

Tópica e Análise de Decisões do STF: A Identificação dos Estratagemas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2461 e 3208

Topic and Analysis of STF Decisions: The Identification of Stratagems in Direct Actions of Unconstitutionality 2461 and 3208.

Marynna Mader Gouveia Cysneiros Sampaio¹

João Carlos Fonseca dos Santos Filho²

João Paulo Allain Teixeira³

-
- 1 Doutora, Mestra e Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Especialista em Direito Digital pela Faculdade Unyleya. Membro do grupo de estudos Política e Tributação (UNICAP). Advogada da Indústria de Água Mineral Villa. Autora do livro "tributação heterônoma segundo o artigo 98 do Código Tributário Nacional". E-mail: marynnamgcs@hotmail.com.
 - 2 Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Damásio. Especialista em Civil e Processo Civil pela Estácio. Membro Julgador do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/PE. Advogado e sócio do Alexandre Alecrim advogados associados. E-mail: joasantos@alecrimadvogados.com.br.
 - 3 Professor de Direito Cons Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco. Concluiu o Doutorado em Direito na Universidade Federal de Pernambuco (2005) e Mestrado na mesma Universidade (1999). Concluiu curso de Master em Teorias Críticas do Direito pela Universidad Internacional de Andalucía, Espanha (1998). Em 201,8 realizou estágio de

Área **do Direito:** Direito Constitucional; Filosofia do Direito. Hermenêutica Jurídica.

Resumo: O presente ensaio busca estudar a análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs) n^{os} 2461 e 32,8. Este estudo permite a identificação de alguns estratagemas erísticos a partir da filosofia proposta por Schopenhauer, nos votos dos ministros. A “análise tópica” aqui empregada refere-se à identificação e exame dos lugares comuns argumentativos e das táticas discursivas utilizadas pelos membros do Tribunal. Este trabalho, entretanto, não fará uma análise exaustiva de todas as sentenças do STF. Certamente, porque suas decisões não são, ou não deveriam ser, totalmente políticas. Contudo, o STF vem sofrendo pela inserção da política no poder judiciário, talvez pelo próprio modelo de sua formação, nada obstante o modelo jurídico tradicional de apresentar a ideia de que as decisões judiciais são frutos da aplicação subjuntiva da lei, objetivando justiça. Por isso, neste artigo procurou-se desmistificar essas ideias analisando importantes decisões do Supremo, nas quais se destacam erismas que servem de justificativa para o discurso oficial, evidenciando que a lei e a justiça são, por vezes, aplicações e construções que servem à retórica.

Palavras-chave: Erística. Decisão Judicial. Análise Tópica; Retórica

pesquisa Pós-Doutoral no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (CES- UC). É bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. No âmbito do PPGD/UNICAP, tem realizado pesquisas que se refere às relações entre colonialidade e direito. Atualmente, é vinculado à linha 2 *Jurisdição, Cidadania e Direitos Humanos* e é líder do grupo de pesquisa Recife Estudos Constitucionais (REC/CNPq). E-mail: jpallain@unicap.br.

Abstract: This essay seeks to study the analysis of the decisions handed down by the Supreme Federal Court in the joint trial of Direct Actions of Unconstitutionality (ADINs) No. 2461 and 32.8. This study allows the identification of some eristic strategies based on the philosophy proposed by Schopenhauer, in the votes of the ministers. The “topical analysis” used here refers to the identification and examination of the argumentative commonplaces and discursive tactics used by the members of the Court. This work, however, will not make an exhaustive analysis of all the decisions of the STF. Certainly, because its decisions are not, or should not be, entirely political. However, the STF has been suffering from the insertion of politics in the judiciary, perhaps due to the very model of its formation, despite the traditional legal model of presenting the idea that judicial decisions are the result of the subjunctive application of the law, aiming at justice. Therefore, this article seeks to demystify these ideas by analyzing important Supreme Court decisions, in which erythms that serve as justification for the official discourse stand out, showing that law and justice are, at times, applications and constructions that serve rhetoric.

Keywords: Eristic. Judicial decision. Topical analysis. Rhetoric.

Sumário: 1. Introdução; 2. Funcionamento e formação do Supremo Tribunal Federal; 2.1 Estrutura; 2.2 Competência; 3. Direito, política e controle de constitucionalidade no STF; 3.1 Contexto histórico; 3.2 Conceito. 3.3 Sistema difuso de controle de constitucionalidade; 3.4 Sistema concentrado de controle de constitucionalidade por via de ação direta de inconstitucionalidade (Adin), visão panorâmica; 3.5 Adins n. 2461 e 3208, a inconstitucionalidade do voto aberto para cassar depu-

tados; 4. A identificação dos estratagemas a partir da desconstrução da decisão nas Adins n. 2461 e 3208; 4.1 Manipulação semântica; 4.2 *Argumentum ad verecundiam*; 4.3 Rótulo odioso; 4.4 Persuasão pela vontade. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

Introdução

Não é difícil perceber que as decisões frequentemente não estão calcadas apenas no direito positivo, entendido aqui em sua concepção tradicional como o conjunto de normas postas pelo Estado e que, idealmente, orientariam a atividade jurisdicional de forma objetiva. Elas são também moldadas pela retórica, pela argumentação empregada pelo julgador para interpretar determinado caso e aplicar a norma que entende ser adequada. A retórica, classicamente entendida como a arte da persuasão, e a tópica, como método de descoberta de argumentos, desempenham um papel crucial. Historicamente, desde Aristóteles, que em sua obra “refutações Sofísticas” já analisava os falsos argumentos, a dialética e a retórica são vistas como ferramentas discursivas. Enquanto a retórica busca persuadir, a dialética pode ser vista como a arte da discussão. Schopenhauer, posteriormente, desenvolve o conceito de “dialética erística”, focada não na verdade, mas na vitória do debate. Este artigo explora como essa dimensão erística se manifesta.

Há uma busca de argumentos, cujo objetivo é tentar passar ao destinatário uma situação de paz e de justiça, tomando como lógica a aplicação do direito positivo.

Contudo, nem sempre o intuito do julgador é adequar o seu discurso àquela norma que acha ser a mais justa, mas sim decidir de forma política, com interesses pessoais, utilizando da retórica para persuadir o destinatário. E, nesse sentido, nenhum órgão do poder judiciário é mais político do que o

Supremo Tribunal Federal (STF), talvez pelo modelo que adota na escolha de seus componentes.

Destarte, a presente pesquisa tem o objetivo de realizar um estudo das decisões do STF proferidas no julgamento conjunto das ADINs n. 2461 e 3208, em matéria de controle de constitucionalidade, dando uma noção geral desse tema e desconstruindo essa decisão para ao fim mostrar que a Suprema Corte, em certas ocasiões, pode atuar como um órgão influenciado por dinâmicas políticas, e que, conseqüentemente, suas decisões podem refletir um cunho mais político do que estritamente jurídico.

O objeto de estudo parte de um caso prático, as mencionadas decisões do STF, em matéria de controle de constitucionalidade, que julgou por maioria a inconstitucionalidade de voto aberto para cassar mandato de deputado. Por isso, vem toda uma análise retórica e dialética em seus diversos níveis, mostrando de que forma ela foi utilizada nesse debate e como ela pode ter interferido nas decisões do STF.

