

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

A PRETENSÃO DE RACIONALIDADE NO DISCURSO JURÍDICO
PRÁTICO:

aproximação e distanciamento entre as estratégias argumentativas em votos dos
ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso

AMANDA RODRIGUES HEMAIDAN

PROF. DR. GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA
(Orientador)

Recife

2017

Amanda Rodrigues Hemaidan

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Área de Conhecimento: Hermenêutica Jurídica, Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito.

Recife

2017

O Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco não aprova nem reprova as opiniões emitidas neste trabalho, que são de responsabilidade exclusiva do autor desta monografia jurídica.

Autor: Amanda Rodrigues Hemaïdan

Título: A PRETENSÃO DE RACIONALIDADE NO DISCURSO JURÍDICO PRÁTICO: aproximação e distanciamento entre as estratégias argumentativas em votos dos ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso

Trabalho Acadêmico: Monografia Final de Curso

Objetivo: Obtenção do Título de Bacharel em Direito

UFPE – Universidade Federal de Pernambuco

Área de Conhecimento: Hermenêutica Jurídica, Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito

Data de Aprovação:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo Just da Costa e Silva (orientador)

Prof. Dr.

Prof. Dr.

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido a partir do grupo de pesquisa idealizado pelo professor Gustavo Just, a respeito dos padrões interpretativos presentes no discurso jurídico. Propõe-se uma análise quantitativa das construções argumentativas e, especificamente, dos tipos de linguagens presentes nos votos dos ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso no RE nº 635.659 de São Paulo, ainda não concluído, que versa sobre a criminalização do porte de drogas para consumo próprio, e na ADI nº 4650, que trata da possibilidade de financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, sob a perspectiva da Teoria Realista da Interpretação, de Michel Troper, e da retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade, exigência das decisões judiciais do Estado Democrático de Direito. Busca-se constatar se, e em que medida, a construção argumentativa de um discurso jurídico conduz necessariamente possui vínculo necessário com a conclusão alcançada, de modo que votos com conclusões semelhantes podem possuir estruturas argumentativas díspares ou conclusões contrárias podem ter embasamento em estratégias interpretativas similares. Para tanto, foi utilizado o método da cartografia, o qual consiste na identificação da ocorrência de linguagens argumentativas previamente determinadas.

Palavras-chave: Hermenêutica Jurídica. Michel Troper. Teoria Realista da Interpretação. Métodos interpretativos. Retórica da Objetividade. Estilos argumentativos. Similaridades entre votos convergentes e divergentes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – DA APLICAÇÃO MECÂNICA AO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO: BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA ACERCA DA INTREPRETAÇÃO DO DIREITO.....	9
CAPÍTULO II – A NECESSIDADE DE PERCEPÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL COMO FRUTO DA RACIONALIDADE.....	15
2.1. A Teoria Realista da Interpretação	15
2.1.1. A (inacabada) Teoria das Condições	18
2.2. A retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade.....	20
CAPÍTULO III – RAZÕES DA SELEÇÃO DOS CASOS CONCRETOS A SEREM DISCUTIDOS	23
CAPÍTULO IV – O RE N° 635.659: CONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO	24
4.1. Breve resumo do caso	24
4.2. Padrões argumentativos preponderantes do voto do ministro Gilmar Mendes	25
4.3. Padrões argumentativos preponderantes do voto do ministro Roberto Barroso	28
CAPÍTULO V – A ADI N° 4650: CONSTITUCIONALIDADE DO FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS POR PESSOAS JURÍDICAS	31
5.1. Breve resumo do caso	31
5.2. Padrões argumentativos preponderantes do voto do ministro Gilmar Mendes	33
5.3. Padrões argumentativos preponderantes do voto do ministro Roberto Barroso	37
CONCLUSÃO.....	41
REFERÊNCIAS.....	43

INTRODUÇÃO

A presente monografia é um desdobramento das discussões a respeito da argumentação jurídica propostas pelo professor Gustavo Just, a partir da monitoria da disciplina de Hermenêutica Jurídica. Trata-se de um estudo acerca da linguagem utilizada por ministros do Supremo Tribunal Federal em dois casos que proporcionaram grandes repercussões sociais, à luz da Teoria Realista da Interpretação, na perspectiva desenvolvida pela Escola de Nanterre, e da exigência de correção da decisão judicial pelo Estado Democrático de Direito.

A partir da instituição do Estado Moderno, sabe-se que a aplicação do direito ao caso concreto passou a ser compreendida como a redescoberta mecânica do sentido originalmente pretendido pelo Poder Legislativo, legitimado pela vontade da maioria. A liberdade do julgador é restringida, cabendo fundamentar sua decisão de modo que essa, ao menos pareça, a única correta e que decorra dos postulados legais. É nesse sentido que tomam relevância os denominados métodos interpretativos, enxergados tradicionalmente como caminhos racionais para desvendar e, assim, conhecer o significado conferido pelo legislador ao texto legal.

Entretanto, a partir do ambiente realista proposto por Michel Troper, reconhece-se que os diversos métodos interpretativos formulados pela ciência jurídica conduzem a resultados diferentes, dentre os quais apenas se pode escolher por meio de uma decisão do intérprete. Nesse sentido, destaca-se a necessidade de que toda a linguagem jurídica seja elaborada com base em uma retórica da impessoalidade e da neutralidade, exatamente para encobrir os elementos subjetivos que permeiam a atividade criadora inerente à interpretação jurídica.

É preciso destacar que, diferentemente dos demais trabalhos desenvolvidos sob orientação do Professor Gustavo Just, o presente se dedica a uma análise preponderantemente quantitativa de aspectos linguísticos utilizados nos votos selecionados e a perceber em que medida, ainda que de forma não exaustiva, linguagens semelhantes podem conduzir a conclusões divergente e argumentos diferentes podem servir de base para conclusões iguais. Ainda que as consequências a que se pretende alcançar pareçam pequenas em razão do reduzido *corpus* escolhido para estudo, o trabalho possui relevância dentro do projeto de pesquisa geral que busca melhor compreender os modos de argumentação do jurista brasileiro.

Dessa forma, o primeiro capítulo procederá a uma breve exposição da evolução da história mais recente em relação ao papel do intérprete do direito e dos métodos jurídicos formulados para conduzi-lo à decisão correta, na tentativa de demonstrar que cada mudança na concepção jurídica representa também uma alteração na concepção acerca da aplicação da

norma. Inicia-se com o pensamento jurídico inaugurado pela formação do Estado Moderno e vai até as correntes, da segunda metade do século XX, denominadas pós-positivistas.

O segundo capítulo é dedicado a explanação dos postulados da Teoria Realista da Interpretação, corrente teórica que assume uma concepção cética em relação à interpretação, com destaque da teoria das constrições, e da visão formulada por Pierre Bourdieu acerca da necessidade de que os elementos subjetivos levados em conta pelo julgador ao tomar uma decisão sejam encobertos, para que essa seja percebida como fruto de um trabalho racional.

Em seguida, no terceiro capítulo, haverá a demonstração de como foi feita a seleção dos casos a serem analisados, o RE nº 635.659 de São Paulo, ainda não concluído, a respeito da criminalização do porte de drogas para consumo próprio, e na ADI nº 4650, acerca da possibilidade de financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, bem como a escolha dos ministros do STF, a partir da pesquisa denominada *Qual é o grau de discordância e concordância entre os ministros do Supremo* publicada pelo Jornal Nexa.

Por fim, no restante do trabalho, será feito um exame de como foi feita a construção argumentativa dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso nos casos anteriormente destacados, à luz da postura cética adotada por Michel Troper e da retórica da objetividade, percebida por Pierre Bourdieu.

Ressalta-se, ainda, que, em relação ao desenvolvimento do presente trabalho, procedeu-se inicialmente à pesquisa e ao estudo bibliográfico. Já a segunda parte da monografia, teve como objetivo a aplicação das teorias anteriormente explanadas aos casos julgados pelo STF escolhidos. Deve-se mencionar também que o trabalho foi executado com observação das normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.

CAPÍTULO I – DA APLICAÇÃO MECÂNICA AO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO: BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA ACERCA DA INTREPRETAÇÃO DO DIREITO

O direito, como conhecido atualmente, tem sua origem com a formação do Estado Moderno. A partir dessa forma de organização estatal, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado passa a concentrar em si poderes, diferentemente do que ocorria na sociedade medieval, especialmente o de criar o direito, passando, assim, a haver um “processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado”¹.

Marco histórico desse período, o Código de Napoleão inaugurou a exigência de codificação, ideia desenvolvida pelos iluministas, a partir da convicção de que poderia existir um legislador universal e da necessidade de realizar um direito simples e unitário².

Seguindo a concepção iluminista, Montesquieu propõe em seu livro *O Espírito das Leis* o mecanismo de separação de poderes, capaz de garantir um funcionamento harmônico do Estado e de resguardar a liberdade dos indivíduos. Nessa doutrina, caberia ao legislativo criar o direito e ao judiciário, aplicá-lo, fazendo a conexão entre a lei, expressão da vontade da maioria, e o caso concreto.

A interpretação realizada pelos juízes, dessa forma, consistiria tão somente em aplicar a lei ao fato sob análise, por meio de uma atividade axiologicamente neutra, reproduzindo de forma expressa a lei. Uma decisão seria justa na medida em que fosse legal, isto é, logicamente derivada das normas gerais³. A necessidade de interpretação só surgiria nos casos de obscuridade normativa. Assim, os aplicadores do direito apenas o reconheceriam, mas nunca criariam direito novo⁴.

Para Luiz Alberto Warat, o ato de interpretação, nesse sistema formalista, seria um ato de conhecimento e não de vontade, por constituir uma atividade mecânica por meio da qual o juiz, através da aplicação de regras de cálculo lógico, obtém conclusões logicamente deriváveis. O raciocínio jurídico, segundo essa perspectiva, seria baseado em silogismos demonstrativos⁵.

A subordinação dos juízes a lei possuía a relevante função de resguardar a segurança jurídica, garantia do cidadão face às arbitrariedades que poderiam derivar de um julgamento baseado no senso de equidade próprio do juiz ou de sua vida social.

¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27.

² Ibidem, p. 65.

³ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p.53.

⁴ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo** – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 216.

⁵ WARAT, Luiz Alberto. Op. cit., p.55.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., foi o enfraquecimento da justiça e a arbitrariedade das decisões característica do antigo regime que proporcionaram a crítica dos pensadores iluministas e a valorização dos preceitos legais nos julgamentos dos fatos, causando um respeito quase mítico pela lei, base para o desenvolvimento da Escola da Exegese, de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico⁶.

Por meio do postulado da racionalidade, moldava-se um sistema jurídico sem lacunas ou contradições, como forma de assegurar o valor da segurança. Haveria, assim, um direito positivo, autossuficiente, preciso, claro e, especialmente, neutro⁷.

