadas (justiça, promoção do desenvolvimento, igualdade, direitos humanos etc.). Como consequência, se alguma decisão usa interpretações que parecem fugir dos parâmetros (meta)normativos da doutrina, a única solução seria qualificar a decisão como errada ou como descumpridora das normas que deveria aplicar. E a teoria, em si, não se alteraria.

Este artigo busca contribuir para mudar esse cenário. Usando metodologia e conceitos da análise do discurso, a decisão do HC 126.292 é tratada como uma fonte de dados sobre os dispositivos discursivos utilizados pelo STF para produzir o sentido da norma constitucional em discussão – o art. 5º, LVII, da CRFB. Especificamente, o artigo vai analisar o voto do ministro Roberto Barroso, que convergiu com o do relator do caso, ministro Teori Zavascki, porém foi mais minucioso e mais explícito nos mecanismos discursivos utilizados. A análise enfocará um mecanismo discursivo – dispositivos de categorização – que a literatura, em outro caso de interpretação constitucional (PÁDUA, 2017), já demonstrou ser relevante. Naquele caso, como neste, a utilização dos dispositivos de categorização permitiu ao STF decidir de acordo com os valores e políticas reputados como relevantes para o resultado normativo atingido e, ao mesmo tempo, afirmar que não estava negando validade ao sentido literal da norma ou violando o seu limite semântico. Ou seja, dispositivos discursivos como os dispositivos de categorização permitem explicar, empiricamente, como pode o Supremo Tribunal Federal tomar decisões polêmicas, sem que a discussão seja um infinito debate – isto é, sem critério definidor – sobre se a Corte incumbida de ter a última palavra sobre a interpretação da Constituição (art. 102, *caput*, da CRFB) cumpriu ou descumpriu suas normas.

O artigo está estruturado em quatro seções. Na primeira, retoma-se o tema da interpretação constitucional na literatura do Direito Constitucional brasileiro, expondo seus principais pontos e expandindo o argumento da limitação dessa literatura em relação à interpretação de normas constitucionais como uma atividade prática e contextualizada em decisões concretas. Na segunda seção, o conceito analítico de *dispositivos de categorização* é explicado. A terceira seção é dedicada à metodologia e à análise dos dados – especificamente o voto do ministro Barroso no HC 126.292. A última seção conclui discutindo os resultados da análise, seus impactos para a teoria da interpretação constitucional e para futuras pesquisas.

No 30º ano de vigência da CRFB, parece oportuno abandonar dogmas e abraçar perguntas. É nesse sentido que este artigo pretende contribuir.

1 Da interpretação constitucional à formulação de normas constitucionais: abandonando a teoria

A expressão *interpretação constitucional* vem sendo utilizada no Direito brasileiro como uma revisão da teoria da interpretação para as (assumidas) especificidades do Direito Constitucional como fenômeno normativo. Como explicam Barroso e Barcellos (2006, p. 331, grifo do autor):

A ideia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o *subsuntivo*, fundando na aplicação de *regras* – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.

Trata-se, portanto, não de uma revolução na teoria da interpretação tradicional, mas de uma modificação parcial nos elementos ou procedimentos a serem utilizados pelos intérpretes – leia-se juízes – para fixar o sentido das normas constitucionais, tendo em vista a especificidade dessas normas e dos institutos por elas criados em relação a normas não constitucionais (BARROSO; BARCELLOS, 2006; GUASTINI, 1999). Como atividade, a interpretação jurídica continua podendo se encaixar na longínqua definição de Maximiliano (2002, p. 8, grifo do autor):

interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente *tornar claro* o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.

A necessidade de uma teoria específica da interpretação constitucional coincide com uma mudança de concepção doutrinária sobre o papel da Constituição na funcionalidade do ordenamento jurídico (BARROSO; BARCELLOS, 2006; MORAES, 1999). Antes prevista como parte do Direito Civil, cuja doutrina fornecia as bases para a interpretação em geral, a interpretação jurídica passa a buscar na CRFB sua fonte primeira. Para marcar essa mudança de mentalidade teórica,

buscou-se simultaneamente uma renovação na forma de apresentar a própria teoria.

Como o Direito Constitucional do segundo pós-guerra prometia ser um repositório de valores e princípios de justiça, e não somente de normas fundantes do Estado e de suas instituições – o que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo –, a teoria da interpretação constitucional também se propôs a incorporar maneiras de atingir esses repositórios constitucionais.³

No Brasil, o marco político para a incorporação dessas novas concepções constitucionais foi a promulgação da CRFB, cujo processo de elaboração já fora influenciado pelas primeiras produções teóricas nacionais pós-positivistas⁴. A principal fonte de inspiração para as novas teorias foi o movimento similar ao realizado na Alemanha, de 30 a 40 anos antes, em um trabalho conjunto da doutrina e do Tribunal Federal Constitucional (ALEXY, 2005; SILVA, 2005).

Da Alemanha, procurou-se transplantar os novos procedimentos interpretativos e concepções normativas que orientariam a teoria da interpretação constitucional e a apartaria, parcialmente, da teoria da interpretação de normas não constitucionais. Segundo Barroso e Barcellos (2006, p. 358-359):

As normas constitucionais são normas jurídicas e, como consequência, sua interpretação serve-se dos conceitos e elementos clássicos da interpretação em geral. Todavia, as normas constitucionais apresentam determinadas especificidades que as singularizam, dentre as quais é possível destacar: a) a superioridade jurídica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o caráter político. Em razão disso,

desenvolveram-se ou sistematizaram-se categorias doutrinárias próprias, identificadas como princípios específicos ou princípios instrumentais de interpretação constitucional.