Para tal, é preciso realizar um estudo sobre a formação e o funcionamento do STF, entender como é exercido o controle de constitucionalidade; estudar a retórica e dialética, principalmente a dialética erística de Schopenhauer. A dialética erística é a arte de discutir, mais precisamente a arte de discutir de modo a vencer, e isto *per faz et per nefas* (por meios lícitos ou ilícitos). De fato, é possível ter razão objetivamente no que diz respeito à coisa mesma, e não tê-la aos olhos dos presentes ou inclusive aos próprios olhos. Por conseguinte, são duas coisas distintas a verdade objetiva de uma proposição e sua validade na aprovação dos contendores e ouvintes; é a esta última que a dialética erística se refere. Esta abordagem, que foca na vitória discursiva, insere-se na perspectiva mais ampla de Schopenhauer sobre a primazia da vontade sobre o intelecto, sugerindo um ceticismo quanto à busca desinteressada pela

verdade em debates contenciosos. Através de suas ideias, buscaremos desconstruir as decisões escolhidas.

Ademais, a primeira grande questão começa justamente na formação e escolha dos componentes do STF, pois é cediço que esses são nomeados pelo presidente da república, motivo pelo qual, leva-nos a perguntar se suas decisões serão fiéis aos interesses políticos de quem os colocou no cargo ou perseguirão simplesmente a tão esperada justiça? Será que as decisões do STF estão pautadas na aplicação do direito positivo, ou em mero discurso retórico para persuadir a sociedade satisfazendo interesses políticos?

É manifesto que o STF, por vezes, parece atuar como um órgão de interesses políticos, afastando-se de sua principal função de guardião da constituição brasileira, sobrepondo os interesses políticos aos jurídicos.

Após uma análise retórica estratégica das decisões do Supremo, ir-se-á perceber que a norma jurídica aplicada a cada caso, por vezes, pouco importa, o que vai fazer com que determinado ministro imponha o seu pensamento aos demais, é o uso da argumentação, da retórica, que pode vir viciada pelos interesses políticos aos quais está preso.

A análise dos textos segundo os estratagemas indicados por Shopenhauer nos mostra claramente esse posicionamento, figurando a norma jurídica como ponto legal para justificar uma decisão baseada em argumentos que podem ser falaciosos. Qualquer lei utilizada pelo ministro poderá se encaixar no seu discurso, o que interessa é sair vitorioso, impor as vontades políticas, suas e de seus aliados.

Aristóteles via como ciências do discurso apenas quatro: a retórica, a dialética, a poética e a lógica, sendo as duas primeiras as únicas que lidam com a arte da discussão. Já

Schopenhauer criou a dialética erística, vista por muitos como uma continuação da dialética aristotélica, dizendo que

essa seria a arte de discutir de modo a vencer⁴. Esse é o ponto de partida desse estudo, entender o verdadeiro significado da retórica e principalmente da dialética erística, para então desconstruir decisões do STF em matéria de controle de constitucionalidade, mais especificamente as Adins n. 2461 e 3208.

Desta forma, deve-se em um primeiro momento entender a importância do estudo da linguagem, que se trata de assunto indispensável para se perceber como esses juristas são levados a decidir desta e não daquela forma e de como é possível existir interpretações diversas da mesma norma sob ponto de vistas diferentes, motivo pelo qual, acredita que surge daí a criação dos órgãos colegiados da estrutura do poder judiciário brasileiro, pois se assim não fosse, seríamos reféns de um único pensamento, uma única retórica, uma única argumentação. A ideia de reduzir decisões judiciais complexas a um processo puramente mecânico, como uso de inteligência artificial, subestima a complexidade da interpretação e da argumentação jurídica, especialmente em cortes constitucionais. Embora ferramentas tecnológicas possam auxiliar na gestão e análise de dados jurídicos, a deliberação e a justificação em casos difíceis permanecem intrinsecamente humanas e, portanto, suscetíveis às dinâmicas aqui exploradas.

Geralmente dá-se mais importância ao que as pessoas falam, ao discurso oral, mas, os textos podem trazer muito mais informações do que seus autores possam imaginar, pois do mesmo modo que a fala, se referem aos seus pensamentos, sentimentos, memórias. Assim, basta saber interpretá-los, desconstruí-los, descobrindo quais os estratagemas utilizados para convencer o leitor de que o escrito é verdadeiro.

Em um segundo momento deve-se entender o que vem a ser o Supremo Tribunal Federal, como é sua formação, fun-

4 SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratagemas*. Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

cionamento e organização. Analisar sua competência prevista na Constituição Federal de 1988.

Passada essa fase, entra-se em um assunto mais específico, indispensável para o presente estudo, o controle de constitucionalidade, discorrendo sobre esse assunto e, principalmente, sobre as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIN), observando como o STF tem que agir nessa matéria, advinda da sua função primordial de guardião da constituição. Nesse ponto também será apresentada em detalhes as Adins aqui escolhidas para embasar a presente pesquisa.

Em outro capítulo, passará a tratar de um assunto muito relevante, porém esquecido pela maioria dos juristas, a retórica e a dialética, passando por uma análise histórica e conceitual para chegar até a dialética erística de Schopenhauer, ponto fundamental desse estudo, onde serão analisados os estratagemas de um discurso, muito bem desenvolvidas e explicadas por esse filósofo.

Desta forma, utilizando a divisão feita por João Maurício Adeodato, no nível da retórica estratégica se estudará os argumentos utilizados pelos ministros do STF nas decisões escolhidas e de como suas ideias influíram nos métodos e fatos descritos do primeiro nível da retórica, a material. Por fim, vem a retórica metódica, onde há análise dos níveis anteriores. A contribuição original da pesquisa⁵ reside na aplicação específica deste arcabouço teórico-metodológico à análise crítica das referidas decisões do STF.

Por fim, um capítulo dedicado à análise e desconstrução da decisão nas Adins n. 2461 e 3208, tendo por base os estratagemas de Schopenhauer estudadas e colocadas em prática, fechando o presente estudo, e buscando comprovar a possível

5 ADEODATO, João Maurício. *As retóricas na história das idéias jurídicas no Brasil – originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico*. Pesquisa CNPq. No prelo.

influência política inserida nas decisões do STF.

A metodologia utilizada para elaboração do trabalho foi primordialmente a análise retórica, ou retórica III, proposta por Ottmar Ballweg, partindo-se do pressuposto de que “o mundo é linguisticamente uma representação” como pensa Richard Gregory; assim, tomando por base uma discussão judicial é possível destacar as estratégias retóricas, entre as quais precisou-se à tópica.

A exploração do tema foi através de uma abordagem teórica, com pesquisa bibliográfica, doutrinária e filosófica, utilizando os estratagemas dialéticos de Schopenhauer. Cumpre notar que diversas traduções e edições da obra de Schopenhauer sobre a dialética erística existem, e a presente análise fundamenta-se na edição citada nas referências.

Para entender a escolha do tema é imperioso destacar a grande importância do STF e do poder de controle de constitucionalidade que ele exerce, para a sociedade brasileira. Ademais, se está diante de decisões que vão interferir diretamente na vida das pessoas, diante de decisões que visam, ou ao menos deveriam visar à proteção da norma máxima brasileira, a Constituição Federal.