É nesse contexto de abstração de subjetividade do intérprete que são desenvolvidos os quatro métodos clássicos de interpretação (gramatical, histórico, sistemático e teleológico). Três desses métodos alcançaram, no século XIX, status de cânones com Savigny, que os denominava de elementos de interpretação. Tais métodos representavam caminhos para que o aplicador do direito recuperasse mecanicamente os elementos de significação previamente estabelecidos pelo legislador. Consistiam em formas de reduzir a subjetividade do intérprete, possibilitar seu autocontrole e orientar o seu agir para caminhos previsíveis⁸. Interpretar seria tão somente “compreender o pensamento do legislador manifestado no texto da lei”⁹.

O positivismo jurídico inaugurado pela Escola da Exegese vai desembocar mais tarde em pensadores, a exemplo de Kelsen, que criticavam o legalismo, flexibilizando-o e considerando imprescindível a necessidade de interpretação¹⁰.

Contrapondo-se ao legalismo, o positivismo-normativista considerava que, na resolução de um litígio concreto, existiriam não apenas uma, mas algumas decisões diferentes dentro do alcance dos textos aplicáveis, todas igualmente adequadas. A moldura, assim, recortaria as decisões corretas dentre as possíveis, mas não poderia determinar entre as corretas qual seria a melhor¹¹.

Kelsen estabelece que a escolha do intérprete entre as várias decisões possíveis derivadas da moldura legal é produto de um ato de vontade. No momento da escolha da decisão, entra o papel discricionário do julgador. Embora reconheça que a aplicação do direito recai, em

⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação** – 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 74.

⁷ WARAT, Luiz Alberto. Op. cit., p. 52.

⁸ KRELL, Andreas Joachim. **Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos da interpretação jurídica**. Revista Direito GV, JAN-JUN 2014. São Paulo: p. 299-303.

⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 266.

¹⁰ ADEODATO, João Maurício. Op. cit., p.218.

¹¹ Ibidem, p. 218.

grande parte, em atos cognitivos, considera que, se houver um desequilíbrio, prevalece o ato de vontade e não aquele¹².

Também seguindo a perspectiva de indeterminação do direito, Hart considera que há casos simples nos quais as expressões gerais são aplicáveis de forma clara; existindo, contudo, casos em que não é claro se a aplicação é devida ou não. Nesse sentido, percebeu que a linguagem geral em que a regra é expressa, dotada de uma textura aberta, pode guiar apenas de modo incerto. O poder discricionário deixado pela linguagem ao intérprete é amplo, de modo que, se ele aplicar a regra, a conclusão a que se chega é na verdade uma escolha, mesmo que possa não ser irracional ou arbitrária¹³.

De acordo com Travessoni, muitas vezes, características de outros movimentos anteriores, destacadamente a Escola da Exegese, são atribuídas incorretamente ao Positivismo. Ressalta-se perspectivas como considerar o código a única fonte do direito, a defesa de uma aplicação mecânica das normas e a afirmação de que os princípios servem para preencher lacunas legais, típicas da Escola da Exegese, que foram, na verdade, combatidas pelo Positivismo Jurídico. Tais posturas do Legalismo não se sustentaram no século XX, tendo recebido diversas críticas de autores, a exemplo de Kelsen¹⁴.

Com o segundo pós-guerra, acentua-se a importância da ideia de limitação jurídica do poder “como princípio da legitimação na medida em que advento da noção de democracia constitucional reforça sua ascendência sobre o campo político enquanto plano concorrente de legitimidade”¹⁵. Nesse sentido, a Lei Fundamental alemã de 1949 inaugurou uma série de mecanismos concretos de limitações jurídicas do exercício do poder, destacando-se a garantia dos direitos fundamentais, um amplo sistema de controle de constitucionalidade das normas e a instituição de limites da reforma constitucional¹⁶.

Na vigência da Constituição alemã de 1919, os doutrinadores procediam, muitas vezes, à dogmática da “quebra constitucional”, isto é, a adoção de uma medida contrária a uma norma constitucional, com a maioria constitucionalmente exigida para tal modificação, mas que se aplicava apenas a uma ou várias situações específicas, com caráter excepcional, de forma que o dispositivo da Constituição contrariado não era revogado. No pós-guerra, passou-se a considerar que tal técnica, muitas vezes, havia tornado possível, sob a alegação de legalidade,

¹² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p.262.

¹³ HART, Hebert. **O conceito do direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 139-140.

¹⁴ TRAVESSONI, Alexandre. **Pós-positivismo jurídico**. p. 5.

¹⁵ JUST, Gustavo. **Da hermenêutica filosófica à nova vulgata metodológica**, p. 508.

¹⁶ Ibidem, p. 508.

a substituição gradativa da democracia da República de Weimar pelo autoritarismo do Terceiro Reich, decorrente da incerteza que gerava o conteúdo do direito constitucional então em vigor. Assim, a instituição de um sistema rígido de alteração do texto demonstra a preocupação de aprimorar os aparelhos jurídicos destinados à proteção da Constituição e de evitar o ressurgimento do “Estado de não-direito”¹⁷.

O crescimento considerável da importância da Constituição, durante o século XX, decorre principalmente do aumento gradativo da rigidez, ou seja, da sua supremacia formal¹⁸. As normas constitucionais passam, então, a ter uma força normativa bem delimitada, deixando de ser um mero programa para o Estado e os princípios gerais do direito, por sua vez, foram convertidos em princípios constitucionais, assumindo a superioridade na pirâmide normativa e um papel central na teoria da interpretação¹⁹.

A importância crescente da Constituição, no século XX, provém ainda da expansão de seu conteúdo para temáticas antes reservadas a outros âmbitos do direito. O processo de constitucionalização do direito, em conjunto com a generalização da supremacia formal da Constituição, possibilita falar em uma imanência constitucional de todo o direito.²⁰

O Poder Judiciário passa, com o controle de constitucionalidade, a desempenhar o protagonismo do cenário político. Na medida em que o julgador constitucional garante o “império da Lei Fundamental” e, assim, a primazia do próprio direito, o culto do direito proporciona, em última instância, ao culto do seu guardião²¹.

No entanto, a possibilidade de o judiciário avaliar e, eventualmente, afastar a legalidade de normas elaboradas pelos representantes do povo, regularmente eleitos, põe em discussão os princípios balizadores do Estado constituído a partir das revoluções burguesas: a supremacia da vontade popular e a separação dos poderes. Como explicar que uma corte constitucional composto por membros não eleitos possa anular a expressão mais eminente da vontade dos representantes do povo?²²

Para Gustavo Just, há dois caminhos para a explicação da legitimidade do controle de constitucionalidade pelo judiciário. De acordo com a primeira vertente, ao assegurar o sentido da Constituição, a jurisdição constitucional exercida pelos juízes está a serviço da expressão da

¹⁷ Ibidem, p. 508-509.

¹⁸ JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

¹⁹ TRAVESSONI, Alexandre. Op. cit., p. 5.

²⁰ JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43-44.

²¹ JUST, Gustavo. **Da hermenêutica filosófica à nova vulgata metodológica**, p. 510.

²² JUST, Gustavo. **A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional”**, p. 1

soberania popular. O verdadeiro exercício dessa soberania não seria identificado tão somente na atividade legislativa ordinária, mas também na produção de normas de nível constitucional.

A segunda explicação, por outro lado, não conecta o controle ao princípio da soberania popular, mas sim ao princípio do Estado de direito, lembrando que esse princípio representa, juntamente com a democracia, a segunda fonte de legitimação do Estado constitucional. No entanto, essa vertente conduz a um dilema: se as normas apenas são legítimas quando estão em concordância com os direitos fundamentais, o legislador não pode atribuir qualquer valor as leis que edita – o que põe em sacrifício o dogma da soberania popular; se, em contrapartida, a legitimidade das normas depende da sua elaboração democrática, então o legislativo não está condicionado na escolha do conteúdo das normas que elabora, permitindo que ele revogue qualquer lei preexistente – nesse caso, se faz ceder o dogma do Estado de direito²³.

Ademais, pode-se afirmar que a concepção contemporânea da teoria geral do direito colocou em foco a importância da interpretação na experiência jurídica, ou seja, o caráter essencialmente interpretativo do direito. A relevância da questão da interpretação no cenário atual ocorreu paralelamente ao processo de crescimento da crise de indeterminação do direito, processo esse que deslocou o centro do pensamento jurídico da produção legislativa para o momento da aplicação e, conseqüentemente, da interpretação do direito²⁴.

O deslocamento da proteção da Constituição para o judiciário põe em crise a concepção da aplicação do direito como um silogismo, ou seja, como uma aplicação mecânica da lei e, em último caso, o dogma da lei com expressão de uma vontade certa, determinada e pré-fabricada²⁵. Há, conseqüentemente, a quebra da concepção de que criação e aplicação do direito consistiam em etapas dissociadas.

Com o denominado neoconstitucionalismo, o Pós-positivismo, tendência inacabada do pensamento atual, buscou resolver o problema herdado dos positivistas: o poder discricionário. Positivistas, como Kelsen e Hart, entenderam que a aplicação de normas jurídicas a casos concretos gerava, em princípio, várias e não apenas uma interpretação. Constataram a característica, mas não buscaram uma solução²⁶.

As teorias da interpretação que buscaram superar a questão do poder discricionário encararam os princípios jurídicos sob uma perspectiva diferente da que existia nas correntes positivistas. Contudo, não é possível afirmar que foram os pós-positivistas os primeiros a

²³ Ibidem, p. 2-3.

²⁴ JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.55.

²⁵ Ibidem, p. 3.

²⁶ TRAVESSONI, Alexandre. Op. cit., p. 4

considerar a força normativa dos princípios. Isso porque, os próprios positivistas, ao constatarem que não existe direito natural, tiveram que enquadrar os princípios jurídicos dentro do direito posto e considerá-los normas aplicáveis, assim como as demais. Os princípios são, para positivistas como Kelsen, normas gerais; Hart, regras de textura aberta; e Bobbio, regras generalíssimas²⁷. Os pós-positivistas, então, herdaram a tradição positivista ao perceber a força normativa dos princípios, mas se distanciaram desses, ao colocá-los no centro da teoria da interpretação²⁸.

Nessa perspectiva, pós-positivistas, como Ronald Dworkin e Robert Alexy, atribuíram importante papel aos princípios jurídicos. Dworkin, buscando um ataque geral contra o Positivismo e, em especial, contra a teoria de Hart, estabelece que a diferença entre regras jurídicas e princípios jurídicos é de natureza lógica. Isso porque as regras são aplicadas à maneira do “tudo-ou-nada”. Já os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância. Em caso de choque de princípios, o julgador deve levar em consideração a força relativa que cada um desses princípios possui²⁹.