Barroso e Barcellos (2006, p. 359-364) prosseguem listando seis desses “princípios instrumentais de interpretação constitucional”: “princípio da supremacia da constituição”, “princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos do poder público”, “princípio da interpretação conforme a constituição”, “princípio da unidade da constituição”, “princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade” e “princípio da efetividade”. Esse é um catálogo possível desses princípios ou elementos ou cânones interpretativos específicos para normas constitucionais. Outros autores usam outros catálogos, embora todos se pareçam e aparentemente venham da mesma fonte na doutrina alemã.⁵

O importante é notar que, com base na especificidade das normas constitucionais e em sua nova compreensão normativa, esses “princípios interpretativos” teriam como base uma insuficiência dos elementos tradicionais da interpretação de normas jurídicas. A consequência lógica do argumento, portanto, é que, para normas não constitucionais, os elementos literal/gramatical, histórico, sistemático e teleológico, originalmente propostos por Savigny no século XIX, marco da recepção do Direito Romano na Idade Moderna (SILVA, 2005,

⁵ Ver Silva (2005) e referências por ele citadas. O autor cataloga criticamente tanto esses princípios quanto o que ele chama de métodos transplantados pela doutrina brasileira da obra de apenas dois juristas alemães: Konrad Hesse, para os princípios, e Ernst-Wolfgang Böckenförde, para os métodos. Silva (2005) cataloga sete princípios, quase todos coincidentes com os de Barroso e Barcellos (2006), embora alguns tenham nomes diferentes. Por exemplo: o “princípio da efetividade” (BARROSO; BARCELLOS, 2006) e “o princípio da força normativa da constituição” (HESSE, [19--] apud SILVA, 2005).

³ Ver Barroso (2006) e Pádua (2008, p. 91-177) para uma revisão da literatura.

⁴ Ver Pádua (2008, p. 18-90).

p. 116; NEVES, 1993, p. 103-106), seriam suficientes.

No entanto, a teoria da interpretação tradicional e mesmo a (supostamente) renovada teoria da interpretação constitucional são conjuntos de proposições ontológicas, na medida em que são proposições sobre como a interpretação de normas é (ou deve ser). Nem a teoria tradicional, nem a teoria da interpretação constitucional jamais apresentaram uma faceta metodológica, ou seja, um conjunto de métodos ou parâmetros ordenados pelos quais, ao se deparar com um problema jurídico, o intérprete possa se guiar para resolvê-lo de forma previsível.⁶

Nenhuma das duas teorias de interpretação apresentou uma faceta epistemológica – um conjunto de proposições sobre como os intérpretes resolvem empiricamente os problemas interpretativos com os quais se deparam. Tampouco verificou se o conjunto de elementos da interpretação tradicional ou os princípios interpretativos da interpretação constitucional são de fato utilizados e como são utilizados para operacionalizar a aplicação empírica das respectivas normas⁷.

⁶“como se conjugam todos esses elementos numa mesma interpretação ou qual a relação que entre eles aí deve ser pensada? [...] este é um ponto para o qual a teoria tradicional não logrou uma solução – não obstante a importância que para ele teria definir um esquema fixo ou um algoritmo metódico para a interpretação” (NEVES, 1993, p. 106).

⁷A inexistência de um capítulo metodológico na teoria da interpretação de normas jurídicas não parece ser um problema exclusivo da doutrina brasileira, nem da dos países da família jurídica romano-germânica. Nos EUA, Gluck (2010) aponta o mesmo fenômeno de incerteza metodológica no cenário da interpretação das leis federais, especialmente pela Suprema Corte, embora pelo menos cinco estados tenham tido experiências estáveis com um conjunto de parâmetros fixos, criados com base em decisões das respectivas cortes de última instância. Mesmo no nível federal, no entanto, algumas questões específicas gozam de algoritmos de aplicação mais ou menos definidos, notadamente a aplicação de alguns dos chamados cânones substantivos de interpretação (“substantive canons of construction”) como a deferência de Chevron – preferência a ser dada pelas cortes para as interpretações legais de

O fulcro deste artigo e o objeto da pesquisa empírica que será apresentada mais adiante é tentar tratar dessa última questão. Ao invés de trabalhar abstratamente com o que os intérpretes de normas – constitucionais ou não – deve(ria)m fazer, propomos que um trabalho igualmente importante – e, logicamente, talvez prévio – seja o de entender como esses intérpretes, empírica e concretamente, fazem o seu trabalho.

Para isso, propomos inicialmente uma distinção conceitual: vamos opor ao fenômeno da “interpretação de normas (constitucionais)” o fenômeno da “formulação de normas (constitucionais)”.

O primeiro fenômeno, epistemologicamente, corresponde ao que os doutrinadores fazem ao criar teorias e discutir sobre elas, inclusive teorias sobre os objetos, objetivos e elementos da interpretação de normas jurídicas (NEVES, 1993).

O segundo fenômeno corresponde às práticas discursivas locais e contextualizadas, com base nas quais juristas concretos atribuem – isto é, formulam – significados para as normas das quais eles se ocupam como uma tarefa prática de sua atividade institucional. O conceito de formulação, no sentido que utilizamos neste trabalho, foi originalmente proposto por Garfinkel e Sacks (1970), no âmbito do programa de pesquisa denominado etnometodologia, que une sociologia e linguística aplicada. Estudando principalmente a interação social em conversas cotidianas, Garfinkel e

agências reguladoras (GLUCK, 2010, p. 1.817-1.819) – ou o cânone da leniência – interpretação restritiva de normas penais em favor do acusado em caso de ambiguidade (SOLAN, 1998). Por outro lado, a doutrina sobre interpretação nos EUA dedica grande parte dos seus esforços à epistemologia das técnicas interpretativas utilizadas pelos tribunais, especialmente pela Suprema Corte, ao contrário da doutrina brasileira, que parece propor apenas critérios ontológicos que supõe que serão utilizados pelas cortes *a posteriori*.

Sacks (1970) notaram que, em algumas dessas situações, os cointeragentes tematizam a própria situação social em que se encontram, com o objetivo de nomear, caracterizar, explicar o que está sendo dito ou o significado do que está acontecendo:

Um membro pode tratar um ou outro trecho da conversa como oportunidade para descrever aquela conversa, explicá-la, ou caracterizá-la, ou explaná-la, ou traduzi-la, ou resumi-la, ou definir sua essência, ou chamar atenção para sua obediência às regras, ou comentar seu desrespeito às regras. Quer dizer, um membro pode usar algum trecho da conversa como oportunidade para *formular* a conversa (GARFINKEL; SACKS, 1970, p. 350, grifo do autor, tradução nossa).

Embora estivessem focando conversas, Garfinkel e Sacks (1970, p. 347) notaram que qualquer membro da sociedade “que comece um texto, encontra-se [...] engajado em esclarecer os termos que ocorrem nele”. Por isso, usaram como sinônimo do conceito de formulação o de “práticas de glosa”, ele mesmo formulado como “métodos para produzir entendimento observável-reportável⁸ com, na e da linguagem natural” (GARFINKEL; SACKS, 1970, p. 342-343, tradução nossa). Em outras palavras, os membros da sociedade participam de práticas locais – isto é, desenvolvidas em contextos práticos específicos e localizados espacial e temporalmente – direcionadas para explicar, esclarecer, atribuir sentido a textos e a outros conjuntos de significados sociais. Por isso, as formulações também foram chamadas de métodos para produzir uma “semântica ocasionada” (DEPPERMAN, 2011).

