

A retórica dos tribunais e a legitimidade da jurisdição constitucional: Brasil e Alemanha em perspectiva comparada

The rhetoric of the courts and the legitimacy of the constitutional jurisdiction: Brazil and Germany in a comparative perspective

Isaac Reis

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Co-Líder do Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades (UnB/CNPq).

E-mail: ireis@hotmail.com | ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4712-330X>

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 16, n. 3, p. 1-25, Setembro-Dezembro, 2020 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: Jan. 01, 2020; Accepted/Aceito: Mar. 01, 2020;

Publicado/Published: Fevereiro 05, 2021]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2020.v16i3.4440>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

Resumo

Este trabalho trata dos discursos por meio dos quais os tribunais constitucionais se inserem estrategicamente no debate acerca da legitimidade de sua própria jurisdição. Parte do pressuposto de que a tensão política entre cortes e parlamentos é uma característica própria dos sistemas jurídicos que possuem constituições rígidas e controle judicial de constitucionalidade feita por um órgão não eleito. Busca-se, utilizando uma metodologia intitulada Análise Empírico-Retórica do Discurso, traçar os perfis dessa atuação em uma decisão importante do Supremo Tribunal Federal brasileiro e outra do Tribunal Constitucional Federal alemão. As conclusões mostram que ambos os tribunais utilizam discursos retóricos em defesa da própria legitimidade, ainda que no Supremo Tribunal Federal predominem estratégias do tipo *ethos* e no Tribunal Constitucional Federal alemão, prevaleçam as estratégias do tipo *logos*. Ao final, o trabalho tenta compreender as razões dessa diferença, apontando para a necessidade de novas pesquisas sobre o tema.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Legitimidade. Análise Empírico-Retórica do Discurso. Supremo Tribunal Federal. Bundesverfassungsgericht.

Abstract

This paper deals with the discourses through which constitutional courts strategically insert themselves in the debate about the legitimacy of their own jurisdiction. It takes the assumption that the political tension between courts and parliaments is a feature of legal systems that have rigid constitutions and judicial review made by an unelected organ. Using a model called Empirical-Rhetoric Analysis of Discourse, it seeks to trace the profiles of this action in an important decision of the Brazilian Federal Supreme Court and another of the German Federal Constitutional Court. The conclusions show that both courts use rhetorical discourses in defense of their own legitimacy, even though *ethos* strategies predominate in the Brazilian Federal Supreme Court and *logos* strategies prevail in the German Federal Constitutional Court. In the end, the work tries to understand the reasons for this difference, pointing to the need for new research on the subject.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Legitimacy. Empirical-Rhetorical Discourse Analysis. Supremo Tribunal Federal. Bundesverfassungsgericht.

1 Introdução

Ainda que tenha sido objeto de diferentes considerações, advindas de variados pontos de vista teóricos, o problema da legitimidade da jurisdição constitucional parece longe de obter uma solução consensual.

Isso ocorre, por um lado, porque cada teoria projeta diferentes jogos de luz e sombra sobre a prática das cortes supremas, mas também, por outro lado, em razão do modo como as concebem e o que esperam delas. Também possui influência considerável em cada análise a compreensão acerca da prática jurídica em geral e do trabalho de dar resposta a casos jurídicos pelos órgãos de cúpula.

Esse artigo toma o problema da legitimidade da jurisdição constitucional a partir da tradição retórica. Coloca no centro da análise o discurso produzido pelas cortes quando decidem acerca da constitucionalidade de uma lei. Como é possível caracterizar tais discursos? O que é possível dizer acerca de seu estatuto epistemológico? Pode-se caracterizá-los como atos de avaliação da compatibilidade de uma lei (produto da política cotidiana) com a Constituição (símbolo de um gênesis retirado do tempo normal)? Que pressupostos políticos estão por detrás de um ato de tal natureza? – são perguntas que constituem a problemática deste trabalho.

O artigo sustenta a hipótese de que nos países onde há constituições rígidas que preveem cláusulas pétreas e controle de constitucionalidade realizado por juízes não eleitos, permanece a tensão em torno dos limites até onde tal atividade possa ir sem adentrar o âmbito do legislador democrático, o que coloca as decisões como espaços por excelência de discursos retórico-estratégicos, produzidos pelas cortes, de defesa da própria legitimidade.

A comparação com o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*)¹ tem um duplo objetivo: em primeiro lugar, de instrumentalizar o teste da hipótese segundo a qual, apesar das variáveis espaciais, certos padrões retóricos permanecem estáveis e recorrentes. Segundo, a comparação tem o intuito de desnaturalizar a compreensão da prática no Brasil, oferecendo elementos para que outras pesquisas possam tentar compreender as razões pelas quais a “retórica constitucional” do Supremo Tribunal Federal apresenta determinados elementos que lhe são próprios.

O uso de uma abordagem retórica realista da prática jurídica justifica-se como adequada para compreender a dinâmica do trabalho constitucional, sem prescrever-lhe padrões de correção ou racionalidade, mas esforçando-se para explicitar, descritivamente, as regularidades retórico-estratégicas que ela produz.

Assim, o artigo está organizado da seguinte forma: em primeiro lugar, será exposto o instrumento metodológico a ser utilizado, a Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD), seguido pela produção dos dados a partir de uma decisão do STF

1 Por razões de economia de espaço e facilidade na compreensão, será utilizada apenas a sigla “BVerfG” ao longo do artigo.

e outra do BVerfG. No último tópico, serão analisados os dados obtidos e feita uma comparação entre as ocorrências retóricas encontradas nas decisões.

2 Metodologia: a Análise Empírico-Retórica do Discurso

A AERD – Análise Empírico-Retórica do Discurso foi desenvolvida (REIS, 2014; 2018) sob inspiração em um conjunto de estudos de Katharina Sobota, atualmente Gräfin von Schlieffen, publicados nos anos 90 do século XX (SOBOTA, 1992; 1996).

No primeiro desses estudos, a autora alemã desenvolve um “sismógrafo retórico”, por meio do qual identifica a alta intensidade do uso de figuras retóricas, consideradas meios de persuasão “irracionais”, exatamente nas partes das decisões do BVerfG consideradas mais importantes (SOBOTA, 1992, p. 237).

No segundo, ampliando o escopo, toma como categorias os critérios *logos*, *ethos* e *pathos* em unidades mensuráveis e quantificáveis, para investigar como esses fatores se relacionam entre si nos textos de decisões judiciais. A conclusão é de que o BVerfG só raramente fundamenta as suas decisões em uma pura cadeia de raciocínios jurídicos. Na opinião da autora, os pontos de vista não jurídicos contribuem para a jurisdição com opiniões que ampliam não apenas a sua plausibilidade, mas também fornecem impulsos inovativos e valorosos ao desenvolvimento da dogmática jurídica (SOBOTA, 1996, p. 132).

Partindo desses estudos, a AERD busca uma aproximação com a Análise do Discurso (AD)², servindo a propósitos específicos, para além de mostrar o caráter retórico de toda decisão. Por um lado, essa aproximação fundamenta uma concepção da linguagem em seu uso concreto, como prática social de uma comunidade específica que se constitui e é constituída em torno de um empreendimento retórico. Por outro lado, a aplicação do modelo com finalidades heurísticas, a serviço de uma problemática de pesquisa, pretende fornecer elementos sobre como tais comunidades são constituídas e qual o valor (interno e externo) dos discursos que ela produz. Para os efeitos desse artigo, o modelo da AERD foi utilizado para mostrar as estratégias retóricas de cortes constitucionais na defesa da própria legitimidade democrática.