Alexy, em sentido semelhante, define princípios como mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em diversos graus e “pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”³⁰. As regras, por outro lado, seriam normas que devem ser sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Caso duas regras colidam, a solução deve se pautar em uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Se esse método não for possível, deve haver a declaração de invalidade de uma das normas e, portanto, a sua exclusão do ordenamento jurídico. No entanto, em caso de colisão de princípios, deve prevalecer o princípio com maior peso naquela situação concreta. Sob outras condições, a prevalência pode se dar de outra forma. Não significa que o princípio cedente deve ser declarado inválido, nem que deve ser introduzida uma cláusula de exceção. Isso porque os princípios, diferentemente das regras, não possuem uma precedência absoluta. Assim, o conflito deve ser solucionado por meio de um sopesamento dos interesses contrários, que tem como objetivo definir qual desses interesses – que em abstrato possuem valores equivalentes – tem maior peso no caso concreto. Dessa forma, Alexy conclui

²⁷ Ibidem, p. 5.

²⁸ Ibidem, p.5.

²⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-42.

³⁰ ROBERT, Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

que os conflitos entre regra se dão no âmbito da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso³¹.

CAPÍTULO II – A NECESSIDADE DE PERCEPÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL COMO FRUTO DA RACIONALIDADE

2.1. A Teoria Realista da Interpretação

Diversas correntes teóricas atuais são marcadas por uma postura cética em relação à interpretação. Dentre tais teorias, destaca-se a Teoria Realista da Interpretação, cujo desenvolvimento na França se deu na chamada “Escola de Nanterre”, tendo como mentor Michel Troper³².

A Teoria Realista se desenvolveu como uma variante do Positivismo Jurídico e, especialmente, das teses kelsianas, conduzida sob influência do realismo jurídico e da filosofia analítica³³.

De acordo com Michel Troper, as teses realistas podem ser sintetizadas em três pontos: (a) a interpretação é uma função da vontade e não do conhecimento; (b) ela não tem por objeto as normas, mas enunciados ou fatos; (c) ele confere àquele que a exerce um poder específico³⁴.

Troper indica que existem duas possibilidades de perceber a interpretação: compreender que interpretar é **indicar** o significado de uma coisa ou é **determinar** o significado desta coisa³⁵. Para a primeira tese, a interpretação seria uma função do conhecimento, na medida em que interpretar é redescobrir e, assim, conhecer, um sentido externo, preexistente. A tese da interpretação como uma função da vontade, por outro lado, considera que o sentido de um texto legal não possui existência independente da interpretação, não podendo ser redescoberto, representando, na verdade, uma produção do próprio intérprete³⁶.

Um argumento importante da tese da interpretação-vontade consiste em afirmar que a interpretação *contra legem* não existe. Retomando a distinção elaborada por Kelsen, interpretação doutrinária é aquela que provém de um particular, principalmente da ciência do direito³⁷. Já a interpretação autêntica é aquela realizada pelo órgão jurídico encarregado de

³¹ Ibidem, p. 93-95.

³² JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.157-158.

³³ Ibidem, p. 158.

³⁴ TROPER, Michel. **Uma teoria realista da interpretação**. Tradução de Valeschka e Silva Braga. Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus – n. 08, ano 04, 2006.2, p. 282.

³⁵ Ibidem, p. 281.

³⁶ JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.161-162.

³⁷ Ibidem, p. 162.

aplicar a norma³⁸. Troper ressalta que “a interpretação autêntica é à qual o ordenamento jurídico atribui a produção de efeitos, aquela que se impõe”³⁹. Sendo assim, qualquer que seja o conteúdo atribuído pelo intérprete autêntico, ainda que pareça insensato ou contrário a todas as interpretações dadas por outras pessoas, é esse que se sobrepõem⁴⁰. Desse modo, o texto legal não possui um sentido autônomo em relação à interpretação autêntica, impondo-se qualquer que seja o significado a ele atribuído. A interpretação autêntica não pode ser comparada a um significado distinto da que ela atribuiu, e é exatamente a possibilidade de se realizar essa comparação que pressupõem a interpretação *contra legem*⁴¹.

Ao lado do argumento de que a interpretação *contra legem* não existe, Troper lança mão também do argumento de que não há sentido redutível à intenção do legislador. Troper defende que, mesmo que o autor no sentido jurídico se confunda com o autor intelectual e que todos os membros do órgão colegiado que aprovaram o texto legal tenham sido sinceros em suas opiniões, os julgadores não poderiam ter formulado uma interpretação que se referisse a certa situação concreta para qual é necessária a interpretação do texto, já que, no momento da elaboração dessa interpretação, não poderiam ter em vista esse específico objeto concreto, mas apenas uma categoria de situações. Dessa forma, se não for possível conhecer a vontade originária do legislador, o julgador nunca poderia aplicar a norma a situações não previstas anteriormente e teria que se recusar a julgar. Ainda que fosse possível enquadrar inequivocamente a situação concreta à classe originalmente estipulada, o juiz não estaria agindo em conformidade com a intenção do legislador, já que este tinha em mente tão somente a categoria de objetos e não aquele em específico. Troper conclui então que, para que a vontade do legislador ao elaborar determinada norma seja integralmente respeitada quando da aplicação pelo juiz, seria necessário definir o significado da lei não apenas como aquilo que o legislador possuía em mente, mas também todas as consequências disso que se pensou e que seria razoável supor que tenham sido levadas em consideração. Percebida dessa forma, a interpretação legal conforme as intenções do legislador seria sempre, na realidade, uma construção do intérprete⁴².

Troper destaca, ainda, que não existe sentido objetivo das normas independente das intenções. Isso porque os diversos métodos interpretativos, a exemplo do gramatical e do histórico, conduzem a resultados diferentes, sendo papel do intérprete decidir entre um desses

³⁸ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 250.

³⁹ Just, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.162.

⁴⁰ Troper, Michel. **Uma teoria realista da interpretação**. Tradução de Valeschka e Silva Braga. Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus – n. 08, ano 04, 2006.2, p. 283.

⁴¹ Just, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 162.

⁴² *Ibidem*, p. 163.

resultados. Antes do momento interpretativo, os textos legais não possuem qualquer sentido, mas estão esperando por uma atribuição de significado. Portanto, “é a decisão do intérprete de fazer prevalecer um método sobre o outro que, sozinha, produz o referido sentido”⁴³.

O segundo ponto da Teoria Realista da Interpretação recai sobre o fato de que o objeto da interpretação não seria a norma jurídica, mas na verdade os fatos. Seguindo a teoria da interpretação-vontade, se a interpretação produz o significado e se a norma é um significado, então a norma não pode preexistir à interpretação, que, por outro lado, não a pode ter como objeto⁴⁴.

Nessa perspectiva, a interpretação só poderia se encaminhar para elementos que não possuem essencialmente um sentido, ou seja, textos ou fatos. Contudo, a interpretação não se restringe ao estabelecimento do significado, mas também compreende o seu estatuto, isto é, a sua qualificação, a sua própria condição de texto jurídico. Uma vez que é o estatuto do texto que estabelece a competência da autoridade que o interpreta, o próprio intérprete pode decidir sobre sua competência⁴⁵. Se o estatuto do texto é determinado pelo intérprete, então este estabelece não apenas os limites da sua própria competência, mas também os do legislador⁴⁶.

A Teoria Realista resolve o problema da validade nos moldes kelsianos. Para Kelsen, é a norma superior o fundamento de validade de todas as normas de um ordenamento jurídico. Entretanto, segundo Troper, tal raciocínio possibilita compreender as razões de os juristas considerarem certas normas como válidas, mas não porque o são real ou objetivamente. Solucionando essa questão, a Teoria Realista dispõe que uma norma é válida porque ela foi produzida durante o processo de interpretação⁴⁷.

Em relação à terceira perspectiva da Teoria Realista, Troper ressalta que o intérprete é dotado de uma grande liberdade no sentido jurídico. Isso quer dizer, quando uma autoridade possui a competência para dar uma interpretação autêntica, todas as interpretações por ela atribuídas serão igualmente válidas e produzirão efeitos jurídicos. No entanto, apesar dessa liberdade, Troper destaca que o julgador está, na verdade, sujeito a coações múltiplas, de forma que não se saberia dizer se ele de fato exprime sua vontade⁴⁸. Essas diferentes forças cogentes definem de que forma o juiz deve exercer sua liberdade para atribuir ao texto determinado

⁴³ TROPER, Michel. **Uma teoria realista da interpretação**. Tradução de Valeschka e Silva Braga. Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus – n. 08, ano 04, 2006.2, p. 285.

⁴⁴ JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.165.

⁴⁵ Ibidem, p. 166.

⁴⁶ TROPER, Michel. **Uma teoria realista da interpretação**. Tradução de Valeschka e Silva Braga. Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus – n. 08, ano 04, 2006.2, p.287.

⁴⁷ Ibidem, p. 288.

⁴⁸ Ibidem, p. 294.

significado em prejuízo de outro. Tais fatores de coação podem ser de ordem psicológica, sociológica, moral ou política, mas podem também decorrer do próprio sistema jurídico⁴⁹.

A eficácia do que Troper denominou de constrições decorre do fato de que, quando da escolha de uma decisão interpretativa, o julgador leva em consideração tanto as decisões que podem vir a ser tomadas por outras autoridades do sistema, como a inclusão do seu raciocínio a um conjunto de conceitos já anteriormente empregados por ele ou que são empregados por outros⁵⁰.

2.1.1. A (inacabada) Teoria das Constrições

A partir da constrição geral que é a necessidade de fundamentar suas decisões, o intérprete se sente coagido a justificar que a decisão por ele tomada tem origem em uma norma prévia do sistema, de modo que não seria possível proceder de outra forma. Para se chegar a uma decisão, o sistema de constrições oferece anteriormente um modo de raciocínio, que pode ser a atribuição um significado em detrimento de outro a um texto constitucional ou legislativo, a elaboração de um princípio considerado implícito ou a transformação de um conceito ou de uma teoria⁵¹.

A ideia de constrições jurídicas, em específico, forma-se a partir de duas perspectivas principais. A primeira delas diz respeito à configuração do sistema jurídico, o qual possui dois componentes essenciais: o conjunto de órgãos que possui competência normativa e o conjunto de conceitos utilizados no raciocínio jurídico. Já a segunda perspectiva destaca que o intérprete, em razão de estar inserido em um sistema, possui uma inclinação a agir de modo que sua existência institucional não seja ameaçada e que sua posição relativa não seja modificada ou que seja melhorada⁵².

Nesse sentido, é possível definir três constrições jurídicas a que está submetido o aplicador do direito. A primeira constrição é a necessidade que possui o intérprete de legitimar sua decisão interpretativa aos destinatários, bem como convencer os demais representantes de um órgão colegiado. No âmbito dessa constrição, o intérprete se sente coagido a justificar sua decisão alegando que ela decorre de uma norma preexistente do ordenamento jurídico. Consiste

⁴⁹ JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.168

⁵⁰ Ibidem, p. 168-169.

