

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**IGOR LOPES LELES**

**O PROBLEMA DA LIMITAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE, E A RETÓRICA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

**VITÓRIA**

**2018**

IGOR LOPES LELES

**O PROBLEMA DA LIMITAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE, E A RETÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Maurício Adeodato

VITÓRIA

2018

IGOR LOPES LELES

**O PROBLEMA DA LIMITAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE, E A RETÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Alexandre Maia

Faculdade de Direito de Vitória

Orientador

---

Prof.

Faculdade de Direito de Vitória

---

Prof.

Faculdade de Direito de Vitória

A minha Mãe, Edna Lopes Leles, que me guiou para o melhor caminho, sendo peça fundamental em minhas escolhas, mesmo nas horas mais difíceis.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador que, com sua dedicação ao ensino e postura comprometida com a temática, ajudou-me a perceber cada detalhe do estudo da filosofia do Direito e da Retórica, me guiando de forma certa ao objetivo.

Ao professor Dr. João Maurício Adeotado, que me forneceu o arcabouço teórico para condução do presente estudo, inclusive traduções raríssimas que possibilitaram o entendimento do tema de forma única, criando em mim uma paixão pelo estudo da Retórica que não se resumirá a este trabalho, mas que irei conduzir por toda vida acadêmica e profissional.

Aos colegas de curso que sempre manifestaram espírito de colaboração nos momentos mais difíceis desta caminhada, e que de forma indireta contribuíram para o trabalho seja em conversas seja em outras produções que pude relacionar com os temas aqui abordados.

A todo corpo docente da Faculdade de Direito de Vitória que contribuiu de forma direta com indicações de leituras diversas que enriqueceram meus estudos fora das salas de aula, e de forma indireta através do ensino da Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito, temas tão caros no ensino jurídico, mas que são colocados de lado em muitas academias que prezam sempre pela dogmática jurídica, em detrimento destas disciplinas basilares de extrema importância para uma formação plena.

“Ademais, o que significavam todos esses, *todos* os suplícios do passado? Tudo, até o crime dele, até a condenação e o exílio, agora, no primeiro impulso, pareciam-lhe algum fato externo, estranho, até como se não tivesse acontecido com ele. Aliás nessa noite Raskolnikov não conseguia pensar em nada; demais, agora ele não resolveria nada de modo consciente; apenas sentia. A dialética dera lugar à vida, e na consciência devia elaborar-se algo inteiramente diferente”.

Fiódor Dostoiévski – Crime e Castigo.

## RESUMO

O Brasil tem passado nos últimos anos por uma instabilidade política de larga escala. Parte deste fenômeno ocorre por questões econômicas diversas, que não serão tratadas no presente trabalho, mas outra parte teve por causa imediata a perda da legitimidade das forças instituídas constituído: Trata-se da crise dos poderes Executivo, Legislativo, que reverbera no inevitavelmente no poder judiciário. Este fator serviu como base para o aparecimento de diversos movimentos sociais que buscavam a redução dos efeitos que atingiam diretamente a população, como o aumento da inflação e a alta do desemprego. Além disto, serviu de pano de fundo para o surgimento de forças que tomassem as rédeas do poder político para oferecer uma resposta que atendessem as demandas sociais. Este foi o prólogo do mais recente e marcante ativismo judicial no Brasil, sobretudo em relação a jurisdição Constitucional que, rumando na direção de uma vontade social, supostamente coesa, ampliou campo de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, para além da simples hermenêutica, com o intuito de suprimir as lacunas deixadas pelo déficit de atuação dos outros poderes. O presente trabalho tem por objetivo analisar o caráter Retórico desta Jurisdição Constitucional, que ao agir para além da interpretação da norma ampliando seu espectro de atuação, parte para uma atividade criativa, na medida em que se utiliza de Conceitos vagos, ambíguos e porosos, para tomar uma decisão de acordo com as circunstâncias políticas e o clamor social circundante.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1. O FENÔMENO DA RETÓRICA</b> .....	13
1.1. ASPECTO HISTÓRICO .....	15
1.2. O PENSAMENTO RETÓRICO NA FILOSOFIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO.....	18
1.3. O SENTIDO TRIPARTIDO DA RETÓRICA:.....	21
1.3.1. <b>Retórica Material</b> .....	21
1.3.2. <b>Retórica Estratégica</b> .....	21
1.3.3. <b>Retórica analítica</b> .....	22
<b>2. A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL – DESENVOLVIMENTO E APLICAÇÃO – O NÍVEL DA RETÓRICA MATERIAL</b> .....	23
<b>3. PROBLEMA DOS LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:</b> .....	28
3.1. A ORGANIZAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEU ESCOPO CONSTITUCIONAL .....	31
3.2. O DEBATE EM TORNO DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CENÁRIO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO .....	39
<b>4. ANÁLISE DA DIMENSÃO RETÓRICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA</b> .....	49
4.1. A MODULAÇÃO HERMENÊUTICA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EXERCIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - UMA RETÓRICA ESTRATÉGICA .....	51
4.2. ANÁLISE EMPÍRICA RETÓRICA DO DISCURSO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR MEIO DO HC 126.292 .....	57
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	58



<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>59</b>
--------------------------	-----------

## INTRODUÇÃO

No Brasil, temos a presença de um Controle de Constitucionalidade que, após diversas alterações e modificações, se coloca de forma mais acentuada em um tribunal Constitucional. Este Tribunal, desempenha um controle misto, seguindo características do controle Europeu ( Controle Concentrado) e também guardando similaridades com o sistema de Controle Americano ( Controle Difuso).

No Brasil, ele é o guardião da constituição, ocupando o lugar de último nível de interpretação das normas constitucionais.

Esta formatação, traz importantes resultados para harmonização dos Poderes, inserindo-os em uma realidade regulada pelo Direito, considerando ainda o conteúdo material historicamente inserido, que demanda a realização de um Estado Democrático de Direito, opção Brasileira.

Mas apesar de ser possível conceber estes pontos positivos, quando fazemos uma análise pormenorizada da corte Brasileira, sobretudo considerando suas atividades nas últimas décadas, vemos que sua atuação tem extrapolado o escopo constitucional formalmente positivado, em uma atividade para além de uma simples hermenêutica.

Este é chamado ativismo judicial, que traz ao tribunal constitucional a característica de politização de seus discursos, modificando e inovando a realidade concreta através da reinterpretação dos preceitos fundamentais e atuando como legislador positivo.

Fato é, que o STF age desta maneira, para praticar um possível *non liquet*, já que os problemas políticos assolam o Brasil e, afinal de contas, alguém tem que fazer alguma coisa!

Além disto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a demanda sobre o Tribunal Último aumentou exponencialmente, já que o rol de garantias lá positivadas, demandam de atuação do judiciário para se tornarem efetivas. E como o STF irá atuar sempre que for suscitada a questão constitucional, qualquer ação ou omissão por parte do poder público neste sentido, irá demandar atuação do Tribunal.

Contudo, apesar destes fatores, é inegável que o STF tem ultrapassado o largo escopo constitucional para ele desenhado, criando uma inconsistência formal na divisão orgânica das funções Estatais: Partindo de uma Judicialização para o Ativismo Judicial.

Sem pensar no conteúdo material destes movimentos decisórios, já podemos verificar um problema grave: A questão da legitimidade dos seus atos, quando inova o ordenamento jurídico, ainda que pela via interpretativa, ferindo o corolário da Democracia, presente Material e Formalmente no ordenamento jurídico.

Além disto, o fundamento que o STF utiliza para motivar seus discursos, mostra-se bastante duvidoso pois provido de graves problemas linguísticos. É que o tribunal, tomou para si um fundamento basilar, que acabou adotando como *lugar comum*, (*Topói*) se tornando como ponto chave para fundamentar a que decisão que lhe convir, em um determinado e ímpar contexto histórico sempre circunstancial e movido pelo clamor social.

Trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana que ocupa o lugar de topos na estrutura argumentativa do tribunal, e que por ser um conceito de extrema vagueza e ambiguidade, tem servido para sustentar teses de variados tons, sendo discrepantes e contraditórias a tal ponto que em certos julgados relativizam e reduzem garantias fundamentais.

Neste trabalho, analisaremos como o STF, na tratativa dos direitos e garantias fundamentais, se utiliza de modulações, aplicando o princípio da dignidade da pessoa humana como estratégia de convencimento e persuasão, ora para ampliar garantias, ora para reduzi-las.

Esta análise da jurisprudência constitucional é de extrema relevância para o Direito, considerando-se o contexto social ímpar que vivemos atualmente, que tem exigido do Tribunal Constitucional uma postura técnica, já que tem sido demandada pela sociedade de uma forma única, jamais vista na história do tribunal.

Neste sentido, nos propomos a realizar uma análise dos Discursos da Jurisdição Constitucional, respondendo ao seguinte questionamento base: Quais são os fundamentos retóricos da jurisdição constitucional brasileira exercida pelo Supremo Tribunal Federal, em torno dos Direitos fundamentais?

De acordo com a delimitação temática apresentada, definiu-se como objetivo geral da pesquisa a identificação dos fundamentos retóricos da jurisdição constitucional brasileira exercida pelo STF, observando-se o *topos* dos Direitos e Garantias Fundamentais Constitucionais.

Para que se ainja os fins propostos neste estudo, iremos conceituar o fenômeno da Retórica, demonstrando sua construção histórica e sua relação com a Filosofia do Direito e a Jurisdição Constitucional.

Categorizaremos os direitos e garantias fundamentais, apresentando o problema do Direito subjetivo e uma nova visão do Direito positivo.

Descreveremos a organização administrativa do Supremo Tribunal Federal, e trataremos alguns problemas relacionados a sua legitimidade, quando age como legislador positivo.

Por fim, realizaremos uma análise da jurisdição constitucional, a partir de casos concretos, para enfim, realizar uma análise através da Retórica desta jurisdição.

Assim, para se atingir estes objetivos específicos, faremos uso da Retórica enquanto metódica, no nível da supramencionada Retórica Analítica (de João Maurício Adeodato). Neste nível da Retórica, como método analítico dos discursos, nos utilizaremos da teoria específica trazida por Katharina Von Schlieffen e difundida no

Brasil por João Maurício Adeodato, estando presente também nos estudos de Isaac Reis.

Com este método, será possível perceber como o discurso do STF se compõe em uma Retórica Estratégica, que age no nível da Retórica Material para moldá-la conforme exigência de um contexto histórico - político social específico, agindo fora de seu escopo constitucional e em uma hermenêutica excedente.

Esta Retórica Analítica, aplicada na forma do pensamento proposto por Katharina Von Schlieffen, se utiliza de um objeto empírico de análise do discurso jurídico, demonstrando que *as decisões jurídicas são apoiadas não apenas por argumentos, mas também por determinados meios estilísticos de persuasão*. Traz, neste sentido um método empírico que tenta tornar visíveis essas tentativas não argumentativas de convencimento, tendo por fundamento inicial o Ethos, Pathos e Logos, trazido da concepção Retórica Clássica.