O modelo de análise tem o objetivo de traçar o perfil retórico de um discurso, mostrando as principais estratégias utilizadas pelos envolvidos, quantificando as estratégias retóricas utilizadas a partir de indicadores (produzidos *ad hoc*) e das dimensões de *ethos* (dirigido à credibilidade do emissor), *pathos* (envolvendo

2 Se a Retórica foi o “primeiro berço” da Análise do Discurso (VIEIRA, 2002, p. 145), a postura teórica de aproximá-las parece revelar grande potencial analítico. Ainda que, pelas características apresentadas em Reis (2014; 2018), a AERD possua pretensões eminentemente descritivas (o que a aproximaria, a princípio, das correntes não críticas da AD), ela não parece excluir a ideia, própria das correntes críticas, de que o discurso é atravessado por relações de poder (SILVA, 2002, p. 12). Esse fato faz surgir a questão acerca de se a classificação das abordagens de AD em “críticas” e “não críticas” pode ser absolutizada, já que, em contextos pragmáticos específicos (como a prática jurídica), descrever as ocorrências discursivas (ao invés de idealizá-las) pode cumprir um papel de grande potencial reflexivo.

os sentidos, paixões e sentimentos do auditório) e *logos* (englobando o aspecto argumentativo do discurso).

Como o foco central deste artigo não é o método, mas a apreciação dos resultados de sua aplicação, faz-se necessário passar à execução da análise, com a produção dos indicadores retóricos.

Como *corpus* da pesquisa, foram escolhidas as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e do *Bundesverfassungsgericht* alemão, respectivamente:

- ADI 3510/DF - 2008, que trata das pesquisas com células-tronco embrionárias, e
- BVerfGE 39, 1 (1975) - *Schwangerschaftabbruch I*³, relativa aos casos de interrupção da gravidez.⁴

Em ambos os casos, busca-se estudar as manifestações discursivas contidas nas decisões, nas quais os juízes constitucionais participam, direta ou indiretamente, do debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional em face do legislador democrático.

As decisões não foram escolhidas de modo aleatório, mas em atenção a alguns aspectos, que servem como justificativa.

Em primeiro lugar, pela sua importância na jurisprudência de ambas as cortes. Por tratarem de temas polêmicos, as decisões atraíram visibilidade e as projetaram como espaços de participação no debate público em seus respectivos países.

Em segundo lugar, pela natureza da temática, que exigiu dos tribunais um confronto com o legislador democrático e lhes impôs a necessidade de dar respostas que fossem além da mera declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis atacadas. Por dizerem respeito a temas que não são meramente técnico-processuais, mas demandam escolhas valorativas, as decisões tiveram a tendência de esticar ao máximo a tensão entre a aplicação e a criação de direito, o que funciona como um meio de contraste que facilita a expressão e, portanto, a percepção, da participação dos juízes no debate sobre a legitimidade de sua função.

De certo modo, as decisões encontram-se conectadas entre si. Tanto assim que, no julgamento da ADI no STF, a decisão do BVerfG foi citada no voto do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2010, p. 597).

O tamanho dos textos, por outro lado, não desempenha um papel relevante na análise. Não obstante a decisão do STF seja considerada a mais extensa da sua história e a do BVerfG em nada distoe da normalidade daquela corte, ambas permitem, como

3 *BVerfGE - Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen* (= Decisões do Tribunal Constitucional Federal) é o repositório oficial no qual são publicadas as decisões da corte. O primeiro número refere-se ao volume em que a decisão se encontra e, separado por vírgulas, segue-se o número correspondente à página inicial da decisão naquele respectivo volume. Assim, BVerfGE 39, 1 refere-se a uma decisão que pode ser encontrada no volume 39 da coletânea, iniciando-se na primeira página. Após o ano de publicação, as decisões costumam ainda ser identificadas com a temática de que tratam ou com alguma palavra-chave que as tornaram notórias. No caso, *Schwangerschaftabbruch* = interrupção da gravidez.

4 As decisões estão disponíveis na Internet. Para o inteiro teor do acórdão que decidiu a ADI 3510 no STF, cf. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Para a decisão do BVerfG *Schwangerschaftabbruch I*, cf. <http://www.verfassungsrecht.ch>.

discursos, a análise em torno dos indicadores escolhidos. A complexidade do discurso não está, necessariamente, ligada à extensão do material analisado.

Uma vez que a decisão do BVerfG não contém votos (com exceção dos divergentes), mas apenas um texto único, assim também será considerado em relação ao STF, para efeito da análise, como se todos os votos fossem do tribunal, sendo irrelevantes os atributos pessoais de cada ministro. O ministro detém a fala, mas o discurso é da corte.

Importante ressaltar que não serão analisadas todas as ocorrências em que se detecta densidade retórica nas decisões, mas somente aquelas que se relacionam com a hipótese de pesquisa. As ocorrências retóricas são, por óbvio, em número muito maior e de conteúdo importante, mas expô-las afastaria este estudo dos seus objetivos.

Conforme mencionado acima, a AERD adota as dimensões de análise *ethos*, *pathos* e *logos*, representadas pelas letras E, P e L, respectivamente. A partir daí, cada dimensão comporta indicadores, que permitirão determinar tanto a ocorrência como a frequência das manifestações que buscam descrever.

Os indicadores foram definidos a partir da leitura exploratória das decisões, indutivamente, sendo, a seguir, distribuídos entre as dimensões mencionadas, conforme o quadro seguinte:

Tabela 1. Dimensões e indicadores da análise

| DIMENSÃO | INDICADOR |
|----------|---|
| ETHOS | E1: Demonstrações de erudição |
| | E2: Amplificação do valor da Constituição ou do caso em exame |
| | E3: Elogios e adjetivações |
| | E4: Remissões à legitimidade e à competência do tribunal e defesa do campo jurídico |
| | E5: Digressões para lecionar |
| | E6: Demonstração de expertise, acuracidade e conhecimento |
| | E7: Advertência contra o legislador |
| PATHOS | P1: Linguagem hiperbólica e argumento <i>ad terrorem</i> |
| | P2: Personificação e prosopopeia |
| | P3: Ênfase e pergunta retórica |
| | P4: Remissão à opinião pública |
| | P5: Uso de palavras vazias de conteúdo semântico |
| LOGOS | L1: Argumentos de codificação |
| | L2: argumentos hermenêuticos |
| | L3: Argumentos do cotidiano |
| | L4: Argumentos baseados em princípios gerais |
| | L5: Deduções |

Fonte: Produção do autor.

Produzidos os indicadores de cada uma das dimensões de análise, passa-se a mostrar, no tópico seguinte, qual o perfil das ocorrências em cada uma das decisões.

3 Produção dos dados

A produção dos dados consiste em ler as decisões através da chave de indicadores produzida no tópico anterior, registrando e contabilizando as ocorrências relativas a cada um para, na última parte do artigo, expor e cotejar as conclusões e resultados obtidos tanto em relação ao STF quanto ao BVerfG.

A decisão do STF na ADI 3510/DF – 2008 - Células-Tronco

Neste tópico, apresenta-se a leitura retórica da primeira decisão, relativa à ADI 3510/DF, prolatada em 29 de maio de 2008, tendo o Ministro Carlos Ayres Britto como relator.

A ação ingressou no STF no dia 30 de maio de 2005, movida pelo Procurador Geral da República, questionando a constitucionalidade do art. 5º da L. 11.105, de 24 de março de 2005.

Esses dispositivos tratavam da utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias, obtidas a partir de embriões produzidos por fertilização *in vitro*, e não utilizados no respectivo procedimento. O requerente sustentava que o uso de células embrionárias (ou pré-embriônicas) para fins de pesquisa científica violava os artigos 1º, III e 5º, *caput* da Constituição Federal, no que diz respeito à garantia de inviolabilidade do direito à vida e à dignidade da pessoa humana. O núcleo da impugnação estava centrado na ideia de que a vida humana começa na fecundação e que, portanto, a utilização do embrião para retirada de células-tronco, com sua consequente destruição, importaria na violação do direito à vida. Do mesmo modo, temia-se a produção e destruição em série de embriões para fins de pesquisa, o que violaria o princípio da dignidade humana.