⁵¹ Ibidem, p. 180.

⁵² Ibidem, p. 184.

na alegação de que a sua decisão seria a única possível, que não se poderia agir de outro modo, dissimulando, assim, o poder que de fato possui⁵³.

Além disso, para que preserve a sua posição relativa no sistema, o intérprete se vê obrigado a levar em consideração como as demais autoridades poderiam exercer suas competências⁵⁴. Corresponde a necessidade de se observar como os demais órgãos decidem.

A terceira constrição estabelece que o julgador “é constrangido a ser coerente com os métodos e os conceitos que utiliza”⁵⁵. Para que sua legitimidade não seja questionada, o intérprete precisa apresentar uma linha decisória estável, distante de arbitrariedades.

Sendo assim, por estar submetido a uma série de constrições decorrentes de âmbitos diversos do sistema jurídico, o intérprete não pode usufruir livremente da liberdade decisória que, teoricamente, possui.

Nessa perspectiva, é interessante destacar a análise realizada por Gustavo Just sobre a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos acerca da norma francesa que banuiu o uso em público da burca. Dentre as várias justificativas para demonstrar a necessidade do banimento, a exemplo da segurança pública, da dignidade da pessoa humana e da igualdade de gêneros, a Corte adotou, surpreendentemente, o argumento de que o banimento da burca protegeria a interação social ou o direito de viver em um espaço de socialização que torna a “convivência social” mais fácil. Para Gustavo Just, a estratégia argumentativa escolhida pela Corte foi aquela que, dentre todas as coisas, (a) melhor se adequou ao compromisso da Corte com a persuasão e com a “objetividade e neutralidade retórica”; e (b) foi ao menos neutra na perspectiva de preservação do futuro poder interpretativo da Corte⁵⁶. Just ressalta, entretanto, que tal inovação pode representar uma restrição no critério da Corte, na medida em que a adoção do princípio do “living together” cria uma nova constrição para argumentações futuras. Seguindo a Teoria das Constrições de Troper, esse seria um exemplo de uma situação em que uma constrição argumentativa criou uma outra constrição. A Corte precisou reconhecer o princípio do “living together” para evitar justificativas retoricamente mais custosas, porém esse reconhecimento, embora eficiente para as necessidades do caso em questão, acabou por criar um a nova constrição na forma de um futuro peso argumentativo⁵⁷.

⁵³ Ibidem, p. 184 – 185.

⁵⁴ Ibidem, p. 185.

⁵⁵ Ibidem, p. 185.

⁵⁶ JUST, Gustavo. **Interpretative Choices and Objectivity-Oriented Legal Discourse: A Stratgic Analysis of the ECtHR Ruling on the French Face Veil Ban**, p. 8 – 10.

⁵⁷ Ibidem, p. 10-11.

2.2. A retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade

A partir do ideal de tornar o direito uma ciência, a semelhança das ciências da natureza, os juristas se preocuparam em construir um sistema além dos fatores sociais, buscando internamente um fundamento.

Os métodos interpretativos, seja a tradição dos brocardos, os métodos clássicos elaborados por Savigny ou a recente metodologia pós-positivista, são vistos como técnicas rigorosas para redescobrir o sentido originalmente pretendido pelo legislador ao elaborar a norma.

No entanto, como analisado por Troper, os diferentes métodos reconhecidos como válidos conduzem a resultados diferentes dentre os quais apenas se pode escolher através de uma decisão. É a decisão do intérprete que faz com que um método prevaleça sobre outro⁵⁸. A interpretação é, assim, entendida como uma função da vontade.

Nesse sentido, uma vez que os métodos interpretativos não conduzem a uma única decisão interpretativa, tais mecanismo funcionam, na verdade, como forma de apresentação da decisão ou recurso de justificação, com o objetivo de atender ao requisito de legitimidade.

Para Pierre Bourdieu, a concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito contribui para fazer com que o ordenamento jurídico pareça aos que o impõem, e também aos que a ele estão sujeitos, como independente das relações de força que ele consagra⁵⁹.

Bourdieu ressalta que a lógica paradoxal de uma divisão do trabalho representa o princípio verdadeiro de um sistema de normas e práticas, que possui, aparentemente, como fundamento a equidade de seus princípios, a coerência de suas formulações e no rigor de suas aplicações, ou seja, como contemplador, simultaneamente, da lógica positiva da ciência e da lógica normativa da moral⁶⁰.

É mais fácil para os juristas convencerem-se de que o fundamento do direito se encontra nele próprio, isto é, numa norma fundamental, a exemplo da Constituição, a partir da qual decorrem todas as demais normas inferiores, que tende a conferir a aparência de visão ordenada da ordem social por eles produzida⁶¹.

Nesse sentido, para Bourdieu, a maioria dos elementos linguísticos característicos da linguagem jurídica concorrem para produzir dois efeitos maiores. O primeiro deles é o efeito

⁵⁸ TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins, 2008, p. 125.

⁵⁹ BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 212.

⁶⁰ Ibidem, p. 213.

⁶¹ Ibidem, p.214.

da neutralização, obtido por meio de um conjunto de marcos sintáticos, a exemplo de construções passivas e de frases impessoais, que objetivam passar impessoalidade a um enunciado normativo e representar o aplicador da norma como um sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objetivo. O segundo efeito, em consonância com o primeiro, é o da universalização, alcançado através de processos como o recurso sintático ao indicativo para enunciar normas, a utilização da retórica da atestação oficial e de verbos atestativos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado, o presente intertemporal e o futuro jurídico⁶².

Bourdieu conclui, então, que seria essa “retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade”⁶³ a expressão do funcionamento do sistema jurídico e, particularmente, do processo de racionalização, marca característica dos esforços do campo jurídico.

Em sentido semelhante, Torquato Castro Jr., ao tratar da impossibilidade de se descobrir a denominada interpretação correta, que estremece a retórica da neutralidade, afirma que “a questão é que a retórica “tradicional” do “saber jurídico” consiste em fazer passar por saber o que, no fundo, é querer – sabido ou alienado”⁶⁴.

Por outro lado, Andreas Krell, apesar de reconhecer que a justificativa de uma decisão jurídica usualmente deixa de expressar razões que se encontrem fora dos padrões comuns de argumentação, defende que os métodos de interpretação são importantes meios de apoio ao trabalho do julgador, funcionando como norte para as próprias decisões⁶⁵.

O cânone jurídico seria como um reservatório de autoridade, o qual garante a autoridade dos atos jurídicos singulares. Há a propensão, principalmente na atuação dos magistrados, de se refugiar, ao exercerem o papel de intérprete das normas, na aparência ao menos de uma simples e lógica aplicação da lei, e, quando fazem algum trabalho de criação, de tentarem dissimulá-la⁶⁶.

De acordo com Bourdieu, os juristas exercem uma exegese com o intuito de conferir racionalidade ao direito positivo por meio do trabalho do controle lógico essencial a garantia da coerência do corpo jurídico e para deduzir dos textos consequências não originalmente previstas, preenchendo, dessa forma, as lacunas no ordenamento jurídico⁶⁷.

⁶² Ibidem, p. 215 - 216.

⁶³ Ibidem, p. 216.

⁶⁴ CASTRO JR., Torquato. **A bola do jogo: uma metáfora “performativa” para o “desafio” da pragmática da norma jurídica.** In: ADEOTADO, J. M.; BITTAR, E.. (Org.). **Filosofia e teoria geral do direito.** Estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 1084.

⁶⁵ KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., p.310-315.

⁶⁶ BORDIEU, Pierre. Op. cit., p. 219.

⁶⁷ Ibidem, p. 221.

O juiz não atua de forma mecânica, deduzindo a partir da lei, as consequências aplicáveis a um caso específico sob análise, mas, na verdade, possui uma autonomia, que representa a melhor medida da sua posição na estrutura da distribuição do capital específico de autoridade jurídica. Os julgadores possuem, nesse sentido, uma função de invenção⁶⁸.

Em sentido semelhante, Warat destaca que os métodos interpretativos representam o álibi teórico para ocultar os elementos que conduzem a aplicação do direito. Dessa forma, sob a aparência de atividade científica, criam-se fórmulas interpretativas para permitir: a) veicular uma representação imaginária a respeito do papel do direito na sociedade; b) mascarar as relações existentes entre os precedentes judiciais e a problemática dominante; c) apresentar as diretrizes éticas do pensamento jurídico como verdades constituídas a partir dos fatos ou das normas; d) legitimar a neutralidade do aplicador do direito e conferir-lhes um estatuto de cientistas⁶⁹.

Nessa perspectiva, Bourdieu afirma que o conteúdo da norma expresso na decisão interpretativa representa:

o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das regras possíveis, e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa (...)⁷⁰

Na sociologia de Bourdieu, o trabalho de racionalização, exercido pelo julgador ao chegar a uma decisão judicial, confere à decisão judicial, composta muito mais pelo arbítrio do julgador do que por normas puras estáticas, a eficácia simbólica necessária ao reconhecimento de sua legitimidade. Assim, toda a valorização do ato de interpretar acompanha o esforço coletivo do campo jurídico destinado a atestar que a decisão não representa a vontade e a visão de mundo do julgador, mas sim a *volunta legis* ou *legislatoris*⁷¹.

Para Gustavo Just, um compromisso essencial daqueles que estão envolvidos com a aplicação de normas jurídicas é assegurar que a decisão tomada em nome de uma lei válida seja apresentada, justificada e percebida como objetiva, significando que ela é não a expressão da arbitrariedade ou das preferências subjetivas do julgado, mas sim um critério neutro e imparcial preexistente e superior tanto as partes envolvidas como ao terceiro que aplica a norma⁷².

⁶⁸ Ibidem, p. 222 – 223.

⁶⁹ WARAT, Luiz Alberto. Op. cit., p. 88.

⁷⁰ Ibidem, p. 224.

⁷¹ Ibidem, p. 225.

⁷² JUST, Gustavo. **Interpretative Choices and Objectivity-Oriented Legal Discourse: A Strategic Analysis of the ECtHR Ruling on the French Face Veil Ban**, p.2.

Torquato Castro Jr. conclui que “a “verdade” e a “neutralidade” em que se assenta a legitimidade das decisões jurídicas é produto do sucesso performativo de encenação, que oblitera a relativa “falsidade de sua imprecisão à objetividade”⁷³.

CAPÍTULO III – RAZÕES DA SELEÇÃO DOS CASOS CONCRETOS A SEREM DISCUTIDOS

A presente monografia propõe-se a analisar os votos dos ministros Luiz Roberto Barroso e Gilmar Mendes em dois casos julgados pelo STF: o Recurso Extraordinário nº 635.659 de São Paulo, que trata da descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, ainda não concluído, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650, a respeito do financiamento de campanhas eleitorais.