## 1. O FENÔMENO DA RETÓRICA

Como podemos perceber nos escritos mais antigos que a ela se referem, Retórica seria a arte ou a ciência de bem falar: *ars/scientia bene dicendi*, com o objetivo de persuadir.<sup>1</sup>

Esta é a visão clássica deste importante ramo do conhecimento, solidificado na história da cultura ocidental por Aristóteles<sup>2</sup>, mas que remonta a momento anterior. Em seu estudo sobre a Retórica, Reboul afirma assertivamente, que:

A melhor introdução à retórica é sua história. Vamos, portanto, empreendê-la, mas com duas observações preliminares.

A primeira é que a retórica é anterior à sua história, e mesmo a qualquer história, pois é inconcebível que os homens não tenham utilizado a linguagem para persuadir. Pode-se, aliás, encontrar retórica entre hindus, chineses, egípcios, sem falar dos hebreus.<sup>3</sup>

Aquela concepção clássica de Aristóteles, de extrema importância, não se manteve com o desabrochar dos novos séculos, já que adquiriu diferentes conceituações que acabaram se distanciando desta concepção clássica, ao ponto de conferir a Retórica, inclusive um sentido pejorativo.

Com o intuito de se alcançar os objetivos deste trabalho, lançaremos mão de uma concepção mais sofisticada do fenômeno da retórica, que inova o conceito clássico e mitiga alguns erros praticados neste intervalo, resgatando sua essência.

Esta concepção é extraída da obra de João Maurício Adeodato, quando busca defender a Retórica dos reducionismos a que é normalmente submetida. Nesse

---

<sup>1</sup> REBOUL, Oliver. **Introdução a Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 09.

<sup>2</sup> ADEODATO, João Maurício (Org.). **A Retórica de Aristóteles e o Direito**. Curitiba: CRV, 2014, p.17.

<sup>R</sup> REBOUL, op. Cit. p. 13, nota 1.

sentido, a tese mais importante a ser sustentada é a de que a Retórica não se limita à compreensão tradicional de simples conjunto de estratégias de persuasão ou, ainda de modo mais restrito, a uma mera estratégia de engodo<sup>4</sup>.

Neste sentido afirma João Maurício Adeodato:

Tenta-se assim cooperar para combater um equívoco bem difundido, não apenas entre o vulgo, mas também no meio filosófico, qual seja, o de que retórica é exclusivamente ornamento e estratégia para influir na opinião dos incautos. Mesmo considerando a importância desta sua função, a retórica vai muito além dela e pode servir como instrumento para situar o ser humano de modo mais adequado no mundo, tanto no que concerne ao conhecimento quanto naquilo que diz respeito ao relacionamento com os demais seres humanos.<sup>5</sup>

Esta nova visão do fenômeno, na qual se percebe a nítida mudança de paradigma, tem como ponto teórico os estudos de Theodor Viehweg<sup>6</sup>, que estabelece uma íntima e intrínseca relação da Retórica com o Direito, que conforme veremos, traduz-se na verdade, em um rememorar de suas antigas bases.

Por esta razão, será importante analisar preliminarmente, as origens desta importante área do pensamento, situando o estudo na história (foco na concepção clássica). Desta maneira será possível entender o desenvolvimento deste fenômeno, até se chegar ao modelo aqui aplicado, entendendo sua importância para a Teoria Geral do Direito e para o Direito Constitucional enquanto método de análise.

---

<sup>4</sup> ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 02.

<sup>5</sup> Idem. **A Retórica Constitucional: Sobre Toletância, Direitos Humanos e outros fundamentos Éticos do Direito positivo**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.50.

<sup>6</sup> VIEHWEG, Theodor. **Topik und Jurisprudenz**. 5. ed. München, 1974.

## 1.1. ASPECTO HISTÓRICO

Conforme verificação de linhas pretéritas, a tarefa de definir marcos temporais do surgimento da Retórica encontra diversos óbices.

Isto porque, se coloca como atividade extremamente arraigada ao próprio ato de conhecer, conforme veremos mais detalhadamente adiante.

Apesar desta dificuldade, podemos conceber como ponto de partida, o momento histórico onde ela foi regulada por relações humanas, a ponto de ser vista como ciência.

A partir deste pressuposto, podemos estabelecer que a Retórica surgiu efetivamente na Grécia antiga. Compartilha desta visão, Reboul, afirmando que:

(...) Pode-se dizer que a retórica é uma invenção grega, tanto quanto a geometria, a tragédia, a filosofia. Em certo sentido e mesmo em dois sentidos. Para começar, os gregos inventaram a “técnica retórica”, como ensinamento distinto, independente dos conteúdos que possibilitava defender qualquer causa e qualquer tese. Depois inventaram a teoria da retórica, não mais ensinada como uma habilidade útil, mas como uma reflexão com vistas à compreensão, do mesmo modo como foram eles os primeiros a fazer teoria da arte, da literatura, da religião.<sup>7</sup>

A retórica surgiu em um contexto histórico que demandava sua utilização prática, através da atividade forense <sup>8</sup> : A Retórica possui origem judiciária.

Por volta de 465 a. C. na Sicília Grega, após queda da tirania que havia se estabelecido na região e expropriado as terras dos cidadãos, houve um movimento em massa de retomada destes bens. Como não existiam advogados naquela época, surgiu-se a necessidade de um domínio de técnicas argumentativas, aptas a fazer prosperar o pleito das terras junto aos novos governantes, para que as possessões fossem recuperadas.

---

<sup>7</sup> REBOUL, op. Cit. nota 1.

<sup>8</sup> ADEODATO, op Cit, nota 2.



Atentos a estas mudanças, Coráx de Siracusa produziu uma série de escritos que serviam como orientação na elaboração destes discursos forenses, chamada de arte oratória (τέκνέ rheroriké) dando a primeira definição da atividade como: criadora da persuasão.<sup>9</sup>

Neste sentido, a retórica surge no contexto do judiciário. Assim, afirma João Maurício Adeodato ao investigar estas mesmas bases: “Parece assim ponto pacífico que a origem da retórica no Ocidente é (...) estando politicamente ligada ao espaço público da palavra livre e aos efeitos do discurso sobre as relações sociais”.<sup>10</sup>

Em um momento posterior a retórica adquire novos contornos, com o surgimento de uma nova fonte para ela, estética e literária, como afirma Reboul. Este evento modificativo se deu através de Górgias, quando foi para Atenas. O filósofo grego, que é um dos fundadores do discurso epidictico, “cria uma prosa eloquente, multiplicando as figuras que a tornam uma composição tão edudita, tão ritimada e por assim dizer tão bela quando a poesia”.<sup>11</sup>

Górgias trouxe em sua contribuição para a Retórica um importante ingrediente que fez com que a retórica ganhasse extrema importância no mundo clássico. Trata-se da característica sofística de sua metodologia, e por carregar estes aspectos em seu método de argumentação, acabou sendo inclusive denominado sofista.

E foram com os sofistas que a Retórica alcançou um elevado nível de importância. Com eles, ela se estruturou como arte do discurso persuasivo objeto de um ensino sistemático e global, com estruturas próprias.

Importante mencionar que com os Sofistas a Retórica adquire o importante status de não se resumir apenas ao ornamento do discurso. Vemos que ela está, nestas antigas bases, ligada diretamente a eficácia deste discurso. Além disto, com os sofistas, temos a importante contribuição que, o discurso não será eficaz quando carregar a verdade, mas sim quando convencer: “A finalidade dessa retórica não é

---

<sup>9</sup> REBOUL, op. Cit. nota 1.p. 14.

<sup>10</sup> ADEODATO, Op Cit. Nota 2, p. 25.

<sup>11</sup> NAVARRE apud REBOUL, 2004, p. 15.

encontrar o verdadeiro, mas dominar através da palavra; ela não está devotada ao saber, mas sim ao poder”.<sup>12</sup>

Destas bases históricas clássicas, já podemos extrair a concepção adotada por este estudo, que foi deturpada ao longo dos anos, e que vem sendo resgatada através de estudos, sobretudo, difundidos no Brasil por João Mauricio Adeodato, na forma adotada neste trabalho. Nas palavras do Ilustre professor:

(...) a de que a fundamentação retórica da decisão jurídica não deve ser compreendida exclusivamente como ornamento, redução criada posteriormente e utilizada para hostilizar e desacreditar a retórica. Em outras palavras, para a perspectiva dos retóricos a ideia de eficácia esteve desde sempre ligada à natureza da decisão, pois só se pode falar de persuasão quando a estratégia funciona, produz o efeito desejado. Fundem-se ornamento e eficácia, o agradável e o útil a forma e o conteúdo.<sup>13</sup>

Depois dos Sofistas, a maior contribuição dos Estudos da Retórica se deu com Aristóteles, que efetivamente firmou as bases teóricas deste ramo do pensamento.

Para o autor, a retórica ainda é considerada como uma arte estratégica de convencer, sempre com vistas a obtenção do resultado, “uma competência teórica e oratória para perceber os meios mais adequados a obter efeitos desejados”<sup>14</sup>.

Além disto, apresenta-nos as três dimensões que da Retórica: O Ethos, pathos e o logos. Segundo o Estagirita, o Ethos, depende do caráter pessoal do orador; o Pathos tem por objetivo provocar no auditório certo estado de espírito e o Logos, a característica da prova, ou aparente proa, fornecida pelas palavras do discurso propriamente dito.

As contribuições do emblemático filósofo foram de grande monta para os estudos atuais, não podemos negar. Nas palavras de Reboul:

Aristoteles, portanto, reabilitou a retórica ao integrá-la numa visão sistemática do mundo, onde ela ocupa seu lugar, sem ocupar como entre os

---

<sup>12</sup> REBOUL, 2004, p. 18.

<sup>13</sup> ADEODATO. 2014. P. 25.

<sup>14</sup> Idem. P. 26.

sofistas, o lugar todo. Mais ainda, Aristoteles transformou a própria retórica num sistema, que seus sucessores completarão mas sem modificar.<sup>15</sup>

## 1.2. O PENSAMENTO RETÓRICO NA FILOSOFIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

João Maurício Adeodato, em seu estudo sobre a Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo<sup>16</sup>, estabelece alguns pontos de partida para determinar qual a nova visão da retórica apreendida pela filosofia do Direito e pelo Direito, rompendo com a já descrita tradição clássica.

Veremos que estes lugares comuns são de fundamental importância para compreender a dimensão da Retórica adotada neste estudo, pois retiram toda mácula lançada sobre ela que a reduziu ao longo dos séculos a mero ornamento do discurso.

Este caminho teórico, método deste trabalho, demonstrará que este ramo do saber é muito mais profundo do que sua concepção moderna, e que o seu afastamento prejudicou drasticamente o pensamento humano, e o estudo do Direito.