A escolha das decisões, entre inúmeras, foi devido a sua importância não só para o mundo jurídico, mais para a sociedade. Por isso, a escolha das ações diretas de inconstitucionalidade que visavam declarar inconstitucional a norma que previa voto aberto para cassar mandato de deputados do Rio de Janeiro.

Além disso, trata-se de um tema muito atual e bastante discutido, uma vez que o Brasil vive uma grande crise política, com várias denúncias de corrupção e mau uso dos recursos públicos.

A intenção, também, foi não deixar o tema amplo demais, estudando todas as decisões do STF, o que seria impossível,

evitando a vagueza da pesquisa, e nem tão restrito para que sua importância não fosse reduzida.

2. Funcionamento e Formação do Supremo Tribunal Federal (STF)

2.1 Estrutura

Cumpra-se observar primeiramente que o STF é formado por 11 (onze) ministros de livre nomeação pelo presidente da república após aprovação por maioria absoluta do Senado Federal. A investidura no cargo é realizada pelo presidente em exercício do próprio STF, acarretando a imediata vitaliciedade.⁶

Veja-se como a nossa Carta Magna trata da situação:

“Art. 101 - O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.” (grifo nosso)

Parágrafo único - Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.” (grifo nosso)

“Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal:

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

a) magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição”. (grifo nosso)

Importante ressaltar e observar que além de ser um cargo de livre nomeação, independente de concurso público

6 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 38ª edição. São Paulo, 2022. Editora Atlas.

ou eleições, ainda é vitalício, ou seja, temos ministros não eleitos pelo povo, gozando da vitaliciedade e se dizendo guardiões das normas constitucionais. Os seus membros são divididos em duas turmas, compostas cada uma por 5 ministros, sem que haja qualquer hierarquia. O presidente, apenas participara das seções plenárias, não compondo, portanto, as turmas. Desta forma, o Plenário, as Turmas e o Presidente são os órgãos do Tribunal, conforme o art. 3º do RISTF/80.

O Presidente e o Vice-Presidente são eleitos pelo Plenário do Tribunal, dentre os Ministros, e têm mandato de dois anos. As turmas são presididas pelo mais antigo dentre seus membros, não havendo reeleição devendo o mandato ter duração de um ano, e todos os seus integrantes devem exercer a Presidência, observada a ordem decrescente de antiguidade, de acordo com o art. 4º, § 1º, do RISTF/80.

O Tribunal ainda indica um de seus Ministros para compor o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, I, da CF/88) e três para compor o Tribunal Superior Eleitoral (art. 119, I, a, da CF/88).

Como se percebe da simples leitura da norma constitucional, essa cuidou em instituir um mínimo de requisitos que devem ser cumpridos para a investidura de determinada pessoa no cargo de ministro do STF, são elas: a) a idade, que deve estar entre 35 e 70 anos, notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101, CF/88); b) ser brasileiro nato (art. 12, §3º, IV, CF/88); c) ser cidadão, ou seja, está no gozo de seus direitos políticos.

Destarte, não é difícil notar que dois requisitos são demasiados subjetivos: o notável saber jurídico e a reputação ilibada, que ficará a cargo do presidente da república e do Senado Federal verificá-los. Quanto ao primeiro, por mais absurdo que se pareça, não é necessário que o “candidato” a ministro seja bacharel em ciências jurídicas, e, conseqüentemente, nem tampouco, seja proveniente da magistratura.

Porém alguns doutrinadores, como Pedro Lessa, preferem entender que a graduação no curso de Direito seria requisito implícito encarnado no notável saber jurídico. Desse modo, não há como imaginar uma sentença do nível de discussão realizada no STF dada por um não bacharel em Direito. Continuamente, prefere-se entender que o legislador ao criar a norma entendeu notável saber jurídico como sinônimo de graduação no curso de ciências jurídicas, pena que abriu uma lacuna para mais uma forma de fazer política.

Portanto, não podemos dizer que o STF é formado por “homens da lei”, como é o Tribunal Constitucional Federal alemão e português⁷, que frequentemente possuem requisitos mais estritos quanto à formação e experiência jurídica específica de seus membros, visando uma composição altamente especializada em direito constitucional.

É muito gritante a situação de que uma mudança nos requisitos para a investidura no cargo de ministro do STF traria enormes benefícios não só ao poder judiciário, que se tornaria mais livre e imparcial, mas também para a sociedade, que ganharia o verdadeiro significado da palavra justiça, substituída há tempos pelos interesses políticos dos ministros e seus aliados.

Além do requisito implícito da graduação no curso de Direito, deveria haver também a necessidade de o candidato a ministro, já ter exercido por um período mínimo de, por exemplo, 5 anos, alguma atividade jurídica, como a advocacia, magistratura, entre outras.

Isso sem dúvida melhoraria, mas estaríamos, ainda, muito distantes do ideal, que seria a composição do STF se dar através de eleições diretas, com mandatos de 5 anos, podendo haver uma única reeleição. A explicação e motivação para essa

7 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 38ª edição. São Paulo, 2022. Editora Atlas.

ideia é simples: o STF é visto como corte constitucional, mas, como defender os interesses da sociedade, como “guardar” a constituição, norma maior do Estado e do povo, sem serem verdadeiros representantes desses? Seria inconstitucional, pois fere os seus próprios princípios, além de que acaba criando um órgão representativo da sociedade, inserido no poder judicial, meramente político.

Também é interessante observar o alto salário que recebem os ministros, sendo o mais alto do poder público, e servindo de base para estabelecer o teto de remuneração de altos funcionários públicos, ou seja, faz-se um escalonamento de subsídios, assim, os demais magistrados brasileiros, por exemplo, possuem sua remuneração atrelada a percentuais do subsídio dos ministros do STF.

2.2 Competência

Como já fortemente mencionado o STF é o guardião da Constituição Federal, com função de corte de constitucionalidade⁸. A sua competência é dada pela própria constituição, não podendo lei infraconstitucional conferir-lhes novas competências. Podendo dividi-las em duas modalidades: a competência originária e a derivada.

A competência originária é prevista no art. 102 da CF, e estabelece que é originariamente próprio ao STF processar e julgar, ele é o juiz da causa, ou seja, acontece quando o Supremo analisa a questão em única instância.

Já a competência derivada é aquela prevista no art. art. 102, II, alíneas a, b; e art. 102, III, alíneas a, b, c, d. O Supremo exerce essa competência quando é acionado através de recurso. É o caso do recurso extraordinário, devendo sempre ter ha-

8 Oliveira. Ramom Tácio de. *Manual de direito constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

vido o prequestionamento, sob pena de não ser reconhecido, além da demonstração de ofensa direta e frontal à Constituição Federal.

Esses requisitos exigidos para interpor um recurso perante o STF, nada mais são do que um meio de impedir que todas as discussões, lides, problemas sejam levados a esta corte, que ficaria sobrecarregada e não exerceria a sua função corretamente. Por isso, já que busca a proteção de normas constitucionais, deve ter competência para julgar os recursos no qual se alegue e comprove que houve desrespeito a tais normas.