A escolha dos referidos parâmetros foi feita em razão, primeiramente, da complexidade das matérias abordadas, que suscitam relevantes discussões na sociedade, e da riqueza de fundamentos defendidos, possibilitando uma análise hermenêutica-argumentativa pertinente.

Ademais, a seleção dos julgadores a serem examinados teve como base pesquisa denominada *Qual é o grau de discordância e concordância entre os ministros do Supremo*⁷⁴, realizada por Daniel Mariani, Bruno Lupion e Rodolfo Almeida e publicada no Jornal Nexo,⁷⁵ a respeito da aproximação entre os votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

A referida pesquisa, que tomou como base o período de 08/08/2007 e 21/02/2017, examinou 65.693 processos obtidos a partir de três planilhas disponibilizadas pelo STF (Acervo originais; Acervo recursais; Decisões Pleno 2008-2012). Do total de 77.304 julgamentos realizados, o portal destacou 8.940 que foram realizados pelo plenário e que tiveram decisão não unânime. Desse total foram removidos 425 julgamentos (4,7%), em razão de pedido de vista; 92 (1,02%), porque a decisão não estava clara e 7 (0,1%), devido a não modulação. Ademais, foram descartados 6% dos votos não unânimes em razão de terem ocorrido mais de uma votação não unânime durante a mesma sessão, não tendo sido possível dividir

⁷³ CASTRO JR., Torquato. Op. Cit., p. 1086.

⁷⁴ A referida pesquisa é também utilizada e comentada na monografia de Diogo Corrêa Stepple Hiluey, “Desconexão entre conclusão e expressão do discurso jurídico: cartografia dos votos de Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski sob a perspectiva da retórica da objetividade”, realizada a partir do mesmo projeto de pesquisa em que se baseia este trabalho.

⁷⁵ <https://www.nexojournal.com.br/especial/2017/03/21/Como-os-ministros-do-Supremo-se-aproximam-ou-se-distanciam-entre-si-de-acordo-com-suas-decis%C3%B5es>

automaticamente os resultados de cada uma. Em 6% do total de votos houve uma votação unânime seguida de uma votação não unânime. Nessa hipótese, considerou-se apenas os dados da votação não unânime, por serem relevantes para o cálculo da proximidade entre os ministros.

Desse modo, em síntese, a pesquisa do site Nexo examinou cerca de 8.500 julgamentos não unânimes realizados pelos ministros do STF entre o período de 08/08/2007 e 21/02/2017.

A análise verificou que 71,5% dos julgamentos do plenário do STF são unânimes. Nas votações não unânimes, em 12% dos casos, apenas o Ministro Marco Aurélio votou contra. Em 9% do total de votações, só um ministro votou contra. Os casos em que dois ou mais ministros votaram contra correspondem a 7,5% dos julgamentos não unânimes. Conclui-se, ainda, que os julgadores que mais tendem a tomar decisões semelhantes entre si são Roberto Barroso, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Luiz Fux.

Para demonstrar visualmente a proximidade entre os ministros, foi elaborada um gráfico em que o número 0 indica uma maior concordância (identificado como a cor azul escuro) e o número 80 indica uma menor concordância (representado pela cor vermelha).

Comparando a similaridade dos votos dos ministros escolhidos para exame, Gilmar Mendes e Roberto Barroso, a proximidade entre eles foi definida como mediana.

Entretanto, é preciso destacar que, embora o exame elaborado pelo Jornal Nexo apresente conclusões interessantes, a pesquisa não consegue retratar de forma fiel a similaridade entre os votos dos ministros que compõem o STF, em razão de incluir nos processos analisados os casos de demandas de massa, em que a matéria discutida e a solução dada se repetem.

Para que seja possível, de fato, constatar como se dão as decisões da nossa Corte Constitucional, ou de seus integrantes, além dos casos de votação unânime, também deveriam ser excluídos os julgamentos, mesmo não unânimes, versando sobre demandas de massas, que acabam por mascarar os resultados a que chegam trabalhos desse gênero.

CAPÍTULO IV – O RE Nº 635.659: CONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO

4.1. Breve resumo do caso

O RE nº 635.659 de São Paulo, com repercussão geral, discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, cuja redação é a seguinte:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

O recorrente, Francisco Benedito de Souza, alegou, em resumo, que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal contraria o disposto no art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual se prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Defende que o direito elencado no citado dispositivo constitucional protege, desde que não ofensivas a terceiros, as escolhas individuais no âmbito privado. Dessa forma, argumenta que, para que determinado fato seja considerado crime, precisa lesionar bem jurídicos alheios.

Por outro lado, o Ministério Público sustenta, em síntese, que o art. 28 da Lei 11.343/2006 tutela como bem jurídico a saúde pública, em razão de a conduta do indivíduo que porta a droga, mesmo que para uso próprio, contribui, por si só, para a difusão do vício na sociedade.

Desse modo, RE 635.659 de São Paulo versa sobre a incompatibilidade existente entre o art. 28 da Lei 11.343/2006 e as garantias fundamentais da intimidade e da vida privada constitucionalmente previstas. O recurso, entretanto, não discute as consequências previstas no referido dispositivo, mas, na verdade, na vedação constitucional à criminalização de condutas que se referem apenas à espera privada de cada indivíduo.

Embora os ministros tenham chegado a conclusões semelhantes, as estratégias argumentativas eleitas por cada um foram distintas.

4.2. Padrões argumentativos preponderantes do voto do ministro Gilmar Mendes

A argumentação elaborada pelo Ministro Gilmar Mendes é marcada pela presença de uma linguagem erudita, na medida em que há constantes referências a doutrinadores estrangeiros, especialmente alemães, e alusões ao tratamento adotado por diversos países para a problemática do porte de drogas para consumo pessoal.

Inicialmente, para tratar dos limites do controle de constitucionalidade de norma penais, Gilmar Mendes recorre à doutrina alemã, citando o pensamento de Claus-Wilhelm

Canaris de que os direitos fundamentais contemplam, além do aspecto da proibição do excesso (*Übermassverbote*), a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbote*).

Ainda analisando as balizas do controle de constitucionalidade em matéria penal, Gilmar Mendes apresenta, com base na jurisprudência consolidada pela Corte Constitucional alemã, três níveis de controle de intervenção ou restrição a direitos fundamentais. O ministro cita o caso *Mitbestimmungsgesetz* (1978 *BVerfGE* 50, 290), no qual a corte alemã destacou três graus de intensidade do controle de constitucionalidade legal: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); e c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*).

O ministro explica que, no primeiro nível, a declaração da inconstitucionalidade de uma norma deve se basear na inidoneidade inequívoca das medidas presentes no ordenamento legal para a proteção de determinados bens jurídicos. Já no segundo nível, o controle de constitucionalidade diz respeito a verificar se todas as informações disponíveis foram consideradas pelo legislador e se esse analisou todas as consequências possíveis da aplicação da norma, uma vez que o conhecimento dos dados que serviram de base para a atuação do legislador torna possível averiguar se o órgão utilizou sua margem de atuação de maneira justificada. Por fim, no terceiro nível, em caso de evidente afetação grave a bens jurídicos fundamentais, o Tribunal poderá desconsiderar as valorações fáticas feitas pelo órgão legislativo, para fiscalizar se a intervenção no direito fundamental discutido está justificada corretamente por razões de importância extraordinária. Nessa hipótese, o controle realizado precisa ser mais rígido, uma vez que o julgador examina a própria ponderação realizada pelo legislador.

Gilmar Mendes procede também à conceituação dos crimes de perigo abstrato, classificação em que se insere o atual crime de porte de drogas para consumo pessoal. O ministro explica que tais tipos penais descrevem ações que, com base na experiência, proporcionam efetiva lesão ou perigo de lesão a determinados bens jurídicos dignos de proteção na esfera penal, mesmo que essa lesão ou perigo de lesão não venha a ocorrer de fato. Conclui, assim, que:

O legislador formula, dessa forma, uma presunção absoluta a respeito da periculosidade de determinada conduta em relação ao bem jurídico que pretende proteger. O perigo, nesse sentido, não é concreto, mas apenas abstrato. Não é necessário, portanto, que, no caso concreto, a lesão ou o perigo de lesão venham a se efetivar. O delito estará consumado com a mera conduta descrita na lei penal.⁷⁶

⁷⁶ Recurso Extraordinário 635.659 de São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>

Em sua argumentação, Gilmar Mendes distinguiu os conceitos de proibição, despenalização e descriminalização, que representam práticas regulatória possíveis em relação a matéria. O ministro destacou que o processo de descriminalização vem ocorrendo, com o apoio da ONU, em muitos países, a exemplo do Uruguai. A essa prática de deslocamento do tratamento das drogas do campo penal para o da saúde pública tem sido denominada de políticas de redução de danos e de prevenção de riscos.

Ademais, o ministro apresentou também argumentos consequencialistas, ao expor os resultados de estudo realizado acerca da atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. Destacou, por exemplo, a constatação da pesquisa de que 75,6% dos apreendidos foram jovens na faixa etária entre 18 e 29 anos. Da mesma forma, o ministro expôs pesquisa mais recente realizada com base em 667 autos de prisão em flagrante na cidade de São Paulo.

Gilmar Mendes continua com o discurso pragmático ao abordar levantamento realizado em 2012 em cerca de 20 países que, nas últimas duas décadas, passaram a adotar modelos mais flexíveis para a posse de drogas para uso próprio, a partir da despenalização ou da descriminalização. Destaca que, em nenhum desses países, houve grandes mudanças na proporção da população que faz uso regular de drogas.

O ministro cita também os estudos realizados pelo Centro Europeu de Monitoramento de Drogas e Dependência (EMCDD), demonstrando uma preocupação em verificar como a matéria discutida é tratada por outros países.

Ao discorrer a respeito da necessidade da norma impugnada, a partir do controle material de intensidade, Gilmar Mendes, reiteradamente, faz uso da aqui denominada linguagem erudita. Nesse ponto, a argumentação do ministro é marcada pela referência a doutrina estrangeira, como a de Robert Alexy, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, além do destaque a dispositivos da Lei Fundamental alemã, por exemplo:

Alguns ordenamentos constitucionais consagram expressamente a proteção do núcleo essencial, como se lê no art. 19, II, da Lei Fundamental alemã, que estabelece que *“em nenhum caso poderá ser um direito fundamental violado em sua essência”*⁷⁷

Continuando com o direito comparado, o ministro Gilmar Mendes ressalta que as Constituições de Portugal e da Espanha possuem artigos que limitam a atuação do Poder Legislativo na restrição ou conformação de direitos fundamentais.