E para criarmos antes de mais nada, um ponto de partida teórico, demonstraremos a guisa de introdução, quais são as questões fundamentais que conectam a Retórica a Filosofia do Direito.

O ponto de partida para esta análise, será a relação que ambas possuem com a verdade.

Vimos que com os sofistas, o estudo da teoria argumentativa, adquiriu novos contornos, na medida em que se pensava em efetividade, mas não em verdade. O objetivo era o convencimento e não o alcance pelas certezas compartilhadas.

---

<sup>15</sup> Reboul, 2004 P. 34

<sup>16</sup> ADEODATO, Op. Cit. Nota 4, p.02.

Este ponto será determinante para se pensar a retórica como filosofia, ou um ramo do pensamento fora dela. Neste sentido leciona o ilustre Professor Adeodato, ao citar Ottmar Ballweg:

Nestes termos, se a filosofia procura a verdade, e a retórica não vê sentido nesse conceito, evidentemente a retórica está fora da filosofia. Ottmar Ballweg, por exemplo, separa retórica e filosofia segundo esse critério e exclui da filosofia correntes por vezes consideradas filosóficas, tais como o ceticismo, agnosticismo, voluntarismo, nominalismo, positivismo, pragmatismo e nihilismo.<sup>17</sup>

Mas, é importante lembrar que nem toda filosofia se remete a verdade, e isto é lembrado por Adeodato, quando cita como exemplo, os filósofos anteriores a Sócrates, que tinham como objeto de pesquisa o princípio de todas as coisas ou o Arché.<sup>18</sup>

E para situar a problemática da Retórica e sua relação com a filosofia do Direito, Adeodato propõe analisar as posições antagônicas entre a própria Retórica e as Ontologias, que é o grupo de filosofias que busca a verdade no ser, a essência das coisas, pressupondo que esta essência pode ser desvelada. Assim dispõe o autor:

Mas justamente a existência dessas correntes oriundas da sofística na mais antiga tradição da filosofia ocidental, demonstra que nem toda a filosofia se reduz às concepções dominantes de busca da “verdade”, absoluta ou não. Nesse sentido, a tradição principal aqui chamada ontológica.<sup>19</sup>

Segundo o autor, esse dualismo marca a cultura grega de forma muito presente, com as teses antagônicas de Parmênides e Heráclito: “ Um dizendo tudo permanece e nada muda e outro dizendo que tudo muda e nada permanece” .<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> ADEODATO, Op. Cit. Nota 4, p.5.

<sup>18</sup> SPINELLI, Miguel. A noção de Arché no contexto da Filosofia dos Pré-Socráticos. 2002.

Disponível em: <http://www.hypnos.org.br/revista/index.php/hypnos/article/view/124/126>. Acesso em: 03 Jun. 2018.

<sup>19</sup> ADEODATO, Op. Cit. Nota 4, p. 7.

<sup>20</sup> Idem.

Este é o ponto chave para entender a relação entre a Retórica e a Filosofia do Direito, que nos levará a crer, conseqüentemente que a Retórica se constitui como filosofia.

### 1.3. O SENTIDO TRIPARTIDO DA RETÓRICA:

#### 1.3.1. Retórica Material

A retórica material é a constatação de que tudo aquilo, o mundo cósmico, a sucessão de eventos únicos, consiste não nas coisas em si, mas em um relato sobre elas, um discurso, apreendido pela linguagem.

De acordo com João Maurício Adeodato:

Isto não significa dizer que o conhecimento do mundo é intermediado pelo aparato cognoscitivo do ser humano, como sugeriu Kant, ou mesmo intermediado pela linguagem, como quer a linguística. Significa dizer que a própria realidade é retórica, pois toda percepção se dá na linguagem. A retórica material compõe a relação do ser humano com o meio ambiente, é o conjunto de mana. A pergunta mesma sobre alguma realidade ôntica por trás da linguagem, não tem qualquer sentido, pois o ser humano é linguisticamente fechado em si mesmo, em um universo de signos, sem acesso a qualquer objeto para além dessas circunstâncias.<sup>21</sup>

#### 1.3.2. Retórica Estratégica

A retórica estratégica, segundo Adeodato se constitui da seguinte maneira:

“Trabalha com as metodologias, seu objetivo é conformar a retórica material, fixando-lhe diretrizes. A retórica estratégica é composta, literalmente de metodologias, de teorias sobre os métodos”.

---

<sup>21</sup> ADEODATO, 2011, p.139.

Ela age sobre a Retórica material, moldando-a e empregando-lhe um determinado sentido. Estabelece lugares comuns, ambiente de aceitações, a partir de eventos soltos e que, na maioria das vezes não guardam relação com o objeto pretendido.

Trata-se do nível da Retórica que opera em uma manipulação dos discursos, para obtenção de um resultado satisfativo de convencimento.

Neste sentido, este sim, seria o nível da Retórica que age para e através de uma persuasão.

Atribui a significantes, significados escolhidos. Atribui o sentido que pretende, a partir de condições circunstanciais, passageiras, fundamentando profundas teses, e garantindo aceitação.

### **1.3.3. Retórica analítica**

É a metodologia utilizada para composição do presente trabalho. Resume-se em uma análise da relação entre a Retórica Material e a Retórica estratégica.

## 2. A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL – DESENVOLVIMENTO E APLICAÇÃO – O NÍVEL DA RETÓRICA MATERIAL

Existem duas correntes de pensamento que traduzem o conflito constitucional aqui analisado: A retórica (enquanto fundamento para o positivismo dogmático) e a ontologia (enquanto teoria ligada a essência do direito subjetivo proveniente da dignidade da pessoa humana).

De acordo com o filósofo do Direito João Maurício Adeodato :

A retórica tem por objeto principal, a linguagem, *“como ponto comum dessas realidades que vivemos [...] e o único campo para o conhecimento que o ser humano pode ter do mundo”* (ADEODATO, 2009, p.16).

Neste sentido, servirá como importante suporte teórico para compreensão da construção argumentativa desempenhada pela jurisprudência constitucional, em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, em face da teoria do poder constituinte.

Para esta construção, necessário preliminarmente estabelecer alguns marcos teóricos onde podemos verificar o conflito aqui analisado, como por exemplo, a teoria contratualista, que de acordo com Hannah Arendt:

Designam três hipóteses fundamentalmente diversas, quais sejam: 1) um contrato entre o povo e seu Deus, este fonte de legitimidade e revelação das normas responsáveis pelo pacto político, presente na tradição bíblica, no jusnaturalismo teológico ou na versão putitana; 2) um contrato entre cada indivíduo e o soberano, tal como descrito por Hobbes, pelo qual este, em troca de garantir a segurança e a própria existência do corpo político, passa a encarar incondicionalmente a legitimidade; 3) o contrato “clássico”, como introduzem Rousseau e Locke, estabelecido entre os próprios indivíduos para constituição do poder soberano, o qual, por isso mesmo, é derivado e permanece em vigilância. Podem-se denominar essas diferentes versões do contrato social, com Arendt, versão teocrática vertical e horizontal.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> ARENDT, apud ADEODATO, 1989, p.49.



Este momento histórico revela o fenômeno da positivação do direito e a formalidade e o procedimento como meio de se estabelecer a própria sociedade. Permitindo assim, o surgimento do movimento constitucionalista que, somado a conflituosa tese de Rousseau e Hobbes,

Esvaziam o âmbito de interferência do Estado e, principalmente, enfraquecem o poder [...] e a legalidade desenvolvida com o monopólio jurídico do Estado que veremos em seguida, faz-se constitucionalidade e pretende assegurar certos equilíbrios constitucionais que deviam ocorrer: entre o poder do Estado e a liberdade dos cidadãos; entre o poder do Estado e os poderes locais; entre os diversos poderes públicos – Legislativo, Executivo e Judiciário <sup>23</sup>

A norma positiva surge, portanto, como pressuposto da própria sociedade política, ainda que exista conteúdos normativos que possuam validade e que retirem seu fundamento de uma esfera transcendente. Isto porque estes conteúdos, se colocariam como forças instituintes que aguardam a positivação, ao passo que o Estado teria legitimidade para positivar e tornar válido os preceitos normativos.

Todavia, esta tese positivista não elimina o conflito que se coloca como um dos principais objetos da filosofia do direito: A questão da possibilidade de existência de um conteúdo externo ao Direito, que confere validade a toda e qualquer força normativa, instituídas ou instituintes.

Desta forma, veremos que o positivismo jurídico em sua concepção contemporânea, ao invés de afastar os ideais de justiça e igualdade, se colocaria como possibilidade de efetivação destas garantias, na medida em que permite que a sociedade estabeleça a norma jurídica fundamental que vincularia por seu procedimento legítimo, toda forma de poder estatal.

O positivismo jurídico reafirma a necessária estrutura dogmática dos comandos normativos, se opondo a ultrapassada premissa do jusnaturalismo, que trazia como fenômeno orientador do direito, fatores externos a sua própria estrutura. Estes fatores retiravam a legitimidade do poder normativo de instâncias consideradas superiores a própria norma, e tinham conteúdo definido. Contudo, esta vertente jusnaturalista perdeu força, na medida em que os conteúdos destes fatores

---

<sup>23</sup> ADEODATO, 1989, p.49.

determinantes, não conseguiam acompanhar a evolução da sociedade que se tornava cada vez mais complexa.

E o positivismo jurídico inicia então um novo paradigma para o direito, com o intuito de sustentar um ambiente seguro de resolução de conflitos: A idéia de que a legitimidade está diretamente ligada a legalidade. É o retorno à forma como meio de reestabelecer a necessária segurança jurídica, para que o Direito cumpra o seu papel de resolver o conflito social, neste sentido:

A oposição entre direito natural e direito positivo, que vai desembocar na solução do constitucionalismo, qual seja, na positivação de declarações de direitos subjetivos ditos fundamentais, enfraquecendo ambas as oposições: os direitos naturais tornam-se positivos e os direitos subjetivos só tem sentido se garantidos pelo direito objetivo. Os pretensos direitos subjetivos naturais, não protegidos pelo direito objetivo, são também enfraquecidos, mas permanecem como ideologias, preferências éticas momentaneamente derrotadas na luta pela positivação.<sup>24</sup>

As constituições modernas estabelecem portanto, um novo paradigma para o Direito Subjetivo: A positivação de determinados conteúdos axiológicos considerados fundamentais, diante de uma estrutura historicamente constituída. Nesta estrutura, temos como um dos elementos essenciais, a separação orgânica das funções Estatais, em Executivo, Legislativo e Judiciário.

O presente trabalho, terá como foco a função do judiciário dentro da ordem jurídica Brasileira, diante de sua importância e influência dentro do Estado de Direito.

Segundo Alexandre de Moraes, ao citar Sanches Viamonte:

Sua função não consiste somente em administrar a justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornar-se-iam vazios. Esta concepção resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos.<sup>25</sup>

Dentro da estrutura organizacional do poder judiciário, teremos o Supremo Tribunal Federal. Segundo Alexandre de Moraes as competências deste tribunal podem ser

---

<sup>24</sup> ADEODATO, 2014 p.