Em relação à arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental, previsto no §1.º, do art. 102, CF/88, já que se trata de dispositivo constitucional de eficácia limitada, há a necessidade de se observar a lei nº. 9.882 de 3 de dezembro de 1999.

Entre as principais atribuições do STF está a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, e a extradição solicitada por Estado estrangeiro.

Na área penal, destaca-se a competência para julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, entre outros⁹.

Contudo, a competência do STF que mais interessa para o presente estudo é a de processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, prevista no art. 102, I, a, CF/88:

“Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estrutura institucional*. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acesso em 23 de abril de 2023.

- a) - Processar e julgar, originariamente:
- b) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.”

Aparentemente, trata-se de uma situação não muito interessante e de interesse jurídico, mas o que se quer não é discutir a competência do Supremo, mas sim entender como essa competência é exercida, com quais intenções.

Note-se que trata de uma das funções mais importantes do STF, uma vez que, o STF terá que decidir se determinada norma está de acordo com os princípios e determinações constitucionais ou não. Em caso negativo, declarando sua inconstitucionalidade, virá todo um problema em relação a aplicação daquela norma inconstitucional. Por isso a importância de o STF determinar se os efeitos de sua decisão serão “*ex tunc*”, “*ex nunc*”, ou até mesmo “*pro futuro*”.

Nessa última modalidade o STF vislumbra a possibilidade de decretar que determinada norma é inconstitucional, mas só cessará a sua validade em um momento futuro, algo que parece no mínimo sem lógica. Pois, se é inconstitucional, por qual motivo deve continuar em vigência? Seria pura contradição.

É imperioso destacar que o sistema federativo dá ensejo, também, a uma modalidade de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade no âmbito Estadual. A Constituição Federal na inteligência do artigo 125, §2º, prevê a possibilidade, em face da constituição estadual, da instituição de uma representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais, sendo a competência para julgar essa ação dos Tribunais de Justiça dos Estados.¹⁰

10 BARROSO, Luís Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 9ª edição, São Paulo, Saraiva, 2022.

3. Direito, Política e o Controle de Constitucionalidade no STF

3.1 Breve Contexto Histórico

É bem verdade que com o aprofundamento dos estudos sobre a matéria, pode-se afirmar que o Controle de Constitucionalidade, embora não como visto hoje, vem sendo citado desde IVaC na Grécia com o surgimento do chamado *graphé paranomom* (arguição de inconstitucionalidade). Este mecanismo permitia que cidadãos atenienses processassem aqueles que propusessem leis ou decretos contrários às leis fundamentais existentes, tornando os cidadãos responsáveis pela defesa das leis e constituição. Foi verificado também nas sociedades Romana, Inglesa, Alemã e Francesa.¹¹

Contudo, foi nos Estados Unidos da América com o famoso caso *Marbury x Madison*, que o Tribunal se colocou na posição de intérprete final da norma constitucional, indagando sobre a possibilidade de se deixar de aplicar, por inválida, lei inconstitucional. Com a decisão do caso acabou criando, através de jurisprudência, o instituto do controle de constitucionalidade no Direito Moderno, firmando o princípio da soberania das normas constitucionais, inclusive sobre os atos de todos os poderes estatais, sendo de competência do Judiciário afastar aquelas normas que porventura afrontassem a constituição.¹²

Assim, a referida decisão do *leading case* “William Marbury vs James Madison”, com o célebre raciocínio do juiz Marshall sobre a natureza das Constituições escritas representou

11 BARCHET, Gustavo e MOTTA, Sylvio; *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

12 BARROSO, Luís Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 9ª edição, São Paulo, Saraiva, 2022.

a consagração não apenas da supremacia da Constituição em face de todas as demais normas jurídicas, como também o poder e o dever dos juízes de negar a aplicação às leis contrárias à Constituição.

Desta forma, como muito bem observou os renomados autores Motta e Barchet¹³, embora algumas regras já defendessem e trouxessem a ideia do controle das leis, foi a jurisprudência que consagrou o controle repressivo judicial.

O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso por via de defesa com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade¹⁴, como será abordado mais adiante.

Segundo Silva¹⁵, o sistema de controle judicial de constitucionalidade, com influência norte-americana, teve início no Brasil com a Constituição republicana de 1891. Sendo o controle de constitucionalidade na modalidade difuso por via de exceção, o qual foi mantido nas várias constituições brasileiras, inclusive na atual, de 1988.

É imperioso ressaltar que a atual constituição, através da Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, ampliou o rol de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 da CF/88), limitando o controle difuso e consequentemente levando ao STF quase todas as controvérsias constitucionais relevantes.¹⁶

13 BARCHET, Gustavo e MOTTA, Sylvio; *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

14 GALO, Fabríni Muniz. Jurisdição constitucional: *controle de constitucionalidade e writs constitucionais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2301>>. Acesso em 23 de abril de 2023.

15 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 44ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2022.

16 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

3.2 Conceito

O Controle de Constitucionalidade é um dos capítulos mais importantes do direito constitucional e para entender é preciso olhar o Direito como um sistema que deve conviver em harmonia, onde exista uma hierarquia de normas.

Toma-se por base a pirâmide normativa de Kelsen, ocupando a Constituição o topo, como norma a ser respeitada pelas demais, sendo a Constituição Federal o fundamento de validade de todas as outras normas, é o que se chama de supremacia, um dos pressupostos do controle. Embora a “pirâmide normativa” seja uma representação útil, é importante notar que a teoria pura do direito de Kelsen distingue a norma (dever ser) da proposição jurídica que a descreve, e sua noção de norma fundamental é um pressuposto lógico-transcendental, distinto da realidade política das decisões judiciais que podem, por vezes, operar “fora da moldura” por ela reconhecida.

Por outro lado, não se pode esquecer que Carta Magna é classificada como rígida, ou seja, exige um processo formal, que dificulta a alteração de seu texto, impondo limites temporais, circunstanciais e materiais para o funcionamento do poder de reforma. E é essa classificação, a distinção formal entre a criação de normas constitucionais e infraconstitucionais, que permite que ocorra o controle de constitucionalidade.¹⁷

Diante disso, eventualmente ocorrerão fenômenos em que se quebrará a convivência harmônica desse sistema jurídico, desta forma é que surgem os mecanismos para se retomar o “*status quo*”, sendo o Controle de Constitucionalidade o mais importante deles.¹⁸

17 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *A Constituição Democrática*. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 13, maio 1997. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=84..> Acesso em 29 de abril de 2023.

18 BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito*

Interessante é a metáfora usada, para definir controle de constitucionalidade, pelos autores Mota e Barchet, em sua obra:

“Sendo assim, imaginemos o Estado como um grande organismo biológico no qual o seu centro de comando (o cérebro) seja a Constituição. Dentro desse contexto percebemos a existência de vários sistemas vitais submetidos às ordens do cérebro, sejam ordens conscientes ou mesmo automáticas. Como todo organismo razoavelmente desenvolvido, esse também possui um sistema de defesa responsável pela manutenção do equilíbrio metabólico, primando pelas condições normais de temperatura e pressão indispensáveis ao bem-estar de todos os sistemas de suporte de vida. Supondo que um vírus invasor seja detectado, aciona-se, de imediato, esse sistema de defesa, que deverá localizar, identificar e expurgar o inimigo da “corrente sanguínea” do Estado, restabelecendo a perfeita obediência dos sistemas afetados às determinações da Constituição-cérebro.”¹⁹

Assim, voltando à linguagem jurídica, fica claro entender que “o Controle de Constitucionalidade consiste na verificação de compatibilidade de uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição”²⁰, devendo observar a aplicação e respeito da última, lei maior do ordenamento jurídico brasileiro. E é por exercer esse controle, como vimos no capítulo anterior, que o STF é considerado o guardião da constituição.