Apenas 2 juízes consideraram a ADI totalmente procedente (Menezes Direito e Ricardo Lewandowski), sendo que 6 outros consideraram-na improcedente na totalidade (Carlos Aires Britto, Ellen Gracie, Cármem Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello) e outros 3 ministros (Eros Grau, César Peluso e Gilmar Mendes), embora tenham julgado a lei nominalmente constitucional, fixaram condições por meio de técnicas como a interpretação conforme e até mesmo recomendações ao legislador, situação que gerou dificuldades no momento da declaração de resultado.

Oficialmente, o então presidente Gilmar Mendes declarou a ação improcedente (e a lei, portanto, constitucional) por maioria de votos, ficando liberadas, sem restrições e nos termos da Lei de Biossegurança, as pesquisas com células-tronco embrionárias.

Como o inteiro teor do acórdão é uma amálgama de votos e pequenos atos processuais, a indicação do número de páginas foi feita pela numeração dos autos do processo, contida em números grandes, no canto superior direito das páginas, que vão de 134 a 659 (525 laudas). As ocorrências foram indicadas pelo número da página respectiva, levando-se em consideração os critérios de identificação sugeridos pela metodologia da AERD (REIS, 2014; 2018).

Foram produzidas 196 ocorrências, distribuídas segundo a tabela 2.

A coluna “Ocorrências” contém as indicações dos números das páginas onde elas foram detectadas na decisão. Na coluna seguinte, à direita, tem-se o número de ocorrências por indicador, por dimensão e em porcentagem por dimensão.

Chama a atenção o fato de que na decisão do STF, 54% das ocorrências produzidas foram classificadas na modalidade *ethos*, a qual, repita-se, refere-se ao caráter do orador, quando o discurso busca persuadir o leitor, direta ou indiretamente, acerca da sua credibilidade. Aproximadamente 15% e 31% foram classificadas como estratégias de *pathos* e *logos*, respectivamente.

Antes, no entanto, de analisar esses dados, deve-se apresentar o caso do BVerfG e como foi feita a leitura retórica da decisão.

A decisão do BVerfG na decisão BVerfGE 39, 1 (1975) – Schwangerschaftsabbruch I

Dentre as várias decisões nas quais a legitimidade da jurisdição constitucional encontrava-se, direta ou indiretamente, em debate - o que normalmente ocorre quando estão em discussão leis que concretizam valores abstratos contidos na Lei Fundamental - a primeira decisão do BVerfG sobre o aborto está entre as mais significativas.⁵ Nela está clara a argumentação - ainda que em termos mais comedidos do que costuma ocorrer no STF - sobre os limites democráticos da atuação do tribunal em sua função de guardião da Lei Fundamental (*Grundgesetz - GG*).

Em 18 de junho de 1974, o Parlamento aprovou a 5ª Lei de Reforma ao Código Penal (5. StrRG), apoiada pela coalizão de partidos SPD/FDP, dando nova regulamentação ao aborto. Até então, o ato era tipificado como crime, sendo que as exceções eram analisadas a partir de argumentos baseados em princípios gerais (não positivados) como o estado de necessidade (MARTINS, 2005, p. 266; SCHWABE, 2000, p. 68-72).

5 Após a reunificação, em 1991, foi necessário buscar uma solução para o problema ocasionado pelo fato de que nos estados da antiga Alemanha Oriental (*Deutsche Demokratische Republik - DDR*) o aborto era permitido, ao passo que nos estados da Alemanha Ocidental (*Bundesrepublik Deutschland - BRD*) podia ser punido, ainda que sob certas circunstâncias, nos termos de uma lei aprovada em 1976. Em junho de 1992, o *Bundestag* (Parlamento) aprovou uma lei que permitia o aborto até o terceiro mês de gravidez, após uma consulta compulsória feita pela gestante. Arguida a inconstitucionalidade, o tribunal decidiu, em maio de 1993, que era constitucional não punir o aborto após a consulta (BVerfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch II*)

Tabela 2. Quantificação das ocorrências na decisão ADI 3510 do STF

| DIMENSÃO | INDICADOR | OCORRÊNCIAS | N. Oc. | N. Oc./Dim. | % |
|---------------|--|--|------------|-------------|---------------|
| ETHOS | E1: Demonstrações de erudição | 150; 173; 173; 188-189; 190; 191; 191; 196; 207; 221; 234; 256; 264; 386; 388; 389; 389; 398; 549; 555. | 20 | 106 | 54,08 |
| | E2: Amplificação do valor da Constituição ou do caso em exame | 192-193; 449; 458; 481; 523; 554; 554; 590. | 8 | | |
| | E3: Elogios e adjetivações | 151; 152; 225; 256; 268; 308; 317; 322; 325; 372; 399; 400; 400; 474; 498; 519; 531; 554-555; 555; 583; 590; 590; 591; 631. | 24 | | |
| | E4: Remissões à legitimidade e da competência do Tribunal e defesa do campo jurídico | 145; 145; 151-152; 169; 187; 237; 238; 246; 265; 329; 324; 326; 327; 327; 328; 329; 437; 444; 450; 459; 459; 479; 484; 533; 535-536; 540-541; 564; 565; 569; 597; 597-598; 598; 598-599; 599; 600; 627-628; 629. | 37 | | |
| | E5: Digressões para lecionar | 291; 317; 358; 387; 398; 413; 454-455; 556; 607; 609. | 10 | | |
| | E6: Demonstração de expertise, acuracidade e conhecimento | 236; 273; 335; 351; 387. | 5 | | |
| | E7: Advertência contra o legislador | 320-321; 598. | 2 | | |
| PATHOS | P1: Linguagem hiperbólica e argumento ad terrorem | 268; 362; 388. | 3 | 29 | 14,80 |
| | P2: Personificação e prosopopeia | 149; 150; 165; 180; 180; 190-191; 315. | 7 | | |
| | P3: Ênfase e pergunta retórica | 147; 264; 264; 299; 299; 314; 482; 549. | 8 | | |
| | P5: Remissão à opinião pública | 326; 528; 551; 555. | 4 | | |
| | P6: Uso de palavras vazias de conteúdo semântico | 135-136; 139; 152; 172; 200; 327; 352. | 7 | | |
| LOGOS | L1: Argumentos de codificação | 140; 163; 163-164; 174; 261; 282; 317; 317; 318; 318; 329; 360; 368; 392; 392; 393; 393; 394; 394; 400; 408; 410; 411; 562; 588. | 25 | 61 | 31,12 |
| | L2: argumentos hermenêuticos | 141; 149; 282; 321; 329; 339; 413; 451; 579; 580; 586; 587; 605; 623; 624; 625-626; 641; 644. | 18 | | |
| | L3: Argumentos do cotidiano | 178; 328; 351. | 3 | | |
| | L4: Argumentos baseados em princípios gerais | 219; 257; 266; 267; 272; 275; 351-352; 368; 405. | 9 | | |
| | L5: Deduções | 255; 278; 300; 349; 353; 519. | 6 | | |
| TOTAIS | | | 196 | 196 | 100,00 |

Fonte: Produção do autor.

O §218 da Lei de Reforma trouxe as seguintes inovações: atipicidade da interrupção da gravidez feita até o 13º dia após a concepção (§218 I); não punibilidade do aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, dentro das 12 primeiras semanas de gravidez (*Fristenlösung* - §218a) e, mesmo após esse prazo, em caso de perigo de vida ou de dano à saúde da mulher, deficiência insanável e grave do feto, desde que detectada até a 22ª semana (§218b).

Além disso, o §218c determinava que aquele que praticasse o aborto sem que a grávida tivesse passado por serviço de consultoria e aconselhamento junto a órgão público especializado ou sem que tivesse se consultado junto a um médico, seria punido com a pena privativa de liberdade no máximo de um ano ou multa, se o caso não fosse punível nos termos do §218 (MARTINS, 2005, p. 266-267).

Mesmo após a reforma, o abortamento continuou a ser punido criminalmente, se realizado após o 3º mês de gravidez, à exceção de casos como os de gravidez decorrente de aborto, incesto ou qualquer outra razão que justificasse a destruição do feto.