<sup>25</sup> (MORAES, 2014 p. 525)

divididas em: Originárias e recursais. Dentro das competências originárias, afirma o autor que:

A função precípua do Supremo Tribunal Federal é de corte de constitucionalidade, com a finalidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro (...) com o intuito de garantir a prevalência das normas constitucionais no ordenamento jurídico.

Nos diversos ordenamentos jurídicos, a jurisdição constitucional exerce quatro funções básicas: o controle da regularidade do regime democrático e do Estado de Direito; o respeito ao equilíbrio entre o Estado e a coletividade, principalmente em proteção à supremacia dos direitos e garantias fundamentais; a garantia do bom funcionamento dos poderes públicos e a preservação da separação dos Poderes e finalmente, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos.<sup>26</sup>

O problema que surge a partir deste pressuposto é a tendência política do tribunal constitucional Brasileiro, que foge de suas prerrogativas e competências constitucionais, em uma interpretação extensiva de conceitos de alta ambiguidade. Neste sentido, discute-se aqui a legitimidade do referido órgão, enquanto intérprete último do texto constitucional, tendo em vista a abertura semântica destes elementos ditos como fundamentais positivados no texto constitucional, que justamente pelo sua caracterização de fundamentais a qualquer estrutura normativa, vinculam todos os cidadãos e toda a atividade Estatal.

Nas palavras de Adeodato:

Pela função que exerce no sistema democrático, servindo de base argumentativa para uma imensa gama de casos, o texto constitucional quase sempre aparece mais geral e daí mais vago e ambíguo do que outros textos jurídicos, ainda que todos, em alguma medida, guardem estas características.

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal, enquanto detentor da última palavra, dentro da ordem jurídica, tem como instrumento para esta atuação, um elemento que é ao mesmo tempo extremamente persuasivo (tendo em vista seu caráter fundamental, pela própria história) e também extremamente vago e ambíguo, permitindo um controle da ordem social e uma vinculação imediata a seus comandos.

---

<sup>26</sup> (MORAES, 2014 p. 582).

O método utilizado na análise deste fenômeno é a retórica, tendo por base a chamada retórica realista de João Maurício Adeodato, que por sua vez se inspirou no conceito da retórica tripartida de Friedrich Nietzsche, (1922) e Otmmar Ballweg, (1989).

Trata-se da retórica material (método), estratégica (metodologia) e analítica (metódica).

A retórica material irá afirmar o abismo gnosiológico que se dá na própria atividade do conhecimento humano. Segundo este aspecto, a realidade se constitui em linguagem, necessariamente. Neste sentido *“a sucessão temporal de eventos únicos e irrepetíveis, consiste em um relato vencedor, um fenômeno linguístico cuja apreensão é retórica”* (ADEOTADO, 2014 p. 21).

E o método trazido pela retórica, será de extrema importância, quando se tem por objeto o controle público da linguagem exercido pelos tribunais constitucionais. Isto porque se as convenções linguísticas implicam na formação da própria realidade, a hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais, exercida pelos tribunais, implicam no próprio critério de justiça para o ordenamento jurídico. A atividade jurisdicional concebe a retórica material, juntamente com a dogmática jurídica, enquanto direito positivo organizado e desenvolvido em métodos.

Este estudo pretende verificar, como a jurisdição constitucional pode constituir a própria realidade do direito, na medida em que o define e controla, influenciando a própria dogmática jurídica, tendo em vista o problema do conhecimento humano e problema do discernimento ético (abismo gnosiológico e axiológico).

O pensamento de Hannah Arendt e a filosofia retórica, possibilitarão a reafirmação da tese positivista dogmática, que surge como resposta a crítica ao positivismo clássico, enquanto teoria que possibilita a proteção do conteúdo que a sociedade estabelecer como justo/ético/moral, independente de uma teoria de valores extra-normativos, dentro de contextos definidos e objetivos, por meio da forma e do ambiente político adequado, propiciado pela construção do conceito de igualdade presente em suas teorias.

### 3. PROBLEMA DOS LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:

No Brasil o Supremo Tribunal Federal é o guardião da constituição, ocupando o lugar de último nível de interpretação das normas constitucionais.

Esta formatação, traz importantes resultados para harmonização dos Poderes, inserindo-os em uma realidade regulada pelo Direito, considerando ainda o conteúdo material historicamente inserido, que demanda a realização de um Estado Democrático de Direito, opção Brasileira.

Mas apesar de ser possível conceber estes pontos positivos, quando fazemos uma análise pormenorizada da corte Brasileira, sobretudo considerando suas atividades nas últimas décadas, vemos que sua atuação tem extrapolado o escopo constitucional formalmente positivado, em uma atividade para além de uma simples hermenêutica.

Este é chamado ativismo judicial, que traz ao tribunal constitucional a característica de politização de seus discursos, modificando e inovando a realidade concreta através da reinterpretação dos preceitos fundamentais.

Fato é, que o STF age desta maneira, para praticar um possível *non liquet*, já que os problemas políticos assolam o Brasil e, afinal de contas, alguém tem que fazer alguma coisa!

Além disto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a demanda sobre o Tribunal Último aumentou exponencialmente, já que o rol de garantias lá positivadas, demandam de atuação do judiciário para se tornarem efetivas. E como o STF irá atuar sempre que for suscitada a questão constitucional, qualquer ação ou omissão por parte do poder público neste sentido, irá demandar atuação do Tribunal.

Podemos perceber no texto constitucional que este escopo de atuação do STF, opera em um espectro demasiadamente extenso. Vejamos de forma objetiva:

Contudo, apesar destes fatores, é inegável que o STF tem ultrapassado o largo escopo constitucional para ele desenhado, criando uma inconsistência formal na formatação dos poderes Estatais: Judicialização x Ativismo Judicial.

Sem pensar no conteúdo material destes movimentos decisórios, já podemos verificar um problema grave: A questão da legitimidade dos seus atos, quando inova o ordenamento jurídico, ainda que pela via interpretativa, ferindo o corolário da Democracia, presente Material e Formalmente no ordenamento jurídico.

Além disto, o fundamento que o STF utiliza para motivar seus discursos, mostra-se bastante duvidoso provido de graves problemas linguísticos. É que o tribunal, tomou para si um fundamento basilar, que acabou adotando como *lugar comum*, se tornando como ponto chave para fundamentar qualquer coisa.

Trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana que ocupa o lugar de topos na estrutura argumentativa do tribunal, e que por ser um conceito de extrema vagueza e ambiguidade, tem servido para sustentar teses absurdas, e muitas vezes até contrárias a própria essência deste importante princípio.

Neste capítulo, analisaremos como o STF, na tratativa dos direitos e garantias fundamentais, se utiliza de modulações, aplicando o princípio da dignidade da pessoa humana como estratégia de convencimento e persuasão, ora para ampliar garantias, ora para reduzi-las.

O objeto principal de análise, será o HABEAS CORPUS 126.292, julgado na Suprema Corte em Fevereiro de 2016.

Este acordão foi escolhido, pois demonstra de forma clara, como o STF utiliza de manobras argumentativas em seus discursos, através da aplicação de termos de amplíssima vagueza e ambiguidade, aproveitando-se de um contexto social ímpar, para fundamentar tese que relativiza um direito fundamental constitucional e

princípio, previsto no Art. 5º LVII da carta Republicana, qual seja: O Princípio da presunção de inocência.

Para se atingir o fim proposto, faremos uso da Retórica enquanto metódica, no nível da supramencionada Retórica Analítica (de João Maurício Adeodato). Neste nível da Retórica, como método analítico dos discursos, nos utilizaremos da teoria específica trazida por Katharina Von Schlieffen e difundida no Brasil por João Maurício Adeodato, estando presente também nos estudos de Isaac Reis (Artigo e tese de Doutorado).

Com este método, será possível perceber como o discurso do STF se compõe em uma Retórica Estratégica, que age no nível da Retórica Material para moldá-la conforme exigência de um contexto histórico - político social específico, agindo fora de seu escopo constitucional e em uma hermenêutica excedente.

Esta Retórica Analítica, aplicada na forma do pensamento proposto por Katharina Von Schlieffen, se utiliza de um objeto empírico de análise do discurso jurídico, demonstrando que as decisões jurídicas são apoiadas não apenas por argumentos, mas também por determinados meios estilísticos de persuasão. Traz, neste sentido um método empírico que tenta tornar visíveis essas tentativas não argumentativas de convencimento, tendo por fundamento inicial o Ethos, Pathos e Logos, trazido da concepção Retórica Clássica.

### 3.1. A ORGANIZAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEU ESCOPO CONSTITUCIONAL

Após passar por diversas alterações em sua estrutura, competências e formatação, acompanhando o movimento Brasileiro de significantes reformas constitucionais em espaços de tempo consideravelmente curtos<sup>27</sup>, o Supremo Tribunal Federal chegou em seu arranjo contemporâneo.

Atualmente, é composto de 11 membros<sup>28</sup>, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal e obedecendo-se os critérios de: Notável saber jurídico, reputação ilibada e idade entre 35 anos e 65 anos<sup>29</sup>.

Suas competências estão previstas nos arts. 102 a 103 da Constituição Federal de 1988, e podem ser divididas em dois grupos principais: **originária** e **recursal**.

#### A) Competência originária:

---

<sup>27</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1307 – 1319.

<sup>28</sup> Supremo Tribunal de Justiça fora composto por 17 Magistrados. A Constituição Federal de 1891 indicava 15 Juízes. O Decreto n. 19.656, de 1931, prescrevia 11 Juízes. O mesmo número foi reproduzido na Constituição de 1934, na de 1937, bem como na de 1946. O Ato Institucional n. 2, de 1965, previa a composição de 16 Magistrados. Esse mesmo número foi reproduzido na Constituição de 1967. O Ato Institucional n. 6, de 1969, retomou o número de 11 Magistrados, seguido na Emenda Constitucional n. 1, de 1969, e na Constituição de 1988. Fonte: Celso de Mello, Algumas notas informativas (e curiosas) sobre o Supremo Tribunal (Império e República), disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 29-9-2006.

<sup>29</sup> Brasil. (05 de Outubro de 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Acesso em 2018, disponível em Constituição Federal: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)



A Constituição Federal de 1988, modificou as competências do Supremo Tribunal Federal, tornando-as demasiadamente amplas, quando comparada com os diplomas constitucionais anteriores, entregando-o novas e significativas atribuições.

No tocante a competência originária do STF, as alterações mais significativas se deram no campo do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e no controle da omissão constitucional<sup>30</sup>.

A competência originária do STF, conforme brilhante lição de Celso de Melo, qualifica-se como “*um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional*”, não comportando a possibilidade de extensão, que “*extravase os rígidos limites fixados em numerus clausus pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I da Carta política*”.<sup>31</sup>

Neste sentido, este tipo de competência está ligado a forma de acionar o tribunal de forma direta, através das ações que lhe cabe processar e julgar originariamente. Desta maneira a problemática será analisada em única instância, com início no próprio tribunal constitucional.