Importante lembrar que todas as normas são presumidamente constitucionais, portanto, se discute a inconstitucionalidade, que pode existir de duas formas: a formal ou material, como bem explica Barchet:

Brasileiro, 9ª edição, São Paulo, Saraiva, 2022.

19 BARCHET, Gustavo e MOTTA, Sylvio; *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

20 BARROSO, Luís Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 9ª edição, São Paulo, Saraiva, 2022.

“Isto posto, genericamente, podemos definir inconstitucionalidade como: 1) a desconformidade do ato normativo primário ou da norma constitucional derivada com o conteúdo material da constituição (inconstitucionalidade material); ou 2) o vício da norma elaborada sem a observância das normas constitucionais concernentes ao processo legislativo ou aos limites ao poder de reforma do texto constitucional (inconstitucionalidade formal).”²¹

3.3 Sistema Difuso de Controle de Constitucionalidade

O modelo norte-americano (*judicial review of legislation*) define-se como um controle judicial de constitucionalidade das leis e atos do poder público que qualquer juiz e tribunal, ante um caso concreto, podem desempenhar.

Como já mencionado neste capítulo, o juiz Marshall sustentou a tese da supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária, ao declarar, na espécie julgada, que todo ato do Congresso contrário à Constituição Federal deveria ser tido por nulo, inválido e ineficaz (*null and void and of no effect*).²²

A própria Constituição Federal dos EUA, de 17 de setembro de 1787, consagrou essa supremacia ao incluir a *supremacy clause* em seu artigo VI, cláusula 2^o:

“Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados deverão obedecer-lhes, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário.”²³

21 BARCHET, Gustavo e MOTTA, Sylvio; *Curso de Direito Constitucional*, 2^a edição, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

22 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 35^a ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2020.

23 No original, na Constituição dos Estados Unidos: “This Constitution, and

Logo, entende-se como controle difuso de constitucionalidade, aquele que qualquer juiz, em qualquer instância pode apreciar a constitucionalidade de uma norma ou ato normativo, a arguição é incidental (indireta) e a abrangência é *inter partis*.

3.4 Sistema Concentrado de Controle de Constitucionalidade por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), Visão Panorâmica

O surgimento de uma efetiva jurisdição constitucional, no continente europeu seu deu sob a influência de Hans Kelsen, que concebeu um sistema de jurisdição constitucional, no qual, o controle de constitucionalidade era confiado, exclusivamente, a um órgão jurisdicional especial, o Tribunal Constitucional, o único habilitado para declarar a inconstitucionalidade de uma lei.²⁴

Diferentemente do sistema norte-americano, na visão kelseniana o Tribunal Constitucional não julga nenhuma pretensão concreta, mas tão-só o problema puramente abstrato de compatibilidade lógica entre uma lei e a Constituição.

Então, tal tipo de controle se caracteriza, justamente, pelo fato da atribuição ser conferida apenas a uma determinada corte ou órgão administrativo, que no nosso caso é o Supremo Tribunal Federal. A arguição da inconstitucionalidade é direta e sua abrangência é *erga omnes*.

the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding."

24 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. (trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno). 1ª ed. São Paulo: Gen, 2021.

Cabe, nesse momento, fazer algumas considerações sobre a Ação Direita de Inconstitucionalidade, via de controle que aqui será estudada e analisada.

É importante destacar e relembrar que a função jurisdicional é solucionar um conflito de interesses, através da interpretação da lei, onde as partes estão em situação de antagonismo.²⁵ Já o controle de constitucionalidade por via direta, também, será jurisdicional, porém, trata-se de função atípica da jurisdição, uma vez que não há interesses individuais, não há um conflito objetivo, e sim, uma busca à proteção do próprio ordenamento jurídico, evitando, através de um pronunciamento do judiciário sobre a própria lei, presenças de elementos não harmônicos, incompatíveis com a Constituição Federal.²⁶

A ação direta é um meio de controle por via principal e não prejudicial, ou seja, “o juízo de constitucionalidade é o próprio objeto da ação, a questão principal a ser enfrentada, cumpre ao tribunal manifestar-se especificamente acerca da validade de uma lei e conseqüentemente, sobre sua permanência ou não no sistema”.²⁷

E é nesse momento, em que o Supremo terá que se manifestar sobre a constitucionalidade ou não de determinada lei, através dos votos e decisões de seus ministros, que será usada a retórica e dialética de Schopenhauer, seus estratégias, permitindo a vitória de determinada argumentação, sem mesmo precisar ter razão. Esse é o estudo do próximo capítulo, contudo, antes deve-se entender todo o processo que segue a ADin.

25 FAGUNDES, Miguel Seabra, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 4. edição, Rio de Janeiro, Forense, 1967.

26 BARROSO, Luís Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 9ª edição, São Paulo, Saraiva, 2022.

27 BARROSO, Luís Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 9ª edição, São Paulo, Saraiva, 2022.

A legitimidade para propor ADin está prevista no artigo 103 da Constituição Federal, que foi ampliado pela Emenda Constitucional nº.45 de 2004:

“Art. 103 - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

Quanto a legitimidade passiva, não há muita dificuldade, pois será aquele órgão ou autoridade responsáveis pela lei ou ato objeto da ação, devendo prestar informações ao relator do processo, não tendo qualquer possibilidade que pessoas privadas figurem como parte.²⁸

Já a defesa da norma impugnada caberá ao Advogado geral da União²⁹, levando em consideração que o poder público, presumidamente, pratica atos constitucionais.

28 BARROSO, Luís Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 9ª edição, São Paulo, Saraiva, 2022.

29 Artigo 103, § 3º da CF - “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.”

3.5 ADINS Nº 2461 e 3208, a Inconstitucionalidade do Voto Aberto para cassar Deputados

A questão aqui estudada trata-se de uma decisão proferida nos autos de duas ADIN, com o mesmo objeto, proposta pelo Partido Social Liberal (PSL) e Partido Democrático Trabalhista (PDT) que discutem a constitucionalidade do §2º do artigo 104 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que tem o seguinte teor:

“Emenda Constitucional nº. 17, de 2001.

Altera o §2º do artigo 104 da Constituição, instituindo o voto aberto para a cassação de mandato de deputado.

A assembléia legislativa do Estado do Rio de Janeiro resolve:

Art. 1º - o §2º do art. 104 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, passa a ter a seguinte redação:

§2º - Nos casos dos incisos I, II, VI, a perda do mandato será decidida pela Assembléia Legislativa, por voto aberto e maioria absoluta, mediante provocação da Mesa Diretora ou de partido político com representação na Casa, assegurada a ampla defesa.

Art. 2º - Esta Emenda Constitucional entrará em vigor na data da publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 17 de maio de 2001.”