A coalizão democrata-cristã dos partidos CDU/CSU, formada por 193 deputados, mais os governadores de cinco Estados-Membros (*Länder*)⁶, moveram ação de controle abstrato de constitucionalidade perante o BVerfG, alegando que a nova lei feria o direito à vida, inscrito no Art. 2º da Lei Fundamental (GG). No dia 21 de junho de 1974, três dias após a data da entrada em vigor da lei, o tribunal constitucional já lhe suspendia a vigência, por despacho provisório. Ou seja, a lei foi anulada sem nunca ter operado seus efeitos, o que configura um caso de controle judicial preventivo, ainda que após a entrada em vigor da norma.

Na decisão de 25 de fevereiro de 1975, o tribunal afirmou que o direito à vida merecia proteção especial, mesmo contra a vontade da gestante e durante todo o período da gravidez. Assim, a garantia do art. 2º da Lei Fundamental não admitiria nenhuma distinção entre os estágios de desenvolvimento da vida antes do nascimento.

Fazendo, entretanto, distinção clara entre desautorizar e criminalizar o aborto, os juízes decidiram que, embora não houvesse um direito a abortar, o direito da mulher à realização de uma vida digna também deveria ser levado em conta. A sanção penal parecia ser uma punição severa demais para ser aplicada nos mais diferentes casos. O legislador poderia, segundo a corte, exprimir a desaprovação constitucional à interrupção da gravidez por outros meios que não a ameaça da pena, desde que o conjunto dos meios de proteção da vida do nascituro fosse correspondente ao valor do bem jurídico “vida”, assegurado na Lei Fundamental. Apenas em casos extremos, quando todos os demais meios de proteção se mostrassem insuficientes, teria o legislador o dever de proteger a vida do feto com o rigor da lei penal. Em todo caso, seria inexigível o prosseguimento da gravidez, quando isso acarretasse risco de vida para a gestante ou perigo de dano grave ao estado de saúde desta. Além dessas

6 Baden-Württemberg, Bayern, Rheinland-Pfalz, Saarland e Schelswig-Holstein.

previsões gerais, o tribunal afirmou a liberdade do legislador de incluir a previsão de outros casos em que o direito da mulher estivesse ameaçado de forma suficientemente séria a ponto de tornar aceitável o sacrifício do direito à vida do feto.

A conclusão foi de que a lei impugnada não estaria apta a proteger os direitos do nascituro, na extensão exigida pela Lei Fundamental, porque limitava tal proteção ao prazo de 12 semanas (*Fristenlösung*), sem estabelecer uma diferenciação explícita entre casos em que o aborto era permitido e as exceções que era autorizado, além de estabelecer um mecanismo de aconselhamento que não tinha a função clara de evitar o ato, uma vez que permitia a um mesmo médico o aconselhamento e a realização do procedimento abortivo.

Ficou clara a invasão da esfera legislativa pelo tribunal. A maioria dos juízes não quis aceitar a decisão política do parlamento, segundo a qual dependia apenas da vontade da mulher decidir acerca do aborto, após feita a consulta. A questão de se uma determinada medida é adequada para a garantia de um direito previsto na constituição é de competência do parlamento, não da corte. Foi exatamente o que afirmaram a juíza Rupp-von Brünneck e o juiz Simon, autores do voto discordante na decisão.

Na leitura retórica da decisão *Schwangerschaftabbruch I*, foram produzidas 33 ocorrências. À primeira vista, trata-se de um número bastante inferior às 196 da decisão brasileira. Entretanto, levando-se em conta a relação entre o número de ocorrências e as dimensões de cada uma delas, ver-se-á que a decisão alemã possui uma intensidade retórica ainda maior que brasileira. Enquanto esta apresentou uma média de 0,37 ocorrência por página, a decisão do BVerfG contém 0,55 ocorrência por página.⁷

A tabela abaixo expõe os números da análise:

7 O cálculo considerou o número de páginas da decisão alemã a quantidade de páginas que ela ocupa na mesma modalidade de impressão que a brasileira. Como visto, ao contrário da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a decisão do BVerfG não possui votos ou manifestações individuais de seus juízes, com exceção do voto discordante ao final, assinado pelos juízes supramencionados. Em razão disso, foi adotada a paginação da coletânea oficial (*Bundesverfassungsgerichtentscheidungen*), cujos números de página, vez que não correspondem a uma versão digitalizada da decisão, encontram-se em inserções ao longo do texto, precedido pela palavra *Seite* (página, em alemão), do n.º 1 a 95.

Tabela 3. Quantificação das ocorrências na decisão BVerfGE 39, 1 do BVerfG

| DIMENSÃO | INDICADOR | Ocorrências | N. Oc. | N. Oc./ Dim. | % |
|----------|--|-----------------------------------|--------|-----------------|--------|
| ETHOS | E1: Demonstrações de erudição | | 0 | 5 | 15,15 |
| | E2: Amplificação do valor da Constituição ou do caso em exame | 35-36; | 1 | | |
| | E3: Elogios e adjetivações | | 0 | | |
| | E4: Remissões à legitimidade e da competência do Tribunal e defesa do campo jurídico | 36; 41; 71; | 3 | | |
| | E5: Digressões para lecionar | 45; | 1 | | |
| | E6: Demonstração de expertise, acuracidade e conhecimento | | 0 | | |
| | E7: Advertência contra o legislador | | 0 | | |
| PATHOS | P1: Linguagem hiperbólica e argumento ad terrorem | 36; 37; 67 | 3 | 5 | 15,15 |
| | P2: Personificação e prosopopeia | | 0 | | |
| | P3: Ênfase e pergunta retórica | | 0 | | |
| | P5: Remissão à opinião pública | 67; 84 | 2 | | |
| | P6: Uso de palavras vazias de conteúdo semântico | | 0 | | |
| LOGOS | L1: Argumentos de codificação | 36; 67; 95 | 2 | 23 | 69,70 |
| | L2: argumentos hermenêuticos | 37; 37;37;38;43;45-46;71;95 | 8 | | |
| | L3: Argumentos do cotidiano | 42; | 1 | | |
| | L4: Argumentos baseados em princípios gerais | 41; 42;43;45;46;47;47;71;72;72;85 | 11 | | |
| | L5: Deduções | 43; | 1 | | |
| TOTAIS | | | 0 | 33 | 100,00 |

Fonte: Produção do autor.

Não se encontra na argumentação do BVerfG, ao contrário do que ocorreu no acórdão da ADI 3510 do STF, demonstrações de erudição (E1), elogios e adjetivações (E3), demonstrações de expertise, acuracidade e conhecimento (E6), tampouco advertências perceptíveis contra qualquer perigo que possa representar o legislador democrático (E7).

Nesse caso, as ocorrências se concentraram na dimensão *logos* (70%, aproximadamente), principalmente em torno de duas categorias: os argumentos hermenêuticos (L2) e os argumentos baseados em princípios gerais (L4). Somados, eles respondem por 82% de todas as ocorrências da dimensão *logos* e por 57% do total de ocorrências. Tanto *ethos* quanto *pathos* perfizeram percentuais de 15%.

O movimento seguinte consiste em analisar os resultados produzidos pela leitura retórica de ambas as decisões e expostos acima. É o que se fará no tópico a seguir.

4 Análise dos dados

A análise dos dados apresentados no tópico anterior buscará apresentar um mapa geral das leituras retóricas, ressaltando os indicadores com maior número de ocorrências, a partir de exemplos concretos encontrados nas decisões analisadas. É o que será feito a seguir.

A retórica do STF

Conforme mostrado, mais de 50% das ocorrências produzidas pelo STF foram classificadas na dimensão *ethos*, que se refere ao caráter do orador, quando o discurso busca persuadir o auditório, direta ou indiretamente, acerca da credibilidade de quem fala.