Seguindo o modelo de justiça constitucional Europeu, se coloca como Tribunal Constitucional Único, com competência específica para conhecer os litígios constitucionais. Sua função principal, portanto, é a de Corte de Constitucionalidade, com a finalidade de realizar, como percebemos no texto constitucional e segundo Alexandre de Moraes:

O controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro, ou seja, somente ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, genéricas ou interventivas, as ações de inconstitucionalidade por omissão e as ações declaratórias de constitucionalidade, com o intuito de garantir a prevalência das normas constitucionais no ordenamento jurídico.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1320.

<sup>31</sup> RTJ 43/129; RTJ 44/563; RTJ 50/72; RTJ 53/776.

<sup>32</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 571

Além desta competência de controle de constitucionalidade prevista no Art. 102, inciso I, o Supremo também deve processar e julgar originariamente ações envolvendo as mais altas autoridades da República, conflitos federativos e envolvendo Estados ou organismos internacionais, conflitos de competência e ações nas quais tenham interesse os membros da magistratura, habeas corpus, mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção quando impetrado por agentes públicos detentores de foro privilegiado, inclusive realizando a condução do inquérito policial, neste último caso.

### **B) Competência Recursal:**

A competência do Supremo Tribunal Federal também será recursal, podendo o tribunal ser acionado através de Recursos Ordinários Constitucionais ou Recursos Extraordinários <sup>33</sup>.

Em Recursos Ordinários, conforme dispõe o inciso II do art. 102 da Constituição, compete ao STF julgar: O crime político, o Habeas Corpus, mandado de segurança, habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se a decisão for denegatória.<sup>34</sup>

Já em Recursos Extraordinários, cuja competência é tida como a mais importante competência recursal do Tribunal Constitucional, analisará mediante recurso extraordinário, conforme disposição do Art. 102, III da Constituição, causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo da constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e julgar válida lei local contestada em face de lei federal.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> ASSIS, Araken de, **Manual dos Recursos**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

<sup>34</sup> BRASIL, **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>35</sup> Ibid.

Tais competências, formam hoje o núcleo do sistema de Controle de constitucionalidade e legitimidade de leis ou atos normativos, bem como das omissões constitucionais.

Como temos como objetivo neste trabalho, a análise Retórica do Supremo Tribunal Federal, na tratativa de Direitos e Garantias fundamentais, analisaremos mais de perto este fenômeno de Controle de Constitucionalidade.

### **3.1.1. Controle de Constitucionalidade no Brasil**

Um conhecimento basilar no estudo do Direito, é sua concepção enquanto sistema, o que pela literalidade do termo, já pressupõe ordem e unidade, além de uma necessária harmonia.

Na clássica concepção de Kelsen <sup>36</sup>, percebemos um sistema de controle intrínseco ao próprio funcionamento do ordenamento jurídico, que tem por fonte a norma fundamental, que confere validade a todo conteúdo normativo presente no complexo sistema normativo.

Luís Roberto Barroso, segue este postulado, e ao conceituar o sistema geral de controle de constitucionalidade, a partir desta idéia de sistema jurídico, assim dispõe:

O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de

---

<sup>36</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 1ª versão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2a ed., 2002 (1933).

medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia.<sup>37</sup>

Neste sentido a Constituição Federal se coloca como fonte de validade de todas as normas do Ordenamento jurídico, e a simples composição do sistema, já prescinde de um controle automático dos conteúdos infraconstitucionais, que se caracteriza na compatibilidade entre esta norma e a constituição, tanto pelo aspecto formal quanto pelo material.

Luís Roberto Barroso, descreve ainda, que em todo sistema constitucional, podemos estabelecer duas premissas necessárias: *A supremacia e a rigidez constitucionais*.

Segundo o autor, a primeira, estará ligada a própria posição da constituição no ordenamento jurídico, que seguindo o postulado de Kelsen, se coloca em uma posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, em uma estrutura escalonada em diferentes níveis, se colocando assim, como fundamento de validade de todos os demais conteúdos normativos presentes em uma ordem jurídica.

Portanto, seria a Constituição, o fundamento de validade de todas as demais normas. Esta estrutura já pressupõe o referido controle, já que nenhuma norma ou ato jurídico contido no sistema, poderá subsistir de forma válida se estiver em desconformidade com o conteúdo constitucional.<sup>38</sup>

Barroso traz ainda, a premissa da rigidez constitucional, como pressuposto de qualquer forma de controle constitucional. Segundo o autor:

Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19.

<sup>38</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19.

Não é possível supor a ideia de um controle constitucional, sem se pensar estes dois pressupostos: *Supremacia da Constituição* e *Rigidez constitucional*. Este é o pilar da teoria do poder constituinte, bases do constitucionalismo clássico.

Além destes pressupostos formais, temos ainda um fundamento do controle de constitucionalidade do ponto de vista material, que é a proteção dos direitos e garantias fundamentais, que conforme capítulo 3 encontram-se positivados no texto constitucional de forma a vincular toda e qualquer estrutura de poder seja social seja estatal ao seus ditames, como forma de garantia de efetividade deste conteúdo axiológico. Estes valores materiais devem ser preservados das injunções estritamente políticas e, por isto, seu lugar intangível no texto constitucional.

No caso Brasileiro, o controle constitucional foi inserido com a República, com a primeira previsão escrita na Constituição de 1891 ( arts. 59 e 60).

Nesta formatação, que passou por pequenas alterações até a Constituição de 1988, o controle era exercido de modo incidental e difuso, seguindo o modelo Americano.

Neste sentido, após pequenas correções com a Constituição de 1934 que inseriu o controle por via principal e concentrado de competência do STF, seguida de alteração mais significativa com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, por meio da qual instituiu-se a ação genérica de inconstitucionalidade de lei ou ato federal, diante de provocação pelo Procurador Geral da República, alteração esta que trouxe ao sistema de controle Brasileiro, mecanismo presente nas Cortes Europeias, que é a existência de um controle pela via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal.

As próximas alterações mais relevantes, ocorrem então com o advento da Constituição de 1988, que a manteve inicialmente o sistema de controle misto, somado ao controle do sistema americano (via acidental e difuso).

O que se alterou com o novo texto constitucional, conforme explicitado em linhas pretéritas, foi a ampliação do espectro de atuação do Supremo Tribunal Federal na

---

atividade de controle constitucional, dando a Corte, exclusividade em diversos aspectos do sistema de controle de constitucionalidade Estatal.

Após aperfeiçoamentos causados pela Emenda Constitucional Nº 3 de 1993, pela Emenda Constitucional Nº 45/2004, pela Lei n. 9.868, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADI e ADC e Lei n. 9.882 de 1999, que dispõe sobre o julgamento da ADPF, a Execução do controle incidental de modo difuso ficou a cargo de todos os juízes e Tribunais e o controle principal, por via de ação direta, de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal, conforme apresentado no início deste capítulo.

Manteremos neste estudo, o foco no Controle de Constitucionalidade por via de Ação Direta, para demonstrar o movimento Retórico- Estratégico da jurisdição constitucional.

Neste sentido, podemos perceber que a referida atividade de controle de Constitucionalidade, poderá agora ser analisada por um novo aspecto, que é a questão dos limites de sua atuação, tendo em vista a existência do risco de atividade, por parte de órgão do Poder Judiciário, como legislador positivo, já que em um processo de interpretação pode exceder seu campo de atuação, trazendo inovações ao ordenamento jurídico pela criação de norma anteriormente inexistente.

O controle Direito exercido pelo STF traz esta peculiaridade, pois foge ao escopo que se coloca como regra geral para a função jurisdicional, que seria a intervenção com o objetivo de solucionar conflitos de interesses, entre partes que possuem pretensões contrárias. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

(...) é um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objetivo é um pronunciamento acerca da própria lei. (...) A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição. Trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126.

Este controle concentrado teve origem no sistema de controle de constitucionalidade Austríaco, que centraliza as decisões desta natureza em um único órgão ou a um número limitado de órgãos, o que se contrapõe ao modelo americano, de controle difuso (exercido por diversos tribunais do poder judiciário), também aplicado no caso Brasileiro que admitiu o sistema Misto de Controle.

O histórico de construção de nosso sistema de controle, evidencia o fortalecimento de um controle abstrato, com a fragilização do controle difuso, não existindo como é o caso da Alemanha, uma via de acesso direta, pelo cidadão, à jurisdição constitucional, para o caso de violação a direitos fundamentais em casos concretos.<sup>41</sup>

Este fato, ligado aos riscos de uma atuação como legislador positivo, pode gerar uma instabilidade política em um ambiente democrático, já que o crescimento de um órgão do poder, dotado de capacidades extraordinárias de alteração de matérias constitucionais pela via da interpretação extensiva, atinge diretamente a questão da legitimidade de suas ações, já que são membros que fazem parte do poder político, mas que não inspiram a soberania popular, presentes em outros agentes políticos eleitos democraticamente.<sup>42</sup>

Finalizaremos aqui a primeira parte deste capítulo, que tratou de traçar um breve panorama sobre a organização e funcionamento do STF, com o intuito de melhor compreender as questões à frente suscitadas.

No item posterior, trabalharemos o problema levantado no fim desta divisão, qual seja: Os limites da atuação da jurisdição constitucional, tendo em vista a questão da legitimidade sobretudo no cenário político contemporâneo Brasileiro. Além disto, iremos rememorar uma questão importante abordada no início de nossa análise,

---

<sup>41</sup> BARACHO, Jr., José Afredo de Oliveira. **A jurisdição**, p.219.

<sup>42</sup> REIS, Isaac Costa. Limites à legitimidade da jurisdição Constitucional: Análise Retórica das Cortes Constitucionais Do Brasil e Alemanha. 2013. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco.

ligada aos requisitos de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal, questão intimamente ligada com aquele tópico.

### 3.2. O DEBATE EM TORNO DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CENÁRIO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Para que a compreensão da forma de construção de um discurso se dê de forma mais plena, se faz necessário compreender, preliminarmente, como os seus oradores foram instituídos, qual a forma de controle exercida sobre eles, e de que modo podem ser influenciados.

Por esta razão, faremos inicialmente neste item, breve análise sobre os requisitos de investidura para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, a partir do próprio texto legal, realizando uma curta digressão histórica para melhor compreender a construção do modelo atual.

Posteriormente, abordaremos de forma direta a questão da legitimidade de sua atuação, tendo em vista o já mencionado risco, de atuação como legislador positivo.



### 3.2.1. Requisitos e procedimentos de escolha dos membros do STF

Criado por meio de Alvará Régio do Príncipe Regente D. João, em 10/05/1808, com sede no Rio de Janeiro e a nomenclatura de Casa da Suplicação do Brasil o Tribunal constitucional traz a mesma competência atribuída à Casa da Suplicação, de Lisboa e era composto por 23 juízes.