Os partidos requerentes alegaram afronta aos artigos 5º, LIV; 25 e 55, § 2º da Constituição Federal, uma vez que essa diz que os mandatos de deputados e senadores serão cassados pela Câmara dos Deputados ou Senado Federal por voto secreto e maioria absoluta, e não por voto aberto como determina o dispositivo atacado. Alegaram, também, que os Estados deveriam orientar-se pelos princípios constitucionais e que o ato normativo não razoável viola o direito ao devido processo legal.

Importante destacar que a procuradoria da república deu parecer favorável pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

É cediço e inquestionável que a discussão muito mais que jurídica, é política, tratando-se de questão eleitoral envolvendo perda de mandato, onde os representantes diretos do povo não querem que suas posições quanto ao assunto sejam públicas, mas sim, secretas.

4. A Identificação dos Estratagemas a partir da Desconstrução das Decisões nas ADINS Nº 2461 e 3208

Após realizar um breve, mas esclarecedor estudo sobre o papel constitucional do STF e do Controle de Constitucionalidade por ele exercido, passa-se agora ao ponto principal do presente estudo, analisar os votos antagônicos de alguns ministros nessa decisão, pontuando os estratagemas, segundo Schopenhauer, por eles utilizados na tentativa de vencer o debate e impor suas vontades.

Importante esclarecer que a base de toda dialética³⁰, segundo Schopenhauer, reside em identificar e analisar os elementos essenciais e as dinâmicas subjacentes presentes em qualquer debate ou discussão.

30 “Dialética erística é a arte de discutir, mas precisamente a arte de discutir de modo a vencer, e isto *per fast et per nefas* (por meios lícitos ou ilícitos). De fato, é possível ter razão objetivamente no que diz respeito à coisa mesma, e não tê-la aos olhos dos presentes ou inclusive aos próprios olhos. Assim ocorre, por exemplo, quando o adversário refuta minha prova e isto é tomado como uma refutação da tese mesma, em cujo favor se poderiam aduzir outras provas. Neste caso, naturalmente, a situação do adversário é inversa àquela que mencionamos: ele parece ter razão, ainda que objetivamente não a tenha. Por conseguinte, são duas coisas distintas a verdade objetiva de uma proposição e sua validade na aprovação dos contendores e ouvintes. A esta última é que a dialética se refere”. SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratagemas**. Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

Após apresentada uma tese, existem dos modos e dois métodos de combatê-la:

“1) Os modos: (a) *ad rem*, (b) *ad hominem* ou *ex concessis*; isto é, demonstramos que ou a tese não está de acordo com a natureza das coisas, com a verdade objetiva, ou que não concorda com as outras afirmações ou apartes do adversário, isto é, com a verdade subjetiva, relativa. Esse último caso não tem importância nenhuma para a verdade objetiva.

2) Os métodos: (a) Refutação direta, (b) indireta. A refutação direta ataca a tese em seu fundamento, a indireta em suas consequências. A direta mostra que a tese não é verdadeira; a indireta, que não pode ser verdadeira.

I) Na refutação direta podemos atuar de duas maneiras. Ou demonstramos que os fundamentos de sua afirmação são falsos (*negō majorem, minorem*); ou admitimos os fundamentos, mas negamos que deles se deduz a afirmação (*negō consequentiam*), isto é, atacamos a consequência, a forma da conclusão.

II) Na refutação indireta, usaremos ou a *apagoge*³¹ ou a *instância*.

- a) *Apagoge*: tomamos sua tese como verdadeira e então demonstramos o que dela resultaria se, combinando-a com qualquer outra proposição aceita como verdadeira, a adotássemos como premissa para uma dedução com a qual se chega a uma conclusão obviamente falsa, seja por contradizer a natureza das coisas ou por se opor a outras afirmações do próprio adversário. Assim a proposição se revela falsa *ad rem* ou *ad hominem* (Sócrates em *Hípias maior* e outros textos). Por conseguinte, a proposição também era falsa, pois proposições verdadeiras procedem tão-somente de premissas verdadeiras, embora de premissas falsas nem sempre se deduzem conclusões falsas. (se com isto o adversário é diretamente levado a contradizer uma verdade indubitável, e não conseguimos conduzi-lo *ad absurdum*.)
- b) A *instância*, *enotasis*³², *exemplum in contrarium*. Refutação da proposição universal mediante indicação direta dos casos parti-

31 *Apagoge* significa a ação de levar, conduzir, arrastar, arrebatrar. Aristóteles (*Na pr.* 1,7,4) usa-a para designar a condução ao absurdo, num sentido próximo ao entendido por Shopenhauer.

32 *Enotasis* = oposição.

culares compreendidos em seu enunciado aos quais ela não pode se aplicar. Portanto, a tese mesma não pode deixar de ser falsa.”³³

Esse seria o esboço de toda discussão, podendo acontecer realmente ou só em aparência, sendo certo que em toda ela, os debatedores têm que concordar em algum ponto, pois este será o ponto de partida.³⁴

E, o ponto de partida das decisões que estão sendo estudadas é justamente a constitucionalidade das normas, ou seja, ambos debatedores, no caso ministros, concordam que as normas devem ser constitucionais, guardar consonância com aquilo que a constituição preza. São diversos os estratagemas estudados por Schopenhauer, mas vamos nos ater a estudar apenas alguns, sempre visualizados em trechos dos votos dos ministros.

4.1. Manipulação Semântica

Nesse estratagema é muito comum o uso de metáforas, e o cerne da questão está justamente na escolha de qual usar, pois deve ser aquela que mais lhe favoreça, que mais se adéque a sua tese. Pois, se o seu opositor propõe uma transformação, você a chamará de subversão, pois está é uma palavra forte e agressiva, que desmerece o discurso do oponente.³⁵ Há uma sutil crítica, é utilizada de maneira instintiva e de forma a introduzir aquilo que se quer dizer em alguma palavra, porque um orador sempre delata sua intenção pelos nomes que dá as coisas, sendo um dos estratagemas mais usados nos debates.³⁶

33 SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratagemas*. Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

34 SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratagemas*. Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

35 SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratagemas*. Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

36 SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: em*

Vejamos alguns exemplos indicados na obra de Schopenhauer:

“Fervor religioso/fanatismo; passo em falso ou caso amoroso/adultério; equívoco/obscenidade; desequilíbrio econômico/bancarota; mediante influência e ligações/mediante suborno e nepotismo; reconhecimento sincero/ uma boa remuneração.”³⁷

Nas decisões estudadas em determinado momento surge uma discussão suscitada pela Advocacia Geral da União (AGU) em relação a uma suposta irregularidade de representação de um dos requerentes por haver entendido estar à procura genérica, alegando vício e requerendo a extinção do processo sem julgamento do mérito.

O ministro relator, Gilmar Mendes justificou seu posicionamento da seguinte forma:

“Afora as restrições que, de minha parte, poderiam ser feitas com relação à extensão do rigor processual assumido pelo Tribunal, entendo que, para efeito da presente apreciação conjunta, a solução ortodoxa da extinção da ADI nº 2.461 – RJ sem julgamento do mérito não afeta, sob hipótese alguma, a análise da questão constitucional aqui colocada.”³⁸

Observe que Gilmar Mendes utiliza duas expressões que pode nos chamar atenção, são elas: “rigor processual assumido pelo tribunal” e “solução ortodoxa”, note que ele não concorda com a preliminar arguida e utiliza palavras fortes, metáforas, para combater a tese da AGU e confirmar a sua de que a análise da questão constitucional não ficaria prejudicada.