Nesse sentido, o ministro conceitua o princípio da proteção do núcleo essencial como

⁷⁷ Recurso Extraordinário 635.659 de São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>

instrumento destinado a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

Além disso, Gilmar Mendes aborda o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, presente expressamente em ordenamentos jurídicos estrangeiros, a exemplo da Lei Fundamental alemã, como violado em razão da criminalização da posse de drogas para consumo individual. A partir de outros ordenamentos jurídicos, o ministro chega também ao direito geral de personalidade, expresso na Constituição brasileira por meio da dignidade da pessoa humana e do direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem.

Ressalta o ministro que, na defesa do indivíduo contra interferências externas indevidas, inclusive por parte do Estado, pode ser invocado o princípio da liberdade geral, que não permite restrições à autonomia da vontade sem que essas sejam necessárias à consecução de algum fim de matriz constitucional.

O ministro conclui, então, que, em razão de a relevância penal da posse de drogas para consumo pessoal depender da validade da incriminação da autolesão, a criminalização da posse de drogas nesses casos ofende os direitos à privacidade e à intimidade do usuário.

Por outro lado, Gilmar Mendes argumenta que não chega ao ponto de existir um direito a se entorpecer ilimitadamente, destacando decisão da Corte Constitucional alemã negando a existência de direito semelhante.

Em seu voto, o ministro procura mostrar, a partir do tratamento conferido por outros países, alternativas à criminalização. Expõe a não criminalização do porte e uso de pequenas quantidades de drogas como a alternativa à proibição mais em voga na atualidade, modelo adotado, em maior ou menor grau, por países como Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Alemanha e República Checa. O julgador abordou, nesse sentido, pesquisa demonstrando as consequências da adoção do modelo de não criminalização por esses países.

Ademais, abordando o direito comparado, Gilmar Mendes destaca que, no caso da Colômbia e da Argentina, a descriminalização ocorreu a partir de decisões tomadas por suas Cortes Constitucionais.

Ainda abordado as alternativas possíveis, o julgador apresentou tabela para indicar qual a alternativa à criminalização e que critérios de distinção foram acolhidos por alguns países.

O ministro conclui seu voto pelo provimento do recurso extraordinário para declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, de modo a afastar deste dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal.

4.3. Padrões argumentativos preponderantes do voto do ministro Roberto Barroso

O voto proferido pelo ministro Luiz Roberto Barroso, por sua vez, caracteriza-se pela presença, como anunciado pelo próprio julgador, de argumentos consequencialistas.

Inicialmente, o ministro ressalva que o caso concreto discutido em repercussão geral diz respeito ao consumo de 3 gramas de maconha e, portanto, seu voto vai se ater a este pressuposto.

De modo semelhante a Gilmar Mendes, Roberto Barroso faz uso da interpretação gramatical ao distinguir os termos descriminalizar, despenalizar e legalizar, que, segundo o ministro, significam, respectivamente, deixar de tratar como crime, deixar de punir com pena de prisão, mas punir com outras medidas e ser considerado como fato normal pelo direito, insuscetível de qualquer sanção. Nesse sentido, o ministro afirma que no processo em questão a discussão é acerca da descriminalização, e não da legalização.

Como um de seus argumentos consequencialista, o ministro afirma que a guerra às drogas, como política adotada desde a década de 1970 pelos Estados Unidos e materializada em três convenções da ONU, fracassou. Isso porque, após mais de 40 anos de intensa repressão à cadeia de produção, distribuição e fornecimento de drogas ilícitas, a realidade é a do “consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico”⁷⁸. Conclui, então, que “insistir no que não funciona, depois de tantas décadas, é uma forma de fugir da realidade”⁷⁹.

O julgador argumenta também que é necessário que a problemática do consumo de drogas seja analisada a partir da realidade brasileira, uma vez que, enquanto nos países de primeiro mundo, a maior dificuldade está no usuário, aqui, o problema é o poder dos traficantes, poder esse que decorre da ilegalidade da droga.

Nesse sentido, para o ministro, a prioridade deve ser, primeiramente, neutralizar, a médio prazo, o poder do tráfico, e, posteriormente, impedir que as cadeias brasileiras fiquem lotadas de jovens pobres e primários, “que entram com baixa periculosidade e na prisão começam a cursar a escola do crime, unindo-se a quadrilhas e facções”⁸⁰.

No tópico dos argumentos pragmáticos para a descriminalização, o ministro reforça o fracasso da atual política de combate às drogas. Afirma que, em lugar de reduzir o comércio e o consumo, a tática de criminalização permitiu o surgimento de um grande mercado negro, que fortaleceu o crime organizado.

⁷⁸ Recurso Extraordinário 635.659 de São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jota.info/docs/leia-o-voto-do-ministro-barroso-no-julgamento-das-drogas-10092015>.

⁷⁹ Recurso Extraordinário 635.659 de São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jota.info/docs/leia-o-voto-do-ministro-barroso-no-julgamento-das-drogas-10092015>.

⁸⁰ Recurso Extraordinário 635.659 de São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jota.info/docs/leia-o-voto-do-ministro-barroso-no-julgamento-das-drogas-10092015>.

Como segundo argumento pragmático, Roberto Barroso alega o alto custo para a sociedade do modelo criminalizador, o qual resultou em aumento da população carcerária, da violência e da descriminalização. O ministro sustenta que:

Da promulgação da lei de drogas, em 2006, até hoje, houve um aumento do encarceramento por infrações relacionadas às drogas de 9% para 27%. Aproximadamente, 63% das mulheres que se encontram encarceradas o foram por delitos relacionados às drogas. Vale dizer: atualmente, 1 em cada 2 mulheres e 1 em cada 4 homens presos no país estão atrás das grades por tráfico de drogas.

Cada vaga no sistema penitenciário custa, de acordo com o Depen, R\$ 43.835,20. O custo mensal de cada detento é de cerca de R\$ 2.000.

Além do custo elevado, há outro fenômeno associado ao encarceramento: jovens primários são presos juntamente com bandidos ferozes e se tornam, em pouco tempo, em criminosos mais perigosos. Ao voltarem para a rua, são mais ameaçadores para a sociedade, sendo que o índice de reincidência é acima de 70%. Por fim, há um outro problema: como não há critério objetivo para distinguir consumo de tráfico, no mundo real, a consequência prática mais comum, como noticiam, dentre muitos, Pedro Abramovay e Ilona Szabó, é que “ricos com pequenas quantidades são usuários, pobres são traficantes”.⁸¹

Além disso, o ministro argumenta que o sistema atual de guerra às drogas faz com que as preocupações com a saúde pública, que são, na verdade, o principal objetivo de controle de drogas, assumam uma posição secundária em relação às medidas de segurança pública e à aplicação da lei penal. Ressalta que a criminalização de condutas relacionadas ao consumo individual afasta o usuário dos tratamentos possíveis.

Da mesma forma que Gilmar Mendes, Barroso relata a experiência de outros países que abrandaram a política a respeito das drogas. Cita os exemplos de Portugal, que há mais de 10 anos descriminalizou o porte de drogas para uso próprio, e da Espanha, cuja lei não criminaliza o uso de droga, mas proíbe o consumo em público.

Como fundamentos jurídicos, o ministro apresentou três argumentos que justificam e legitimam a descriminalização a partir da Constituição pátria: violação ao direito de privacidade, à autonomia individual e ao princípio da proporcionalidade.

Barroso elenca também o princípio da lesividade, o qual exige que uma conduta tipificada pelo ordenamento jurídico ofenda um bem jurídico alheio. Assim, se uma determina conduta não extrapola o âmbito individual, o Estado não deve atuar pela criminalização. Explica que, como no caso das drogas o bem jurídico lesado é a própria saúde individual do usuário, não havendo lesão a bens jurídicos de terceiros, a criminalização do consumo de maconha não se mostra legítima.

⁸¹ Recurso Extraordinário 635.659 de São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jota.info/docs/leia-o-voto-do-ministro-barroso-no-julgamento-das-drogas-10092015>

Sob a perspectiva da proporcionalidade em sentido estrito, quando se afere o custo benefício da criminalização, Barroso afirma que:

O custo tem sido imenso – em recursos drenados para a repressão, para o sistema penitenciário, nas vidas de jovens que são destruídas no cárcere, no poder do tráfico sobre as comunidades carentes – e os resultados têm sido pífios: aumento constante do consumo⁸².

De forma semelhante ao relator do processo, o ministro Roberto Barroso também vota pela descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, por se tratar de medida constitucionalmente legítima, devido a razões pragmáticas, dentre as quais: (1) o fracasso da atual política de drogas, (2) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (3) os prejuízos à saúde pública; e a razões jurídicas, quais sejam: (1) o direito à privacidade, (2) a autonomia individual, e (3) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública.

CAPÍTULO V – A ADI Nº 4650: CONSTITUCIONALIDADE DO FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS POR PESSOAS JURÍDICAS

5.1. Breve resumo do caso

A segunda discussão a ser feita pelo presente trabalho diz respeito a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) em face dos art. 23, §1º, incisos I e II; 24; e 81, *caput* e §1º, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), e dos art. 32; 38, inciso III; 39, *caput* e §5º, da Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos). Confira-se o teor dos citados dispositivos:

Lei. 9.096/95:

“Art. 31. É vedado ao partido receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de:

I- entidades ou governos estrangeiros;

II- autoridades ou órgãos públicos, ressalvadas as dotações referidas no art. 38;

III- autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, sociedades de economia mista e fundações instituídas em virtude de lei e para cujos recursos

⁸² Recurso Extraordinário 635.659 de São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jota.info/docs/leia-o-voto-do-ministro-barroso-no-julgamento-das-drogas-10092015>

concorram órgão ou autoridades governamentais;

IV- entidade de classe ou sindical.”

“Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por:

.....

III- doações de pessoa física **ou jurídica**, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário”

“Art. 39. Ressalvado o disposto no art. 31, o partido político pode receber doações de pessoas físicas e **jurídicas** para constituição de seus fundos.

....

§ 5o. Em ano eleitoral, os partidos políticos poderão aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos de pessoas físicas ou jurídicas, observando-se o disposto no Parágrafo 1o do art. 23, no art. 24 e no Parágrafo 1o do art. 81 da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, e os critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias.”

Lei 9.504/97:

“Art. 23. As pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta lei:

§ 1o. As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas:

I - no caso de pessoa física, a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição.

II - no caso de candidato que utilize recursos próprios, ao valor máximo de gastos estabelecido pelo seu partido, na forma da lei.”

“Art. 24. É vedado a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, de:

I – entidade ou governo estrangeiro;

II - órgão da administração pública direta ou indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público;

III - concessionário ou permissionário de serviço público;

IV - entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal;

V - entidade de utilidade pública; VI - entidade de classe ou sindical; VII - pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba

recursos do exterior; VIII - entidades beneficentes ou religiosas; IX - entidades esportivas; X - organizações não-governamentais que recebam recursos públicos; XI – organizações da sociedade civil de interesse público. Parágrafo único.