⁸“Observável-reportável” é um termo de arte da etnometodologia que não deve nos ocupar agora. Para uma explicação, ver Coulon (1995).

Não precisamos nos ocupar de maiores minúcias do conceito de formulações (ou práticas de glosa) neste momento. O objetivo aqui é apenas demonstrar, por um lado, as limitações epistêmicas da teoria da interpretação (constitucional) para produzir conhecimento sobre como as normas jurídicas (constitucionais) recebem significação em contextos reais de aplicação e, por outro lado, apontar que, para superar essa limitação epistêmica e explicar como atores jurídicos atribuem significado empiricamente a textos normativos jurídicos (PÁDUA, 2013, 2015), é possível lançar mão de ferramentas da análise do discurso que ponham em relevo o fato de que esses significados são atribuídos com base em métodos demonstráveis e ordenados.

2 Dispositivos de categorização como métodos de formulação do significado de normas constitucionais

A análise do discurso descreve os métodos utilizados pelos participantes das situações sociais para produzir, compreender, formular e (co)construir sentidos⁹. Os métodos de formulação, como atividades sociais, são reproduzíveis, na medida em que exibem certa tipicidade, certa ordem, certa lógica (SACKS,

⁹A ideia de (co)construção de sentidos é essencial para a visão da linguagem como acontecimento interacional em que os significados do que é dito (ou escrito) emergem como um resultado desse acontecimento. Essa concepção se opõe a concepções chamadas de telegráficas ou condutoras da linguagem, que a apresentam como mero meio de transmissão de significados, codificados por um emissor e depois decodificados por um receptor. Não temos possibilidade de aprofundar a concepção interacional da linguagem aqui – embora ela seja parte de um programa de análise do discurso implicado neste trabalho. Sobre o tema, ver Martins (2002) e as referências citadas pela autora. É interessante notar, no entanto, como a concepção telegráfica da linguagem ainda é pressuposta em muitas teorias jurídicas e atinge até autores sofisticados em conceitos linguísticos, como Sgarbi (2005).

1984; GARFINKEL; SACKS, 1970, p. 346). Seu estudo empírico permite a descrição do procedimento utilizado pelo membro da sociedade na formulação, ou seja, na produção do próprio fenômeno estudado.

Os conceitos e procedimentos utilizados para essa descrição vão depender dos tipos de dados discursivos a serem analisados, mas devem ser capazes de demonstrar o que o(s) participante(s) da situação discursiva em questão usa(m) como métodos locais para produzir, compreender, formular e (co)construir sentidos, isto é, a análise deve demonstrar empiricamente os *métodos dos membros* (GARFINKEL, 1967) para a produção de sentido.

Ao analisar os dados de um caso em estudo, Sacks (2006, 1972) observou a ocorrência de um mecanismo local de produção de sentido que ele chamou originalmente de *dispositivos de categorização*¹⁰. O autor estava analisando ligações telefônicas para um serviço de prevenção ao suicídio, quando constatou que tanto quem chamava quanto quem atendia se orientava por um dispositivo de categorização que opunha duas coleções de categorias: uma, de pessoas da família; outra, de conhecidos. Observou também que a escolha de membros dessas coleções de categorias no curso da conversa obedecia a regras que se repetiam. Por exemplo, se alguém ligava dizendo que pensava em suicídio, o operador perguntava sobre familiares a quem essa pessoa pudesse pedir ajuda. Se não houvesse familiares, buscavam-se amigos e conhecidos. Se não houvesse nenhum desses, estava indicado o motivo que os chamadores utilizavam, em primeiro lugar, para se sentir suicidas – “eu não tenho ninguém” (*no one to turn to*).

O caráter metódico do recurso aos membros das diferentes coleções de categorias na mesma ordem, o que se repetia nas várias ligações analisadas, fez Sacks propor que essas coleções de categorias seriam organizadas como dispositivos. Sacks (1972, p. 32, grifos do autor, tradução nossa), então, elaborou o conceito:

Por dispositivo de categorização queremos dizer uma coleção de categorias (*a collection of membership categories*), contendo ao menos uma categoria, que pode ser aplicada a alguma população, contendo ao menos

¹⁰ Em inglês, o nome original é “membership categorization devices”, que, traduzido literalmente, seria algo como *dispositivos de categorização de participação como membros*. O problema é que o adjetivo “membership” não tem nominalização vernácula; então, ou usaríamos a desconfortável expressão *participação como membros* ou um neologismo como *membresia*. Por isso, preferimos usar *dispositivos de categorização*, expressão mais simples que, como veremos no texto, capta bem a ideia do conceito. O próprio Sacks (2006, p. 241) propôs abreviar a expressão para *dispositivo de categorização*. Na literatura recente da análise do discurso, a mesma expressão vem sendo traduzida como *categorias de pertença*, a exemplo do que fazem Del Corona e Ostermann (2012). Evito essa tradução porque acredito que ela privilegia o pertencimento a categorias, deixando de lado o principal do conceito, que são os *dispositivos*.

um membro, de tal forma que pelo uso de algumas regras de aplicação, se possa fazer um par com ao menos um membro da população e um membro do dispositivo de categorização. Um *dispositivo* é, então, uma *coleção* mais regras de aplicação.

Em outro trabalho, Sacks (2006) explica o uso desses dispositivos de categorização com um exemplo mais simples. Se alguém fala “o bebê chorou. A mãe o pegou” (*the baby cried. The mommy picked it up*), nessas frases a *mãe* vai ser entendida como a mãe do bebê que chorou. O autor demonstra que isso acontece porque *mãe* e *bebê* são categorias pertencentes ao dispositivo de categorização *família*. E uma regra de aplicação a dispositivos de categorização em geral – que ele chamou *regra da consistência* – determina que, quando duas categorias podem ser consideradas parte do mesmo dispositivo, elas devem ser consideradas dessa maneira.