Inicialmente nos parecem palavras comuns, justamente porque esse tipo de estratagemas é muito sutil, o que o ministro,

38 *estratagemas*. Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

37 SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratagemas*. Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

38 SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratagemas*. Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

delicadamente faz, é uma crítica aos tribunais atribuindo-o um rigor excessivo e a AGU por ter uma opinião ortodoxa. Ninguém gosta de ser burocrático e ortodoxo, levando o público a concordar com o ministro de que aquilo que propõe a AGU é um exagero.

Em outro ponto pode-se perceber que o ministro Carlos Britto em seu voto afirma, chamando atenção para a expressão “não foi a melhor opção”. Realmente, a opção política feito pelo Constituinte de 88 quanto ao voto secreto em caso de processo de perda de mandato de parlamentares não foi a mais plausível.

Já no trecho do voto do ministro Marco Aurélio, encontra-se:

“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Disse ao microfone, com desassombro, que a razão particular do texto Magno, ao prever a votação relativamente à perda de mandato de deputados e senadores, foi autoproteção – digo isso com todas as letras. A bancada aqui é livre.”

Note que no primeiro trecho contém a expressão “não foi a melhor opção”, enquanto

o seu oponente, neste momento, falou que se tratava de “autoproteção”, querendo induzir que

o constituinte criou essa norma simplesmente para se proteger de uma eventual perda de mandato.

É importante frisar que esse estratagema se aproxima muito com o de petição de princípio oculta, de uma sutil *petitio principii*, pois “aquilo que se quer dizer é introduzido já na palavra, na denominação da qual se deriva por um simples juízo analítico”³⁹.

39 SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratagemas*. Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

4.2 Argumentum Ad Verecundiam

O que existe nesse ponto é a utilização de uma autoridade no assunto em que está sendo debatido, que seja de conhecimento do seu adversário ou do público, em contrapartida nota-se a ausência de fundamentação propriamente dita, com as palavras do orador, até porque “*Unuscuusque mavult credere quam judicare*” (qualquer um prefere crer a julgar por si mesmo), ou seja, são poucas as pessoas que realmente pensam sobre algo, mas sempre querem emitir as suas opiniões e nada mais fácil do que tomá-las de outros⁴⁰. É muito mais fácil vencer o debate quando temos uma opinião de uma autoridade respeitada pelo adversário e público.

Ainda que não se encontre uma autoridade com todas as características acima, o debatedor pode apelar para outra que seja aparentemente adequada, ou citar o que alguém disse com outro sentido ou num contexto diferente, pois são as autoridades incompreendidas pelo adversário que geralmente dão mais resultados⁴¹, levando-o a se confundir e acreditar naquilo que foi exposto.

Lógico que em se tratando de um julgamento no STF, com ministros altamente intelectuais, é muito difícil a manipulação de um autor de determinada obra jurídica, podendo-se recorrer a autores desconhecidos ou até mesmo a citação de alguns que são pura invenção, pois os ministros não terão todas as obras possíveis sobre o assunto em sua bancada.

No livro “Como vencer o debate sem precisar ter razão” de Arthur Schopenhauer, esclarece que:

40 SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias*. Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

41 SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias*. Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

“Nos tribunais disputa-se recorrendo exclusivamente a autoridades; à autoridade da lei, que é firme. O papel próprio da autoridade judicial é encontrar a lei, isto é, a autoridade aplicável a um caso concreto. Mas, a dialética tem um espaço de ação suficiente quando, numa situação determinada, o caso concreto e a lei, na realidade, alheios um ao outro, são girados até que se possa considerar que têm uma relação entre si; e também ao contrário.”

É justamente o que se percebe nos votos dos ministros, nas decisões estudadas, conforme os trechos do Ministro Relator:

“Quanto ao mérito o tema encontra adequada equação no texto constitucional. O §1º do art. 27 da constituição estabelece a seguinte regra: [...] o art. 55, §2º fixa por sentença, a seguinte norma: [...]”

“[...] A esse respeito, destaco o seguinte excerto do parecer da lavra do professor Cláudio Fontelles (fls. 261-266): [...].”

Nota-se, portanto, que todo o voto do eminente ministro é baseado em citações da lei ou, em sua maioria, do parecer do autor referido acima, faltando-lhe argumentação própria. O que se nota, também, é que por diversas vezes, os ministros que votaram acompanhando o relator, fizeram referências ao seu voto, até porque o relator trata-se de ministro respeitado pela maioria do STF e do mundo jurídico.

Também se encontra esse estratagema no voto contrário ao do Relator, do ministro Celso de Mello, trazendo escritos de conhecido jurista, Carlos Maximiliano:

“A imperatividade da votação ostensiva e aberta encontra a sua própria razão de ser

– consoante observa CARLOS MAXIMILIANO (“comentários à constituição brasileira de 1946”, vol. 2/39-40, 5ª ed., 1954, Freitas Bastos) – na relevantíssima circunstância de que: [...].”

Talvez, possamos afirmar que este é o estratagema mais utilizado, não só nessas decisões, como na maioria dos julgamentos e decisões judiciais, onde corriqueiramente se recorre

ao uso de citações de doutrina, jurisprudência e legislação para convencer o público-alvo da justiça daquela decisão.

4.3 Rótulo Odioso

Também muito utilizado, consiste em eliminar o argumento do adversário, reduzindo-o a uma categoria detestável, tenta-se colocar aquela situação defendida pelo seu opositor inserida em um grupo ou relacionada a alguma coisa que geralmente é repudiada por todos. Por exemplo, todo esquerdista não gosta da política de “direita”, logo ao debater com alguém que tenha uma opinião diversa da sua usará o seguinte termo: “há, você é de direita”.

Utilizando esse mecanismo, supõe-se que aquela afirmação é de fato idêntica a categoria implantada, ou ao menos nela está compreendida ou que a categoria já está de todo refutada, não podendo conter nenhuma palavra verdadeira.⁴²

No Acórdão estudado, podemos verificar muito claramente a utilização desse estratagema na decisão do ministro Celso de Mello (a favor do voto aberto) quando ele rebate a opinião de Gilmar Mendes (a favor do voto secreto):

“Já tive o ensejo de salientar, em decisões proferidas nesta Suprema Corte, que alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizam, na concepção e na formulação teórica de um sistema claramente inconveniente com a prática das liberdades públicas.

Esse sistema, fortemente estimulado pelo “*perigoso fascínio do absoluto*” (Pe. JOSEPH COMBLIN, “A Ideologia da Segurança Nacional – O Poder Militar na América Latina”, p. 225, 3ª ed., 1980, trad. De A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em “*práxis*” governamental

42 SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias*. Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema (“o futuro da Democracia”, 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério.”

Por isso, durante toda essa parte da explanação de seu voto, de forma brilhante, o ministro Celso de Mello tenta inserir o voto aberto, defendido pelo relator Gilmar Mendes, no grupo das “coisas” antidemocráticas, categoria que a maioria esmagadora da população condena.