Não se incluem nas vedações de que trata

este artigo as cooperativas cujos cooperados não sejam concessionários ou permissionários de serviços públicos, desde que não estejam sendo beneficiadas com recursos públicos, observado o disposto no art. 81.”

“Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

§ 1o As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição.”

Em síntese, a ADI versa sobre a possibilidade de financiamento das campanhas eleitorais não apenas por pessoas físicas, mas também por pessoas jurídicas, modelo que, de acordo com o Conselho Federal, máxima os vícios da dinâmica do processo eleitoral, por gerar uma intolerável dependência da política em relação ao poder econômico. Foi pedido também que o Congresso Nacional edite legislação que limite de maneira *per capita* e uniforme as doações realizadas por pessoas naturais e o uso de recursos próprios por parte dos candidatos nas campanhas.

Nesse sentido, a parte autora articula que tal modelo viola (1) o princípio da isonomia (CRFB/88, art. 5o, caput, e art. 14), (2) o princípio democrático (CRFB/88, art. 1o, caput e § único, art. 14, art. 60, §4o, II), (3) o princípio republicano (CRFB/88, art. 1o, caput) e (4) ao princípio da proporcionalidade, em sua dimensão de vedação à proteção insuficiente (“*Untermassverbot*”).

5.2. Padrões argumentativos preponderantes do voto do ministro Gilmar Mendes

O ministro Gilmar Mendes inicia sua argumentação na ADI nº 4650, de forma semelhante ao que ocorreu no RE nº 635.659 de São Paulo, utilizando uma linguagem erudita, ao explicitar, de modo detalhado, a história do financiamento de campanhas eleitorais e os modelos atualmente existentes em diversos países, como França, Estados Unidos e Alemanha. Veja-se trecho do voto do ministro:

Nota-se, portanto, que o modelo alemão atualmente permite a mistura dos recursos destinados ao financiamento dos partidos ordinariamente com aqueles destinados às campanhas eleitorais, o que os norte-americanos chamaram de mistura entre *soft* e *hard money*.

Além disso, a mais recente interpretação da Lei Fundamental de Bonn sobre o tema, emanada do Tribunal Constitucional alemão, impõe que os partidos sejam apenas parcialmente financiados com recursos públicos, visto que não devem se confundir com o Estado, antes precisam de estar conectados à sociedade, o que comprovaria o

diálogo entre partido e parcela relevante da opinião pública⁸³.

O julgador segue seu voto utilizando a denominada linguagem erudita descrevendo a evolução das regras sobre financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais na história brasileira. Da mesma forma, o ministro examina acontecimentos como a CPI do esquema PC Faria, o *impeachment* do presidente Collor e a atual Operação Lava Jato.

No entanto, em momento seguinte do seu voto, Gilmar Mendes passa a utilizar argumentos que caracterizam uma linguagem emotiva, a exemplo da seguinte passagem a respeito dos recentes escândalos de corrupção descobertos no país:

A investigação revela que o patrimônio público estaria sendo saqueado por forças políticas. Os recursos serviriam para manter a boa vida dos mandatários, mas não apenas isso. O esquema se afigura verdadeiro método de governar: de um lado, recursos do Estado fluíam para forças políticas; de outro, financiariam a atividade político-partidária e de campanhas eleitorais, a corrupção de agentes públicos, a manutenção de base partidária fisiológica, a compra de apoio da imprensa e de movimentos sociais e, claro, o luxo dos atores envolvidos. Ou seja, cuidava-se de método criminoso de governança, que visava à perpetuação de um partido no poder, por meio do asfixiamento da oposição.⁸⁴

Embora pareça desconexo em relação à exigência de objetividade das decisões judiciais, o estilo emotivo possui razão de ser e, desde Aristóteles, é considerado um dos meios eficientes de persuasão. Tal estratégia está relacionada ao *pathos*, que, de acordo com Aristóteles, consiste na habilidade do orador em produzir em seu ouvinte um determinado sentimento e, assim, convencê-lo.

O ministro expõe fundamentos com apelo emotivo ao tratar de situações fáticas de campanhas eleitorais. Destaca-se o seguinte trecho:

E esses recursos circularam para abastecer as campanhas eleitorais. O Diretório Nacional do PT, no período de agosto a outubro de 2014, doou **R\$ 13.655.000,00 (treze milhões, seiscentos e cinquenta e cinco mil reais)** à conta da candidata Dilma Rousseff. Aos candidatos, comitês ou diretórios regionais que concorriam nos estados, o valor do repasse tendo como doador originário uma das empresas investigadas foi da ordem dos **R\$ 53 milhões**.

Diretamente à campanha presidencial da candidata Dilma Rousseff, as empreiteiras investigadas doaram o valor total de **R\$ 47,5 milhões**.

Os ingressos são tão expressivos que a própria campanha parece ter servido como plataforma para que os recursos fossem novamente desviados para, sabe-se lá, que finalidade escusa. O ciclo se completa com despesas de campanha de duvidosa consistência.

⁸³ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>.

⁸⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>.

Nas últimas eleições presidenciais, a candidata vencedora despendeu grandes valores em contratos com fornecedores com incerta capacidade de cumprir ou entregar os respectivos objetos.⁸⁵

É também expressão da linguagem emotiva que Gilmar Mendes reiteradamente faz uso a presença de argumentos a respeito das campanhas eleitorais de determinado partido político, como na passagem acima, e de notícias veiculadas pela mídia, a exemplo dos seguintes excertos:

E esse verdadeiro duto de verbas públicas não se destinava apenas ao financiamento de um projeto de poder, o que já é de enorme gravidade. A mídia vem revelando que esses valores foram utilizados também para a compra de fazendas, de apartamentos, suas respectivas reformas de alto luxo, bem como para o financiamento de viagens dos líderes partidários.⁸⁶

[...]

Não deixa de ser interessante que o partido que é o grande beneficiário do esquema desvelado pela Operação Lava Jato e, sem sombra de dúvida, seu mentor, seja, também, o incentivador e até mesmo patrocinador de providências (esta ADI figura dentre elas) que visam a proibir a doação de empresas privadas a campanhas eleitorais. Como se explicar tal fenômeno? Sensibilidade de recém-convertido?

Ao analisar o pedido de limitação *per capita* das doações realizadas por pessoas naturais, o voto do ministro é caracterizado pelo uso da linguagem emotiva, a exemplo do que ocorre na passagem a seguir:

O que evidencia essa estratégia é o pedido absolutamente *sui generis*, constante da inicial, no sentido de que seja fixado limite *per capita* uniforme às doações de pessoas físicas. Algo que sequer se cogita em todo o mundo civilizado, tendo em vista que desvincular os limites de contribuições da capacidade de renda dos doadores significa, em qualquer parte do mundo, escancarar as portas à prática do crime de lavagem de dinheiro.

Igualmente, não prospera o argumento acerca de eventual dificuldade operacional em busca dessa espécie de doador. Isso porque recente experiência demonstrou espetacular competência para, em pouquíssimos dias, arrecadar milhares de reais para pagamento de multas decorrentes de condenações criminais impostas pelo Supremo Tribunal, enquanto, no exemplo proposto, basta obter o CPF da pessoa que não auferiu rendimentos acima do limite de isenção, pois o dinheiro, não se sabe de onde virá. Ou se sabe?⁸⁷

Como ocorrido em outras passagens do voto aqui destacadas, a linguagem emotiva utilizada por Gilmar Mendes é expressa por meio da discussão focalizada em um determinado

⁸⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>.

⁸⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>.

⁸⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>.

partido político. Dentre outros trechos, ressalta-se o seguinte:

O que se sugere por meio desta ação é que o escândalo mais recente estaria a recomendar o retorno ao modelo do escândalo anterior. Não bastasse o equívoco de trocar o fracasso atual pelo fracasso pretérito, o que se percebe é que a própria mudança parece parte do projeto de perpetuação do poder, não mediante gestões eficientes, mas por meio do desequilíbrio da concorrência eleitoral.

[...]

E é nessa quadra da História, com o alforje cheio, que o Partido dos Trabalhadores defende a vedação, ou ao menos a expressiva restrição, do financiamento privado de campanha. É impossível acreditar que o Partido que mais se beneficiou de doações privadas, legais ou não, nos últimos anos, tenha, agora, se convertido a uma posição contrária a qualquer espécie particular na política eleitoral.

A virada moralizadora por parte daqueles que, até o momento, fizeram do deixar-se corromper uma forma de vida é um embuste. É ingênuo crer que a corrupção cessaria pela proibição do financiamento privado. Os fatos revelados na CPI do caso PC Farias provam que o dinheiro encontra caminhos.

[...]

E o partido do poder segue podendo empregar seu *know-how* para desviar recursos ao caixa dois, irrigando a campanha com dinheiro sujo.

[...]

À oposição, resta buscar, na iniciativa privada, recursos para promover seu projeto. Proibir, formalmente, o acesso ao capital privado favorece, diretamente, a situação. O último pleito presidencial é exemplo de que o financiamento privado colabora para o equilíbrio do pleito. Em segundo turno, os candidatos terminaram virtualmente empatados.

É certo que a oposição contou com auxílio do desgaste dos escândalos de corrupção que macularam a imagem do governo. É certo, também, que a economia estava ingressando na espiral que hoje atravessamos, muito embora, na época, a fosse pedalada com o vigor das últimas forças da poupança pública.

Imagine-se, no entanto, uma campanha sem financiamento empresarial. Que condições a oposição teria de denunciar desmandos da situação e promover seu próprio projeto?⁸⁸

Em diversas passagens, o ministro lança mão de termos como “projeto de poder”, “partido que já se confundia com o Estado brasileiro”, “artífices desta ação direta”, “visão autoritária”, “manipulação da OAB”, “manipular a mais alta Corte de justiça brasileira”, “verdadeiro golpe nas instituições representativas brasileiras”⁸⁹, que demonstram a linguagem com apelo emocional utilizada pelo julgador.

⁸⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>.

⁸⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>.

Ademais, é expressivo em outras passagens o foco do ministro em escândalos de corrupção que envolveram um partido político específico, mais uma característica da utilização de uma linguagem emotiva. Como exemplo, tem-se os seguintes excertos:

Estamos falando do partido que conseguiu se financiar a ponto de chegar ao poder; uma vez no Governo, passou a manter esquema permanente de fluxo de verbas públicas para o partido, por meio de propinas e *pixulecos* de variados matizes; e, após chegar ao poder e a partir dele abastecer, de modo nunca antes visto na história do país, o caixa do partido, busca-se fechar as portas da competição eleitoral, sufocando os meios de financiamento dos concorrentes.

[...]

O partido engordado no poder pretendia fechar as portas de acesso ao Governo pelas quais ele mesmo lá chegou.