Esse mesmo mecanismo de funcionamento dos dispositivos de categorização explica a inteligibilidade de textos escritos como uma manchete de jornal que diga “Marido comete suicídio. Mulher acorda do coma”¹¹. Entendemos daí não só que o marido e a mulher em questão são casados entre si, mas também que os eventos estão relacionados numa sequência temporal irônica.

O último exemplo serve para introduzir outro tópico importante nos dispositivos de categorização. Embora originalmente utilizados para descrever métodos de produção de sentido relacionados a pessoas, os mesmos dispositivos podem ser utilizados para categorizar e produzir sentido sobre eventos, locais etc. (STOKOE; ATTENBOROUGH, c2015).

A maneira como os dispositivos são utilizados para atribuir sentido a eventos, descrevê-los e colocá-los em tipologias parece ser essencial para a formulação do sentido de normas jurídicas em discursos judiciais – especialmente se o sentido aparentemente mais óbvio da norma é preterido pelo juiz que a interpreta (PÁDUA, 2017). É que o veremos a seguir.

3 Análise de dados: como dar à norma um sentido querido, mas não óbvio

3.1 Nota metodológica

Neste trabalho vamos analisar apenas o voto do ministro Luís Roberto Barroso, no HC 126.292 (BRASIL, 2016). O voto, destacado do

¹¹ O exemplo é de Wolff (2011). No original: “Ehemann begeht Selbstmord. Frau erwacht aus Koma”.

inteiro teor do acórdão, tem cerca de 10 mil palavras em 27 páginas na paginação oficial indexada pelo próprio STF.

Além de utilizarmos os conceitos teórico-analíticos apresentados – nomeadamente, *formulação* e *dispositivos de categorização* –, a aproximação inicial do texto se deu com base na análise etnometodológica de textos escritos (WATSON, 2009; WOLFF, 2011), mais especificamente no método preconizado por Wolff (2011, p. 256). Ao propor que os textos escritos sejam analisados como dados em si próprios, o autor apresenta o conceito de *texto ativo*, segundo o qual textos devem ser entendidos como i) *apresentações metódicas*; ii) *soluções práticas* para problemas de apresentação dos seus autores; iii) *fenômenos sociais situados*; e iv) *fenômenos reflexivos*.

Essas premissas metodológicas, tomadas em conjunto com as concepções teóricas explicadas, levam a analisar os textos como ações sociais – inclusive justificações escritas para decisões judiciais. A análise busca mecanismos de produção de sentido que, embutidos nos textos, demonstrem como se poderia reproduzir a criação desse mesmo sentido, *da perspectiva do seu autor*.

3.2 Contexto e circunstâncias da decisão no HC 126.292

Conforme já apontado, o HC 126.292 marca uma virada jurisprudencial do STF no tema da execução provisória da pena. Essa virada jurisprudencial, aliás, vem resistindo aos ataques não só doutrinários, mas também processuais, tais como no julgamento cautelar das ADCs 43 e 44, e recentemente no julgamento do HC 152.752 (BRASIL, 2018c, 2018a, 2018b) – este último, o *habeas corpus* preventivo para tentar evitar a prisão do ex-presidente Lula.

Em relação ao HC 126.292, a virada jurisprudencial é explicada pelo próprio ministro Barroso:

A Constituição Federal proclama, em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O dispositivo consagra o princípio da presunção de inocência, ou – no termo mais técnico – o princípio da presunção de não culpabilidade. Desde a promulgação da Carta de 1988 até 2009, viveu nesta Corte o entendimento de que essa norma não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp). Em linhas gerais, isso se dava pelo fato de que tais recursos não desfrutavam de efeito suspensivo nem se prestam a rever condenações (a realizar a justiça do caso concreto), mas tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores, sem qualquer reexame de fatos e provas.

Em julgamento realizado em 5.02.2009, porém, este entendimento foi alterado em favor de uma leitura mais literal do art. 5º, LVII. De fato, ao apreciar o HC 84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, passou a interpretar tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. Conforme a ementa do julgado, *a ampla defesa engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária, de modo que a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa*. Esta é a orientação que tem vigorado até a presente data e cuja revisão aqui se defende (BRASIL, 2016, p. [29-31]¹², grifos do autor).

O ministro Barroso, no seu voto, foi mais minucioso até do que o relator do caso, ministro Teori Zavascki, embora ambos votassem pela mesma conclusão. Não é o objeto deste artigo reconstruir todos os argumentos do ministro Barroso, mas apenas aquele que diz respeito à formulação do sentido do parâmetro normativo principal em discussão, ou seja, o art. 5º, LVII, da Constituição, citado no excerto acima.

3.3 O texto do art. 5º, LVII, da CRFB

O texto do art. 5º, LVII, da CRFB é relativamente simples, composto de apenas uma oração, de tipo nominal, com verbo no futuro e predicativo que contém o conteúdo do comando normativo – já que o sujeito, “ninguém”, é só um pronome indefinido negativo que acarreta a universalidade da norma e o seu caráter proibitivo. O predicativo, “considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, é o comando cujo significado importa interpretar¹³.

Embora o relator, ministro Zavascki, não tenha dedicado nenhuma parte do seu voto ao texto do art. 5º, LVII – a não ser por uma citação doutrinária (BRASIL, 2016, p. [10-11]), o ministro Barroso se ocupou, ainda que brevemente, de produzir um sentido para esse texto. Ele, no entanto, teria dificuldade de, ao mesmo tempo, dar um sentido ao art. 5º, LVII, que fosse condizente com a conclusão a que queria chegar e que pudesse ser enquadrado dentro dos limites semânticos do texto,

¹² As referências serão feitas às páginas do inteiro teor do acórdão, não às do voto individual do ministro Barroso.

¹³ As particularidades sintáticas do texto não devem nos ocupar mais do que o que foi dito nesse parágrafo. Uma representação gráfica da sintaxe da oração do art. 5º, LVII, na chamada árvore sintática é a seguinte (O = “oração”; SN = “sintagma nominal”; SV = “sintagma verbal”; SP = “sintagma preposicionado”): [O[SN ninguém][SV [V será][SN [SN considerado culpado][SP até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória]]]]. Para fundamentos de análise sintático-semântica de textos jurídicos e um exemplo de um caso na Suprema Corte dos EUA, ver Kaplan e Green (1995).

conforme a doutrina – inclusive do próprio ministro Barroso – costuma exigir mesmo da mais maleável interpretação constitucional. Especificamente, a questão dizia respeito a como compatibilizar a constitucionalidade da execução provisória de pena com a exigência do texto de que houvesse um “trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, que seria um marco condicionante, temporal e logicamente, conforme indica a preposição *até*¹⁴.