Nota-se que é um estratagema de fácil utilização, pois acaba-se sugerindo para o público e para o próprio opositor que ele defende uma coisa extremamente absurda, quando na verdade o caminho não é bem esse.

Olavo de Carvalho em seus comentários, admite que esse artifício se torna ainda mais eficaz quando associado ao estratagema da manipulação semântica (já estudado e utilizado nesse trecho acima), isto é, quando primeiro se carrega uma determinada palavra de conotações pejorativas, deixando-a pronta para ser usada no presente estratagema.⁴³

4.4 Persuasão Pela Vontade

Faz-se, nesse momento, o público perceber que se tomadas como verdadeiras e aceitas as suas opiniões, faria um dano notável a seus próprios interesses. Um exemplo seria o fato de determinado católico defender o aborto nos casos de gravidez por estupro, seu opositor deveria usar esse estratagema fazendo-lhe observar que isso está indiretamente em contradição com um dogma fundamental de sua igreja⁴⁴:

43 SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratagemas*. Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

44 SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter*

“O entendimento não é uma luz que arde sem óleo, mas é alimentado pela vontade e pelas paixões.”⁴⁵

Todos os ministros do STF devem defender a constitucionalidade das normas, como já foi estudado no primeiro capítulo. Essa é a função primordial do supremo, funcionar como guardião da constituição, e, caso algum oponente diga que aquilo que determinado ministro defende é inconstitucional, haveria uma grande incongruência, levando-o para a derrota no debate.

Foi o que aconteceu no presente caso, quando ocorreu um pequeno debate entre o Ministro Marco Aurélio (a favor do voto aberto) e o Ministro Carlos Britto:

“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Disse ao microfone, com desassombro, que a razão particular do texto magno, ao prever a votação relativamente á perda do mandato de deputado e senadores, foi a autoproteção – digo isso com todas as letras. A bancada aqui é livre. O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO – Mas, isso nos coloca naquele terrível dilema de ter-se de admitir normas constitucionais inconstitucionais.”

Nota-se, claramente, que na fala do ministro Carlos Britto ele levou a entender que o ministro Marco Aurélio defendia que o supremo admitisse uma norma aparentemente inconstitucional, pois no seu modo de ver, o voto aberto, confrontava com normas e princípios constitucionais.

Conclusões

É incontestável que a interpretação da Constituição permite que os ministros do Supremo Tribunal Federal, como intérprete oficial, uma grande liberdade, diante de sua função

razão: em 38 estratégias. Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

45 SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias.** Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

jurisdicional. E, essa interpretação constitucional acaba se incorporando na ordem jurídica.

Ora, nenhum texto, tem apenas uma significação suscetível de conhecimento; todo texto exprime uma pluralidade de significações, tendo em vista que ele pode ser afetado por certo grau de indeterminação e devido aos vários sentidos, o órgão de aplicação deve fazer uma escolha e dessa escolha é que consiste na interpretação.

Os textos podem ser interpretados de diversas maneiras, sob fontes diferentes, analisando aspectos diversos. Schopenhauer percebeu que em um debate, havia algo mais que a simples interpretação da norma de acordo com os valores morais e da justiça, havia um interesse pessoal em vencer o debate em impor sua interpretação.

Em face de tal constatação e da grande participação da política no Supremo Tribunal Federal, foi proposto um estudo, à luz dos estratagemas indicados por Schopenhauer, para justificar e comprovar a alternância de entendimento em uma mesma decisão, de forma interesseira e proposital por parte dos ministros, em matéria constitucional.

Contudo, os votos, que irão formar uma decisão final, não podem variar ao sabor das convicções pessoais dos ministros da Suprema Corte. Não deve a Corte, representada por determinados ministros, de repente, dizer: esqueçam o que se disse até hoje, porque a interpretação de tal dispositivo constitucional é agora outra. Esse comportamento vulnera a segurança e a estabilidade jurídica.

Não está em jogo o prazer de vencer o debate e menosprezar determinado ministro que não pensa igual, nem tampouco de satisfazer os interesses pessoais e políticos de quem os nomeou. Está em jogo a justiça, o dever de proteger a constituição, agindo de forma justa e com ética, não esquecendo dos valores morais e sociais.

A intenção ao analisar os estratagemas de Schopenhauer e aplicá-las a uma decisão do Supremo Tribunal Federal não foi jamais a de generalizar que todas as decisões são formadas dessa maneira, mas de abrir os olhos para que se perceba que a influência política está invadindo a justiça.

Por isso, precisa-se que os ministros “*dialetilizem*” consigo próprio, para que consigam perceber que muitas vezes se utilizam dos estratagemas por vaidade, apenas para vencer o debate jurídico ou o que seria mais grave, para impor uma decisão do seu padrinho político, o que jamais pode ocorrer nesses casos, visto que se trata da interpretação constitucional, de sua proteção.

Ao analisar, a obra de Schopenhauer, a intenção seria de oferecer instrumento de defesa, não de ataque, para que as pessoas se resguardassem dos tagarelas e não se tornassem um deles. Assim, é o presente estudo, espera-se que os ministros utilizem esses estratagemas para combater a injustiça e parcialidade e não a implementar em suas decisões, como está sendo feito hoje.

Espera-se que a construção teórica desse estudo ajude na compreensão do papel desempenhado pela nossa Suprema Corte, e de que forma ela realmente está sendo feita, pois numa democracia, a interpretação da Constituição é assunto de todos, não apenas no meio acadêmico.

Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. *As retóricas na história das idéias jurídicas no Brasil – originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico*. Pesquisa CNPq. No prelo.

BARCHET, Gustavo e MOTTA, Sylvio; *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

BARROSO, Luís Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 9ª edição, São Paulo, Saraiva, 2022.

BARROSO, Luis Roberto. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*. In: SARMENTO, Daniel (org). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. BINENBOJM, Gustavo. *Duzentos anos de jurisdição constitucional*. As lições de Marbury v. Madison. In: SARMENTO, Daniel (org). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 35ª ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2020.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ETCO. *Análise justiça*. São Paulo: Análise Editorial, 2006.

FAGUNDES, Miguel Seabra, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 4. edição, Rio de Janeiro, Forense, 1967.

FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. *Tribunais constitucionais como instituições deliberativas*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GALO, Fabrini Muniz. *Jurisdição constitucional: controle de constitucionalidade e writs constitucionais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2301>>.

Acesso em 23 de abril de 2023. Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. (trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno). 1ª ed. São Paulo: Gen, 2021.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *A Constituição Democrática*. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 13, maio 1997. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=84..> Acesso em 29 de abril de 2023.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação da história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 7 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2022. SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias*. Rio de Janeiro, Topbooks, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2008. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 44 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2022.

SUDATTI, Ariani Bueno. *Raciocínio Jurídico e Nova Retórica*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

Recebido em: 26/07/2023

Aprovado em: 26/05/2025

Marynna Mader G. Cysneiros Sampaio

E-mail: marynnamgcs@hotmail.com

João Carlos Fonseca dos Santos Filho

E-mail: joaosantos@alecrimadvogados.com.br

João Paulo Allain Teixeira

E-mail: jpallain@unicap.br