Mais adiante, foi designado Supremo Tribunal de Justiça em 1828 e instalado em 09-0-829, pela Lei de 18-9-1828, com a composição de 17 juízes

Desde 28/2/1891 possui o nome de Supremo Tribunal Federal e o número de membros passou por significativas alterações, até se chegar a formatação atual. Este histórico pode ser extraído de documento oficial do Supremo Tribunal Federal, elaborado pelo ministro Celso de Melo<sup>43</sup>, vejamos:

- a. Constituição Federal de 1891: **15 juízes**;
- b. Decreto n 19.656, de 1931 (Governo revolucionário): **11 juízes**;
- c. Constituição Federal de 1934: **11 juízes**;
- d. Carta Federal de 1937 (Estado Novo): **11 Juízes**;
- e. Constituição Federal de 1946: **11 Juízes**;
- f. Ato Institucional nº 02/1965: **16 juízes**;
- g. Carta Federal de 1967: **16 Juízes**;
- h. Ato Institucional nº 06/1969: **11 Juízes**;
- i. Carta Federal de 1969: **11 Juízes**;
- j. Constituição Federal de 1988: **11 Juízes**;

Neste sentido, a composição atual do Supremo Tribunal Federal é de 11 ministros, que se encontram divididos em duas Turmas, em mesmo plano hierárquico, com cinco membros em cada polo, já que o presidente que somaria o total de 11 membros, apenas participa das sessões plenárias.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> MELLO, Celso de. **Algumas Notas Informativas (e curiosas) sobre o Supremo Tribunal Federal; Império e República**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bicentenario/publicacao/arquivo/notasInformativas.pdf>

<sup>44</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 565.

O procedimento de escolha de seus membros está positivado no Art. 52, III, a e art. 101, parágrafo único do texto constitucional, que se dará por meio de nomeação do Presidente da República, depois de aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal.

São requisitos para escolha dos 11 ministros do STF:

- Idade: 35 a 65 anos;
- Ser brasileiro nato (CF, art. 12 § 3º IV);
- Ser cidadão (gozo dos direitos políticos);
- Notável saber jurídico e reputação ilibada<sup>45</sup>;

Vemos portanto, que existem três requisitos objetivos para investidura no cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, quais sejam: (i) A idade, que deverá estar entre 35 e 65 anos, (ii) a exigência de constituir-se como brasileiro nato, na forma do art. 12 § 3º IV e (iii) a exigência de ser cidadão, estando portanto no gozo dos direitos políticos.

Além destes requisitos objetivos, que por esta própria natureza podem ser facilmente verificados, temos ainda um requisito subjetivo presente no texto constitucional, que pode ser dividido em dois itens, a saber: (i) notável saber jurídico e (ii) reputação ilibada;

Uma análise que se baseia apenas no critério semântico das palavras, já encontrará imensos problemas quando se deparar com o presente conteúdo normativo. Isto porque, vemos que os critérios são dotados de imensa vagueza e ambiguidade, permitindo a ocorrência de múltiplas interpretações<sup>46</sup>.

Além deste problema inicial levantado, consistente na simples análise semântica, que revela apenas um pequeno fragmento do que se pode extrair em decorrência de análises mais ricas e posteriores, a opção utilizada pelo legislador constituinte neste caso, revela uma grave inconsistência jurídica.

---

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> ADEODATO, João Maurício. Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo. p.267.

Esta abertura semântica nos requisitos para investidura no cargo de Ministro do STF, nos leva a pensar ainda no aspecto político por traz da escolha legiferante.

A forma de escolha, que se inicia através de livre iniciativa do Presidente da República, seguida de sabatina pelo Senado Federal, com aprovação da maioria absoluta de seus membros e nomeação pelo Chefe do Executivo somada a estes critérios providos de um conteúdo dotado de extensa porosidade, quando somadas a uma análise histórica das nomeações e de seus resultados, nos revelam uma grande inconsistência na formatação do Tribunal Constitucional.

Retomando a gravíssima problemática da expressão: notável saber jurídico, presente no texto constitucional Brasileiro como requisito para nomeação dos ministros desta Corte, nos deparamos com a ideia de que não é exigido para membros do Supremo, o bacharelado em Ciências Jurídicas, e tampouco que seus membros sejam provenientes da magistratura.

Esta inconsistência do texto constitucional, imposta pela tradição Brasileira, demonstra casos práticos que evidenciam gravíssimos danos ao preceito, como foi o caso ocorrido no final do século XIX, mais especificamente em 21/10/1983, onde tivemos a nomeação para Ministro do Supremo Tribunal Federal do médico clínico Cândido Barata Ribeiro, que exerceu o cargo por quase um ano. Felizmente esta decisão não foi levada adiante, pois a nomeação foi rejeitada pelo Senado Federal.

O Constitucionalista e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, entende que *“alterações na forma de investidura dos membros do Supremo Tribunal Federal seriam importantes para a preservação de sua legitimidade e a ampliação de sua independência e imparcialidade”*. O autor entende que a exigência de notável saber jurídico deveria ser substituída pela presença de requisitos capacitários relacionados ou à qualificação profissional de bacharel em Direito, com exercício de no mínimo 10 anos de atividade profissional como advogado, membro do Ministério Público, magistrado, ou à qualificações de Jurista, comprovada pelo título de doutor em Direito, devidamente reconhecido pelo Poder Público.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 566.

A presença deste de um conteúdo dotado com este grau de vagueza no texto constitucional, se enquadra na hipótese de análise deste estudo, pois, longe de ser um equívoco técnico do legislador ou defeito da própria linguagem, revela uma fixação de espaços para liberdade de atuação por parte do Estado, permitindo uma maleabilidade de atuação e facilitando a obtenção de acordos semânticos. Trata-se como defendemos neste estudo de uma faceta da Retórica Estratégica, prática comum entre os integrantes dos poderes constituídos, que visa interferir na vontade pública, para ter sucesso em uma determinada direção escolhida.<sup>48</sup>

Este movimento pode ser confirmado pela dinâmica de alterações dos Ministros integrantes do Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, por chefes do Executivo, cujos partidos políticos estavam em decadência, conforme relatório oficial datado de 2017.<sup>49</sup>

Alguns autores inclusive questionam a sistemática de nomeação dos membros do STF pelo presidente da república, tendo em vista o risco de se afetar a imparcialidade dos juízes, já que, está previsto no texto constitucional entre as competências estabelecidas, a de julgar o Chefe do Poder Executivo e seus Ministros, assim como os membros de seu partido no Congresso nacional.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup>ADEODATO. João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma e do Direito Subjetivo**. São Paulo: Noeses. 2011 p. 100.

<sup>49</sup> Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha\\_sucessoria\\_tabela\\_atual\\_mar\\_2017.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_mar_2017.pdf)

<sup>50</sup> Constituição Federal. Art. 102, I b).

### 3.2.2. O Cenário político contemporâneo e a tendência da Corte Constitucional

Conforme análise já realizada, a jurisdição constitucional, que é a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais<sup>51</sup>, é exercida no caso brasileiro por todos os juízes e tribunais e pelo Supremo Tribunal Federal, como guardião último da interpretação constitucional.

Neste sentido, este trabalho concorda que o texto positivado não é a norma jurídica, mas sim um ponto de partida, que padecerá de uma interpretação para que haja aplicação. A ele serão somados o sentido e o alcance de seus termos, a coerência argumentativa e os conflitos.

De acordo com João Maurício Adeodato:

*“Ao conjunto de interpretações, argumentações e decisões apreciadas pelo judiciário, em questões que envolvem os textos constitucionais, dá-se a denominação de jurisdição constitucional”<sup>52</sup>*

Em sua atuação, o STF realiza o controle de constitucionalidade concentrado, podendo este controle ser concreto, ou abstrato.

Também já foi objeto de análise deste trabalho, como se deu a evolução deste sistema de controle que compõe a jurisdição constitucional. Nesta análise foi possível perceber como o escopo de atuação do tribunal cresceu nos últimos anos, sobretudo, com o advento da Constituição Federal de 1988.

Além disto, o escopo do Supremo Tribunal, aumentou também, em razão de um movimento externo a atividade legiferante, através da chamada judicialização da política e das relações sociais.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> BARROSO, 2012 pg. 252.

<sup>52</sup> ADEODATO, João Maurício. A Retórica Constitucional. 2. Ed. 2010. São Paulo: Saraiva, p.194.

<sup>53</sup> Barroso pg. 253

De acordo com Luís Roberto Barroso, este fenômeno caracteriza-se pela transferência de questões políticos-sociais, tipicamente decididas pelos poderes legislativo e Executivo, para a esfera de decisão do poder judiciário. Segundo o autor, trata-se de um fenômeno de escala mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês<sup>54</sup> e ainda:

*“Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito”*.<sup>55</sup>

João Maurício Adeodato, também entende que esta sobrecarga do judiciário é de escala global, demonstrando como uma de suas causas a dissociação entre texto e norma, causada pela complexidade social. Segundo o autor:

A crescente complexidade social amplia a imprecisão do discurso a ponto de tornar altamente instável o modo como aquela instância decisória – executiva, legislativa, judiciária – vai dizer o direito. E depois, se e como o texto genérico finalmente positivado vai interferir na decisão concreta futura. Acordos retóricos flutuantes, circunstanciais, autopoiéticos.<sup>56</sup>

Esta complexificação social, que cria um afastamento incessante entre o texto e a realidade concreta onde a norma se produz, exige portanto uma adequação pela via interpretativa. Este fato, por si só já exige um judiciário mais ativo, com vistas a efetivar o conteúdo constitucional na realidade concreta, sobretudo para garantir a eficácia dos direitos e garantias fundamentais.

A este fato, se soma ainda o advento da Constituição da República de 1988, que expandindo o rol de direitos e garantias fundamentais em diversas gerações [citação], conforme análise realizada no capítulo dois, acabou gerando uma sobrecarga de demandas sem tamanho no judiciário, já que inexistia no jovem país que padece de estrutura em todos os níveis, meios de execução imediata do conteúdo positivado, neste sentido, se o executivo não faz seu papel, as demandas serão judicializadas.

---

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> ADEODATO, João Maurício. A Retórica Constitucional. 2. Ed. 2010. São Paulo: Saraiva, p.215.

Estes fatores aumentam a importância do judiciário, e, considerando as mudanças legislativas que afetaram a jurisdição constitucional no que tange ao controle de constitucionalidade, aumentam o escopo de atuação do Supremo Tribunal Federal, onde grande parte destes conflitos acabam desembocando.

Luís Roberto Barroso, destaca três causas para este fenômeno:

- O reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas;
- A desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos em geral
- A necessidade dos atores políticos, de que temas complexos sejam decididos na esfera judicial, com vistas a neutralidade desta esfera;<sup>57</sup>

Com a crescente constitucionalização do conteúdo normativo-jurídico, o judiciário se mostra cada vez mais presente, trazendo como consequência a presença de quase todas as questões de relevância política, social ou moral para o ambiente jurídico, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal.