No caso do Supremo Tribunal Federal, cerca de 30% das ocorrências do tipo *ethos* referem-se ao indicador E4, que aponta remissões à legitimidade e competência do tribunal, bem como à defesa do campo jurídico.

As ocorrências nas quais há remissão à legitimidade do STF são inúmeras. O Ministro Gilmar Mendes é um dos seus principais defensores, como se pode perceber na ocorrência abaixo:

É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, **que a aparente onipotência ou o caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional** em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. [...] (BRASIL, 2010, p. 597-598, grifo nosso).

A realização de audiências públicas e a participação de *amici curiae*, embora utilizados discursivamente como elementos de autolegitimação da corte, têm também outro lado: o de se constituir como ameaça potencial ao monopólio dos juristas nos embates retóricos sobre o sentido dos textos. Nas ocorrências de defesa do campo, também contabilizadas neste mesmo indicador E4, os ministros deixam claros, em manifestações mais ou menos espontâneas, quais os limites nos quais os profanos (BOURDIEU, 2009, p. 212) devem permanecer, em uma demonstração daquilo que Marilena Chauí chamou de “o discurso competente” (CHAUÍ, 2001, p. 3-13). Aqui, é preciso colocar o direito (mais até que a ciência, sua coirmã racional) como centro de autoridade e racionalidade por excelência, mesmo que, por concessão, tenham sido ouvidos representantes de outros campos como a religião e a filosofia.

Essa defesa do campo jurídico fica clara no discurso da Ministra Ellen Gracie, na ocorrência da página 326:

A matéria de que aqui se cuida tem traços que a distinguem daquelas que comumente são trazidas a este Supremo Tribunal, donde a enorme gama de **opinamentos** – legítimos, seja realçado – de todos e que poderiam, eventualmente, fazer supor que a condução das idéias e definições desta Casa seguiriam opções forjadas segundo fatores momentâneos externos. (BRASIL, 2010, p. 326, grifo nosso).

Mas a defesa do campo também pode ser dar de outro modo, pela exaltação das qualidades do juiz e de uma suposta racionalidade jurídica, o que leva a pensar e decidir de modo diferente dos demais partipantes da “sociedade aberta dos intérpretes”⁸. Nesse sentido, a manifestação da Ministra Cármen Lúcia, em uma das ocorrências da p. 327:

Entretanto, as manifestações, dotadas – repito de **profunda, legítima e compreensível emoção** a envolver o tema e as suas conseqüências sociais, não alteram, não desviam – nem poderiam – o compromisso do juiz do seu dever de se ater à ordem constitucional vigente e de atuar no sentido de fazê-la prevalecer.

Aqui, a Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única religião. Juiz, no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. **O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial.** (BRASIL, 2010, p. 327, grifo nosso).

O “aqui” pode ser entendido de duas formas: a) como o campo jurídico, sobretudo o do juiz, que se distingue dos campos da ciência e da religião e b) como uma parte do STF (contraposta ao estilo sincrético do Ministro Aires Britto) que entende ser adequado para a solução das lides constitucionais um estilo argumentativo mais sóbrio e menos “colorido” de metáforas, figuras retóricas e elementos de *pathos*.

O segundo lugar, ainda dentro da dimensão *ethos*, é ocupado, praticamente em situação de empate no número de ocorrências, pelos indicadores E1 - Demonstrações de

8 As aspas se devem à percepção de que a categoria háberleana funcionou (ou tem funcionado) no Brasil muito mais como argumento de legitimação do STF (por meio de audiências públicas e oitiva de *amici curiae*) do que como fundamento de uma “abertura” efetiva da corte à participação social na gestão do Poder Judiciário e na efetiva discussão das decisões em casos de alto impacto social e político. O aprofundamento dessa questão escapa, no entanto, aos objetivos do trabalho.

erudição e E3 - Elogios e adjetivações (20 e 24 ocorrências, respectivamente). Elogios e adjetivações têm, quase sempre, o efeito retórico de produzir autoelogio, seja ao tribunal, seja à pessoa do ministro ou da ministra. Já as demonstrações de erudição estão ligadas à crença associada conhecimento a confiabilidade e, a partir daí, legitimidade.

As demonstrações de erudição ocorrem de forma ampla. Envolve conhecimentos de literatura brasileira e universal, filosofia, música e ciências, permitindo, por exemplo, ao Ministro Carlos Aires Britto, em apenas um parágrafo, citar Protágoras, Fernando Pessoa, Tom Zé e Ana Carolina:

Um microcosmo, então, a se pôr como “a medida de todas as coisas”, na sempre atual proposição filosófica de Protágoras (485/410 a.C.) e a servir de inspiração para os compositores brasileiros Tom Zé e Ana Carolina afirmarem que “O homem é sozinho a casa da humanidade”. E Fernando Pessoa dizer, no imortal poema “TABACARIA”: “Não sou nada. Nunca serei nada. Não posso querer ser nada. À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo”. (BRASIL, 2010, 173).

O efeito retórico-estratégico das demonstrações de erudição não se encontra no conteúdo mesmo da enunciação, mas no efeito de (bom) caráter, conhecimento e, em uma palavra, confiabilidade, que dá a seu autor.

O terceiro indicador de *ethos* consiste nos elogios e adjetivações (E3). O elogio, feito pelos ministros de modo quase sempre veemente e hiperbólico, aos colegas, opera o efeito retórico de projetar, naquele que faz o elogio, as características por ele imputadas a um par. Em outras palavras, no exercício da função delicada que exercem, a adjetivação elogiosa aos colegas ganha ares de autoelogio. Os exemplos são abundantes, a ponto de serem responsáveis pelo segundo maior número de ocorrências, dentre os indicadores produzidos.

De César Peluso para Aires Britto: “[...] o voto de Sua Excelência foi, além de erudito e brilhante, alentado [...]” (BRASIL, 2010, p. 308); de Aires Britto para Ellen Gracie: “[...] como disse a ministra Ellen Gracie, no seu luminoso voto [...]” (BRASIL, 2010, p. 317); de Ricardo Lewandowski para Celso de Mello: “De fato, em notável voto proferido [...], o Ministro Celso de Mello defendeu, com o brilhantismo que lhe é peculiar [...]” (BRASIL, 2010, p. 399-400).

Diante de tal quadro, como compreender esse vasto uso de estratégias de *ethos* na decisão? Que hipóteses de trabalho esse uso permite suscitar?

Em primeiro lugar, a constatação de que ele é um discurso retoricamente eficaz. Em um país em que a desigualdade social amplia o efeito de distinção dos sujeitos sociais ligados às funções jurídicas, é compreensível que seja estabelecida uma relação de implicação entre erudição e competência. A demonstração de erudição funciona assim como estratégia retórica para atestar credibilidade.

Em segundo lugar, no contexto brasileiro, ela revela, tanto por parte de quem a pratica como de quem a aceita no discurso, uma concepção aristocrática da política. No fundo, ela se alimenta da crença de que devemos reservar aos mais cultos e competentes a última palavra em relação aos nossos desacordos políticos e morais.

Essas hipóteses são, conforme mencionado, indicações para outras pesquisas, uma vez que não se enquadram no escopo da Análise Empírico-Retórica do Discurso, nem tampouco cabem no espaço deste artigo.

A dimensão *logos* foi a segunda mais frequente em ocorrências na decisão do STF. Importante ressaltar o destaque dado aos argumentos de codificação (L1) e aos argumentos hermenêuticos (L2) como estratégias, já salientadas por Sobota, para produzir o efeito retórico de objetividade (SOBOTA, 1990; 1991).

O primeiro indicador, dos Argumentos de codificação (L1), registra as ocorrências nas quais os juízes utilizam textos normativos para confirmar, reforçar ou mesmo substituir os seus próprios posicionamentos. Falas do tipo “não sou eu quem estou dizendo, é a Constituição” são típicas desse discurso de retirada de cena do intérprete, do sujeito da enunciação. Uma síntese dessa postura pode ser vista na afirmação do Min. Aires Britto, ainda que não isenta do uso de uma figura retórica:

Olha, não estou falando de filosofia nem teologia, nem de ciência pura, nem de pesquisa básica, estou falando da Constituição brasileira. Estou desfilando pela passarela da Constituição, de ponta a ponta, para, na Constituição, buscar os fundamentos de meu voto [...] (BRASIL, 2010, p. 317).