O ministro Barroso produziu diversas saídas retóricas para esse problema, algumas das quais nada têm que ver com a produção de sentido do texto em si, tais como a proclamação de uma mutação constitucional em relação ao tema (BRASIL, 2016, p. [31-35]) ou o enquadramento da norma do art. 5º, LVII, como “princípio”, e não “regra” (BRASIL, 2016, p. [37-39]). O fato de que ele, ainda assim, ter querido apresentar uma formulação do sentido do texto e como o fez é que torna o seu voto uma fonte de dados interessante para este trabalho.

3.4 Dispositivos de categorização e formulação do sentido do art. 5º, LVII, da CRFB

A maneira como o ministro Barroso formulou o sentido do texto do art. 5º, LVII, tem duas etapas metódicas iniciais. A primeira consiste em mobilizar outros textos constitucionais – especificamente o art. 5º, LXI e LXVI; a segunda, em focar uma palavra do predicativo

– *culpado* – deixando o resto do predicativo, inclusive a parte do trânsito em julgado, ao fundo¹⁵. Essas duas etapas concorrem para criar dois dispositivos de categorização, que operam em diferentes níveis e dariam um sentido aparentemente inesperado ao art. 5º, LVII, mas enquadrado como correto e coerente.

O ministro Barroso começa o trabalho de formulação marcando que estaria se afastando da “literalidade” do texto normativo em questão.

Excerto 1:

Ao contrário do que uma leitura apresada da literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 2016, p. [35]).

Logo em seguida, ele anuncia a primeira etapa da formulação.

Excerto 2:

O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme *se extrai do art. 5º, LXI, da Carta de 1988* (BRASIL, 2016, p. [36], grifo nosso).

Nessa primeira etapa, o ministro Barroso já enuncia as duas regras do dispositivo de categorização que ele começa a construir e depois chamará de *prisão*:

¹⁴ Ainda que não seja o objeto da análise deste trabalho, considere-se que o voto divergente do Ministro Celso de Mello, que é o maior e mais detalhado dos votos divergentes, em repetidas oportunidades se refere ao “texto inequívoco” do art. 5º, LVII (BRASIL, 2016, p. [93]). Segundo ele, “[o] art. 5º, inciso LVII (‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 2016, p. [88]).

¹⁵ A literatura da análise do discurso vem apontando que a citação de textos envolve sempre uma recontextualização do seu sentido e que uma das maneiras de produzir essa recontextualização é mudando as relações entre “figura” e “fundo”, isto é, o que fica em evidência na citação e o que é deixado em segundo plano. Ver Linell (1998, p. 144-145).

i) REGRA POSITIVA - os membros desse dispositivo precisam de “ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”;

ii) REGRA NEGATIVA - os membros desse dispositivo não precisam ter “esgota[do] qualquer possibilidade de recurso”.

A segunda etapa é enfocar o qualificador *culpado* e colocar, no fundo, os demais termos da oração.

Excerto 3

Enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado *culpado* até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será *preso* senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (BRASIL, 2016, p. [36], grifos do autor).

Esse excerto faz, na verdade, um duplo trabalho. O primeiro, já mencionado, enfoca o modificador *culpado* como palavra-chave para a produção de sentido do art. 5º, LVII. O grifo serve graficamente a esse trabalho de enfoque. A palavra *culpado* é aquela que serve para compreender o sentido que está sendo inserido pelo próprio autor na leitura do texto. O conseqüente apagamento momentâneo dos demais elementos do texto – inclusive da expressão “trânsito em julgado” – funciona como uma *instrução de leitura* (WATSON, 2009), ou seja, como uma *prática de glosa* (GARFINKEL; SACKS, 1970) sobre o texto do art. 5º, LVII.

O segundo trabalho desse excerto consiste em introduzir uma outra palavra-chave que vai funcionar como conceito contraposto ao de *culpado*: o conceito de *preso*. Mais uma vez, note-se como é o próprio autor quem grifa a palavra *preso*, usando o mesmo método de enfoque da palavra *culpado*.

A contraposição entre os dois termos enfocados – *preso* e *culpado* – é o resultado final das duas etapas de formulação anteriormente mencionadas acima. *Culpado* é o ponto focal de como deve ser lido o art. 5º, LVII, ao passo que *preso* é o ponto focal dos demais textos normativos convocados para formular, por oposição, o sentido do art. 5º, LVII.

Essa formulação do sentido do art. 5º, LVII, por oposição a outros textos é exatamente o ponto em que os dispositivos de categorização entram em cena e completam as duas etapas iniciais da formulação do sentido do texto. Considere-se o excerto a seguir:

Excerto 4

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* (BRASIL, 2016, p. [36], grifos nossos).

A distinção conceitual entre *culpado* e *preso* é aqui ligada a dois *regimes* diferentes. Portanto, a formulação do sentido do art. 5º, LVII, se liga a um dispositivo de categorização específico: o dispositivo *culpabilidade*. Esse dispositivo se opõe a outro dispositivo, que se liga aos demais textos normativos mobilizados durante as etapas iniciais – art. 5º, LXI e LXVI – e que o ministro Barroso chama de *prisão*.

Como vimos, os dispositivos de categorização se caracterizam por ter pelo menos um conjunto de categorias, com ao menos uma categoria em cada conjunto, e ao menos uma regra de aplicação que determine como essas categorias serão aplicadas aos indivíduos a serem categorizados.

Temos aqui dois dispositivos: *prisão e culpabilidade*. Já vimos, no excerto 2, que o ministro Barroso enunciara duas regras de aplicação para o dispositivo *prisão*. No excerto 5, abaixo, ele enuncia as categorias que compõem o dispositivo:

Excerto 5

Para fins de privação de liberdade, portanto, exige-se determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária. Este requisito, por sua vez, está intimamente relacionado ao monopólio da jurisdição, buscando afastar a possibilidade de prisão administrativa (salvo as disciplinares militares). Tal regra constitucional autoriza (i) as *prisões processuais típicas, preventiva e temporária*, bem como *outras prisões*, como (ii) a *prisão para fins de extradição* (decretada pelo STF), (iii) a *prisão para fins de expulsão* (decretada por juiz de primeiro grau, federal ou estadual com competência para execução penal) e (iv) a *prisão para fins de deportação* (decretada por juiz federal de primeiro grau) (BRASIL, 2016, p. [37], grifos nossos).