Luís Roberto Barroso, ao tratar deste tema, faz um importante recorte que demonstra este fenômeno no Brasil, trazendo temas que foram judicializados em razão dos fatores acima mencionados, vejamos alguns exemplos:

(i) Instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3.105-DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3.367-DF); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510-DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82.424-RS — caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91.952-SP e Súmula Vinculante n. 11); (vii) demarcação da reserva indígena raposa Serra do Sol (Pet 3.388-RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3.330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12-DF e Súmula 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130-DF).

No caso Brasileiro, é notável que o fenômeno da judicialização decorre portanto, do modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana (

---

<sup>57</sup> Barroso, 2012 p. 253.

controle difuso, feito por todos os juízes e tribunais) com a matriz europeia ( controle concentrado, feito pela corte constitucional).

A judicialização, neste contexto, se mostra como uma circunstância decorrente do próprio desenho institucional vigente no Brasil, construída ao longo das alterações legislativas, a partir de problemas enfrentados na própria efetivação dos direitos positivados, após a eclosão do movimento Constitucionalista moderno.

Revela portanto, um problema de concretização das normas constitucionais na realidade fática. Adeodato, analisando a questão sob o ponto de vista do Brasil, observando a importância da jurisdição constitucional, assim dispõe:

No contexto de um país periférico como o Brasil, com graves problemas infraestruturais imediatos, a efetivação de certas normas constitucionais é empiricamente impossível, diante dos recursos governamentais disponíveis, pois não se pode transformar o Brasil em um Estado Social e Democrático de direito unicamente por meio da promulgação de textos normativos ou até da real concretização de normas jurídicas. Mesmo em uma sociedade com constituição escrita e procedimentos aparentemente democráticos, a disponibilidade de efetivamente resolver questões de poder mediante tribunais institucionalizados exige outros pressupostos além dos meramente formais.<sup>58</sup>

Contudo esta atuação do judiciário na concretização do conteúdo constitucional, através da jurisdição constitucional, exercida sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, pode fugir do referido desenho institucional, atingindo um ponto que inevitavelmente tangenciará no problema da legitimidade de sua atuação.

A expressão utilizada para descrever este campo de atuação, cunhada nos Estados Unidos, que inicialmente possuía uma conotação negativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial, e que depois adquiriu novos contornos é o chamado: Ativismo Judicial<sup>59</sup>.

Traduz-se em uma participação mais ampla e intensa do poder judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes.

---

<sup>58</sup> ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional*. 2. Ed. 2010. São Paulo: Saraiva, p.196

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos**. Ins Temas de direito Constitucional, t. IV, p. 144.



Diferente da judicialização, é uma atividade que foge do escopo constitucional e do desenho constitucional pré estabelecido, estabelecendo um modo de interpretação da Constituição, de forma a expandir seu sentido e alcance.

De acordo com Barroso, ao tratar o tema em seu estudo sobre o Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, este fenômeno ocorre quando existe uma retração do poder judiciário, e uma necessidade de intervenção do Estado para efetivação de Direitos na realidade concreta. O autor acredita ainda que agindo assim, a jurisdição constitucional estaria extraindo o máximo das potencialidades do texto constitucional, especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados).<sup>60</sup>

Justamente por ser exercido em momentos de retração do poder legislativo, estas atribuições do judiciário tem se mostrado cada vez mais intensas nos últimos anos no Brasil.

O País vive um momento de instabilidade política sem precedentes, que demonstra a ausência de legitimidade e sustentação de todas as estruturas de poder. O sistema Estatal se vê corrompido e entrando em um colapso.

Neste cenário, a jurisdição constitucional tem se mostrado ainda mais intensa,

---

<sup>60</sup> BARROSO, 2012 p. 255.

#### 4. ANÁLISE DA DIMENSÃO RETÓRICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

Estudamos no capítulo anterior, a estrutura administrativa do Supremo Tribunal Federal e suas principais características e competências.

Vimos que sua formatação, traz importantes resultados para harmonização dos Poderes, reafirmando o paradigma do Estado Democrático de Direitos por meio do Controle de Constitucionalidade, que atinge as mais baixas camadas sociais, garantindo a efetiva aplicação dos preceitos constitucionais.

Mas apesar de conceber estes pontos positivos, vimos também que quando fazemos uma análise pormenorizada da jurisdição constitucional Brasileira, sobretudo considerando suas atividades nas últimas décadas, percebemos a existência de um ativismo que extrapola o escopo constitucional formalmente positivado, em uma atividade para além de uma hermenêutica pura.

Este é o chamado ativismo judicial, que diferente da judicialização das demandas sociais, fenômeno presente no próprio desenho institucional, traz ao tribunal constitucional a característica de um tribunal político, que modifica e inova o ordenamento jurídico através da reinterpretação dos preceitos fundamentais em espectros excedentes.

Fato é, que o STF age desta maneira, para suprir a inércia do poder legislativo, verdadeiros legitimados para o exercício de tais competências, em um possível *non liquet*, já que os problemas políticos assolam o Brasil e, afinal de contas, alguém tem que fazer alguma coisa!

Contudo, apesar destes fatores, é inegável que o STF tem ultrapassado o largo escopo constitucional para ele desenhado, criando uma inconsistência formal e material na formatação dos poderes Estatais.

Portanto, em uma análise deste movimento da jurisdição constitucional, no que diz respeito ao aspecto político de sua atuação, nos deparamos com dois problemas, um de ordem formal e um de ordem material.

O problema de ordem formal, deste ativismo judicial, está ligado a questão da legitimidade dos seus atos. Isto porque, quando o tribunal inova o ordenamento jurídico, age como legislador positivo ferindo o corolário da Democracia, presente no ordenamento jurídico, já que os juízes desta corte não foram eleitos pelo povo da forma como foram eleitos os membros da sistemática legiferante.

O problema de ordem material deste ativismo, é que o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado de um fundamento que em uma análise Retórica e por meio da Teoria dos Discursos, nos mostrará graves problemas linguísticos, constituindo-se em uma Retórica Estratégica para fundamentar decisões políticas, circunstanciais, que visam atender a clamores sociais ímpares.

É que o tribunal, tomou para si um fundamento basilar, que acabou adotando como *lugar comum, ou Topos*, que se tornou ponto chave para fundamentar o que lhe convir, já que provido de vagueza, ambiguidade e porosidade.

Trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana que ocupa o lugar de *topos* na estrutura argumentativa do tribunal, e que por ter uma difícil determinação de seus significantes, tem servido para sustentar teses muitas vezes até contrárias a própria essência dos direitos humanos.

Neste trabalho, demonstraremos como esta questão se relaciona com os já apontados problemas basilares da Retórica e da Filosofia da Linguagem, apontando através dos níveis da Retórica estudados no capítulo primeiro (Material, Estratégica e Analítica), como se constituem retoricamente estes discursos da jurisdição constitucional Brasileira em torno dos direitos e garantias fundamentais.

#### 4.1. A MODULAÇÃO HERMENÊUTICA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EXERCIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - UMA RETÓRICA ESTRATÉGICA

##### 4.1.1. Análise de julgados em torno do princípio da dignidade da pessoa humana:

Neste item, analisaremos como o STF, na tratativa dos direitos e garantias fundamentais, se utiliza de modulações, aplicando o princípio da dignidade da pessoa humana como estratégia de fundamentação do argumento que pretende demonstrar, sem se preocupar com a definição deste complexo conceito e, muitas vezes se afastando daquela construção historicamente observada (capítulo 2).

Veremos portanto, através de um recorte histórico de julgados, que o conceito de dignidade humana vem sendo utilizado de forma abusiva pelo Supremo Tribunal Federal, pressupondo uma presença simbólica de seu conteúdo<sup>61</sup> em suas decisões e revelando uma modulação hermenêutica do Tribunal para sustentar suas teses de acordo com as exigências de um contexto político determinando.

O volume de menções a este princípio em casos onde podemos perceber que a aplicação é indevida, ou desnecessária revela uma invocação arbitrária, que foge aos fins e pressupostos deste direito fundamental basilar. Sobre esta invocação principiológica arbitrária, Marcelo Neves escreveu:

Por um lado, a invocação aos princípios (morais e jurídicos) apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da nossa prática jurídica e constitucional. Por outro, a retórica principialista servia ao afastamento de regras claras e “completas”, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas. Assim, tanto os advogados idealistas quanto os astutamente estratégicos souberam utilizar-se exitosamente da pompa dos princípios e da ponderação, cuja trivialização emprestava a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade. Isso tudo,

---

<sup>61</sup> NEVES. Marcelo, **A Constitucionalização Simbólica**. 2007

parece-me, em detrimento de uma concretização jurídica constitucionalmente consistente e socialmente adequada.<sup>62</sup>

Neste fragmento, o autor se refere a utilização de conceitos vagos ambíguos, contidos nos princípios constitucionais, como ferramenta para orientação de decisões particulares, o que será tratado neste estudo como Retórica Estratégica.

Acaba ocorrendo neste caso, uma trivialização do conceito e conteúdo deste princípio geral. Torna-se indefinido e imprevisível, já que é dotado de um relevante valor simbólico, o que o faz, ainda, ser quase que consensualmente aceito por todos os atores da sociedade, motivo pelo qual se mostra como uma importante ferramenta destas fundamentações estratégicas, cabendo a diversos contextos e casos.

O próprio Ministro Ricardo Lewandowski afirma esta questão:

“Interessantemente, tanto os que são favoráveis à interrupção extemporânea da gravidez, quanto os que são contrários a ela invocam, em abono das respectivas posições, de modo enfático, o princípio da dignidade humana.”<sup>63</sup>

Essa excessiva flexibilização semântica passa a ser casuística e, mais do que apenas linguisticamente pragmática, ou seja, baseada nos diversos usos e jogos da linguagem, ela é, na verdade, arbitrária. Trata-se não de esclarecer diferentes contextos que alteram o significado do termo “dignidade humana”, mas de se atribuírem a ele significados, ad hoc, conforme a conveniência da ocasião, sem que seja possível definir, em absoluto, semelhanças, ainda que tênues, entre as diferentes acepções utilizadas.

---

<sup>62</sup> NEVES, Marcelo, 2012

<sup>63</sup> 74 cf. Voto do MIN. RICARDO LEWANDOWSKI na ADPF 54.

Uma busca no banco de dados eletrônico de decisões do STF, revela dados consideráveis e que nos diz muito do aspecto quantitativo deste conteúdo principiológico no arcabouço decisório do tribunal.

A pesquisa nos mostra que o termo está presente em 344 acórdãos, que mencionam o princípio de forma direta, com os mais variados aspectos, que na maioria dos casos se distanciam do conceito geralmente aplicado para o conceito, item já discutido neste trabalho.