Aqui, a Constituição é colocada como um texto dotado de uma vontade monolítica, unívoca e totalizante, ao contrário dos discursos “parciais” de filósofos, teólogos e mesmo cientistas.

O segundo indicador de *logos* envolve os aqui chamados argumentos hermenêuticos (L2). Eles incluem a invocação de aforismos como *in claris cessat interpretatio* e dos tradicionais “métodos” de interpretação. No entanto, pela influência da jurisprudência do BVerfG, centrou-se fundamentalmente na chamada interpretação conforme, na ponderação de bens e na aplicação da máxima ou princípio da proporcionalidade.

A análise das ocorrências poderia se estender tanto horizontal quanto verticalmente (e, espera-se, novas pesquisas o façam). No entanto, é possível, ainda que de modo parcial e nos limites do caso estudado, caracterizar a prática retórica do STF como rica em elementos não estritamente argumentativos (*ethos* e *pathos* juntos somam quase 69% das ocorrências), mas em estratégias de autolegitimação e apelo às emoções. No entanto, igualmente importante é a conclusão de que o tribunal não abre mão de um discurso que, ao menos na aparência, busca transmitir a objetividade e a “correção” argumentativa da dimensão *logos* (31%).

A retórica do BVerfG

Como mencionado, na leitura retórica da decisão do BVerfG, as ocorrências se concentraram na dimensão *logos*, principalmente em torno de duas categorias: os argumentos hermenêuticos (L2) e os argumentos baseados em princípios gerais (L4). Somados, eles respondem por 82% de todas as ocorrências da dimensão *logos* e por 57% do total de ocorrências. Como visto, elas representam tentativas retóricas de transmitir objetividade, coerência e neutralidade. Essas menções, no entanto, servem muitas vezes para referenciar ideias ou conceitos que não se encontram nos textos mesmos, mas naquilo que o próprio tribunal diz ou constrói a partir deles.⁹

A corte não utiliza com muita frequência argumentos de codificação (L1), com exceção das menções à sua própria jurisprudência, que não foram incluídos neste indicador. Em todo caso, pode-se encontrar exemplos nas páginas 36 e 67 da decisão (DEUTSCHLAND, 1975, p. 36; 67)¹⁰. No primeiro exemplo, a ocorrência refere-se à abolição da pena de morte (Art. 102 da Lei Fundamental) como sinal da deferência do texto constitucional pela vida humana; no segundo, aparece sob a forma indireta de “decisão fundamental da Constituição” (*Grundentscheidung der Verfassung*).

Já os argumentos hermenêuticos (L2) são mais frequentes e variados. Vão desde a utilização de recursos semânticos de interpretação literal, como na tentativa de esmiuçar o conceito de “vida” contido na Lei Fundamental ou na busca pelo sentido literal de “todos” (*jeder*) no dispositivo: “Todos têm direito à vida e à integridade física” (DEUTSCHLAND, 1975, p. 37), passando pela conhecido recurso à “interpretação extensiva” (*extensive Auslegung*) e histórica (DEUTSCHLAND, 1975, p. 45-46) até a utilização, mais sofisticada, de princípios tais como os do “sopesamento menos gravoso entre posições constitucionalmente protegidas” (*Prinzip der schonendsten Ausgleichs konkurrierender grundgesetzlich geschützer Positionen*) (Deutschland, 1975, p. 43) ou ao ainda mais conhecido princípio da proporcionalidade (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) (DEUTSCHLAND, 1975, p. 71).

Como argumento do cotidiano (L3), que inclui concepções retiradas do senso comum, produziu-se a ocorrência, na qual o tribunal afirma que “**indubitavelmente**, o elo natural da vida por nascer com a mãe funda um relacionamento de tal modo especial, para o qual não há paralelo em outros fatos da vida” (Deutschland, 1975,

9 “Der ontologisierende Redner erklärt mit Vorliebe gesetzte [sic], das heißt vor allem gesetzliche Normen zu seinen Prämissen un präsentiert die übrigen Maximen nach Möglichkeit in der Zuordnung auf eine positiv-rechtliche Textstelle.” (SOBOTA, 1990, p. 137-138).

10 Relembre-se que o número de páginas da decisão do Tribunal Constitucional não guarda correspondência com o número de folhas, mas sim com as indicações inseridas no corpo do texto. Uma versão com a separação por páginas pode ser encontrada em: <http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintVersion&Name=bv039001>. As menções à decisão no corpo do texto correspondem a essa versão.

p. 42) (tradução livre, destaque do autor)¹¹. O recurso a um naturalismo certamente questionável cumpre a função retórica de promover um elo causal diante do qual o aborto aparece como estorvo e perversão de uma natureza perfeita.

O indicador mais rico em ocorrências na decisão do BVerfG foi o L4 - Argumentos baseados em princípios gerais. Aqui, ressalta-se uma característica discursiva da corte que é tomar sempre afirmações abstratas e gerais para, a partir delas, buscar solução para o caso concreto, em um típico exercício silogístico que muito influenciou o raciocínio jurídico no pensamento ocidental. Dentre os mencionados, a dignidade da pessoa humana parece ser o princípio geral (embora de conteúdo semântico extremamente impreciso) mais utilizado pela corte, embora a sua fundamentação por vezes restrinja-se a enunciações categóricas do tipo: “Onde existe vida humana, há que se falar em dignidade humana, não sendo decisivo se o portador dessa dignidade é consciente dela e sabe como defendê-la” (DEUTSCHLAND, 1975, p. 41, tradução livre).¹²

Uma vez expostos exemplos das ocorrências mais frequentes na decisão do BVerfG, é possível retirar delas algumas conclusões.

A primeira, de que o cerne da retórica do BVerfG encontra-se em um processo de racionalização que tem, na afirmação de princípios gerais e regras hermenêuticas o seu principal foco. Atente-se para o fato de que a maioria desses princípios e regras foram desenvolvidos pelo próprio tribunal ao longo de sua história. Foram mencionados o “princípio da proporcionalidade” (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) bem como o sentido amplo dado à Lei Fundamental como “ordem objetiva de valores” (*objektive Wertordnung*), fundada em uma interpretação assumidamente ampla da noção de “dignidade humana” (*Menschenwürde*). A estratégia aqui é colocar as construções do próprio tribunal como princípios de interpretação, cuja origem passa a ser omitida.

Segundo, de que a credibilidade de que a corte goza frente à comunidade jurídica e à população alemã em geral (Zeit Online, 2012) dispensa a utilização massiva de recursos diretos do tipo *ethos*, o que, em uma cultura jurídica como a alemã, teria certamente o efeito retórico oposto ao que tem no Brasil.

Terceiro, de que existe uma possível influência no procedimento pelo qual as decisões são produzidas: secretamente, sem o acesso do público aos debates e votos (*per curiam*), com a utilização de audiências apenas em casos excepcionais e sem o televisionamento ao vivo. Todos esses fatores contribuem para tornar sem sentido o uso exacerbado de *pathos*, exatamente pela ausência de um auditório permeável a tal estilo de discurso.

Observe-se, ainda – e aqui já se atencipa alguns elementos de comparação – que a variação da retórica do STF e do BVerfG não possui relação direta com o seu

11 “Unzweifelhaft begründet die natürliche Verbindung des ungeborenen Lebens mit dem der Mutter eine besonders geartete Beziehung, für die es in anderen Lebenssachverhalten keine Parallele gibt.”