[...]

E não se diga que estou a exagerar, pois os fatos revelados pela Operação Lava Jato praticamente comprovam tudo o que se está a dizer aqui. Partidos que controlam a máquina administrativa assaltaram os cofres públicos, de modo que nadam em dinheiros públicos enviados para contas ilegais na Suíça e buscam inviabilizar o financiamento de seus competidores, os quais não contam com os desmandos administrativos para angariar fundos e, assim, seriam eleitoralmente aniquilados ao contar apenas com o quinhão de recursos públicos que lhes caberia.

O ministro conclui seu voto afirmando que, em relação à pretensão de impedir que pessoas jurídicas contribuam para o financiamento de campanhas eleitorais, a vedação de tal participação asfixiaria os partidos políticos que “não se beneficiaram do esquema criminoso revelado pela Operação Lava Jato, tornando virtualmente impossível a alternância de poder”⁹⁰.

Em relação à segunda pretensão, a de fixação de um limite *per capita* de financiamento por pessoas físicas, Gilmar Mendes vota no sentido de que essa medida representaria criminalizar o processo político-eleitoral e um convite à prática de crimes de lavagem de dinheiro.

Seguiu, portanto, a divergência, votando pela total improcedência da ação.

5.3. Padrões argumentativos preponderantes do voto do ministro Roberto Barroso

Roberto Barroso inicia seu voto fazendo uma análise acerca do princípio da separação dos poderes e relata o embarque da então Presidente da República, Dilma Rousseff e quatro ex-presidentes do país no mesmo voo para homenagear Nelson Mandela. O ministro afirma que:

⁹⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>.

Para quem vem de onde eu venho, a foto daqueles cinco ex-presidentes, fidalgamente, civilizadamente, embarcando no mesmo voo, era uma foto emblemática, uma imagem que fala por muitas palavras, porque a chefia do Executivo no Brasil viveu um processo de redenção nos últimos anos.⁹¹

O julgador continua seu voto dizendo haver um distanciamento entre a sociedade civil e a classe política do país, ressaltando que:

Mas uma das causas deste fenômeno de afastamento entre a classe política e a sociedade civil, parece-me fora de dúvida, é a centralidade que o dinheiro passou a ter no processo eleitoral brasileiro, em que a sociedade, muitas vezes, tem a percepção de que o interesse público acaba sendo devorado pelo interesse privado.⁹²

A partir da leitura do voto discutido e, especialmente, das passagens aqui destacadas, percebe-se a presença de uma linguagem que faz referência a elementos emotivos também no ministro Roberto Barroso.

Assim, como o ministro Gilmar Mendes, Roberto Barroso argumenta a partir de elementos da realidade do país, da preocupação com o desenvolvimento dos órgãos que fazem parte da nossa democracia. Nesse sentido, é relevante o seguinte trecho:

Portanto, parte do nosso debate - e é isso que o torna extremamente complexo - é resgatar a funcionalidade e a representatividade do Poder Legislativo, e essa iniciativa de autossuperação deve ser feita pelo próprio Poder Legislativo. Cabe a ele ouvir a voz das ruas, ouvir a voz da consciência e praticar o gesto democrático de se autorreformular. E aqui não servirá uma simples maquiagem, é preciso uma reforma verdadeira, que restitua a sua empatia com a sociedade brasileira.

Eu repito, falo isso e penso isso porque considero que não há democracia sem um Poder Legislativo forte, dotado de credibilidade e capaz de fazer o debate político necessário para o país. De modo que, verdadeiramente, depois da ascensão do Executivo e da ascensão do Judiciário, esta é a hora e a vez do Poder Legislativo no Brasil se reinventar.⁹³

Em seu voto, Roberto Barroso argumenta que considera o atual sistema eleitoral brasileiro antidemocrático e antirrepublicano, em razão de conjugar o sistema eleitoral proporcional com lista aberta e a possibilidade de financiamento privado por empresas. O ministro ressalta a necessidade de observação da situação do país:

Portanto, não é uma condenação genérica da participação de qualquer empresa, mas é a condenação da participação neste modelo que nós temos presentemente, que eu considero que viola o princípio democrático na medida em que desiguala as pessoas e desiguala candidatos em função de um elemento discriminatório - que não me parece

⁹¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>.

⁹² Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>.

⁹³ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>.

razoável -, que é o poder aquisitivo ou o poder de financiamento.

[...]

E o pacto que muitas vezes se faz, por conta do sistema eleitoral brasileiro, entre esses agentes políticos responsáveis pela gestão pública e os interesses privados que participam do processo eleitoral compromete este caráter republicano, reforçando a pior tradição brasileira de patrimonialismo, essa nossa tradição ibérica, essa tradição de um modelo de Estado que não separava a fazenda do rei da fazenda do reino, e conseqüentemente não distinguia adequadamente o público do privado.

[...]

E até hoje nós enfrentamos essa dificuldade no Brasil, a ponto de haver um dispositivo na Constituição que proíbe o uso de dinheiro público para promoção pessoal; talvez seja a única Constituição no mundo que precisou fazer isto: declarar esta evidência de que ninguém deve usar dinheiro público para atender interesses pessoais. E mesmo assim nós bem sabemos como é difícil de cumprir.⁹⁴

Por outro lado, Barroso ressalva que não considera que o único modelo democrático de financiamento eleitoral seja o que proíbe as contribuições de pessoas jurídicas. Acentua, entretanto que considera, no modelo brasileiro, essa participação antirrepublicana, antidemocrática e, em certos casos, contrária à moralidade pública.

O julgador, ao explicar o papel de uma Corte Constitucional, faz novamente uso de uma linguagem emotiva, explicitada nas seguintes passagens:

Mas existe uma outra competência que Cortes Constitucionais desempenham - e que, no caso brasileiro, se tornou importante em muitas situações - que, ao lado da função contramajoritária, é uma função representativa, é a função de interpretar e procurar concretizar determinados anseios da sociedade que estão paralisados no processo político majoritário. Porque o processo político majoritário, que é o que se desenrola no Congresso, muitas vezes, encontra impasses, encontra dificuldades de produção de consenso; não é só no Brasil, é no mundo inteiro.

E é por essa razão que, nas situações que envolvam proteção de minorias, ou nas situações que envolvam certos impasses que emperram a história, acaba sendo indispensável a intervenção do Supremo Tribunal Federal, não contramajoritária, mas representativa. É para fazer andar a história, quando ela tenha parado.

[...]

Mas, nessas horas, é preciso - eu usei essa expressão em um julgamento, daquela tribuna -, às vezes, uma vanguarda iluminista que empurre a história, mas que não se embriague dessa possibilidade, porque as vanguardas também são perigosas quando se tornam pretensiosas.⁹⁵

Com um voto caracterizado também por uma linguagem emotiva, explícito nos

⁹⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>.

⁹⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>.

argumentos que tentam conciliar as regras jurídicas e as situações fáticas do país, o ministro Roberto Barroso conclui pela inconstitucionalidade das normas discutidas.

CONCLUSÃO

A presente monografia teve o objetivo, como uma pequena parte do grupo de pesquisa ainda inicial formado pelo professor Gustavo Just, de analisar o discurso prático de dois dos ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes e Luiz Roberto Barroso, no RE 635.659 de São Paulo, a respeito da criminalização do porte de drogas para consumo próprio, e na ADI nº 4650, acerca da possibilidade de financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, à luz da Teoria Realista da Interpretação, elaborada por Michel Troper, e da retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade, exigência do discurso jurídico moderno.

Para tanto, iniciou-se com uma evolução simplificada do pensamento jurídico sobre o papel do intérprete e da aplicação da lei a casos concretos a partir da instituição do Estado Democrático de Direito, passando por uma breve análise de métodos interpretativos, compreendidos tradicionalmente como “ferramentas, canais de raciocínio e esquemas de argumentação racional”⁹⁶ à disposição do jurista.

No entanto, a partir da Teoria Realista da Interpretação, que percebe sempre na atuação do julgador a presença da vontade, e da necessidade de que uma decisão seja percebida como a descoberta de forma objetiva da vontade originalmente prevista pelo legislador, os métodos interpretativos e as formas de construir uma decisão judicial são aqui compreendidas como, na verdade, apenas um modo de apresentação da decisão, que confere a eficácia simbólica essencial para que sua legitimidade seja reconhecida.

Em seguida, realizou-se uma explanação dos parâmetros utilizados para escolha das decisões e, mais especificamente, dos votos dos ministros da suprema corte brasileira a serem aqui discutidos, com base nos pressupostos anteriormente explicitados.

Por fim, ao estudo da construção da argumentação desenvolvida nos votos proferidos pelos ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso nos julgamentos acerca da criminalização do porte de drogas para uso pessoal e da constitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas. Verificou-se que, no RE 635.659, apesar de votarem pela descriminalização, os ministros fundamentaram seus votos a partir de linguagens diferentes. Na ADI nº 4650, por outro lado, ambos os julgadores recorrem a uma linguagem caracterizada pela emoção, tendo, entretanto, chegado a conclusões contrárias.

⁹⁶ KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., p.317.

Conclui-se, então, que a expressão do argumento não possui vínculo necessário com a conclusão alcançada, tanto no sentido de que votos semelhantes podem conter constituições argumentativas diversas, a exemplo dos votos do RE 635.659, como no sentido de votos divergentes podem ser construídos a partir de recursos de linguagem análogos, como na ADI nº 4650.

Ressalta-se que o presente trabalho não possui a pretensão de alcançar conclusões definitivas, mas sim auxiliar os estudos desenvolvidos sob orientação do professor Gustavo Just e servir de base para futuras pesquisas que busquem realizar uma análise hermenêutica-argumentativa de decisões judiciais, a fim de entender melhor os padrões argumentativos utilizados pelos intérpretes brasileiros.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo** – 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- CASTRO JR., Torquato. **A bola do jogo: uma metáfora “performativa” para o “desafio” da pragmática da norma jurídica**. In: ADEOTADO, J. M.; BITTAR, E.. (Org.). **Filosofia e teoria geral do direito**. Estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação** – 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- JUST, Gustavo. **Da hermenêutica filosófica à nova vulgata metodológica**.
_____. **A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional”**.
- _____. **Interpretando as teorias da interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Interpretative Choices and Objectivity-Oriented Legal Discourse: A Stratgic Analysis of the ECtHR Ruling on the French Face Veil Ban**.
- HART, Hebert. **O conceito do direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KRELL, Andreas Joachim. **Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos da interpretação jurídica**. Revista Direito GV, JAN-JUN 2014. São Paulo.

ROBERT, Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TRAVESSONI, Alexandre. **Pós-positivismo Jurídico**.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins, 2008.

_____. **Uma teoria realista da interpretação**. Tradução de Valeschka e Silva Braga. *Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus* – n. 08, ano 04, 2006.2.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.