Iremos aqui realizar um recorte para analisar brevemente alguns destes acórdãos em que o princípio da dignidade da pessoa humana foi utilizado como fundamentação pelo Tribunal Supremo:

**(i)** ADI 1856 que versa sobre a Briga de Galos, **(ii)** ADI 4638 que versa sobre o limite de atuação do CNJ e o sigilo das sanções administrativas aplicadas aos juízes, **(iii)** ADI 4424 e ADC 19 que versam sobre a Lei Maria da Penha e a possibilidade de Ação Pública Incondicionada a representação, **(iv)** Inquérito 2131 do STF que versa sobre a ocorrência de trabalho análogo a escravo em determinada fazenda, **(v)** Mandado de Segurança 28720 que versa sobre a anulação depois de 5 anos, de ato inicial de concessão de aposentadoria ou pensão e **(vi)** ACO 79/MT julgada em 15/03/2012 e que versa sobre segurança jurídica e concessão de Terras.

Na **ADI 1856** que tratava da briga de galos, o princípio foi mencionado pelo Ministro Cezar Peluzo, afirmando que:

A briga de galos, ofenderia também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica de certo modo um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano ( ...) a proibição também deita raiz nas proibições de todas as práticas que promovem, estimulam e incentivam essas coisas que diminuem o ser humano como tal e ofende portanto, a proteção constitucional, a dignidade do ser humano.<sup>64</sup>

Vemos que a utilização do princípio foge completamente ao conceito aceito pela comunidade jurídica. O ministro demonstra em seu voto argumento contraditório ao afirmar que as práticas a serem combatidas são aquelas definidas pelo próprio

---

<sup>64</sup> Cf. Voto do Min. Cezar Peluzo na ADI 1856.

Estado, à revelia do que o cidadão decidiu para si mesmo e para sua vida, o que se revela, em verdade contrário à dignidade humana.

O Fenômeno também pode ser observado no julgamento da ADI 4638, que discute o limite de atuação do CNJ e o sigilo das sanções administrativas aplicadas a juízes.

Neste julgamento, o Ministro Luiz Fux defendeu que, para que seja respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana, processos disciplinares contra magistrados devem ser sigilosos.

Embora este voto não tenha prevalecido, ficou pouco claro, senão completamente obscuro, em que medida a dignidade humana estaria associada ao sigilo da aplicação de sanções. Presumidamente, a ligação feita pelo Ministro liga a dignidade humana ao direito à privacidade. Contudo, o exercício de tal direito, se justificado com base na dignidade humana, deve ser concedido a todos, indistintamente.

A dignidade humana não protege classes. Ela é, na verdade, princípio do qual se deriva a isonomia.

Na ADI 4424 e ADC 19, julgadas em conjunto e tratando do tema da possibilidade de ação pública incondicionada nos casos de lesão corporal contra mulheres, no ambiente doméstico (Aplicação da Lei Maria da Penha), o princípio é utilizado pela Ministra Rosa Weber, de forma igualmente contraditória.

Em seu voto, a ministra asseverou que, exigir da mulher agredida uma representação para a abertura da ação, atenta contra a dignidade da pessoa humana, pois tal (...) condicionamento implicaria privar a vítima de proteção satisfatória à saúde e segurança.

Ora, temos como lugar comum no ambiente jurídico, em relação ao conceito de dignidade da pessoa humana a questão central da autonomia, então faz sentido deixar a cargo da mulher, a decisão de representar ou não contra seu agressor, no que diz respeito a uma lesão corporal leve, praticada contra si.

Para refletir sobre isto, é necessário aferir se esta decisão diz respeito a uma esfera íntima da mulher, sobre a qual deve ter a última palavra. Ainda que não seja este o

caso, o importante é notar que há várias formas de se chegar a conclusão de que a ação penal relativa a lesões corporais praticadas contra mulher deve ser incondicionada. Todavia nenhuma delas parece guardar relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, utilizados pelos ministros em suas fundamentações.

No Inquérito 2131 do STF, ao analisar a questão de uma suposta ocorrência de trabalho escravo em uma determinada fazenda, houve uma intensa discussão no tribunal, para verificar se a autonomia daqueles trabalhadores realmente havia sido tolhida. Isso porque, para a corrente minoritária, aquelas condições em que se encontravam eram típicas da região do Estado do Pará, uma vez que haviam municípios inteiros desprovidos de instalações que suprissem as necessidades de maneira plena.

O interessante deste julgado, foi que das duas posições antagônicas surgidas no julgamento, fundamentara suas decisões com base no princípio da dignidade da pessoa humana, para dizer coisas distintas.

Vemos ainda, a tendência do tribunal no julgamento na ACO 79/MT, Julgada em 15/0/2012, ligado a Segurança Jurídica e Concessão de Terras Públicas.

Em seu voto, o ministro Luiz Fux destacou que aquela decisão, em prol da estabilidade social, influiria, também, na dignidade da pessoa humana daqueles povoados que já estariam ali há mais de sessenta anos.

Mesmo após uma análise profunda de seus argumentos não foi possível qual seria a contribuição argumentativa que este importante princípio entregaria para que se dirimisse o caso. Ao que tudo indica, trata-se de mais um uso completamente obscuro e disparatado do conceito de dignidade humana, o que só contribui para



sua indeterminação, para a perda da sua credibilidade e, em derradeira instância, para a perda da confiança depositada no próprio STF.

E por fim, no julgamento do Mandado de Segurança 28720, que tinha por matéria a vedação de anulação, depois de 5 anos de ato inicial de concessão de benefício previdenciário de aposentadoria ou pensão.

Nos termos do voto do relator, Ministro Ayres Britto, seguido unanimemente pela Segunda Turma, reconheceu-se que:

Considerando o status constitucional do direito à segurança jurídica (art. 5º, caput), projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e elemento conceitual do Estado de Direito, tanto quanto levando em linha de consideração a lealdade como um dos conteúdos do princípio da moralidade administrativa (caput do art. 37), faz-se imperioso o reconhecimento de certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público. Mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de uma determinada aposentadoria.<sup>65</sup>

Não se afigura claro, entretanto, se, e em que medida, se pode derivar, do princípio da dignidade humana, a garantia do Estado de Direito ou a proteção da segurança jurídica que é ínsita a essa garantia. Esse ponto não apenas parece ser discutível e obscuro, como não é minimamente explicitado no voto cujo trecho foi citado acima.

Viu-se, outrossim, que houve casos em que o Tribunal como um todo ficou a dever uma definição mais clara do que seja dignidade humana, bem como não conseguiu esclarecer, nos fundamentos das respectivas decisões, em que medida a dignidade humana era capaz de amparar uma determinada tese jurídica (cf., acima, os itens 5.6.4, 5.6.7 e 5.6.8, por exemplo).

Tudo indica que o STF, enquanto instituição, precisa preocupar-se mais com a conceituação, ainda que aproximada, do que seja dignidade humana, algo que não foi feito a contento até o momento.

---

<sup>65</sup> Cf. Voto do Min. Ayres Britto no MS 28720/DF.

## 4.2. ANÁLISE EMPÍRICA RETÓRICA DO DISCURSO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR MEIO DO HC 126.292

Para melhor entender o problema proposto por este estudo, continuaremos a análise de decisões do Supremo Tribunal Federal, realizando contudo neste item, uma Análise destacada de um dos julgados do Tribunal Constitucional que claramente traz consigo, a questão que pretendemos evidenciar.

Trata-se do HABEAS CORPUS 126.292, julgado na Suprema Corte em Fevereiro de 2016.

Este acórdão foi escolhido, pois demonstra de forma clara, como o STF utiliza de manobras argumentativas em seus discursos, através da aplicação de termos de amplíssima vagueza e ambiguidade, aproveitando-se de um contexto social ímpar, para fundamentar tese que relativiza um direito fundamental constitucional e princípio, previsto no Art. 5º LVII da carta Republicana, qual seja: O Princípio da presunção de inocência.

Para se atingir o fim proposto, faremos uso da Retórica enquanto metódica, no nível da supramencionada Retórica Analítica (de João Maurício Adeodato). Neste nível da Retórica, como método analítico dos discursos, aplicaremos também teoria específica trazida por Katharina Von Schlieffen e difundida no Brasil por João Maurício Adeodato, estando presente também nos estudos de Isaac Reis (Artigo e tese de Doutorado).

Com este método, será possível perceber como o discurso do STF se compõe em uma Retórica Estratégica, que age no nível da Retórica Material para moldá-la conforme exigência de um contexto histórico - político social específico, agindo fora de seu escopo constitucional e em uma hermenêutica excedente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto histórico e político de nosso país, exige um repensar do desenho institucional aplicado. Mas, o Estado e sobretudo o poder judiciário, na medida em que é detentor da última palavra, não pode fugir de seu escopo constitucional, com o intuito de sanar problemas a curto prazo.

Quanto o faz, fere importantes princípios da própria constituição, e, na tentativa de resolver estes problemas circunstanciais, acaba por colocar em risco a própria ordem constitucional, tão cara em um Estado Democrático de Direitos, tanto por ferir formalmente a estrutura de um Direito posto, quanto por violar materialmente garantias lá positivadas.

A Retórica, é uma importante ramo do conhecimento que nos auxilia na análise dos limites de atuações Estatais em caso como estes.

Trata-se de uma atividade humana, mas a isto não se resume, se mostrando como atividade analítica de repensar a estrutura da realidade e as formas como elas são ditas e portanto, construídas.

Assim, devemos ultrapassar o paradigma clássico estabelecido pelas teorias basilares, e enterrar de vez a concepção moderna para se pensar em uma retórica que diz sobre o mundo, considerando-se que o ser humano tem um mundo que é linguagem.

Estes fatos nos fazem acender a Retórica a esta posição almejada por este estudo, já que permite também, verificar os problemas de um constitucionalismo estratégico, autopoietico.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, Maurício. **A retórica constitucional: Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_, Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do Direito Subjetivo,** 2ª ed. São Paulo: Noesis, 2014.

\_\_\_\_\_. **O problema da legitimidade: No rastro do pensamento de Hannah Arendt.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ARENDT, Hannah. **A condição Humana,** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

BALLWEG, Ottmar. **Rhetorik und philosophie.** München: Wilhelm Fink, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.** São Paulo: Ícone, 1995.

HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral.** São Paulo: Unesp, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito,** 1ª versão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2002 (1933).

MENDES, Gilmar; GONET, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2015.

NIETZSCHE, Friedrich. Rhetorik. Darstellung der antiken Rhetorik; Vorlesung Sommer 1874, dreistündig. **Gesammelte Werke. Band 5.** München: Musarion Verlag, 1922.

REALE, Miguel. **Filosofia Do Direito,** 20. Ed. São Paulo: Saraiva: 2002.

VIEHWEG, Theodor. **Topik und Jurisprudenz.** 5. ed. München, 1974.