12 “Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewußt ist und sie selbst zu wahren weiß.”

caráter mais ou menos “ativista”. Também o BVerfG é considerado, por parte da literatura alemã, uma corte incisiva em questões políticas. O seu *ethos*, no entanto, não é produzido tão direta e incisivamente nas decisões, como ocorreu na análise do STF. A credibilidade da corte alemã parece decorrer exatamente da estabilidade, impessoalidade e coerência de suas decisões ao longo de seis décadas. Foi com base nela que se chegou a dizer que a Alemanha é, na verdade, “a República de Karlsruhe” (KOMMERS; MILLER, 2012, p. 40-41). Diante de um quadro como esse, nenhuma estratégia retórica pode ser mais eficaz que o uso do *logos*.

Com isto, encerra-se a fase de análise de dados em relação aos indicadores produzidos pela AERD, por meio dos quais ficou evidente o perfil retórico das decisões, tanto no Brasil quanto na Alemanha, ainda com contornos e intensidades diferentes. O passo seguinte é traçar elementos comparativos entre eles.

Similitudes e diferenças: análise comparativa

A decisão de comparar decisões de cortes constitucionais como as de Brasil e Alemanha não deve desconsiderar fatores de ordem histórica, política, socioeconômica e de desenho institucional que, no entanto, não podem ser feitas nas dimensões deste artigo. Por isso, a análise de similitudes e diferenças entre as duas decisões limitou-se à definição dos seguintes elementos: a) extensão das decisões; b) estrutura das decisões; c) estilo da linguagem; d) percentuais de *ethos*, *pathos* e *logos*.

Extensão das decisões

Como mencionado, se o acórdão do STF, com 525 laudas, é o mais longo da história daquela corte, a decisão do BVerfG nada tem de anormal em relação à sua prática cotidiana. Uma das possíveis explicações dessa diferença poderia estar na transmissão do julgamento que, no Brasil, é feito ao vivo pela TV Justiça (HARTMANN et al., 2017). Desse ponto de vista, a alteração do auditório seria responsável, ao menos parcialmente, pela prolixidade do discurso dos ministros (REIS, 2020).

No entanto, outros elementos podem contribuir para a compressão dessa diferença.

Pode-se constatar que mais da metade do texto da decisão *Schwangerschaftsabbruch I* é composta por um dispensável histórico da regulação jurídica do aborto desde, pelo menos, 1909, ao passo que a lei, cuja constitucionalidade se questionava, acabara de ser aprovada, em 1974. Parece pouco tempo, mas é preciso lembrar que entre essas duas datas o país esteve envolvido em duas guerras mundiais, tendo sido reduzido a cinzas pelos bombardeios na segunda delas. Talvez a necessidade retórica de produzir um sentido de continuidade e coerência tenha motivado o tribunal a fazê-lo, mas, de qualquer modo, trata-se de algo, à primeira vista, dispensável. Também a decisão do

STF poderia ser reduzida pelo menos a um terço, se o objetivo único dos ministros fosse apenas decidir acerca da constitucionalidade ou não da Lei de Biossegurança.

Mas, em ambos os casos, não é o que se observa. As decisões utilizam considerável espaço na exposição de argumentos acerca do debate da legitimidade do atuar dos tribunais. Pode-se mesmo afirmar que não é possível, em muitas passagens, distinguir entre a decisão em si mesma e o debate sobre as origens e causas da autoridade para tomá-la. Tanto do ponto de vista de uma teoria silogística da decisão como das teorias contemporâneas da argumentação racional, esse fato poderia ser interpretado como um atecnia ou mesmo uma patologia dos mecanismos de produção de argumentos. Pouca *ratio decidendi* e muito *obiter dictum*.

As estratégias retóricas adotadas pelos juízes escapam em muito da pura racionalidade que muitos esperam da prática discursiva de uma corte constitucional. Mas essa expectativa, além de irreal, condena ao obscuro campo da irracionalidade tudo o que não se enquadre em seus pressupostos. Alterna-se, assim, entre, de um lado, o pesadelo do arbítrio e do puro subjetivismo e, do outro, as nuvens paradisíacas dos silogismos.

Estrutura das decisões

Uma questão importante diz respeito à relação entre a estrutura das decisões e o seu conteúdo. É possível perceber que, como ocorre no caso do BVerfG, sendo a decisão um bloco monolítico (*per curiam*), na qual não há a divulgação de votos, mas a opinião do tribunal (ainda que se admita a publicação dos votos discordantes), há menor incidência de estratégias das dimensões *ethos* e *pathos*.

A não divulgação dos debates parece reduzir o personalismo das decisões e, portanto, a menor necessidade de uso de estratégias de legitimação pessoal por parte dos juízes. De alguma forma, a impessoalidade e o caráter institucional da decisão tem, em si mesmo, o efeito de *logos*, isto é, de afastar a impressão de subjetivismo que exige mais e maiores esforços legitimadores. A leitura e publicação dos votos individuais dos ministros, como no modelo *seriatim* adotado pelo STF, parece enfraquecer a impessoalidade e mesmo um robustecimento da imagem institucional da corte. Essa característica auxilia a compreender a diferença entre as porcentagens de ocorrências nos indicadores da dimensão *ethos*.

No caso do BVerfG, mesmo as remissões à legitimidade da corte são feitas, em sua maioria, de modo indireto, pela constante retomada dos institutos e significados constitucionais produzidos por ela mesma ao longo de sua história. Por outro lado, apenas em raríssimos casos constatou-se a defesa do campo jurídico contra possíveis intromissões de outras áreas, não sendo a participação dos interessados no processo em momento algum percebida como uma “concessão” ou produto de uma “abertura democrática da jurisdição constitucional”, como é o discurso - curiosamente tomado de Peter Häberle (1997), um autor alemão - predominante no Brasil para justificar a

participação de outros atores sociais, perante o STF, em audiências públicas ou como *amicus curiae*.

A relativa personalização, representada pela leitura das razões e coleta dos votos, bem como pelo debate aberto entre os ministros do STF, ainda mais quando transmitido em rede nacional, parece estimular o uso de estratégias retóricas do tipo *ethos*, em detrimento do *logos*.

Poder-se-ia alegar que a divulgação do voto discordante (*abweichende Meinung*) tem um efeito ainda mais personalista, pois coloca sob os holofotes apenas uns poucos juízes que, além do mais, estão excluídos do grupo que, na lógica interna do procedimento de tomada de decisões, possui os melhores argumentos. Mas a prática do BVerfG e a estrutura dos votos discordantes têm mostrado que a inclusão dos votos ao final da decisão não tem tido o efeito de tirar o foco da decisão da corte para lançá-lo sobre a minoria.

Estilo da linguagem

Outra diferença entre as decisões do STF e do BVerfG reside no estilo da linguagem utilizada por ambos.

Os votos dos ministros do STF são recheados de citações de autores não apenas de direito ou da literatura jurídica especializada, mas também da filosofia, literatura, ciências e religião. Mais sóbrias e técnicas, a ponto de se tornarem pouco compreensíveis para o cidadão alemão sem treinamento jurídico, poder-se-ia dizer que as decisões do BVerfG parecem espriar uma autoridade que o tribunal construiu ao longo dos anos.

Obviamente que também há, nas decisões da corte germânica, grande número de citações de autores e obras de literatura jurídica especializada. Jakab chama a atenção para o fato de que a Alemanha possui uma dogmática constitucional extremamente rica e que o tribunal costuma utilizar os ensinamentos desta na construção de suas decisões. Em consequência disso, segundo ele, a argumentação constitucional na Alemanha é técnica, teoricamente elaborada e aberta à generalização: “Solutions for constitutional problems are mostly depicted as necessary consequences of the conceptual system, and not as dilemmas to be decided by judges.” (JAKAB, 2013, p. 1265), algo distante do que parece ocorrer no Brasil.