Estamos agora em posição de sistematizar o dispositivo *prisão*:

Quadro 1

Dispositivo de categorização *prisão*

Coleções de categorias		Regras
Prisões processuais típicas	Outras prisões processuais	
Prisão preventiva Prisão temporária	Prisão para fins de extradição Prisão para fins de expulsão Prisão para fins de deportação	i) Regra positiva: os membros desse dispositivo precisam de “ordem escrita fundamentada da autoridade judiciária competente”. ii) Regra negativa: os membros desse dispositivo não precisam ter “esgota[do] qualquer possibilidade de recurso”.

Fonte: elaborado pelo autor.

Temos, portanto, um dispositivo de categorização relativamente complexo. Ele tem duas coleções de categorias, *prisões processuais típicas* e *outras prisões processuais*: a primeira, com duas categorias; e a segunda, com três categorias. As regras de aplicação desse dispositivo já tinham sido enunciadas e foram recuperadas do excerto 2, anteriormente citado.

Note-se que as regras de aplicação não condicionam a aplicação de cada uma das categorias das duas coleções que compõem o dispositivo, mas condicionam a aplicação do dispositivo como um todo. A existência de várias categorias inseridas no dispositivo *prisão* evidencia a existência desse dispositivo e como ele é diferente do dispositivo

culpabilidade, relevante para o artigo em questão, ao contrário do dispositivo *prisão*.

O propósito da enunciação de categorias, sem discriminação sobre sua aplicação individualizada, é confirmado pelo trecho do voto do ministro Barroso que vem logo em seguida ao excerto 5: “*Em todas as hipóteses enunciadas acima, como parece claro, o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não obstam a prisão*” (BRASIL, 2016, p. [37], grifo nosso).

Considere-se, por fim, que há uma assimetria no número de categorias das duas coleções – uma com duas categorias e outra com três. Isso vai abrir espaço para uma categoria faltante e que é a culminância de todo o processo de formulação de sentido que vem sendo analisado, como veremos a seguir.

Terminada a construção do dispositivo *prisão*, faltava a construção do dispositivo *culpabilidade*. O ministro Barroso é mais econômico neste último dispositivo. Depois de enunciar o dispositivo (ver excerto 4), ele dedica apenas o seguinte excerto ao tema:

Excerto 6

E isso [a possibilidade de várias prisões antes do trânsito em julgado] não esvazia a presunção de não culpabilidade: há *diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado*, como os *efeitos extrapenais* (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os *efeitos penais secundários* (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.) (BRASIL, 2016, p. [37], grifos nossos).

Esse excerto enuncia três regras de aplicação do dispositivo *culpabilidade*, que estamos agora em posição de sistematizar.

Quadro 2

Dispositivo de categorização *culpabilidade*

Única coleção de categoria	Regras
Culpabilidade	i) A aplicação da categoria desse dispositivo depende de trânsito em julgado de sentença penal condenatória. ii) A aplicação da categoria desse dispositivo permite efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.). iii) A aplicação da categoria desse dispositivo permite efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.).

Fonte: elaborado pelo autor.

Esse dispositivo só tem uma categoria: *culpabilidade*. A primeira regra de aplicação do dispositivo serve para contrastá-lo com o dispositivo *prisão*, por meio da conexão com a regra negativa deste último. As demais regras dão funcionalidade ao dispositivo, do contrário a categoria única *culpabilidade* ficaria inútil e, por conseguinte, todo o dispositivo do art. 5º, LVII, centrado nas etapas iniciais da formulação na palavra-foco *culpado*, seria inútil. Um dispositivo normativo inútil é inaceitável pela doutrina jurídica, o que explica a necessidade de enunciar as duas últimas regras.

No entanto, a relativa simplicidade desse dispositivo, em comparação com a relativa complexidade do dispositivo *prisão*, demonstra que se trata de um dispositivo cuja principal função é excluir da formulação do sentido do art. 5º, LVII, o escopo de se aplicar a qualquer prisão. Ou seja, o fenômeno das prisões e toda a sua complexidade normativa estão em outro dispositivo, que regula fenômenos mais simples, como os efeitos secundários da pena¹⁶.

A lógica da dissociação da categorização dos dois fenômenos (*prisão/ões* e *culpabilidade*) – chave para a formulação do sentido do art. 5º, LVII, que passa a não ter qualquer ligação com prisão/ões – é completada na culminância da seção do voto do ministro Barroso que trata dessa formulação: “Assim sendo, e *por decorrência lógica*, do mesmo inciso LXI do artigo 5º deve-se extrair a *possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente*” (BRASIL, 2016, p. [37], grifos nossos).

Está completo o trabalho de formulação. O fenômeno da prisão é regulado pelo art. 5º, LXI (e LXVI). O art. 5º, LVII, não trata disso. Por isso, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória não é relevante para decretar a prisão de uma pessoa. Além disso, as coleções de categorias do dispositivo *prisão* estão agora completas: às categorias de prisões já mencionadas, deve-se adicionar esta: “prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente”.

Conclusões

Neste trabalho, procuramos reconstruir o método de produção de sentido utilizado pelo ministro Luís Roberto Barroso para formular o texto do art. 5º, LVII, da CRFB. A análise demonstrou que, além de ou-

¹⁶No voto do relator, ministro Zavaski, há também um outro escopo anunciado para o art. 5º, LVII, que é o de regra de ônus probatório (BRASIL, 2016, p. [8-9]). O ministro Barroso, porém, não entrou nesse campo ao formular o sentido textual do artigo e, portanto, essa questão não está no escopo deste trabalho.

tros argumentos normativos e políticos, o ministro Barroso se ocupou especificamente do texto do art. 5º, LVII, que, à primeira leitura, parecia não favorecer seu ponto de vista. Ao formular o sentido do artigo, no entanto, o ministro Barroso empregou um engenhoso contraste entre dois dispositivos de categorização, para retirar do escopo de sentido do art. 5º, LVII, a regulação do fenômeno jurídico da prisão e, com isso, evitar ter de discutir a relevância da condição do “trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Na glosa do ministro Barroso, o fenômeno jurídico da prisão, em suas várias categorias, está dentro do escopo do dispositivo *prisão*, acionado pelos textos dos incisos LXI e LXVI do art. 5º. Isso inclui uma categoria de prisão que o ministro pareceu criar no seu voto como culminância do seu método de produção de sentido¹⁷: “prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente”.