Aqui parece residir a grande diferença de estilo: enquanto para o BVerfG, questões delicadas como a interrupção da gravidez parecem encontrar respostas no próprio ordenamento jurídico e no modo como ele é trabalhado pela literatura especializada e pela própria corte, na decisão do Supremo Tribunal Federal, faz-se questão de afirmar, por meio de um trocadilho, que “a Constituição é de um silêncio de morte acerca do início da vida”, dando a impressão - reforçada pelos debates e pela diversidade nos votos - de que a solução do conflito depende, no fim das contas, das idiosincrasias e do estilo pessoal de cada julgador.

Percentuais de ethos, pathos e logos

Como visto, a distribuição das ocorrências em cada uma das dimensões pode ser buscada em uma série de fatores, que vão desde a sistemática processual de cada corte e cultura jurídica nacional, até o tipo de relação que os juízes mantêm com o legislador democrático, passando pelo desenho institucional e o grau de consolidação de uma cultura democrática em ambos os países.

Novas pesquisas, sobretudo de cunho sociológico, poderão esmiuçar as variáveis capazes de promover uma compreensão mais detalhada do porquê da prevalência de *ethos* (54,08%) na decisão do STF e de *logos* (61%) na do BVerfG.

Por ora, entretanto, é preciso encerrar a análise com a clareza acerca do caráter retórico das decisões das cortes constitucionais, nos casos estudados, mesmo tendo a produção de indicadores se limitado apenas às ocorrências que, direta ou indiretamente, estivessem ligadas ao debate sobre a legitimidade do trabalho constitucional.

5 Considerações Finais

Este artigo buscou mostrar de que modo as cortes constitucionais de Brasil e Alemanha utilizaram-se de estratégias retóricas para defender, nos casos estudados, a sua própria legitimidade democrática. Por meio da aplicação da AERD – Análise Empírico-Retórica do Discurso, foi possível perceber que ambas as decisões apresentaram forte densidade retórica, o que reforça a ideia, exposta no início do trabalho, de ser essa uma tendência nos países que em que há o controle de constitucionalidade por um órgão judicial não eleito perante uma constituição rígida.

A análise das decisões mostrou, no entanto, que esse esforço autolegitimante expressa-se de modos retóricos muito diferentes em cada contexto, o que é influenciado por fatores tanto internos (sistema de votação, desenho institucional, relação com os demais poderes, níveis de publicidade das decisões, auditório visado etc) quanto externos (constituição histórica do tribunal, níveis de confiança da população nas instituições, grau de amadurecimento democrático e forma de acesso às funções judiciais etc.).

De um lado, prevaleceram, na decisão do Supremo Tribunal Federal na decisão da ADI 3510, que tratou da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, estratégias retóricas do tipo *ethos* (54%), que colocam o foco na credibilidade e confiabilidade dos julgadores e do tribunal, ainda que as estratégias de *logos*, com 31% das ocorrências, contribuíram significativamente para reforçar o valor da objetividade, da racionalidade e da coerência interna da decisão e do processo decisório.

De outro lado, a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), que apreciou a constitucionalidade de uma lei que tratava da criminalização do aborto, apresentou 70% das estratégias na modalidade *logos*, prevalecendo argumentos baseados em princípios gerais, muitos deles produzidos ao longo de quase seis décadas pelo próprio tribunal. Fatores como a não publicização de votos individuais (com exceção dos discordantes) e dos julgamentos, aliados à credibilidade que o tribunal obteve como garantidor das instituições democráticas e dos direitos fundamentais ao longo de sua história foram aventados como elementos possíveis para a compreensão desse resultado.

O artigo buscou ainda comparar os perfis retóricos das decisões dos tribunais brasileiro e alemão, identificando elementos comuns e diferenças relevantes. A principal vantagem dessa comparação consiste na desnaturalização das práticas e na possibilidade de identificar elementos que possibilitem a elaboração de novos problemas de pesquisa.

Uma vez desnaturalizada a prática, no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal, abre-se um campo de novas possibilidades de estudos: é possível que a retórica do STF apresente características diferentes das aqui obtidas quando estiverem sob julgamento, ao invés de questões morais controversas, casos que envolvam interesses políticos ou mesmo complexas questões processuais. É também provável que a retórica do STF, como órgão de cúpula, seja distinta (ainda que parcialmente) em relação aos discursos das diversas instâncias do Poder Judiciário.

Essas pesquisas, fortalecidas por contribuições da história e da sociologia jurídicas, já vêm sendo feitas com competência no Brasil e têm contribuído para estabelecer uma nova compreensão do direito, que não se restrinja ao estudo da estrutura (estática ou dinâmica) das normas, mas daquilo que os juristas dizem e pensam sobre a sua prática profissional, além, é claro, do modo como eles efetivamente a fazem.

Referências

- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 12. ed. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3510*. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. 28 mai. 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3510&processo=3510>. Acesso em: 06 fev. 2019.
- CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *BVerfGE 39, 1 (1975) – Schwangerschaftsabbruch I*. Disponível em: <http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintVersion&Name=bv039001>. Acesso em 06 fev. 2019
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e pocedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.
- HARTMANN, Ivar A. et al. A influência da TV Justiça no processo decisório do STF. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 4, n. 3, p. 38-56, 2017.
- JAKAB, András. Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective. *German Law Journal*, v. 14, n. 08, 2013. p. 1218.
- KOMMERS, Donald; MILLER, R. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3. ed. Durham; London: Duke University Press, 2012.
- MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos dej do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- REIS, Isaac. Análise Empírico-Retórica do Discurso Constitucional: uma contribuição metodológica para a pesquisa de base em Direito. In: Conpedi/UFSC. (Org.). *Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos*. Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014, pp. 70-90.
- REIS, Isaac. Análise Empírico-Retórica do Discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. In: Reis, Isaac, Roesler, Claudia, Hartmann, Fabiano (Org.). *Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise*. Curitiba: Alteridade, 2018, pp. 121-150.
- REIS, Isaac. *Rhetoric, technological innovation and legal audiences: the case of the Brazilian Supreme Court*. In: Meccarelli, Massimo; Paixão, Cristiano; Roesler, Claudia. (Orgs.). *Innovation and Transition in Law: Experiences and Theoretical Settings*. Madrid: Dykinson, 2020, pp. 185-202.
- SCHWABE, Jürgen (Org.). *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. Studienauswahl: Band 1-100. 7. ed. Hamburg: Universität Hamburg Verlag, 2000.
- SILVA, Denize Elena Garcia da. Percursos teóricos e metodológicos em análise do discurso: uma pequena introdução. In Silva, Denize Elena Garcia da; Vieira, Josênia Antunes (Orgs.). *Análise do discurso: percursos teóricos e metodológicos*. Brasília: Oficina Editorial do Instituto de Letras – UnB; Plano, 2002, pp. 7-19.

SOBOTA, Katharina. *Sachlichkeit*, rhetorische Kunst der Juristen. Frankfurt a. M. [u.a.]: Peter Lang, 1990.

SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm! *International Journal for the Semiotics of Law*, Vol. IV, n. 10, 1991, pp. 45-60.

SOBOTA, Katharina. Rhetorisches Seismogramm – eine neue Methode in der Rechtswissenschaft. *Juristenzeitung*, Vol. 47, Issue 5, Journal Part, 1992, pp. 231-237.

SOBOTA, Katharina. Argumente und stilistische Überzeugungsmittel in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: eine Rhetorik-Analyse auf empirischer Grundlage. *Jahrbuch Rhetorik*, Band 15. Tübingen: Max Niemeyer, 1996, pp. 115-136.

VIEIRA, Josênia Antunes. As abordagens críticas e não-críticas em análise do discurso. In Silva, Denize Helena Garcia da; Vieira, Joseânia Antunes (Orgs.). *Análise do discurso: percursos teóricos e metodológicos*. Brasília: Oficina Editorial do Instituto de Letras – UnB; Editora Plano, 2002, pp. 143-164.

ZEIT ONLINE. *Großes Vertrauen in Karlsruhe, wenig in die Regierung*. Disponível em: <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2012-07/umfrage-institutionen-karlsruhe>, 2012. Acesso em 09 de abril de 2019.