Por sua vez, o fenômeno jurídico da culpabilidade, que conta com apenas uma categoria, está dentro do escopo do dispositivo *culpabilidade*, acionado pelo inciso LVII do art. 5º. Com essa prática de glosa, o sentido do princípio da presunção de inocência passa a ser ligado a efeitos da condenação criminal diversos da prisão, tais como perdimento de bens e perda de cargo público.

A utilização de dispositivos de categorização para a produção de sentido de normas constitucionais corrobora o que já havia demonstrado Pádua (2017), em trabalho sobre a formulação do sentido do art. 5º, LXI, da CRFB. Naquele caso, o STF discutia se a condução involuntária de um suspeito a uma delegacia, fora das hipóteses de flagrante e sem ordem “escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, constituía conduta inconstitucional e, portanto, tornaria ilícita qualquer prova derivada dessa conduta. Como Pádua (2017) demonstrou, para sair do escopo restritivo do art. 5º, LXI, e validar a condução do suspeito à delegacia, o STF criou um dispositivo de categorização para a formulação do sentido do texto, no qual duas coleções de categorias, *prisão* e *encaminhamento*, eram opostas por um conjunto de regras que atribuía aos membros de cada coleção um escopo distinto. Se algum dos membros da coleção *encaminhamento* fosse relevante para categorizar o evento em questão, então não haveria prisão e, portanto, não se aplicariam as restrições do art. 5º, LXI. Pádua (2017) ainda demonstrou como esse mesmo dispositivo de categorização foi utilizado para justificar as conduções coercitivas autorizadas pela Justiça Federal mesmo quando o conduzido não havia se recusado a depor seguindo intimação – casos como o do ex-presidente Lula.

¹⁷ Neste trabalho, utilizamos as expressões (*práticas de*) *glosa*, *formulação* e *produção de sentido* na linha de Garfinkel e Sacks (1970).

Assim como em Pádua (2017), no presente trabalho os dispositivos de categorização utilizados para a formulação de sentido do texto de normas constitucionais categorizam eventos, não pessoas. Isso provavelmente se liga ao fato de que normas jurídicas usam eventos fáticos como pressupostos para atribuir-lhes consequências jurídicas. Formular o sentido desses eventos é fundamental para a glosa dessas normas, com vistas a ampliar ou restringir o seu escopo.

Este estudo e o de Pádua (2017) corroboram um ao outro, sugerindo que os dispositivos de categorização são métodos recorrentes de formulação do sentido de textos normativos, especialmente em casos nos quais a interpretação mais evidente – ou literal – não favorece o ponto de vista e os demais argumentos defendidos pelo julgador. Ambos demonstram a serventia dos dispositivos de categorização como método de formulação de sentido de textos escritos, eventualmente junto com outros métodos – ponto já sugerido pela literatura da análise etnometodológica de textos escritos (WOLFF, 2011; WATSON, c2009).

Especificamente para o campo jurídico e para a teoria da interpretação, o presente estudo demonstra como é possível formular o sentido literal de textos normativos de maneiras inesperadas. Métodos como os dispositivos de categorização fornecem ferramentas que permitem produzir o sentido literal desses textos em direções que contradizem comentários doutrinários, mas continuam a reclamar fidelidade ao texto da norma.

O efeito paradoxal dessa manipulabilidade do sentido literal dos textos normativos é que ela valoriza o próprio sentido literal como fenômeno jurídico. Embora imprevisível antes de ser declarado, o sentido literal da norma é considerado importante o suficiente para ser uma questão a ser enfrentada, ainda que utilizando um raciocínio complexo em face de uma norma cuja interpretação não parecia exigir tamanha complexidade. Isso sugere que o texto normativo escrito é uma realidade jurídica que gera efeitos locais, ao mesmo tempo que torna a existência desse texto insuficiente como limite pré-definido à liberdade de atuação do aplicador do texto. Ao menos em casos sensíveis.

Essa circunstância paradoxal deve importar para uma teoria da interpretação de normas, sejam constitucionais ou não. Uma teoria que não leve em consideração o que os atores jurídicos realmente fazem para interpretar normas jurídicas em contextos locais de aplicação real dessas normas não funciona muito como teoria. Nem fornece um quadro normativo que funcione como tipo ideal para a crítica das práticas empíricas de interpretação das normas, já que essas práticas são desconhecidas para a teoria. Ou seja, ela não funciona nem como uma teoria descritiva, nem como uma teoria (meta)normativa sobre interpretação.

Ela apenas cria um conjunto de proposições paralelas às práticas empíricas, que não visa a se encontrar com essas práticas em nenhum momento. Daí por que o estudo se afastou do quadro teórico da teoria da interpretação constitucional para se inserir em um quadro teórico da análise do discurso, com o estudo de formulações do sentido das normas constitucionais.

Apesar de corroborar um estudo anterior, este trabalho é limitado pelos aspectos tradicionais de estudos qualitativos; portanto, sua generalização deve ser tomada com cautela. Não se pode supor que o STF utilize sistematicamente os procedimentos aqui descritos, nem saber em que casos eles seriam acionados. Ainda assim, os conceitos e metodologias usados neste estudo são uma interessante avenida a ser explorada em futuros trabalhos e na teoria geral da interpretação jurídica, a fim de que ela não fique presa a uma análise normativa sem base empírica e produza recomendações que não possam ser consistentemente seguidas.

Para elaborar um conjunto de princípios, de métodos ou de regras de interpretação de normas jurídicas de caráter (meta)normativo, é necessário, antes de tudo, entender quais são os princípios, métodos e regras que vêm sendo seguidos pelos atores jurídicos. Foi nesse sentido que este estudo procurou dar uma modesta contribuição.

Sobre o autor

João Pedro Chaves Valladares Pádua é doutor em Estudos da Linguagem pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutorando como *visiting scholar* na Brooklyn Law School, em Nova Iorque, NY, EUA; professor no programa de pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; professor no programa de pós-graduação em Direito Processual Penal da Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; advogado no Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

E-mail: joaopadua@id.uff.br

Como citar este artigo

(ABNT)

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. Categorizações como método de produção de sentido de normas constitucionais: contribuições da interface entre direito e análise do discurso. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 87-109, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p87

(APA)

Pádua, J. P. C. V. (2019). Categorizações como método de produção de sentido de normas constitucionais: contribuições da interface entre direito e análise do discurso. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(221), 87-109. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p87

Referências

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 31-48.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-48.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 327-378.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 17 maio 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&text=.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade n. 44/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Requerido: Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 23 abr. 2018a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314210944&text=.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 152.752/PR. Paciente: Luiz Inacio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Relator: Min. Edson Fachin. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 27 jun. 2018b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade n. 43/DF. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Requerido: Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 8 ago. 2018c. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314929880&text=.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2018.

COSTA, Marcos da. Distorções na condenação de segunda instância. *Revista Consultor Jurídico: ConJur*, São Paulo, 8 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-08/marcos-costa-distorcoes-condenacao-segunda-instancia?>>. Acesso em: 4 set. 2018.

COULON, Alain. *Etnometodologia*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves. Petrópolis: Vozes, 1995.

DEL CORONA, Márcia; OSTERMANN, Ana Cristina. Formulação de lugar, intersubjetividade e categorias de pertença em chamadas de emergência para o 190. *Revista Veredas*, Juiz de Fora, v. 16, n. 1, p. 112-129, 2012. Disponível em: <<https://veredas.uff.emnuvens.com.br/veredas/article/view/174/139>>. Acesso em: 4 set. 2018.

DEPPERMAN, Arnulf. The study of formulations as a key to an interactional semantics. *Human Studies*, [S.l.], v. 34, n. 2, p. 115-128, 2011.

GARFINKEL, Harold. What is ethnomethodology?. In: _____. *Studies in ethnomethodology*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1967. p. 1-34.

GARFINKEL, Harold; SACKS, Harvey. On formal structures of practical actions. In: MCKINNEY, John; TIRYAKIAN, Edward A. (Ed.). *Theoretical sociology: perspectives and developments*. New York: Appleton-Century-Crofts, 1970. p. 337-366.

GLUCK, Abbe R. The states as laboratories of statutory interpretation: methodological consensus and the new modified textualism. *The Yale Law Journal*, New Haven, CT, v. 118, n. 8, p. 1.750-1.862, jun. 2010. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/article/the-states-as-laboratories-of-statutory-interpretation-methodological-consensus-and-the-new-modified-textualism>>. Acesso em: 5 set. 2018.

GUASTINI, Riccardo. ¿Especificidad de la interpretación constitucional?. In: _____. *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 287-303.

KAPLAN, Jeffrey P.; GREEN, Georgia M. Grammar and inferences of rationality in interpreting the child pornography statute. *Washington University Law Review*, Washington, DC, v. 73, p. 1.223-1.251, 1995. Disponível em: <https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1681&context=law_lawreview>. Acesso em: 5 set. 2018.

LINELL, Per. Discourse across boundaries: on recontextualizations and the blending of voices in professional discourse. *Text: Interdisciplinary Journal for the Study of Discourse*, New York, v. 18, n. 2, p. 143-157, 1998.

LOPES JÚNIOR, Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. *Revista Consultor Jurídico*: ConJur, São Paulo, 4 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 4 set. 2018.

MARTINS, Carla. A indeterminação do significado nos estudos sócio-pragmáticos: divergências teórico-metodológicas. *Documentação de Estudos em Linguística Teórica e Aplicada*: DELTA, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 87-116, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/delta/v18n1/a04v18n1.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito civil-constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 115-127.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. *A tecnocracia jurídica: a comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático*. 2008. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077043.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2018.

_____. *A negociação da intersubjetividade em debates sobre textos normativos na Assembleia Nacional Constituinte brasileira de 1987/88*. 2013. 207 f. Tese (Doutorado em Letras/Estudos da Linguagem) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

_____. Da interpretação à formulação: contribuições da linguística forense à teoria da interpretação de normas jurídicas. In: BELLO, Enzo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Metodologia da pesquisa em direito*. Caxias do Sul: Educs, 2015. p. 227-229. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook_metodologia_da_pesquisa.pdf>. Acesso em: 4 set. 2018.

_____. “Apenas encaminhado”: categorizações como estratégias discursivas de (in) efetivação de garantias fundamentais em uma decisão do Supremo Tribunal Federal. *Language and Law/Linguagem e Direito*, Porto, v. 4, n. 1, p. 60-72, 2017. Disponível em: <<http://ojs.letras.up.pt/index.php/LLLD/article/view/2862/2612>>. Acesso em: 4 set. 2018.

SACKS, Harvey. An initial investigation into the usability of conversational data for doing sociology. In: SUDNOW, David (Ed.). *Studies in social interaction*. New York: The Free Press, 1972. p. 31-73.

_____. Notes on methodology. In: ATKINSON, John Maxwell; HERITAGE, John (Ed.). *Structures of social action: studies in conversation analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984. p. 21-27.

_____. The baby cried. The mommy picked it up. In: JAWORSKI, Adam; COUPLAND, Nikolas (Ed.). *The discourse reader*. 2. ed. New York: Routledge, 2006. p. 239-245.

SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 26, p. 6-31, jan./jun. 2005. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/323/295>>. Acesso em: 6 set. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____ (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-Interpretacao_e_sincretismo.pdf>. Acesso em: 5 set. 2018.

SOLAN, Lawrence M. Law, language and lenity. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 40, p. 57-144, 1998. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/73966305.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2018.

STOKOE, Elizabeth; ATTENBOROUGH, Frederik. Prospective and retrospective categorisation: category proffers and inferences in social interaction and rolling news media. In: FITZGERALD, Richard; HOUSLEY, William (Ed.). *Advances in membership categorisation analysis*. London: Sage, c2015. p. 1.254-1.633.

STRECK, Lenio Luiz. O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção da inocência. *Revista Consultor Jurídico*: ConJur, São Paulo, 11 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia?>>. Acesso em: 4 set. 2018.

WATSON, Rod. *Analysing practical and professional texts: a naturalistic approach*. Farnham: Ashgate, c2009.

WOLFF, S. Textanalyse. In: AYAß, Ruth; BERGMANN, Jörg R. (Hg.). *Qualitative Methoden der Medienforschung*. Mannheim: Verlag für Gesprächsforschung, 2011. p. 245-273. Disponível em: <<http://www.verlag-gespraechsforschung.de/2011/pdf/medienforschung.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2018.